

REVISTA DA

ISSN 2236-8957

EMERJ

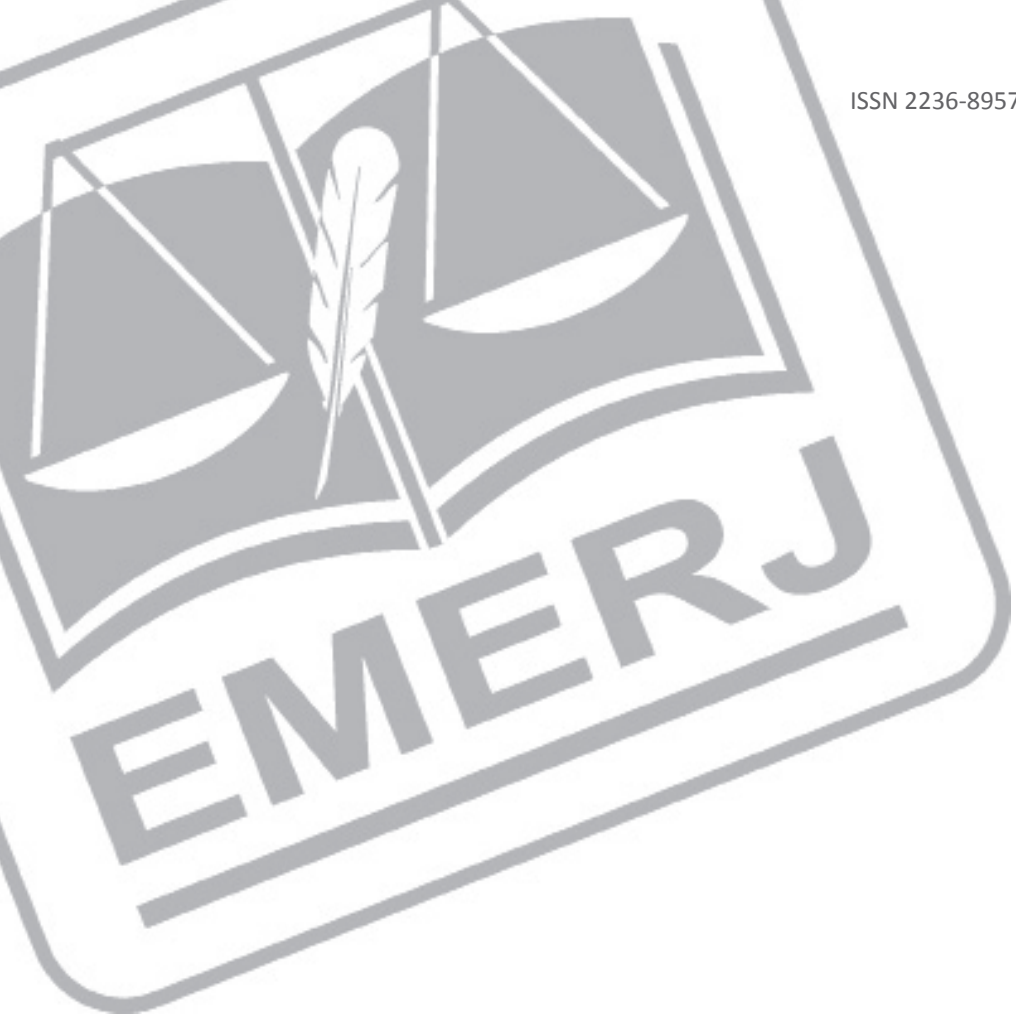
ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ♦ V. 18 ♦ N. 70 ♦ (Edição Especial) ♦ Setembro/Outubro ♦ 2015

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2236-8957



Revista da EMERJ

v. 18 - n. 70 - 2015
setembro/outubro

Rio de Janeiro

R. EMERJ	Rio de Janeiro	v. 18	n. 70	p. 1-195	set - out. 2015
----------	----------------	-------	-------	----------	-----------------

© 2015 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Luiz Fux; Min. Luis Felipe Salomão; Min. Marco Aurélio Bellizze; Des. Caetano Ernesto da Fonseca Costa; Des. Nagib Slaibi Filho; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. Jessé Torres Pereira Júnior; Des. Geraldo Prado.

Coordenação: Des. Nagib Slaibi Filho.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Rodolfo Santiago.

Revisão Ortográfica: Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -

Rio de Janeiro: EMERJ, 1998 -

v.

ISSN 1415-4951 (versão impressa)

ISSN 2236-8957 (versão *on-line*)

v. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho/2002.

Número Especial 2004: Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

Edição Especial 2007: Comemorativa do Octogésimo Ano do Código de Menores Mello Mattos.

1. Direito - Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

CDD 340.05

CDU 34(05)

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Rua Dom Manuel, nº 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da EMERJ

❖ DIRETOR-GERAL

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

❖ DIRETOR-ADJUNTO

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

❖ CONSELHO CONSULTIVO

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Juíza de Direito Maria Aglaé Tedesco Vilar do

Juiz de Direito Luiz Márcio Victor Alves Pereira

Juiz de Direito Rubens Roberto Rebello Casara

❖ COMISSÃO DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO INICIAL**:*

Desembargador Milton Fernandes de Souza (Presidente)

Desembargadora Jaqueline Lima Montenegro

Desembargador Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

Juiz de Direito Carlos Gustavo Vianna Direito

Juíza de Direito Maria Paula Gouvêa Galhardo

Juiz de Direito José Guilherme Vasi Werner

*VINCULADOS ÀS ATIVIDADES DE **FORMAÇÃO CONTINUADA**:*

Área de Direitos Humanos, Gênero, Ética, Filosofia e Sociologia

Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira e Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

Área de Direito Civil, Processo Civil, Consumidor e Empresarial

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo e Juiz de Direito Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes

Área de Direito Penal, Processo Penal, Idoso, Criança e Adolescente
Desembargador Alcides da Fonseca Neto e Juiz de Direito André Ricardo de Franciscis Ramos

Área de Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Eleitoral
Desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade e Juiz de Direito João Luiz Ferraz de Oliveira Lima

❖ **PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA**

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

❖ **COORDENADOR DE ESTÁGIO**

Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira

❖ **COORDENADOR DO PROGRAMA DE EAD**

Juiz de Direito Marcos Augusto Ramos Peixoto

❖ **COORDENADOR DE ASSUNTOS COMUNITÁRIOS**

Prof. Miguel Lanzellotti Baldez

❖ **SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO**

Rosângela Pereira N. Maldonado de Carvalho

❖ **ASSESSORA DO DIRETOR-GERAL**

Fernanda Castro Faria Graça Melo

Sumário

- 7 | Apresentação**
- 9 | Procuradoria-Geral do Tribunal de Justiça: Questão Decorrente do Princípio Constitucional da Separação de Poderes e Essencial à Autonomia do Poder Judiciário**
Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
- 14 | Inovações Trazidas pelo Novo CPC Relativas à Apelação Cível e ao Agravo de Instrumento**
Maria Inês da Penha Gaspar
- 26 | Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões)**
Rodolfo Kronenberg Hartmann
- 42 | O Princípio da Primazia da Resolução do Mérito e o Novo Código de Processo Civil**
Alexandre Freitas Câmara
- 51 | Novos Tempos na Justiça**
César Felipe Cury
- 56 | Marcas do Novo CPC - Celeridade Processual, Prestígio à Conciliação e à Mediação dos Conflitos com Observância à Segurança Jurídica**
Guaraci de Campos Vianna
- 63 | O Processo como “Comunidade de Trabalho” e o Princípio da Cooperação**
Antonio Aurelio Abi-Ramia Duarte
Alexandre Freitas Câmara

- 76 | A Conciliação e Mediação Judiciais nas Ações de Família**
Antonio da Rocha Lourenço Neto
- 85 | A Inserção do Termo “Separação Judicial” no Novo CPC e a Construção do Processo Constitucional em Direito de Família**
André Felipe A. C. Tredinnick
- 106 | Da Tutela Antecipada Antecedente no Novo CPC: Breves Observações**
Daniel Vianna Vargas
- 114 | Quem Vai ao Mar se Prepara em Terra**
Gustavo Henrique Nascimento Silva
- 123 | O Novo Código de Processo Civil. Como será?**
Luiz Roberto Ayoub
- 127 | Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**
Fabício Rocha Bastos
- 159 | Procedimento para Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil**
Alexandre Martins Flexa
- 168 | Dissolução de Sociedade e o Novo CPC**
Pablo Gonçalves
- 187 | O Novo Mecanismo de Solução de Conflitos de Massa**
Samuel Côrtes
- 195 | Normas para Apresentação de Artigos**

Meus caros leitores e amigos

A Revista de nº 70 da EMERJ se apresenta com relevante novidade, desta vez procurando atender a comunidade jurídica como um todo, ansiosa que está para conhecer os novos ritos processuais cuja vigência e efetividade tanto se aproximam.

A partir de março do ano que entra nós, juízes, teremos que obedecer a tantos novos regramentos, sendo natural admitir alguma angústia de nossa parte, pois o que é novo sempre nos assusta.

Devo louvar, então, logo de início, a brilhante iniciativa de nosso Diretor da Revista, Desembargador Nagib Slaibi Filho, de reservar com exclusividade uma tiragem só para tratar das questões do processo civil.

E de fato os textos apresentados são de excelência, a começar pela proposta de nosso Presidente, Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, que marca com muita propriedade a extrema necessidade de passar a ter o Tribunal de Justiça corpo jurídico próprio para a defesa de seus interesses institucionais.

A partir daí irá o leitor se deliciar, com certeza, com textos novos e marcantes, que registram um novo tempo do processo, criado na perspectiva de acelerar nossa prestação jurisdicional um tanto ou quanto sobrecarregada pelo fenômeno da judicialização dos conflitos no período pós-constituição de 1988.

Na certeza de que o já vetusto rito processual de 1973 se encontra defasado, vem o novo Código e se apresenta realmente não só de cara nova, mas também, e o mais importante, de alma nova, rompendo toda a estrutura antiga e trazendo um novo tempo, que esperamos possa atender, com presteza e celeridade, a sociedade brasileira do agora. É certo supor que tenhamos dificuldades com alguns institutos, com os quais ainda não temos maior familiaridade, mas será preciso conhecê-los de perto para que em pouco tempo estejamos manejando-os com plena intimidade.

Essa, penso eu, a proposta principal desta nova edição de nossa Revista, que se mostrará com certeza importante instrumento de aproximação de nós, juízes, e de toda a comunidade do Direito para com os novos paradigmas do processo.

Somos da geração do Código de 1973 e o conhecemos de cor e salteado, mas somos obrigados a admitir que uma nova era se faz agora necessária, pois do contrário iremos sucumbir a tantos e tantos processos.

Que venha então o novo CPC!

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

Diretor-Geral da EMERJ



EMERJ

Procuradoria-Geral do Tribunal de Justiça: Questão Decorrente do Princípio Constitucional da Separação de Poderes e Essencial à Autonomia do Poder Judiciário

Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

O princípio constitucional da separação dos poderes compõe o cerne fixo – utiliza-se, também a expressão ‘cláusula pétrea’ - da Constituição da República de 1988. Sua eficácia jurídica, portanto, irradia-se por toda a Carta e impõe ao operador do Direito a interpretação de toda e qualquer norma jurídica dentro dos lindes por ele desenhados. Não há dúvida de que o conceito de separação de poderes não é unívoco nem uniforme em todos os países cujo regime seja democrático. Todavia, não se pode deixar de reconhecer que, mesmo respeitadas as peculiaridades de cada Estado, a ideia de separação de poderes é essencial, a fim de que se possa reputar um Estado de Direito como democrático e, nos termos do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a fim de que se reconheça que determinada sociedade é dotada de uma constituição.

A ideia de separação de poderes, a qual foi objeto de estudo inclusive por ARISTÓTELES, mereceu, quanto à nomenclatura, vários reparos. Comumente, afirma-se que o poder político, consectário que é da soberania estatal, é uno, indivisível, inalienável e imprescritível. Assim, não se deveria utilizar a expressão “separação de poderes” nem “divisão de poderes”, mas “divisão de funções estatais”. Seguindo esse raciocínio, a soberania estatal se materializaria no exercício de funções legislativas, administrativas e jurisdicionais por órgãos previstos, estruturados e dota-

dos de competências exclusivas outorgadas diretamente pela Lei Maior. Observe-se que nossos irmãos lusitanos não empregam a expressão “separação de poderes”, mas, sim, a ideia de órgãos de soberania, no art. 110 de sua Constituição de 1976.

Seja como for, a Constituição de 1988 outorgou ao Poder Judiciário - superando práticas autocráticas danosas à plena satisfação do objetivo maior do Estado, a dignidade da pessoa humana – autonomia administrativa, orçamentária e financeira, por meio do complexo normativo decorrente da combinação do art. 96 com o art. 99. Essa capacidade de autogoverno do Poder Judiciário deve e pode ser exercida em sua plenitude pelos Tribunais. Além de irrenunciável, porque parcela da soberania do Brasil, ela é indispensável à consecução de nossa principal missão: distribuir justiça.

A função administrativa do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro é extremamente complexa. São 81 comarcas, 14 foros regionais, 862 magistrados e mais de 10.000 servidores, a demandar volumosas atividades, sempre se buscando a racionalização dos recursos financeiros e a estrita obediência ao limites orçamentários. Tudo isso sob os olhares atentos do Colendo Tribunal de Contas do Estado e do Egrégio Conselho Nacional de Justiça.

Aliás, desde sua criação em 2004, o CNJ vem assumindo posições de intenso controle e maior intervenção nas atividades administrativas dos Tribunais, especialmente os de Justiça. Não raramente, os Chefes dos Poderes Judiciários estaduais são obrigados a defender as prerrogativas das Cortes que presidem perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, posto que não seja a situação do Estado do Rio de Janeiro, há lamentáveis casos de conflitos entre o Poder Judiciário de um Estado e o respectivo Poder Executivo ou o Poder Legislativo. São hipóteses em que as autonomias administrativa, financeira e orçamentária de um Tribunal de Justiça são desrespeitadas pelos demais Poderes em virtude de injunções políticas, no mais das vezes, decorrentes de insatisfação momentânea de maiorias eventuais.

Não se discute a altíssima qualidade técnica dos Procuradores do Estado, sua dedicação à causa pública, probidade e compromisso com o Estado do Rio de Janeiro. Contudo, independentemente de suas íntimas convicções, um procurador do Estado, vinculado que é ao Poder Execu-

tivo, deve, como advogado, defender seu cliente nos embates jurídicos. Quando o Poder Judiciário e o Poder Executivo de um mesmo Estado entram em choque, como a Procuradoria-Geral do Estado defenderá ambos?

Certo, até 5 de outubro de 1988, data da entrada em vigor da Constituição da República, esse problema não existia. A concepção autocrática de sociedade se traduzia, no âmbito do Estado, pela submissão do Poder Legislativo e do Poder Judiciário ao Poder Executivo: naquela época, do ponto de vista administrativo, financeiro e orçamentário, a Assembleia Legislativa e o Tribunal de Justiça equivaliam a secretarias de Estado.

Há muito, as Assembleias Legislativas constataram essa nova situação constitucional e, por meio de regras específicas nas respectivas Constituições Estaduais, instituíram Procuradorias-Gerais, destinadas à consultoria jurídica e defesa judicial das prerrogativas constitucionais dos Parlamentos. Os Tribunais de Contas dos Estados, instituições constitucionais independentes e vinculadas ao Poder Legislativo, também estão criando suas Procuradorias-Gerais com os mesmos fins. No Estado do Rio de Janeiro, a Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa, disciplinada pelo art. 121 da Constituição do Estado, e a Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas, regulada pelo parágrafo único do art. 133 da Carta fluminense, são instituições consolidadas, compostas por Procuradores submetidos a concursos públicos, que desempenham satisfatoriamente suas missões institucionais.

Essa realidade não significa a redução da importância da Procuradoria-Geral do Estado, mas, sim, a especialização de instituição brilhante e tradicional, que sempre soube honrar as melhores tradições jurídicas nacionais. Quando o Estado do Rio de Janeiro litigar contra pessoa natural ou jurídica, contará sempre – aliás, contaremos nós sempre – com a erudição, o esmero, a dedicação e o esforço dos procuradores do Estado.

Contudo, se houver um conflito entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo ou entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, como será possível aos procuradores do Estado defenderem esses interesses contrapostos? Nesse caso, não se cuidará de um clássico processo entre duas pessoas, naturais ou jurídicas, mais entre Poderes da mesma pessoa jurídica de Direito Público interno: o Estado do Rio de Janeiro. Nessas hipóteses, que auguro sejam raras, a existência de Procuradorias-Gerais dos Poderes se faz necessária e inquestionável.

Certo, o conceito tradicional de pessoa jurídica, decorrente do Direito Civil clássico, pode tornar mais difícil a compreensão da origem e dinâmica do conflito entre Poderes, sempre independentes e supostamente harmônicos de único Ente da Federação. Por excessivo apego a antigas fórmulas, desenvolve-se raciocínio sobre “ente despersonalizado”, de maneira a equiparar um Poder de Estado a um condomínio, massa falida ou espólio. A rigor, o raciocínio não está equivocado: está, em verdade, absolutamente invertido. Problemas constitucionais – especialmente os decorrentes do cerne fixo, cláusulas pétreas, da Constituição da República – não podem ser equacionados a partir da interpretação da legislação infraconstitucional. A separação dos Poderes e as respectivas autonomias administrativa, financeira e orçamentária são realidades constitucionais. O Código Civil e o Código de Processo Civil, por mais modernos que sejam, não podem ser utilizados para a interpretação de norma constitucional. Bem ao contrário, é o princípio constitucional da separação dos poderes que deve ditar a forma de compreender as regras processuais pertinentes.

Com relação à questão que ora se aponta, a Lei federal nº 13.105/2015, que veicula o novo Código de Processo Civil, foi atenta. A redação do art. 75, *caput*, II, ao referir-se a “seus procuradores” reconhece, em última instância, a possibilidade de diferentes Procuradorias-Gerais, vocacionadas, ao lado da Procuradoria-Geral do Estado, para a defesa das prerrogativas constitucionais de cada um dos Poderes.

Em verdade, quando conflitos entre Poderes são judicializados, surge imediatamente questão constitucional que supera os conceitos tradicionais do Direito Processual Civil de quem possa ser parte processual. Sim, se Poder é órgão previsto, estruturado e dotado de competências exclusivas outorgadas diretamente pela Constituição, o conflito entre dois Poderes traduz, sempre, a disputa sobre os limites de suas atuações constitucionais. Nessas hipóteses, o conceito de pessoa jurídica – em muito impregnado de conteúdo estritamente patrimonial – se dissolve, sendo superado pelo dever-poder de cumprir ditame constitucional. Destarte, a ideia de “ente despersonalizado”, conquanto aparentemente útil, distorce a realidade e – sejamos francos – tenta fazer a Constituição da República caber dentro do Código de Processo Civil.

Por outro lado, a Constituição da República outorgou aos Tribunais de Contas funções relevantíssimas, entre as quais se destaca o sempre espinhoso tema do registro de aposentadoria decorrente do respectivo re-

gime próprio de previdência social. As atribuições de controle administrativo *a posteriori* desses órgãos vinculados, posto que constitucionalmente independentes, ao Poder Legislativo podem causar disputas institucionais entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Contas do mesmo Estado. As questões judiciais, daí inevitáveis e cada vez mais frequentes, demandarão procuradores do Tribunal de Justiça, os quais deverão atuar com o mesmo empenho e dedicação de seus colegas da Procuradoria-Geral do Tribunal de Contas, da Procuradoria-Geral da Assembleia Legislativa e da Procuradoria-Geral do Estado.

Há, também, outra hipótese que vem se tornando muito frequente. As disputas entre Tribunal de Justiça e o CNJ são, hoje, tão usuais que deixaram de ser notícia. Nesses casos, outra parte do cerne fixo – das cláusulas pétreas – da Constituição pode ser gravemente atingida: a forma de Estado federal. Na maioria das vezes, esses litígios constitucionais entre tribunais judiciários e o CNJ não envolvem o Poder Executivo. Assim, no cumprimento do dever de garantir as autonomias administrativa, financeira e orçamentária do Poder Judiciário, bem como fazer cumprir as normas constitucionais insitas à forma de Estado federal, o presidente do Tribunal de Justiça se vê obrigado a solicitar ao respectivo governador do Estado os préstimos de procurador do Estado para advogar. Essa situação, a mais não poder, é danosa à dignidade da Justiça e à moralidade administrativa.

De todo o exposto, é inevitável concluir que a Procuradoria-Geral do Tribunal de Justiça é necessidade premente para o aperfeiçoamento das atividades administrativas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, tanto para sua defesa judicial quanto para a prestação de consultoria jurídica. ❖

Inovações Trazidas pelo Novo CPC Relativas à Apelação Cível e ao Agravo de Instrumento

Maria Inês da Penha Gaspar

Desembargadora Primeira Vice-Presidente do TJERJ

Colaboradoras: Aline Carvalho dos Reis Calôba e

Fátima Denise Botelho Ludwig.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva apresentar, em breves notas, algumas das inovações no sistema recursal trazidas pela Lei nº 13.105/2015, sancionada pela Presidente Dilma Rousseff, em 16/03/15, com *vacatio legis* de um ano. O novo Código de Processo Civil tem por desafio tornar mais célere e eficiente a prestação jurisdicional, sem olvidar as garantias do devido processo legal. Segundo o Ministro do STF Luiz Fux, que presidiu a Comissão de Juristas encarregada de elaborar o novo CPC, o texto novo dá tratamento mais eficiente à matéria recursal, além de aperfeiçoar velhos institutos à luz da jurisprudência hodierna dos Tribunais Superiores. Aliás, é importante ressaltar que o novo Código reforça a necessidade de os Tribunais manterem a jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926), exercendo, assim, importante função nomofilática, que, nas palavras do Ministro Teori Zavascki¹, destina-se a “*aclarar e integrar o sistema normativo, propiciando-lhe uma aplicação uniforme*”. O escopo do novo código é julgar o mérito da ação, deixando de lado o formalismo.

2. ASPECTOS GERAIS

Com o novo CPC, desaparecem o agravo retido e os embargos infringentes, sendo que a apelação tem seu objeto ampliado, isso porque

1 BRASÍLIA. Supremo Tribunal Federal. Rcl 4.335/AC. Órgão Julgador Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 20/03/2014. Voto-vista proferido pelo Ministro Teori Zavascki. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 08.09.2015.

foi diferida a preclusão do direito de impugnar as decisões interlocutórias não sujeitas a agravo de instrumento, as quais poderão ser suscitadas no âmbito do recurso de apelação.

Observe-se a nova classificação dos recursos disposta no art. 994 do novo CPC:

“Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos:

I - apelação;

II - agravo de instrumento;

III - agravo interno;

IV - embargos de declaração;

V - recurso ordinário;

VI - recurso especial;

VII - recurso extraordinário;

VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário;

IX - embargos de divergência.”

Os recursos não impedem a eficácia da decisão recorrida, mas poderá o Relator suspendê-la caso presentes dois requisitos: 1) risco de dano grave de difícil ou impossível reparação e 2) probabilidade de provimento do recurso.

Quanto à legitimidade para recorrer, não houve alteração, pelo que o recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo 3º prejudicado e pelo Ministério Público (como parte ou fiscal da ordem jurídica).

O prazo para recorrer, passa a ser de 15 dias para todos os recursos, exceto para os Embargos de Declaração, cujo prazo permanece de 5 dias.

Importante inovação diz respeito à contagem do prazo, pois, a partir do novo CPC, a contagem de todos os prazos passa a ser feita em dias úteis, devendo a parte recorrente comprovar a ocorrência de feriado local na interposição do recurso.

O novo Código estabelece, no artigo 220, o período de suspensão de prazos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, o que não implicará na suspensão do serviço forense, uma vez que juízes, promotores e defensores continuarão a exercer suas atribuições, ressalvadas as suas férias instituídas por lei.

Também inova o novo CPC quando preconiza que o recurso poderá ser remetido pelo correio, sendo considerada a data da interposição a data da postagem (artigos 1.003, § 4º e 1.017, § 2º, III).

O preparo do recurso não sofreu alteração, devendo como dantes ser comprovado no ato da interposição e, na hipótese de insuficiência de preparo, há a possibilidade de complementação no prazo de 5 dias.

A pena de deserção poderá ser abonada pelo Relator por decisão irrecorrível.

Quanto à possibilidade de correção de equívoco no recolhimento de guia, poderá ser realizada no prazo de 5 dias.

O recurso adesivo, previsto no artigo 997, § 2º, II, foi mantido para a apelação, para o recurso especial e recurso extraordinário.

Quanto à desistência, o recorrente poderá desistir do recurso a qualquer tempo, sem necessidade de anuência do recorrido ou dos litisconsortes (artigo 998). Contudo, a desistência não impede a análise da questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (p. único, do artigo 998).

Não houve mudança em relação à renúncia do direito de recorrer.

O julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a decisão impugnada.

O novo Código prevê expressamente a aplicação do princípio da fungibilidade recursal no parágrafo 3º do art. 1024, quando dispõe que: *“o órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 05 (cinco) dias complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1021, § 1º.”*

3. RECURSO DE APELAÇÃO

A apelação é o recurso cabível contra as sentenças. Esta regra está prevista no art. 1.009 do novo CPC e não sofreu alteração.

Todavia, o objeto da apelação foi ampliado, eis que na nova sistemática, pode-se manejar tal recurso para impugnar outras decisões, fora a sentença, proferidas na fase de conhecimento, contra as quais não caiba Agravo de Instrumento.

Diz o § 1º do art. 1.009, do novo CPC que: *“as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”*

Nota-se que, em contrapartida, a regra do § 1º do art. 1.009 do novo CPC tornou dispensável o agravo retido no sistema recursal do Novo Código de Processo Civil². Isso porque a apelação é agora o recurso próprio para impugnar as decisões interlocutórias não sujeitas a agravo de instrumento.

Daí se extrai que o *caput* do art. 1009 do novo CPC é incompleto, pois a apelação é o recurso cabível contra as sentenças e também contra as decisões interlocutórias apeláveis³.

Por outro lado, em não havendo impugnação de tais decisões, na apelação ou nas contrarrazões, incidirá a preclusão.

A preclusão, segundo Chiovenda, é a perda da faculdade de se praticar determinado ato processual, pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício. As questões incidentemente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo⁴.

Aqui também se verifica a alteração do regime de preclusões, já que as decisões interlocutórias, não atacáveis por Agravo de Instrumento, terão a preclusão procrastinada, pois poderão ser impugnadas nas razões de apelação, pelo vencido, bem como nas contrarrazões ao recurso, pelo vencedor.

Ressalte-se que, ocorrendo esta última hipótese, o recorrente será intimado, para, em 15 (quinze) dias, se manifestar a respeito (§ 2º, do art. 1.009, do novo CPC). O novo Código, como se vê, privilegia o princípio do contraditório, impedindo que a parte adversa seja surpreendida.

O princípio do contraditório está consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal e como bem explica a doutrina especializada, *“trata-se do dever de diálogo entre juiz e partes, incluídos, nesse contexto, o direito da parte de ser informada quanto aos pedidos que tenham sido formulados*

2 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo, editora RT, 2015, 1ª edição, p. 1.439.

3 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: editora Atlas, 2015, 1ª edição, p. 508.

4 THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: editora Forense, 2004, 41ª edição, Volume I, p. 488.

pela parte contrária, assim, como de todos os subsequentes atos do procedimento, de modo que possa reagir quando for necessário ou adequado.”⁵

Aliás, é importante abrir aqui um parêntese para afirmar que o Novo CPC contém um significativo número de regras que dão maior concreção ao contraditório, encontrando-se na melhor doutrina a afirmação de que, *“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, fundamentalmente, 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, dinamicidade da atividade jurisdicional.”⁶*

Assim, faculta-se à parte prejudicada por uma decisão interlocutória, impugná-la desde logo, quando couber agravo de instrumento, ou, impugná-la posteriormente na apelação ou nas contrarrazões.

A doutrina ressalta que nada mudou substancialmente para a parte, pois a “resposta” do Judiciário ao agravo retido já vinha, à luz do CPC/73, no julgamento da apelação, caso fosse reiterado e, agora com o novo CPC, a “resposta” do Judiciário, quanto às impugnações coligidas na apelação, virá se e quando a apelação for julgada⁷.

Outra inovação é quanto ao juízo de admissibilidade da apelação, que será exercido pelo Tribunal. A apelação é dirigida ao juízo de 1º grau, que colhe as razões e contrarrazões e remete o processo ao Tribunal, sendo o processo distribuído a um Desembargador Relator que analisará a presença dos pressupostos recursais.

A Lei fala que a distribuição da apelação é imediata (art. 1.011, *caput*) e, embora não haja correspondência no CPC de 1973, tal de há muito vem ocorrendo, no âmbito desta E. Corte, por força do disposto no artigo 93, XV, da Constituição Federal, acrescentado pela EC nº 45, de 18/12/04, *verbis*: *“a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição”*.

É de se notar que, de acordo com o art. 1011 do NCPC, recebida a apelação, o Relator somente poderá decidir o recurso monocraticamente nas hipóteses descritas nos incisos III a V do art. 932, *verbis*:

5 WAMBIER, Luiz Rodrigues. **O contraditório e o projeto do novo CPC**. Disponível em: <<http://www.luizrodrigueswambier.jusbrasil.com.br/artigos/121943488/o-contraditorio-e-o-projeto-do-novo-cpc.htm>>. Acesso em: 30.07.2015.

6 Idem.

7 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: editora RT, 2015, 1ª edição, p. 1.439.

“III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - negar provimento a recurso que for contrário a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;”

Não sendo hipótese de incidência de nenhum desses dispositivos, o Relator elaborará o seu voto.

O novo CPC manteve a regra de que a apelação tem efeito suspensivo (art. 1.012) e elenca no § 1º hipóteses em que a sentença produz efeitos desde logo. Trata-se de rol exemplificativo.

Ressalte-se que o inciso V do referido dispositivo afasta qualquer dúvida com relação à tutela provisória, eis que, se concedida, confirmada ou revogada na sentença, esta não ficará sujeita à apelação com efeito suspensivo.

4. AGRAVO DE INSTRUMENTO

O recurso de agravo de instrumento sofreu sensíveis modificações no novo Código de Processo Civil.

Anteriormente manejável contra quaisquer decisões interlocutórias proferidas em 1ª instância suscetíveis de causar à parte lesão grave e

de difícil reparação (o que, na prática, ficava ao alvedrio do julgador), bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida (art. 522 do antigo CPC), agora o agravo de instrumento apresenta um rol taxativo de decisões interlocutórias contra as quais é cabível.

Nesse diapasão, a interposição de agravo de instrumento será admissível tão somente nas hipóteses elencadas nos incisos I a XIII, do artigo 1.015 e seu parágrafo único, do novo CPC, quais sejam, contra as decisões que versem sobre tutelas provisórias; mérito do processo; rejeição da alegação de convenção de arbitragem; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; exibição ou posse de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte; rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º, também do novo CPC; decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário, além de outros casos expressamente referidos em lei.

Por outro lado, com a novel restrição na utilização do agravo de instrumento, e a expressa determinação do artigo 1.009, § 1º, do CPC/2015 de que as decisões interlocutórias não abrangidas no rol do artigo 1.015 e seu parágrafo único, do mesmo diploma legal, somente poderão ser questionadas como preliminar de eventual recurso de apelação ou suscitadas nas respectivas contrarrazões, o recurso de agravo retido, outrora previsto nos artigos 522, 523 e 527, II, do CPC/73, foi extinto, eis que não mais necessário.

Outrossim, vale ressaltar mais uma vez que, no intuito de viabilizar o diferimento da apreciação de eventuais impugnações das decisões interlocutórias não abrangidas no referido rol do art. 1015 por ocasião do oferecimento do recurso de apelação, outra modificação importante prevista no § 1º do mesmo artigo 1.009 foi a de não mais se operar a preclusão temporal no que tange às decisões não passíveis de impugnação via agravo de instrumento, rompendo a diretriz anterior do CPC/73, expressamente estabelecida no artigo 473, segundo o qual era defeso à parte discutir no curso do processo as questões já decididas e que não

havia sido objeto de recurso, salvo questões de ordem pública, as quais se encontravam previstas nos artigos 267, § 3º, e 301, e agora no artigo 485 do novo CPC.

Outra inovação do novo código foi a alteração no prazo para a interposição do agravo de instrumento, que era de 10 dias (artigo 522), e com a sua entrada em vigor, passará a ser de 15 dias úteis, tanto para interpor o recurso, quanto para respondê-lo, a teor do disposto no artigo 1.003, § 5º, valendo ressaltar que, em se tratando de processo eletrônico, não haverá contagem do prazo em dobro, na hipótese de litisconsortes com diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos (artigo 229, § 2º).

Por sua vez, foram inseridos no texto legal outros meios de interposição do recurso de agravo de instrumento, previstos no artigo 1.017, § 2º, incisos II (“*protocolo realizado na própria comarca, seção ou subseção judiciárias*”) e IV (“*transmissão de dados tipo fac-símile, nos termos da lei*”), mantida, outrossim, no inciso V, a previsão de poder ser interposto o recurso por outra forma prevista em lei, apenas excluída a expressão “*local*”.

Todavia, em que pese as diversas formas de interposição previstas no § 2º do artigo 1.017, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, atualmente, o protocolo das petições iniciais do recurso de agravo de instrumento, assim como de todas as ações originárias de 2ª instância, com exceção tão somente dos *habeas corpus* interpostos por quem não for advogado e dos feitos oriundos do plantão judiciário, já é realizado de forma obrigatoriamente eletrônica, via Portal de Serviços disponibilizado no sítio do TJRJ na *internet* e mediante assinatura digital com certificado ICP-Brasil, com lastro na Lei Federal nº 11.419/2006, e também em atos normativos editados pelo próprio Poder Judiciário Estadual, especialmente os Atos Normativos Conjuntos TJ nºs 07/2013 e 12/2013, afigurando-se desnecessárias no momento, ao menos no âmbito do TJRJ, tais inovações.

Destaque-se, ainda, a nova sistemática de formação do agravo de instrumento.

Com efeito, o artigo 1.017, I, do novo CPC, acrescenta ao rol de documentos já previstos no artigo 525 do CPC/73 peças outrora consideradas facultativas, mas que, de fato, acabavam sendo essenciais à compreensão da controvérsia, quais sejam, a cópia da petição inicial, da contestação e da petição que ensejou a decisão agravada, restando previsto no inciso II, do mesmo artigo, ainda, ser imprescindível a apresentação de

uma declaração de inexistência de quaisquer das peças indicadas no inciso I, sob pena de responsabilidade pessoal do advogado do agravante. Isso significa que, na hipótese de apresentação de declaração de inexistência de quaisquer das peças discriminadas no inciso I que não se coadune com a realidade, o causídico subscritor da peça estará sujeito à possível responsabilização não só nas esferas cível e processual, como também disciplinar (art. 34, XIV, da Lei nº 8.906/94) e criminal (art. 299 do Código Penal).

De toda sorte, esta última determinação veio em boa hora, pois simplifica o procedimento de instrução do Agravo de Instrumento, além de estar em sintonia com o entendimento já pacificado do Superior Tribunal de Justiça, que afasta a necessidade de autenticação das peças anexadas ao referido recurso (REsp 1.111.001/SP Corte Especial, Re. Min. Luiz Fux, DJe 30/11/2009).

Outrossim, restou estabelecido no § 3º do artigo 1.017, que, na falta de cópia de qualquer peça ou no caso de algum vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no artigo 932, parágrafo único, ou seja, antes de considerar inadmissível o recurso, deverá ser concedido ao recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Tal alteração terá por consequência o afastamento da orientação jurisprudencial adotada pelo E. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1056295/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, julgado em 25/02/2010, DJe 25/08/2010), segundo a qual a ausência das peças obrigatórias de que trata o art. 525, I, do CPC (dentre as quais se inclui a cópia da cadeia de substabelecimentos) importa em não conhecimento do recurso, sendo incabível a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado ou juntada posterior.

De seu turno, cumpre salientar que a exigência de juntada das peças obrigatórias e de outras que o Relator entenda essenciais para a apreciação do recurso somente é aplicável em relação aos processos físicos, tendo em vista que, em se tratando de processo eletrônico, a juntada das referidas peças será dispensável, facultando-se, contudo, ao agravante anexar quaisquer documentos que entenda úteis para a compreensão da controvérsia, a teor do disposto no § 5º do artigo 1.017.

Outra distinção estabelecida pelo novo CPC em relação ao processo eletrônico e o processo físico foi a dispensa da juntada aos autos do pro-

cesso eletrônico originário de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o referido recurso. Assim, caso não haja a juntada das cópias do recurso interposto em primeiro grau, apenas restará inviabilizada a retratação da decisão pelo juiz, sendo o agravo de instrumento normalmente conhecido.

Entretanto, na hipótese de o processo originário ser físico, permanece a antiga regra do artigo 526 do CPC/73, reeditada no artigo 1.018 do novo Código, segundo a qual em não sendo cumprida a exigência de juntada da cópia do agravo de instrumento interposto no juízo de primeiro grau no prazo de 03 dias, a contar da interposição, poderá haver a inadmissibilidade do agravo de instrumento, desde que tal fato seja arguido e provado pelo agravado, *in verbis*:

“Art. 1.018. O agravante poderá requerer a juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e da relação dos documentos que instruíram o recurso.”

(...)

§ 2º Não sendo eletrônicos os autos, o agravante tomará a providência prevista no caput, no prazo de 3 (três) dias a contar da interposição do agravo de instrumento.

§ 3º O descumprimento da exigência de que trata o §2º, desde que arguido e provado pelo agravado, importa inadmissibilidade do agravo de instrumento.”

Infelizmente, o legislador perdeu uma grande oportunidade de revisar a norma do referido artigo 526 do CPC/73. Considerando o escopo da aludida regra não só de possibilitar ao magistrado *a quo* de exercer eventual juízo de retratação, mas também de proteger o agravado que tenha dificuldade de obter cópia da peça recursal, o que indubitavelmente ocorre na hipótese de processo físico e que tramita em comarca diversa da que se encontra o órgão *ad quem*, melhor seria permitir ao Relator do agravo de instrumento que pudesse conhecer de ofício da ausência desse requisito de admissibilidade recursal, do que relegar ao agravado, três dias após a interposição do referido recurso, o ônus de

alegar e comprovar a não juntada da peça, que importará na inadmissibilidade do inconformismo.

No mais, tem-se que os artigos 1.019 e 1.020 do CPC/2015 praticamente reproduzem o texto dos artigos 527 e 528 do CPC/73, limitando-se a alterar a redação dos referidos dispositivos, porém sem modificar o comando normativo, com exceção apenas da novel previsão no inciso II do artigo 1.019, de que, na hipótese de a parte agravada não possuir advogado constituído nos autos, o Relator do agravo de instrumento ordenará sua intimação para se manifestar nos autos, o que poderá se dar de forma pessoal ou por carta com aviso de recebimento, além de ter sido fixado o prazo de 5 (cinco) dias para o Relator do agravo proferir algum despacho ou decisão, que não as enumeradas no artigo 932, incisos III e IV, e aumentando o prazo para o agravado e o Ministério Público se manifestarem nos autos, que antes era de 10 (dez) e agora passou para 15 (quinze) dias, nos seguintes termos:

“Art. 1.019. Recebido o agravo de instrumento no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

II - ordenará a intimação do agravado pessoalmente, por carta com aviso de recebimento, quando não tiver procurador constituído, ou pelo Diário da Justiça ou por carta com aviso de recebimento dirigida ao seu advogado, para que responda no prazo de 15 (quinze) dias, facultando-lhe juntar a documentação que entender necessária ao julgamento do recurso;

III - determinará a intimação do Ministério Público, preferencialmente por meio eletrônico, quando for o caso de sua intervenção, para que se manifeste no prazo de 15 (quinze) dias.

Art.1.020. O relator solicitará dia para julgamento em prazo não superior a 1 (um) mês da intimação do agravado.”

Por fim, vale assinalar a novel previsão trazida pelo inciso VIII do artigo 937, de sustentação oral por ambas as partes, pelo prazo improrrogável de 15 (quinze) minutos, na hipótese de agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência.

Essas são apenas algumas observações sobre a sistemática processual no âmbito dos recursos de apelação cível e do agravo de instrumento, as quais se prestam meramente como ponto de partida para a análise futura e mais aprofundada das alterações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, nesse novo cenário jurídico que se anuncia. ❖

Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões)

Rodolfo Kronenberg Hartmann

Juiz Federal Titular. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela UGF-RJ. Professor e coordenador da pós-graduação na EMERJ. Autor do Curso Completo de Direito Processo Civil e do Novo Código de Processo Civil Comparado & Anotado, ambos com edições atualizadas em 2015.

1. OS NEGÓCIOS PROCESSUAIS - INTRODUÇÃO

O CPC foi criado tendo por base algumas premissas e, entre elas, a de que a sociedade já está madura o suficiente para realizar a autocomposição, tanto no plano material como quanto a aspectos processuais. Com efeito, passou a ser estabelecida uma “obrigatoriedade” quanto à audiência de conciliação e mediação (art. 334 - o que é contraditório, pois um dos primados dessa forma de composição é que haja “consenso” na solução amigável, jamais “obrigatoriedade”) e, da mesma forma, também para a prática de certos negócios processuais.

Esses “negócios processuais”, como a própria nomenclatura sugere, são aqueles pontos afetos ao direito processual que podem ser objeto de convenção entre as partes. Mas, claro, que haverá algumas ressalvas, pois os mesmos não poderão prosperar em casos de nulidade ou de abusividade inseridas em contrato de adesão (art. 190 – norma esta que deve ser interpretada de maneira ampliativa para qualquer outro negócio processual). Nesses casos, o juiz deixará de homologar o negócio processual, negando qualquer validade jurídica ao mesmo no processo, por meio de uma decisão interlocutória devidamente motivada, que não comportará agravo de instrumento, pois tal situação não foi contemplada no rol das decisões que permitem o seu uso (art. 1.015).

O meio acadêmico nacional, já há alguns anos, apresenta trabalhos primordiais quanto ao tema com enfoque no direito comparado.¹ Contudo, sob a égide constitucional, nem sempre tais convenções podem ter a amplitude sugerida por grande parte do meio acadêmico. Com efeito, não se pode olvidar que a matéria em questão é o direito processual civil, que é o ramo da ciência jurídica que é responsável, dentre outras tarefas, por regular os ritos processuais, recursos, bem como a participação das partes e seus deveres e obrigações no decorrer do processo, entre outras mais. Dessa maneira, somente o Congresso Nacional é que poderia regular tais temas, por meio da criação de leis (art. 22, I, CRFB).

Além disso, outro argumento contrário a alguns negócios processuais é o de que a jurisdição é atividade pública, não podendo receber tratamento assemelhando ao da arbitragem, que permite essa possibilidade de ajustes rituais, especialmente no que diz respeito à formatação do compromisso arbitral (art. 11, Lei nº 9.307/96), mormente por esta última (“arbitragem”) decorrer da autonomia da vontade e do seu forte caráter privatista. Assim, esses ajustes no procedimento flagrantemente minam essa atividade pública (“jurisdição”), descaracterizando a garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, CRFB), transformando-a, simplesmente, em um “devido processo negocial” ou “indevido processo legal”.²

E, por fim, também não se pode olvidar que alguns exemplos de convenções processuais podem gerar um verdadeiro caos cartorário se todos os demandantes quiserem modificar o rito ou criar calendários próprios para a prática dos atos, o que também não permitirá que a jurisdição seja prestada em prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CRFB).

O que se observa, assim, é que a inclusão deste tema no CPC trata de tentativa de enfraquecimento da autoridade pública e, ao mesmo tempo, de transferência de parcelas da atividade judicante e até legiferante para outros operadores do Direito (que não foram regularmente investidos para tanto, seja por meio do concurso público ou pelo sufrágio universal, como prioriza a Carta Magna). De todo modo, é importante apresentar as espécies de negócios processuais sugeridas pelo meio acadêmico, para que cada leitor tire a sua própria conclusão a respeito do assunto.

1 REDONDO, Bruno Garcia. "Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro". Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC-SP, Programa de Mestrado em Direito, 2013.

2 HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Novo Código de Processo Civil - Comparado & Anotado**. 1ª Ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 186-187.

2. SITUAÇÕES APONTADAS COMO PASSÍVEIS DE GERAREM NEGÓCIOS PROCESSUAIS

O tema “negócios processuais” já até existia sob a égide do modelo anterior, mas em caráter muito mais restrito. Com efeito, já era apontada como exemplo dessa faculdade a norma que foi mantida no CPC (art. 313, parágrafo 4º), que permite que as partes possam convencionar a suspensão do processo por até 6 (seis) meses, enquanto tentam obter a solução consensual. Outro exemplo, também largamente permitido sobre negócios processuais, é o da escolha da base territorial, de comum acordo pelas partes, o que também permaneceu (art. 63). Contudo, o CPC foi um pouco além, se deixando levar pelos entusiastas desse novo modelo, acabando por prever expressamente (ou implicitamente, após ter excluído determinadas expressões ou palavras) várias outras situações, só que muitas de duvidosa constitucionalidade. E, pelo menos nesse momento inicial, em que a doutrina sobre a novel legislação ainda estava sendo produzida, aliada à ausência de jurisprudência, é que muitos enunciados apresentados por acadêmicos passaram a ser citados, pois, naquele momento germinal, se constituíam no primeiro estudo técnico sobre as potencialidades do CPC.

Embora diversos tenham sido os encontros entre os acadêmicos de Direito Processual Civil por todo o Brasil, esta obra optou por comentar especificamente os do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC), em virtude de o mesmo ser um encontro franqueado a todos os processualistas e, também, porque os enunciados oriundos desse Encontro são bem ricos em exemplos de convenções processuais entabuladas pelas partes. Mas, por outro lado, e até para que haja um escorregio contraponto (o que, aliás, é a tônica do CPC, ao estimular a dialética), também serão citados nominalmente alguns enunciados da Escola Nacional de Formação e Atualização de Magistrados (ENFAM), que promoveu reunião com mais de 500 (quinhentos) magistrados de todo o País, entre 26 a 28 e agosto de 2015. Certamente, estes enunciados da ENFAM são extremamente relevantes, pois já demonstram a primeira impressão do Poder Judiciário sobre alguns novos temas.

Entre as situações mais corriqueiras que estão sendo indicadas como possibilidade de serem objeto de convenções processuais entre as partes, podem ser citadas as seguintes: a) para a modificação do procedimento (art. 190); b) para a criação de calendário para a prática de atos

processuais (art. 191); c) para que o saneamento do processo possa ser efetuado pelas próprias partes (art. 357, parágrafo 2º); d) para a inversão do ônus da prova ser realizada pelas próprias partes extrajudicialmente (art. 373, parágrafo 4º); e) para a renúncia à impenhorabilidade de bens por convenção entre as partes (art. 833); f) para a renúncia à força executiva do título extrajudicial por convenção processual (art. 785); g) para dispensar caução em cumprimento provisório de sentença; h) para que não seja promovido cumprimento provisório da sentença; i) para renúncia prévia ao direito de recorrer ou de não produzir provas; j) para alterar efeito inerente a recurso; k) para criar hipóteses de sustentação oral não prevista em lei ou mesmo ampliação do seu prazo; l) para alteração de prazos peremptórios; m) para modificar deveres e sanções processuais.

2.1. Negócio processual para a modificação do procedimento (art. 190)

Há previsão normativa (art. 190) autorizando que as partes, de comum acordo, possam alterar o procedimento a ser observado no processo, o que significa dizer que poderão ser criadas ou suprimidas audiências, modificado o momento de apresentação de resposta, entre outras muitas providências. Igualmente, há enunciado do FPPC nesse sentido.³

Contudo, devem ser repisados os argumentos anteriores contra essa proposta. Com efeito, a Carta Magna assegura o direito ao “devido processo legal”, não a um “devido processo negocial” (ou “indevido processo legal”), criado pelas próprias partes, sem ingerência do Ente Estatal e com violação às normas constitucionais que cuidam da atribuição exclusiva do Congresso Nacional para a criação de normas de natureza processual (art. 22, inc. I, CRFB-88).

A jurisprudência pátria era exatamente no sentido do texto, pois sendo o procedimento um tema de ordem pública, o mesmo se consubstanciaria em norma cogente, dele não podendo dispor qualquer uma das partes.⁴ Curiosamente e contraditoriamente, o mesmo CPC que tantas vezes impõe ao magistrado o dever de observar os precedentes (art. 927), muitas vezes é o primeiro a desrespeitar jurisprudência pacífica e consolidada, o que deve resultar em profunda reflexão pelo leitor. Portanto, a

³ Enunciado nº 257, do FPPC: “(art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convençionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

⁴ STJ. RESP nº 993.535/PR. Rel. Min. Nancy Andrighi. DJ 06/04/2010.

norma em comento (art. 190) soa inconstitucional no que diz respeito à possibilidade de as partes alterarem regras processuais cogentes de comum acordo, o que deve ser indeferido pelo magistrado.

2.2. Negócio processual para a criação de calendário para a prática de atos processuais (art. 191)

Trata-se de outro dispositivo (art. 191) que é flagrantemente inconstitucional, complementando o anterior (art. 190). O mesmo permite que as partes possam, juntamente com o magistrado, convencionarem calendário para a prática de atos processuais, ainda que tenha sido outro o estabelecido pela legislação. Trata-se, em realidade, de mais uma tentativa em aproximar a “Jurisdição”, que é uma atividade pública e estatal, da “arbitragem”, que é um equivalente jurisdicional com forte traço privatista. Por sinal, esse calendário é expressamente mencionado na legislação arbitral (art. 11, III, Lei nº 9.307/96).

O meio acadêmico vem divulgando que esse tipo de convenção processual trará ganhos de eficiência, pois o processo seguirá o calendário previamente aprovado pelas partes, o que tornaria dispensável ulteriores intimações, entre outras providências. Mas o raciocínio não é tão simples assim, pois existem algumas variantes envolvidas.

Com efeito, entre as normas fundamentais do CPC foi criada uma que determina que o magistrado deve observar uma ordem cronológica para proferir suas decisões (art. 12). Igualmente, também há outra impondo que os auxiliares da Justiça deverão implementar as medidas deferidas pelo juiz também de acordo com a ordem de chegada dos autos (art. 153). Observa-se, assim, que o CPC foi estruturado de modo a permitir uma maior transparência na atuação do Poder Judiciário, evitando que haja privilégios injustificáveis na tramitação dos processos, o que é salutar e atende ao interesse público. Contudo, se realmente esse calendário for possível e os prazos nele estabelecidos tiverem que realmente ser cumpridos, facilmente se percebe que estará ocorrendo a prevalência do “interesse particular” das partes, em detrimento do “interesse público”. Afinal, por meio desse artifício, seria possível burlar tanto a ordem de conclusão para sentenciar, como também a ordem para a efetivação dos provimentos ordinários pelo Cartório, para que tudo seja realizado no prazo pactuado pelas partes, sugerindo a má-fé dos interessados em se

valerem desse expediente, por também violarem o dever de boa-fé que foi erigido como norma fundamental do CPC (art. 5º).

Mas, não obstante este argumento, de que o calendário processual não pode ser usado como forma de burlar as regras que determinam ordem para a prática de atos processuais, há ainda outro, que é o de que prazos peremptórios não podem ser modificados pela vontade das partes, já que estabelecidos por meio de lei, aprovada formalmente pelo Congresso Nacional, que é o único que pode disciplinar matéria processual (art. 22, inc. I, CRFB-88). Há, inclusive, enunciado da ENFAM neste sentido, de que as convenções processuais não podem criar prioridade de julgamento de processos, o que está de acordo com a obra.⁵ Portanto, esse calendário, conforme apresentado, não seria juridicamente possível de ser imposto ao Poder Judiciário, ante a sua total incompatibilidade com outras normas que compõem o mesmo CPC e que já evidenciam, como é certo, a prevalência do interesse público da sociedade em detrimento do interesse pessoal das partes.

2.3. Negócio processual para que o saneamento do processo possa ser efetuado pelas próprias partes (art. 357, parágrafo 2º)

O saneamento do processo é importante atividade desempenhada pelo magistrado, que irá resolver as questões processuais pendentes, fixar os pontos controvertidos e determinar as provas que ainda serão produzidas. Só que há dispositivo no CPC (art. 357, parágrafo 2º) permitindo que as próprias partes apresentem ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito.

Esta norma, que autoriza a convenção processual para fins de saneamento (art. 357, parágrafo 2º), é inócua, pois quem irá proferir julgamento é o magistrado regularmente investido para prestar a jurisdição. Afinal, se as próprias partes fixam os pontos controvertidos e determinam as provas a serem produzidas, essa circunstância não poderá vincular o juiz e nem mesmo subtrair a sua iniciativa probatória (art. 370), caso o mesmo ainda tenha alguma dúvida que seja necessária esclarecer antes de ser proferida a sentença. Portanto, ainda que seja apresentando o ne-

⁵ Enunciado nº 36, ENFAM: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: (...) d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei”.

gócio processual quanto ao saneamento (e sendo ele considerado como juridicamente possível), o magistrado poderá agir de maneira supletiva, fixando outros pontos, bem como determinando os meios de provas que entender como adequados, e, inclusive, até mesmo indeferir a convenção que tenha permitido a produção de prova ilícita, conforme já ressalvado em enunciado da ENFAM.⁶

2.4. Negócio processual para a inversão do ônus da prova ser realizada pelas próprias partes extrajudicialmente (art. 373, parágrafo 4º)

O artigo (art. 373, par. 4º), autoriza que o ônus da prova possa ser convenionado pelas partes, exceto em algumas situações, como naquelas que envolvam direitos indisponíveis. É de se criticar essa parte final, pois, mais uma vez, deve ser ressalvado que ônus da prova é matéria afeta ao direito processual civil, que somente pode ser disciplinada por lei criada pelo Congresso Nacional (art. 22, inc. I, CRFB-88), e não por convenção entre as partes.

De qualquer maneira, fica uma pequena dúvida: se o consumidor, por meio de legislação própria (Lei nº 8.078/90), já tem direito a inversão do ônus da prova a seu favor, por qual razão teria interesse em negociar algo em sentido distinto? Por esse motivo, todo consumidor (e também qualquer outra pessoa - já que o CPC não reduz essa possibilidade apenas para essas relações), terá que sempre analisar com muito cuidado cada contrato a que está aderindo, para verificar se há alguma cláusula nesse sentido que lhe poderia trazer grandes entraves no processo.

Em abono ao alerta feito, chama a atenção de que o mesmo dispositivo (art. 373, par. 4º) ainda permite que essa inversão do ônus da prova seja realizada em caráter extrajudicial, ou seja, antes mesmo de ser instaurado o processo. Vale dizer que, quanto a essas possibilidades, de convenções processuais prévias, determinado segmento doutrinário já se manifestou que, realmente, o maior âmbito de aplicação da cláusula de negociação processual dar-se-á na fase pré-processual, o que não se duvida, pois ausente qualquer autoridade pública para checar, naquele instante, sobre a validade das cláusulas que estão sendo celebradas, frente à Carta Magna e à legislação.⁷

⁶ Enunciado nº 37, ENFAM: “São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; (...)”.

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 1ª Ed. 2015, p. 228.

Em suma, esse dispositivo retrata mais uma norma absolutamente desnecessária no cenário jurídico, que apenas vai fomentar um debate interminável, muito embora já tenha sido detectado pelo leitor atento o seu claro intento em agraciar certos setores da economia.

2.5. Negócio processual visando à renúncia à impenhorabilidade de bens por convenção entre as partes (art. 833)

O CPC, ao dispor sobre os bens considerados como impenhoráveis (art. 833), suprimiu a palavra “absolutamente”, que contava no modelo primitivo (art. 649, CPC-73). A supressão foi proposital, pois doutrina ativa na tramitação da novel legislação já defendia a possibilidade de a parte renunciar essa proteção.⁸ Há, também, enunciado do FPPC nesse sentido, quanto à possibilidade de pacto renunciando a impenhorabilidade do bem.⁹

Contudo, a jurisprudência, notadamente a do STJ, sempre foi refratária a esse entendimento, o que parece o mais acertado.¹⁰ Com efeito, basta uma atenta leitura da norma em comento (art. 833), para se chegar à conclusão de que, naquelas situações em que o legislador erigiu um bem como impenhorável, pautou-se em um critério razoável para proteger um direito ou interesse extremamente relevante, como vestuário, utensílios domésticos, exercício de profissão, dentre outras mais. Logo, não poderia essa proteção, diretamente ligada à garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CRFB-88), ser renunciada em negócio processual.

Não se discute aqui que, na inexistência de um processo judicial, a parte até poderá renunciar unilateralmente todo o seu patrimônio. Contudo, na pendência de um processo judicial, essa renúncia já não seria aceita, muito menos quando pactuada bilateralmente entre credor e devedor, especialmente nas chamadas convenções pré-processuais. Do contrário, também aqui haverá, mais uma vez, preocupação principalmente com as relações consumelistas, pois, diante do novo “arcabouço” (mesmo!) normativo, os consumidores terão que analisar com muito afincos os contratos que celebram, especialmente os de financiamento perante as instituições

8 DIDIER Jr., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro da, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil - Execução**, 5º v. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 545.

9 Enunciado nº 19, do FPPC: “(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, (...)”.

10 STJ. Agravo regimental no RESP nº 813546/DF. Rel. Min. Fux (acórdão). DJ 04/06/2007.

financeiras, para perquirir se estarão renunciando a impenhorabilidade do bem de família, entre outros relacionados na legislação (art. 833).

Contudo, já não se vislumbra qualquer óbice ao negócio processual em que as partes, de comum acordo, convençionem previamente que, em casos de execução, a penhora já será realizada sobre um determinado bem “penhorável” do devedor. Afinal, a “gradação legal”, que impõe uma ordem para a realização da penhora, não é absoluta (art. 835). Diferentemente, como visto, é negociar bilateralmente a renúncia pelo devedor de uma regra de “impenhorabilidade”.

2.6. Negócio processual visando à renúncia à força executiva do título extrajudicial por convenção processual (art. 785)

Trata-se de dispositivo inédito (art. 785), que permite ao credor optar pela via cognitiva mesmo quando já dispõe de título executivo extrajudicial. Essa é uma antiga polêmica, especialmente doutrinária, pois pouquíssimas vezes um credor renuncia à força executiva do seu título para iniciar o processo com todas as agruras da etapa cognitiva. Afinal, a mesma não contribui para uma maior agilidade dos processos, mas, muito pelo contrário, traz perdas de tempo gigantescas, pois todos os atos e fases da etapa de conhecimento terão que ser praticados, bem como haverá toda a correspondente cadeia recursal. Mas, era o entendimento defendido na doutrina há tempos, inclusive daquela que participou mais ativamente na aprovação do CPC.¹¹

Até se entende que, se o credor pode unilateralmente renunciar a totalidade do seu crédito em caráter extrajudicial, o mesmo também poderia renunciar apenas a força executiva do seu título. Sim, é de se conceber que quem pode fazer o mais também pode fazer o menos, muito embora não haja qualquer ganho significativo nessa postura assumida unilateralmente. Contudo, preocupa essa possibilidade ser tratada em caráter bilateral, novamente nas relações consumeiristas, pois podem ser incluídas cláusulas desfavoráveis ao consumidor, inclusive no sentido de que aquele determinado contrato, subscrito por 2 (duas) testemunhas, não ostentará força executiva apenas para este.

11 MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. São Paulo: RT, 2008, p. 630.

2.7. Negócio processual para dispensar caução em cumprimento provisório de sentença

Há enunciado do FPPC autorizando convenção processual para que as próprias partes possam dispensar caução para casos de cumprimento provisório de sentença.¹² De novo, se objetiva a troca de posição processual entre os operadores do Direito, sem que haja a adequada investidura na função jurisdicional (concurso público). Afinal, o legislador já dispôs quando a caução não será necessária em tais hipóteses (art. 521), cabendo exclusivamente ao membro do Poder Judiciário interpretá-la e aplicá-la.

2.8. Negócio processual para não promover cumprimento provisório de sentença

Há enunciado do FPPC autorizando convenção processual para que as próprias partes possam negociar a impossibilidade de se promover cumprimento provisório de sentença.¹³ Tal enunciado, contudo, soa inconstitucional, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade, que tanto tem sede constitucional (art. 5º, inc. XXXV, CRFB-88) quanto no próprio (art. 3º). Vale dizer que impedir a promoção do cumprimento provisório da sentença somente agrada ao devedor da obrigação, posto que o credor ou titular do Direito permanecerá longo tempo sem obter o seu cumprimento, diante do gigantismo da cadeia recursal, em que pese já constar com uma decisão que tem plena eficácia.

2.9. Negócio processual para renúncia prévia ao direito de recorrer ou de produzir provas

Há enunciado do FPPC autorizando convenção processual para que as próprias partes dispensem, de comum acordo, o assistente técnico.¹⁴ Mas, ao largo desse enunciado, há também aqueles que defendam que as partes, de comum acordo, podem previamente, ou mesmo no curso do

12 Enunciado nº 262, do FPPC: "(art. 190; art. 520, IV; art. 521). É admissível negócio processual para dispensar caução no cumprimento provisório de sentença."

13 Enunciado nº 19, do FPPC: "(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: (...) acordo para não promover execução provisória".

14 Enunciado nº 19, do FPPC: "(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: (...) dispensa consensual de assistente técnico, (...)".

processo, negociarem também a renúncia ao direito de produzir determinadas espécies de prova ou mesmo ao direito de recorrer.¹⁵

Esse enunciado, assim como a possibilidade de convenção bilateral renunciando previamente qualquer recurso ou direito de produzir outras provas, é absolutamente temerário e foge à solução negociada entre as partes. Afinal, havendo processo em curso, com a possibilidade de uma decisão que afete a esfera jurídica de um determinado sujeito, não seria crível que o mesmo já estivesse renunciando, em comum acordo com a outra parte, qualquer espécie de prova, seja ela tipificada ou não no CPC. Até porque tal convenção não iria inibir a iniciativa probatória de que dispõem o magistrado (art. 370). E, quanto à renúncia ao recurso, a mesma até poderá ser manifestada em caráter unilateral pelo interessado no momento próprio, ou seja, após a decisão já ter sido prolatada (art. 999), razão pela qual não é razoável autorizar um pacto bilateral e prévio entre os sujeitos do processo já negociando a ausência de recursos por uma ou ambas as partes, quando ainda nem foi proferida a decisão judicial. Aqui, novamente, avulta em importância a preocupação quanto ao que poderá constar em contratos de adesão.

2.10. Negócio processual para alterar efeito inerente a recurso

Há enunciado do FPPC autorizando convenção processual para a alteração de efeito inerente a recurso.¹⁶ No entanto, novamente se percebe a insistência na de troca de posição processual entre os operadores do Direito, sem que haja a adequada investidura na função jurisdicional. É que o efeito do recurso já é previamente estabelecido por lei, tal como ocorre com o recurso de apelação, eis que o CPC prevê que o mesmo será admitido no efeito devolutivo e suspensivo como regra (art. 1.012). Contudo, por vezes, o próprio legislador retira o efeito suspensivo desse mesmo recurso em dadas situações (art. 1.012, parágrafo 1º) ou mesmo concede um grau de subjetivismo ao magistrado para analisar e decidir de acordo com a situação concreta que lhe foi submetida (art. 1.012, parágrafo 4º). As partes, *data vênia* entendimentos contrários, postulam e se defendem de acordo com a posição que assumirem, mas não estão ali para decidir,

15 CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 1ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 129.

16 Enunciado nº 19, do FPPC: "(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: (...) acordo para retirar o efeito suspensivo da apelação, (...)".

pois esta postura é própria dos membros do Poder Judiciário. Portanto, é mais uma hipótese de negócio processual inconstitucional, por tentacionar subtrair da análise do Judiciário esse tipo de matéria (art. 5º, inc. XXXV, CRFB-88).

2.11. Negócio processual criando hipóteses de sustentação oral não previstas em lei ou mesmo ampliação do seu prazo

Há enunciado do FPPC autorizando convenção processual para que as próprias partes possam criar hipótese de sustentação oral ao arpejo da lei (art. 937), ou mesmo ampliar de comum acordo o prazo dessa sustentação.¹⁷ Curiosamente, este mesmo dispositivo teve um de seus incisos vetado (inc. VII) ante a justificativa, pela Presidência, de que essa prática ilimitada poderia comprometer a agilidade da prestação jurisdicional, o que é reputada como norma fundamental do CPC (art. 4º). Portanto, aqui também soa inconstitucional tal pretensão, pois além de retardar a marcha processual, também estaria sendo negociado tema de cunho processual, sendo que cabe apenas ao Congresso Nacional a disciplina de tais providências (art. 22, inc. I). Há enunciado da ENFAM no exato sentido do texto.¹⁸

2.12. Negócio processual para alteração de prazos peremptórios

Há enunciado do FPPC autorizando convenção processual para alteração de prazo de qualquer natureza.¹⁹ Sob a égide do modelo anterior (CPC-73), o texto legal previa, expressamente, que as partes não podiam, de comum acordo, reduzir ou prorrogar “prazos peremptórios” (art. 182, CPC-73), que são aqueles que tutelam normas cogentes que resguardam o interesse público. O novo modelo, porém, em dispositivo inédito (art. 222, parágrafo 1º), inverte o raciocínio, ao prever que ao magistrado é vedado reduzir “prazos peremptórios”, sem a anuência das partes. Em

17 Enunciado nº 17, do FPPC: “(art. 190) As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

18 Enunciado nº 36, ENFAM: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: (...) c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei”.

19 Enunciado nº 19, do FPPC: “(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: (...) acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, (...)”.

outras palavras, a novel legislação não proíbe (muito pelo contrário, até estimula) que a definição dos prazos seja realizada apenas pelas partes. Curiosamente, essa norma (art. 222, parágrafo 1º) conflita com outra do próprio CPC (art. 139, inc. VI), que prevê exatamente o oposto, ou seja, a possibilidade de o magistrado também modificar os prazos, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela dos direitos.

Parece que aqui, mais uma vez, deve prevalecer o bom senso, de modo a ser vedada a alteração de todo e qualquer prazo processual por vontade das partes, com exceção daqueles considerados como dilatatórios. Imagina-se, por exemplo, que as partes celebrem esse negócio processual, reduzindo os prazos dos recursos (que é prazo considerado como pre-remptório), justamente para que, por meio desse artifício, possam acelerar a tramitação processual, antecipando-se a todos os demais processos em curso, para que tenham prioridade no julgamento. Também é de se questionar como uma convenção entre as partes pode afastar a incidência de lei, criada pelo Poder Legislativo, que é pontual em afirmar que, pelo menos no CPC, todos os recursos devem ser interpostos em 15 (quinze) dias, com exceção dos embargos de declaração (art. 1.003, parágrafo 5º). Enfim, é mais um exemplo que não se sustenta de acordo com a ordem jurídica vigente.

2.13. Negócio processual modificando deveres e sanções processuais

Por fim, há enunciado do FPPC autorizando convenção processual para que as próprias partes possam modificar seus deveres e sanções processuais.²⁰ Só que, mais uma vez, trata-se de nova tentativa de troca de posição processual entre os operadores do Direito, sem que haja a adequada investidura na função jurisdicional.

Ademais, existe um controle recíproco da atividade que deve ser efetuado entre os operadores, pois se de um lado a parte pode efetivamente fiscalizar o trabalho do magistrado (por exemplo, quando recorre por discordar da decisão), também o oposto ocorre, já que o juiz exerce controle sobre a atividade desempenhada pelas partes ou por seus patronos, de modo que pode indeferir diligências inúteis ou até mesmo

²⁰ Enunciado nº 17, do FPPC: "(art. 190) As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção".

sancionar o comportamento daquele que se encontra no processo agindo de maneira desleal (art. 139, inc. III c/c art. 142).

A ninguém, absolutamente, interessa uma sociedade em que os próprios litigantes possam negociar sua própria punição. Não é democrático e nada mais há para acrescentar, exceto de que há enunciado da ENFAM no exato sentido do texto.²¹

3. Meios para nulificar os negócios processuais

Todas essas convenções processuais acima exemplificadas corporificam manifestações bilaterais de ambas as partes principais do processo, estando inseridas dentro de um gênero denominado “atos processuais” que, por sua vez, também são considerados como “atos jurídicos”. Assim, como qualquer “ato jurídico”, tais emanações de vontade podem estar maculadas por algum vício de consentimento, como nos casos de simulação ou coação. E, da mesma maneira, também pode ser possível que um dos envolvidos tenha se arrependido em algum ponto daquilo que foi pactuado, motivo pelo qual o mesmo tentará rever ou mesmo desconstituir o negócio processual. Basta imaginar que, no negócio processual, tenha constado a cláusula de que ambas as partes não irão utilizar nenhum recurso, comportamento este que poderá ser difícil de ser observado no momento em que o magistrado proferir uma decisão que, sob a ótica de uma das partes, é um completo absurdo por ter um conteúdo divorciado do que refletem as provas produzidas nos autos. Portanto, se os próprios “atos jurídicos”, em sentido amplo, podem ser revistos ou anulados judicialmente, certamente essa categoria de “negócios jurídicos” não pode estar acima de tudo, da Carta Magna, da legislação, de princípios, tornando os atos perenes, eternos, infalíveis e imutáveis.

Como já apresentado, o modelo primitivo já apresentava alguns contornos sobre os negócios processuais, permitindo que os mesmos fossem desconsiderados nos próprios autos, já que afeto àquele processo, dispensando a propositura de uma demanda anulatória em procedimento comum com essa mesma finalidade. Por exemplo, no caso da escolha da base territorial de comum acordo pelas partes (art. 63), o magistrado

21 Enunciado nº 36, ENFAM: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância improba; (...)”.

poderá negá-la, se vislumbrar que a mesma é abusiva e prejudicial a uma das partes. Da mesma forma, apesar de ser notadamente inconstitucional, também há norma autorizando que as partes possam criar o próprio rito processual (art. 190), também sendo previsto que o magistrado controlará a validade de tais disposições, nos mesmos casos de abusividade (mas em contrato de adesão) e também nos de nulidade (art.190, parágrafo único).

No caso dessas convenções processuais, o que se observa é que o CPC pulverizou o tratamento das mesmas em diversos dispositivos (*v.g.* art. 190; art. 191; art. 343, par. 4º, art. 357, par. 2º; dentre muitos outros), sendo razoável que seja adotada uma interpretação sistemática quanto ao tema, pois todos trazem ínsito uma mesma situação de fundo: a negociação sobre aspectos processuais do processo. Portanto, é de se defender que, em qualquer caso de convenção processual, tenha a possibilidade de o magistrado negar que a mesma tenha repercussão no processo, bastando fundamentar no sentido da nulidade (por violação a norma jurídica) como, também, em casos de inserção abusiva por uma das partes, independentemente de se tratar de contrato de adesão ou não. Trata-se, dessa maneira, de matéria que pode ser pronunciada por requerimento da parte ou mesmo de ofício (art. 190, parágrafo único), a qualquer tempo e dentro nos próprios autos, ou seja, dispensando a propositura de demanda própria e específica com essa finalidade de negar validade a aludida convenção. Do contrário, se for exigido um novo processo para tal fim (por analogia ao art. 966, parágrafo 4º), tal circunstância iria conspirar contra o tempo razoável para a solução do mérito (art. 4º), além de estar gerando situações contraditórias dentro do mesmo tema, pois já foi visto que existem certas espécies de negócios processuais que podem ser reutados nos próprios autos.

Dessa maneira, mesmo que tenha sido pactuado previamente pelas partes a não utilização de qualquer recurso, ainda assim após o ato decisório ser proferido será permitido a parte recorrer, esclarecendo ao magistrado os motivos pelos quais tal cláusula poderia ser reputada como nula ou abusiva. E, dessa maneira, o seu recurso será regularmente encaminhado ao Tribunal, pois qualquer cláusula pactuada que implique renúncia a esse direito é, obviamente, nula e sem qualquer eficácia, eis que contrária à Carta Magna (por violação a garantia do devido processo legal, que busca assegurar minimamente as demais garantias e princípios), bem como ao Pacto de San José da Costa Rica (que expressamente reconhece o direito ao duplo grau de jurisdição – art. 8º, inciso II, alínea “g”, *PSJCR*).

4. Primeiras impressões sobre o tema

Por todo o exposto, observa-se que o tema, embora já conhecido sob os auspícios do modelo primitivo (CPC-73), ganha musculatura com a novel legislação. Logo, é importante o aprofundamento quanto ao mesmo, para que possam ser ponderadas as primeiras conclusões do assunto frente ao ordenamento jurídico como um todo²². Mas, de todo modo, certamente o leitor atento já constatou certa contradição nos postulados acerca dos negócios processuais, em que as partes conseguem se compor consensualmente em tantos aspectos processuais (v.g. mudança de rito, calendário, saneamento, entre outros), mas, contraditoriamente, ainda permanecem um tanto quanto resistentes quanto à autocomposição no plano material (e, essa sim, é que seria a importante, para evitar a instauração de um processo).

Da mesma maneira, também gera reflexão a circunstância de que, na arbitragem, as partes já poderiam realizar grande parte das convenções acima nominadas, posto que nela predomina o caráter privatista e contratualista na relação entre as partes. Assim, já existindo “arena” própria para tanto, sem que estejam sendo gerados grandes questionamentos, não faria qualquer sentido tentar impor o mesmo sistema aos processos judiciais, que são calcados em premissas e normas completamente distintas, já que envolvem o exercício de atividade pública, seja por parte de quem as cria (Poder Legislativo) ou por quem as aplica (Poder Judiciário). ❖

22 Conforme foi observado pelo leitor, o autor não concorda com o teor de alguns dos enunciados do FPPC, no que diz respeito a amplitude que se pretendeu dar ao tema relativo aos negócios processuais. Isso, contudo, não é motivo para que não haja, entre os professores e estudiosos da disciplina processo civil, um profundo respeito e comunhão de ideias fundamentais. Afinal, nós todos estamos juntos empenhados em sustentar a necessidade da compreensão científica da disciplina. Não foi por outro motivo, aliás, que, em meu outro livro lançado em 2015, de nome **O Novo Código de Processo Civil – Anotado e Comparado**, fiz questão de citar o conteúdo de todos os enunciados produzidos pelo FPPC, abaixo dos dispositivos respectivos.

O Princípio da Primazia da Resolução do Mérito e o Novo Código de Processo Civil

Alexandre Freitas Câmara

Desembargador no TJERJ. Professor emérito e coordenador de Direito Processual Civil da EMERJ. Membro da comissão de juristas que assessorou a Câmara dos Deputados no exame do projeto de lei que resultou no novo Código de Processo Civil. Presidente do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL).

SUMÁRIO. 1. O direito fundamental ao exame do mérito. 2. O princípio da primazia da resolução do mérito como norma fundamental do processo civil. 3. Regras de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito no novo CPC. 4. Conclusão.

1. O DIREITO FUNDAMENTAL AO EXAME DO MÉRITO

Há muito se fala, em sede de doutrina, que existe um direito fundamental de acesso à justiça, o qual não pode ser visto como mera garantia de acesso ao Judiciário mas, mais do que isto, deve ser compreendido como o direito fundamental de acesso ao resultado final do processo.¹ Não obstante isso, sempre foi muito grande o número de decisões obstando o exame de mérito (de processos e de recursos), o que gerou até

1 Não é por outra razão que a doutrina, ao definir o acesso à justiça, fala expressamente da obtenção dos resultados: FÉRRAND, Frédérique. "Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure". In: **International Association of Procedural Law Seoul Conference**. Seul: IAPL, 2014, p. 10, onde se lê que "[a]cesso à justiça se refere à habilidade das pessoas de buscar e obter um remédio através de instituições formais ou informais de justiça, e em conformidade com os standards dos direitos humanos" (tradução livre. No original: "[a]ccess to justice refers to the ability of people to seek and obtain a remedy through formal or informal institutions of justice, and in conformity with the standards of human rights").

mesmo um movimento nos tribunais que ficaria conhecido como “jurisprudência defensiva”.²

A existência de uma jurisprudência defensiva, porém, com a criação de obstáculos ao exame do mérito de processos e recursos, acaba por contrariar o direito fundamental de acesso à justiça (aqui compreendido como garantia de acesso aos resultados a que o processo se dirige e, pois, garantia de obtenção de pronunciamentos de mérito e de satisfação prática dos direitos).³

O direito fundamental de acesso à justiça, evidentemente presente no ordenamento jurídico brasileiro (por força do inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República), assegura, porém, o acesso aos resultados efetivos do processo, notadamente a resolução do mérito (nos procedimentos cognitivos, aí incluídos os recursos) e a satisfação prática do direito substancial (nos procedimentos executivos, inclusive naquele que no Brasil se convencionou chamar de cumprimento de sentença, e que nada mais é do que a execução de decisões judiciais). Para dar efetividade a este direito fundamental, o Código de Processo Civil de 2015 fez constar do rol (não exaustivo) de normas fundamentais do processo civil o *princípio da primazia da resolução do mérito*, objeto deste breve estudo.

2. O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO COMO NORMA FUNDAMENTAL DO PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 2015 é, em sua estrutura (e não só em seu conteúdo), bastante diferente da legislação processual anterior.

2 Reconhecendo a existência de uma jurisprudência defensiva, vale ler o que disse, em voto proferido no STF, o Min. Gilmar Mendes: “É evidente que a orientação dominante está presidida por aquela denominada por alguns de nós de ‘jurisprudência defensiva’. Cabe à parte, portanto, tomar todas as medidas para o recurso ser adequadamente aviado e chegue ao Tribunal em condições de ser devidamente apreciado” (STF, AI 496136 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. em 15/5/2004).

3 É claro que o direito ao julgamento do mérito e à satisfação prática do direito não esgota a garantia de acesso à justiça. Como se pode ler em UZELAC, Alan. “Goals of civil justice and civil procedure in the contemporary world: Global developments – towards harmonisation (and back)”. In: UZELAC, Alan (coord.). **Goals of civil justice and civil procedure in contemporary judicial systems**. Suíça: Springer, 2014, p. 3: “Qual é o objetivo de tribunais e juízes em causas cíveis no mundo contemporâneo? Seria fácil afirmar o óbvio e repetir que em todos os sistemas de justiça do mundo o papel da justiça civil é aplicar o direito substancial aplicável aos fatos estabelecidos de modo imparcial, e pronunciar julgamentos justos e precisos. O diabo está, como sempre, nos detalhes” (tradução livre. No original: “What is the goal of courts and judges in civil matters in the contemporary world? It would be easy to state the obvious and repeat that in all justice systems of the world the role of civil justice is to apply the applicable substantive law to the established facts in an impartial manner, and pronounce fair and accurate judgments. The devil is, as always, in the details”).

Destaca-se, aí, a existência de uma Parte Geral, cujos dispositivos, ao serem interpretados, dão azo à identificação de normas aplicáveis a todos os procedimentos civis (e não só civis, como se pode ver pela leitura do art. 15 do Código). E na Parte Geral do Código tem especial destaque um capítulo denominado “Das normas fundamentais do processo civil”, composto pelos doze primeiros artigos da lei.

Nesse capítulo podem ser encontrados dispositivos cuja interpretação permite a afirmação de princípios e regras que compõem a base do direito processual civil brasileiro. No que concerne aos princípios, especificamente, não há – no CPC de 2015 – grandes novidades. É que todos esses princípios já resultam diretamente da Constituição da República de 1988, e compõem o modelo constitucional de processo civil brasileiro.⁴ Não obstante isso, o CPC de 2015 explicita esses princípios constitucionais (como os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais) ou apresenta corolários seus (como os princípios da boa-fé objetiva e da cooperação), o que tem a evidente vantagem de deixar clara a necessidade de se desenvolver o processo a partir de um modelo constitucional. Não é à toa, aliás, que o art. 1º do CPC de 2015 expressamente estabelece que “[o] processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Pois o art. 4º do CPC de 2015 faz alusão a dois princípios fundamentais do processo civil do Estado Democrático Brasileiro: o da duração razoável do processo (que tem guarida constitucional no art. 5º, LXXVIII, da Lei Maior) e o da *primazia da resolução do mérito*. É que o aludido dispositivo expressamente afirma que “[a]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Evidentemente, uma primeira leitura do dispositivo legal transcrito faz com que a atenção do intérprete seja chamada para a referência ao “prazo razoável”, o que imediatamente leva ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Uma leitura mais atenta, porém, permite verificar ali a afirmação de que “[a]s partes têm o direito de obter [a] solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

4 Sobre o conceito de modelo constitucional de processo civil, ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **Il modello costituzionale del processo civile italiano**. Turim: G. Giappichelli, 1990, *passim*. A respeito do modelo constitucional do processo civil brasileiro, CÂMARA, Alexandre Freitas. “Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional”. In: **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, v. 1. São Paulo: RT, 2015, p. 20.

Consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução do mérito (e à produção do resultado satisfativo do direito) sobre o reconhecimento de nulidades ou de outros obstáculos à produção do resultado normal do processo civil. Eis aí, portanto, o *princípio da primazia da resolução do mérito*.

Por força deste princípio, combate-se a jurisprudência defensiva, sendo portanto equivocado identificar obstáculos superáveis (à resolução do mérito) e não envidar esforços para os superar. A decretação de uma nulidade, o não conhecimento de um recurso ou a extinção de um processo sem resolução do mérito só serão legítimos, então, naqueles excepcionais casos em que se encontre vício verdadeiramente insanável ou que, havendo necessidade de atividade da parte para que seja sanado o vício, esta permaneça inerte e não o corrija, inviabilizando a superação do obstáculo.

Para efetiva aplicação deste princípio, o CPC de 2015 permite a identificação de uma série de regras destinadas a permitir que sejam removidos obstáculos à resolução do mérito, facilitando a produção dos resultados a que o processo civil se dirige. Vale, então, examinar um rol meramente exemplificativo dessas regras, o que permitirá uma melhor compreensão do modo como incide o princípio de que aqui se trata.

3. REGRAS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO NO NOVO CPC

A primeira regra de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito que se destaca aqui é a que resulta da interpretação do § 2º do art. 282. Este dispositivo é apresentado antes de qualquer outro com uma finalidade: permitir que se verifique que o princípio de que aqui se trata não foi “inventado” pelo CPC de 2015, mas é resultado de uma evolução histórica que já permite afirmar a existência de uma *história institucional* do princípio. Afinal, o dispositivo mencionado é reprodução (com pequenos ajustes de redação, como a substituição da expressão “declaração da nulidade” pela expressão, mais precisa, “decretação da nulidade”) do § 2º do art. 249 do CPC de 1973. Pois é por força do § 2º do art. 282 do CPC de 2015 que se pode afirmar que, “[q]uando 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”. Pense-se, por exemplo, no caso em que o juiz verifica não ter havido a correta intimação do réu para comparecer a uma audiência de instrução e julgamento, vício

este que só é percebido quando os autos estão conclusos para sentença. Ora, se o material probatório existente nos autos é suficiente para a prolação de uma sentença de improcedência do pedido (pronunciamento de mérito favorável ao réu, que seria favorecido pela decretação da nulidade da audiência para a qual não fora regularmente intimado), não há qualquer sentido em anular-se a audiência. Deve-se, pois, proferir sentença de mérito, e não anular o ato processual.

Este modo de proceder, como dito, já encontrava precedentes no sistema processual anterior, o que justificou a prolação de decisões de mérito em casos nos quais haveria motivo para reconhecer a existência de nulidades processuais e até mesmo para se extinguir o processo sem resolução do mérito.⁵

Merece destaque, também, o disposto no art. 317 do CPC de 2015, por força do qual “[a]ntes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”. É, pois, absolutamente incompatível com as normas fundamentais do processo civil brasileiro extinguir-se o processo sem resolução do mérito sem que antes se dê ao demandante oportunidade para sanar eventual vício processual. E por força do princípio da cooperação – consagrado no art. 6º do CPC de 2015 – é incumbência do órgão jurisdicional apontar com precisão qual o vício que se faz presente e pode, se não for sanado, obstar a resolução do mérito. Daí a razão para a previsão, contida no art. 321, de que “[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*”.

No mesmo sentido se encontra o disposto no art. 488, segundo o qual, “[d]esde 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”, ou seja, a extinção do processo sem resolução do mérito. Pense-se, por exemplo, no caso de o juiz verificar que o processo se encontra paralisado há mais de trinta dias por desídia do autor, o que é causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, III), mas

⁵ Assim, por exemplo, no julgamento da apelação cível n. 0074003 – 08.2006.8.19.0002, o TJRJ, por sua Segunda Câmara Cível, julgou procedente pedido formulado por autor que não estava devidamente representado por advogado, já que o reconhecimento da nulidade aí serviria para beneficiar o demandante, que – sem advogado – teria uma defesa técnica de seus interesses que poderia ser considerada deficiente. Ora, se era possível julgar procedente seu pedido não obstante o vício de sua representação, não havia qualquer sentido em decretar-se a nulidade.

se dá conta, também, de que o direito que o autor pretende fazer valer em juízo já se extinguiu por força da consumação de prazo decadencial, o que é causa de prolação de sentença de mérito (art. 487, II). Como a sentença de mérito, aqui, favoreceria o demandado, mesma parte que seria beneficiada pela extinção do processo sem resolução do mérito, deve-se considerar adequada a emissão de um pronunciamento que resolve o mérito da causa, dando-lhe solução definitiva.

Em grau de recurso – sede em que a jurisprudência defensiva mais se desenvolveu – há diversas regras de concretização do princípio da primazia da resolução do mérito. Algumas aqui também merecem destaque.

A primeira delas, sem dúvida, é a que se alcança com a interpretação do art. 932, parágrafo único, do CPC de 2015, por força do qual “[a]ntes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”. Pense-se, por exemplo, no caso de ter sido interposto recurso que só será tempestivo se ficar comprovada a ocorrência, durante a fluência do prazo, de algum feriado local. Pois o art. 1.003, § 6º, do CPC de 2015 estabelece que incumbe ao recorrente comprovar a ocorrência de feriado local *no ato de interposição do recurso*. A ausência desta comprovação no momento da interposição do recurso, porém, não acarreta a inadmissão automática do recurso: incumbe ao relator, antes de proferir decisão de não conhecimento do recurso, determinar a intimação do recorrente para produzir a prova em cinco dias.

Regra equivalente se aplica aos casos em que não há comprovação do preparo no momento da interposição do recurso. O CPC de 2015 repetiu, em seu art. 1.007, § 2º, a disposição contida no § 2º do art. 511 do CPC de 1973, por força da qual o recorrente será intimado, no caso de insuficiência do preparo, para complementar o depósito no prazo de cinco dias. Novidade, porém, está na previsão do § 4º do art. 1.007 do novo CPC: “[o] recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção”. Verifica-se aí não só a preocupação com a observância do princípio da primazia da resolução do mérito, mas também a necessidade de combater-se conduta protelatória (que, na hipótese, consistiria em não comprovar preparo algum com o objetivo de retardar o exame do mérito do recurso, aguardando-se a abertura de

nova oportunidade para comprovar o recolhimento das custas): haverá, é certo, uma segunda oportunidade para o recorrente efetuar o preparo mas, de outro lado, será ele punido com a exigência de que efetue o depósito do valor em dobro.

Ainda tratando do preparo do recurso, merece destaque o disposto no art. 1.007, § 7º, segundo o qual “[o] equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias”. Elimina-se, aqui, aquela que talvez tenha sido a principal causa de prolação de decisões afinadas com a “jurisprudência defensiva”: a dos erros no preenchimento de guias de recolhimento de custas.⁶

Em sede de recurso especial e de recurso extraordinário se destacam algumas previsões que não têm qualquer antecedente na legislação processual anterior. Veja-se, por exemplo, o disposto no art. 1.029, § 3º, por força do qual “[o] Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”. Evidentemente, só se poderá desconsiderar vício de recurso interposto tempestivamente, já que no caso de ser intempestivo o recurso especial ou extraordinário já terá o acórdão recorrido transitado em julgado, caso em que apreciar o mérito do recurso implicaria violar a garantia constitucional da coisa julgada. Tempestivo que seja o recurso excepcional, porém, o STF e o STJ deverão (e não simplesmente poderão, como consta da literalidade do texto normativo, eis que evidentemente não se trata de faculdade do órgão jurisdicional, mas de um dever que lhe é imposto por princípios fundamentais do ordenamento processual) desconsiderar vícios menos graves (como seria uma diferença ínfima entre o valor do preparo recolhido e o efetivamente devido) ou determinar sua correção (como se daria,

⁶ Veja-se, apenas a título de exemplo, o acórdão da Quarta Turma do STJ, proferido em 21/5/2015, no julgamento do AgRg no AREsp 576060/SP, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PREPARO. EQUÍVOCO QUANTO À INDICAÇÃO DO CÓDIGO DE RECOLHIMENTO. DESOBEDIÊNCIA À RESOLUÇÃO N. 4/2013 DO STJ. DESERÇÃO. DECISÃO MANTIDA. 1. “No ato da interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção” (art. 511, *caput*, do CPC). 2. A regularidade do preparo se verifica pela juntada aos autos da Guia de Recolhimento da União - GRU e o respectivo comprovante de pagamento, devendo ser observado o correto preenchimento da GRU, conforme determinar a resolução em vigor à época da interposição do recurso. 3. **A irregularidade no preenchimento da guia, consistente na indicação equivocada do Código de Recolhimento, caracteriza a deserção do recurso.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 576.060/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 01/06/2015, sem grifos no original).

por exemplo, no caso de não estar indicado o endereço eletrônico onde encontrado acórdão invocado como paradigma em recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial, o que afrontaria a exigência formal resultante do disposto no art. 1.029, § 1º, do CPC de 2015).

Outra regra de aplicação do princípio da primazia do mérito se encontra nos dispositivos que regulam a *conversão de recurso especial em extraordinário e vice-versa*. Dispõe o art. 1.032 do CPC de 2015 que, no caso de o relator do recurso especial entender que este versa sobre questão constitucional, não deverá declará-lo inadmissível, mas conceder prazo de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional, a fim de, em seguida, remeter os autos ao Supremo Tribunal Federal. De sua vez, se o STF reputar reflexa a ofensa à Constituição da República alegada em recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, deverá remetê-lo ao STJ para julgamento como recurso especial (art. 1.033).

4. CONCLUSÃO

A apresentação que aqui se fez de algumas regras de aplicação do princípio da primazia da resolução do mérito teve um único objetivo:⁷ mostrar que é preciso tratar o processo civil brasileiro do século XXI como um mecanismo eficiente de produção de resultados constitucionalmente legítimos. O juiz do século XXI deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais,⁸ e entre estes está, sem dúvida, o direito fundamental de acesso à justiça, compreendido aqui como direito fundamental à produção de resultados constitucionalmente legítimos através do processo.

Certamente a aplicação deste princípio exigirá uma mudança de postura (e de cultura) dos magistrados: é preciso que eles passem a ver-se como integrantes de uma comunidade de trabalho,⁹ através da qual, junto

7 Perdoe-se a insistência na afirmação de que as regras aqui apresentadas são apenas exemplos de normas que asseguram a primazia da resolução do mérito. Outras disposições como essas poderiam ter sido indicadas. Veja-se, apenas à guisa de exemplo, o disposto nos arts. 139, IX, 338 e 352, todos do CPC de 2015.

8 NUNES, Dierle; DELFINO, Lúcio. "Juiz deve ser visto como garantidor de direitos fundamentais, nada mais". In: <http://www.conjur.com.br/2014-set-03/juiz-visto-garantidor-direitos-fundamentais-nada>, acesso em 01/07/2015.

9 O conceito de comunidade de trabalho processual nasceu na obra do processualista austríaco Franz Klein, que prefigurava uma forma de cooperação (*Arbeitsgemeinschaft*) entre juiz e partes. Sobre o ponto, PICARDI, Nicola. "Le riforme processuali e sociali di Franz Klein". In: *Historia et ius – Rivista di storia giuridica dell'età medievale e*

com as partes (e seus advogados), construirão a decisão correta para o caso concreto.¹⁰ É preciso, então, que essa comunidade de trabalho seja compreendida em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo art. 1º da Constituição da República. É que, como leciona NUNES:¹¹

“Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo, e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo”.

O processo civil brasileiro do Estado Democrático, que o CPC de 2015 consolida a partir de um modelo estabelecido pela Constituição da República de 1988, há de ser um processo participativo, cooperativo, capaz – por isso mesmo – de conduzir a decisões constitucionalmente legítimas, que serão, preferencialmente, decisões de mérito. ❖

moderna, 2012, v. 2, p. 16. A concepção dessa comunidade de trabalho hoje, porém, como se verá melhor no texto, deve ser completamente diferente, já que o CPC de 2015 consolida a superação do processo hiperpublicista inspirado no modelo de Klein e acolhe definitivamente o modelo de processo cooperativo, participativo.

10 CUNHA, Leonardo Carneiro da. "Princípio da primazia do julgamento do mérito". In: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>, acesso em 01/07/2015.

11 NUNES, Dierle José Coelho. "Participação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil". Belo Horizonte: tese, 2008, p. 163. No mesmo sentido, DIDIER JÚNIOR, Fredie. "Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo". In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.), **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: JusPodium, 2013, p. 212.

Novos Tempos na Justiça

César Felipe Cury

Desembargador do TJERJ, Presidente do NUPEMEC - Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

O Poder Judiciário e a sociedade têm pela frente o enorme desafio de encontrar um modo de resolver um de seus principais problemas: o acúmulo de processos no sistema de Justiça.

As estatísticas do CNJ não deixam dúvida acerca do emperramento da máquina pública, que não consegue traduzir em resposta efetiva e a tempo razoável as cerca de vinte e oito milhões de ações que aportam anualmente em juízos e tribunais.

Numa sociedade de consumo de massa, a utilização exclusiva do Judiciário como meio para obtenção de tutela expõe a inaptidão do modelo adversarial para solução das questões mais triviais e seriadas, que privilegia o antagonismo como construtor da decisão em vez da negociação facilitada e responsável.

Os números impressionam e desafiam a compreensão do fenômeno.

Das cerca de cem milhões de ações em curso no país, 55% têm como litigante o próprio Poder Público – especialmente o Executivo, com as execuções fiscais e seus incidentes, que respondem por cerca de *trinta milhões de processos* e taxa de congestionamento em torno de 90%.

Por outro lado, as demandas decorrentes das relações de consumo – que envolvem principalmente concessionárias dos serviços públicos, empresas do sistema financeiro e planos de saúde - respondem por cerca de 38%. Essas ações são em larga medida repetitivas, assim entendidas aquelas que veiculam controvérsias já apreciadas pelo Judiciário, mas que, a despeito de pacificadas, continuam a aportar nos tribunais.

A reprodução dos litígios é o resultado de vários fatores. A insuficiência dos sistemas jurídico-normativo e regulatório, as limitações da

infraestrutura do país, a desatenção das empresas às rotinas internas e ao consumidor e a generosa acessibilidade à justiça são alguns dos principais motivos da convergência para o Judiciário de questões repetitivas.

O fato é que a sobrecarga causada por esses litígios impacta em todo o sistema e limita a capacidade de resposta do Judiciário, aumentando a taxa de congestionamento e prejudicando o atendimento às garantias de presteza e segurança preconizadas pela Constituição.

Mesmo o sistema dos juizados especiais, concebido há mais de trinta anos como um modelo misto de solução adjudicada e consensual, esgotou-se, e não consegue mais absorver, processar e devolver a tempo razoável a solução das demandas, que continuam a se repetir em ascensão ininterrupta.

Como efeito perverso desse excesso de litigância, os conflitos urgentes e os verdadeiramente complexos, tratados em meio ao enorme volume de processos e atos de expediente, acabam retidos pela inviabilidade operacional dos tribunais.

Essa ordem de fatores, que há décadas atormenta o jurisdicionado comum e desafia a administração judiciária, começa a incomodar também as empresas, e isso não apenas pela necessidade de manter robustas estruturas jurídicas e provisionamentos para sustentar a posição de litigante, mas pelos custos de imagem e porque o excesso de ações e a saturação do Judiciário também impõem dificuldades para o trato das lides estratégicas em que se veem envolvidas.

É preciso lembrar que o processo civil – instrumento democrático de acesso ao Judiciário, cadenciado, dialógico e burocratizado em favor da segurança –, é especialmente voltado a questões com um mínimo de complexidade, preferencialmente unitárias, e cuja solução consensual não tenha sido possível alcançar pelos próprios envolvidos.

Para as demandas seriadas, sobretudo as de reduzida dificuldade cognitiva, deve-se buscar outras formas de solução, de preferência em escala proporcional - obviamente, sem excluir as garantias constitucionais.

As crises costumam ser propulsoras da inovação.

Em boa hora, o novo CPC (Lei n. 13.105/15), elaborado pela equipe liderada pelo Ministro Luiz Fux, do STF, e a Lei de Mediação (Lei 13.140/15), resultado dos esforços empreendidos no Congresso Nacional e pela Comissão de Juristas presidida pelo eminente Ministro Luiz Felipe Salomão, do STJ, privilegiam a busca pela construção do consenso e ampliam as

opções de solução justa e em tempo razoável, com a regulamentação da negociação facilitada, como a mediação e a conciliação, e a arbitragem (CPC, arts. 3º e 165; Lei n. 13.140/15, art. 24).

Pelo novo arranjo legal, os tribunais deverão incentivar o uso de métodos consensuais para solução dos conflitos (CPC art. 3º, §§ 2º e 3º) e instituir Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos - Cejuscs, nos quais serão concentradas as sessões de Mediação e Conciliação Judiciais (CPC art. 165; Lei n. 13.140/15 art. 24), inclusive em fase pré-processual (Lei n. 13.140/15 art. 24), através de quadros próprios de mediadores e conciliadores (CPC art. 167, 6º).

No âmbito privado, a normatização da mediação extrajudicial (Lei n. 13.140/15) sinaliza para a possibilidade da solução dos conflitos pelos próprios interessados, diretamente ou com a intermediação de um facilitador (Lei n. 13.140/15, art. 1º, § 1º), e, sempre que necessário, acompanhados por advogado (Lei n. 13.140/15, art. 10) e pelo MP (Lei n. 13.140/15, art. 3º, § 2º).

Sob esse cenário, a maior novidade consiste na criação das Câmaras Privadas de Resolução de Conflitos (CPC art. 169, § 2º) e na possibilidade de utilização de ferramentas digitais (Lei n. 13.140/15 art. 46), desenhadas para o tratamento preferencial das questões seriadas: as *On Line Dispute Resolution* ou *ODR's*.

As questões individuais, intersubjetivas, com ou sem vínculo anterior, sem dúvida serão atendidas pela mediação e a conciliação presenciais, em ambiente judicial ou extrajudicial.

Mas as questões repetitivas, em especial as do consumo e as de reduzida complexidade e larga escala, deverão encontrar nas *ODR's* um modelo mais adequado para tratamento de disputas, em regra em ambiente extrajudicial (CPC, art. 175; Lei n. 13.140/15 arts. 21 a 23), independentemente da existência de ação (Lei n. 13.140/15 art. 16; CPC arts. 303, § 1º, inc. II, e 334), em paralelo ao sistema jurisdicional (CPC 165; Lei n. 13.140/15 arts. 4º, fine, 9º e 24) mas por este acompanhado e fiscalizado (CPC art. 167, § 3º), garantida a assistência por advogado (Lei n. 13.140/15 arts. 10 e 26), a tutela de medida urgente (CPC art. 303, § 1º, inc. II; Lei n. 13.140/15 arts. 16 § 2º, e 23 p. u.) e a suspensão do curso da prescrição (Lei n. 13.140/15 art. 17, p. u.).

Além da capacidade praticamente ilimitada de atendimento simultâneo, sem paralelo na justiça convencional, os sistemas *on line*, baseados

em inteligência artificial, são alimentados a partir das soluções encontradas pelos próprios usuários, cujo aprimoramento contínuo e na medida de sua utilização compõem os parâmetros para as negociações seguintes, o que facilita as tomadas de decisão e agiliza a resolução das disputas com segurança jurídica e isonomia, observado seu caráter absolutamente voluntário.

A possibilidade de utilização das ODR's, sem limitação de horário ou local, garante o conceito de modernidade ao direito de acesso à solução justa ao proporcionar economicidade, adequação, comodidade e efetividade a tempo razoável aos usuários, principalmente aos advogados, cuja postura colaborativa é decerto indispensável para a consolidação das práticas permitidas pelas inovações legais.

Nem se diga que às empresas não interessa o novo modelo consensual, uma vez que no sistema de justiça convencional a solução impositiva é sempre mais demorada e onerosa, além de exigir a manutenção de robustas estruturas jurídicas e provisionamentos e acarretar danos à imagem corporativa.

A percepção de êxito do novo sistema deverá implicar a preferência por esse modelo, com conseqüente e progressiva migração do jurisdicionado para a mediação e as Câmaras extrajudiciais, assim desonerando o Judiciário que, a longo prazo, verá reduzir o volume de processos.

Essa perspectiva sugere que a desoneração alcance não apenas o trato processual diário, mas sobretudo o aparato material e humano que o sustenta, permitindo melhor distribuição de equipamentos e recursos e movimentação mais racional de magistrados e servidores.

O certo é que transposição das demandas que hoje aportam no sistema de justiça para instâncias que podem e devem tratá-las com métodos mais adequados implicará a restituição do Judiciário à sua real missão constitucional de pacificador dos conflitos da sociedade, assim entendidos aqueles com ao menos relativa complexidade e que não encontre em outros mecanismos o reequilíbrio das disputas entre os particulares e entre esses e as empresas públicas e privadas.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem apostado fortemente nesse novo modelo autocompositivo e para-judiciário. Por isso, tem investido no credenciamento e em convênios com Câmaras Privadas e ODR's, certo de que assim contribui para a formação de uma nova cultura de pacificação social, baseada na resolução responsável dos conflitos através da construção do consenso.

A partir de 2016, a sociedade brasileira, e especialmente os consumidores, as empresas e os advogados, terão à disposição novas formas de acesso à solução dos conflitos justa, efetiva e em tempo razoável, sem onerar o Poder Judiciário, o qual permanecerá como cláusula de reserva para a garantia dos direitos constitucionais fundamentais. ❖

Marcas do Novo CPC

Celeridade Processual, Prestígio à Conciliação e à Mediação dos Conflitos com Observância à Segurança Jurídica

Guaraci de Campos Vianna

Desembargador do TJERJ, Diretor do IMB, ex-Presidente da ABRAMINJ.

A preocupação do mundo jurídico com o número excessivo de demandas soma-se ao período de mudança, notadamente de metodologia processual, em que vivemos.

Tentando efetivar mudanças, o Senado Federal instituiu o novo CPC¹, que visa a renovar e a acelerar o processo judicial, atendendo aos anseios da sociedade, buscando a tão almejada segurança jurídica, sem reduzir ou restringir direitos.

Tem como objetivo simplificar e dar mais celeridade à tramitação das ações cíveis com a redução de recursos, diminuição de formalidades e criação de uma ferramenta específica para tratar das ações repetitivas, além de agilizar e tornar mais transparentes os processos judiciais na esfera civil.

Além dos meios de desistências ou submissões de direitos das próprias partes, existem os institutos da conciliação, mediação e arbitragem, em que há a participação de um terceiro imparcial e não se utiliza do processo, e são esses institutos, eventualmente chamados de “equivalentes jurisdicionais”. Esses meios, resumidamente, se justificam garantindo o acesso à justiça, a celeridade, a economia processual e até a pacificidade da solução, prevista no preâmbulo constitucional, princípios que no sistema processual vigente muitas vezes não se concretizam. Visam, portanto, esses institutos, a concretizar a efetividade processual.

Na busca de soluções ao problema de ineficiência da máquina estatal, na prestação, sob sua alçada, do dever de solucionar os conflitos de interesses levados ao Judiciário, a Constituição Federal inseriu no seu artigo

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

5º os princípios constitucionais e processuais e os direitos fundamentais da inafastabilidade da jurisdição ou acesso à justiça (CF, Art. 5º, XXXV) e da razoável duração do processo (CF, Art. 5º, LXXVIII).

Após a elevação explícita ao patamar constitucional do preceito, sucessivas reformas processuais vêm sendo implementadas com o pretense escopo de emprestar densidade à norma legal que estabelece a célere tramitação processual.

Façamos, aqui, uma análise isenta de paixões e concisa, à *vol d'oiseau*.

Neste aspecto, é fato que o novo Código de Processo Civil traz importantes mudanças e inovações no procedimento das ações em geral e, ainda que alvo de críticas, visa a alcançar efetividade e celeridade processuais, prestigiando, inclusive, a conciliação e a mediação dos conflitos.

Aqui, destacamos algumas das novas regras promovidas pelo legislador:

O artigo 5º dá às partes uma posição mais ativa, o direito de participar cooperando com o juiz. Por sua vez, o artigo 6º lembra ao juiz que decida tendo em vista os princípios constitucionais da dignidade humana, moralidade e outros. Ainda que estas práticas não fossem vedadas, o certo é que, agora, são estimuladas.

O artigo 118 dá ao juiz poderes para dirigir o processo com celeridade, mesclando a busca de conciliação com ordens restritivas (por exemplo, multa) para casos de descumprimento. Na verdade, este artigo e o artigo 521 dão ao magistrado amplos poderes para fazer valer sua decisão. Deles só não consta o “*contempt of court*”, utilizado nos países da “*common law*”, que dá ao juiz o poder de prender quem se recusa a cumprir sua ordem.

O artigo 134 dispõe que cabe a cada tribunal propor que se crie, por lei de organização judiciária, um setor de conciliação e mediação.

No atual Código de Processo Civil, é prevista a conciliação nas ações de procedimento sumário (art. 275, incisos I e II) e como procedimento preliminar à apresentação da defesa pelo réu, em audiência, e nas ações de procedimento ordinário, após o decurso do prazo para a defesa, por designação do juiz, conforme o artigo 331, § 1º, assim como na Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Cíveis.

Não obstante, as ações de procedimento sumário quase sempre são convertidas ao procedimento ordinário; e as audiências preliminares de conciliação muitas vezes não se realizam por desinteresse das partes.

Assim, atualmente, na prática, a conciliação é pouco ou mal utilizada e, sem nenhum empenho para a solução consensual do litígio, tal questão acaba por prolongar por anos a fio um processo que poderia ter solução mais rápida e eficiente para as partes.

Precursora da nova Lei de Mediação e das Regras do Novo Código de Processo Civil, a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça deu um importante passo para estimular a Mediação e a Conciliação, ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciais, de oferecer mecanismos de soluções de litígios, com a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários, através dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como os CEJUSCs, cujas audiências são realizadas por conciliadores e mediadores credenciados junto ao Tribunal.

A partir de então, o Novo CPC recepcionou tais regras, trazendo o texto aprovado grande destaque para a Mediação e Conciliação e que para se firmarem como instrumentos de solução de conflitos de forma rápida e eficiente, se mostrando mais adequada para as questões que envolvem conflitos na área da família, e a Conciliação, para as questões da área comercial e do consumidor, destacando que podem ser utilizadas as duas técnicas de solução de conflitos quando se tratar obviamente de direitos disponíveis.

Através das citadas regras adotadas pelo novo Código de Processo Civil, inúmeros benefícios e vantagens poderão ser observados na adoção da mediação e conciliação, a saber: redução do desgaste emocional e do custo financeiro; construção de soluções adequadas às reais necessidades e possibilidades dos interessados; maior satisfação dos interessados envolvidos; maior rapidez na solução de conflitos, quer pessoais, quer familiares ou de negócios; desburocratização na solução de conflitos, uma vez que impera a informalidade nas sessões de mediação ou conciliação; possibilidade da solução do litígio por profissional escolhido pelos interessados, conforme a natureza da questão e a garantia de privacidade e sigilo.

Insta salientar que o novo Código de Processo Civil, positiva onde e quando será aplicada a mediação e conciliação e aos advogados caberá criação de mecanismos próprios para o melhor desempenho da atividade profissional.

Aos Juízes e Promotores de Justiça, caberá uma mudança de postura, com a aceitação das novas normas que regerão os procedimentos judiciais, atuando de forma menos formalista, observando as novas técnicas de solução de conflitos eleitas pelo CNJ e pelo legislador brasileiro.

Ao Estado, restará a responsabilidade de adotar as medidas adequadas e os aportes financeiros necessários para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos.

Outra importante inovação é a previsão de uma audiência preliminar de conciliação.

Os Tribunais terão que criar centros judiciários de conciliação e mediação, com profissionais especializados, para tentativa de acordos. Com isso, será designada audiência de conciliação prévia antes do oferecimento da resposta do réu. O réu será citado, não para contestar, mas para comparecer a audiência de conciliação ou mediação.

Somente com o encerramento da audiência, não tendo havido transação, terá início o prazo para contestação.

Desta forma, restou mantido o prazo de 15 dias para oferecimento da contestação, porém o termo inicial contará: (i) da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação, quando qualquer parte não comparecer ou, comparecendo, não houver autocomposição; (ii) do protocolo do pedido de cancelamento da audiência de conciliação apresentado pelo réu, quando ocorrer a hipótese em que ambas as partes manifestem desinteresse na realização da audiência de conciliação; (iii) de acordo com o modo como foi feita a citação, nos demais casos.

O artigo 186 dispõe que na contagem de prazo em dias, estabelecido pela lei ou pelo juiz, computar-se-ão, de forma contínua, somente os úteis e não em dias corridos, como funciona no Código de 1973. Manteve-se a previsão de contagem em dobro do prazo para litisconsortes com procuradores distintos, porém foi extinta a previsão de prazo computado em quádruplo para contestação pela Fazenda Pública e Ministério Público (art. 188 do atual CPC), que junto com a Defensoria Pública, gozarão do prazo em dobro para suas manifestações. O artigo 187 suspende os prazos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro.

Quanto aos prazos para os recursos passam a ser unificados. Com exceção dos embargos de declaração, cujo prazo se mantém em 05 (cinco) dias, todos os demais poderão ser interpostos em 15 (quinze) dias e retira-se a possibilidade de agravo de instrumento para decisões inter-

mediárias (sobre provas, perícias etc.). Acaba com o embargo infringente no caso de decisão não unânime, mas prevê que o caso seja reavaliado por outra composição.

Consta também no novo CPC a concentração de todas as possíveis respostas do réu (contestação, reconvenção, exceções de incompetência absoluta e relativa, impugnação ao valor da causa e justiça gratuita) em uma única petição. No sistema do atual CPC, com exceção da alegação de incompetência absoluta, essas matérias devem se processar em autos apartados. Tais modificações importam na simplificação de atos processuais, evitando-se a formação de diversos autos apartados, resultando na economia processual.

Os honorários advocatícios passam com o novo código a ter natureza alimentar, contando, ainda, os advogados com Férias Forenses.

Passa a ser normatizado o Incidente de Desconsideração da Pessoa Jurídica como intervenção de terceiro, uma vez que não há ainda, em nosso Ordenamento, legislação, regulamentando a desconsideração da pessoa jurídica. Com o novo CPC, a grande vantagem é que o sócio assumirá a condição de terceiro, se defendendo através de embargos (Art. 77).

A observância aos Precedentes Judiciais passa a ser uma obrigatoriedade, uma vez que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

No direito de família que abarca, na maioria das vezes, discussões complexas sobre as relações humanas, especialmente quando envolvem crianças e incapazes, embora necessite de maior debruço, não comporta morosidade.

Note-se que as alterações no procedimento para as ações de família garantiram um capítulo dedicado exclusivamente às ações desta natureza.

Outrossim, vigora no sistema jurídico atual regras procedimentais esparsas disciplinadas em algumas normas específicas, como a Lei de Alimentos (5.478/68), Lei da Alienação Parental (12.318/2010), Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - 8.069/90), além do próprio Código de Processo Civil (CPC) de 1973.

Assim, considerando que o novo CPC prestigia a celeridade e a efetividade processual, como também propõe sistematizar de maneira mais organizada as normas procedimentais para as ações de família e sucessões, ainda que objeto de crítica, neste campo, tem-se um avanço na novel legislação.

No capítulo “Das Ações de Família”, notadamente influenciado pelo projeto de lei “Estatuto das Famílias” (Projeto de Lei do Senado 470/2013) o capítulo iniciado pelo artigo 693 trata de ações propostas pelo procedimento da jurisdição contenciosa, sendo uma novidade na diferenciação nas ações litigiosas das demais abordadas pelo novo código.

Quanto ao procedimento para as ações de família de propositura consensual, o legislador foi preciso ao incluir tais medidas nos procedimentos de jurisdição voluntária (artigos 731 e seguintes).

Tais procedimentos, apesar da consensualidade, dizem respeito à obrigatória intervenção do Estado na autonomia privada, necessários para a obtenção de determinado fim (divórcio, separação, extinção de união estável e alteração de regime de bens).

Em matéria de sucessões e partilhas, também teremos mudanças importantes, sendo necessário, nas partilhas de bens, observar aquela divisão que atinja a maior igualdade possível entre os herdeiros, cônjuges ou companheiros.

A novel intenção legislativa é a plena igualdade de tratamento entre homens e mulheres e entre cônjuges e companheiros, devendo os bens ser partilhados de forma a prevenir futuros litígios e de maneira que garanta a maior comodidade possível aos herdeiros, cônjuges e companheiros. Diferentemente do que acontece na atualidade, onde as partilhas em que o juiz determina a divisão de todos os bens, especialmente imóveis, em partes iguais entre todos, ficando todos coproprietários de tudo e tal situação fatalmente acaba em litígio.

Quanto às normas afetas ao Estatuto da Criança e do Adolescente, manifestou-se quanto à competência territorial do foro onde o processo da Justiça da Infância e da Juventude deveria tramitar (**ECA, art. 147, inc. I c/c novo CPC/2015, art. 44 e 50**) e a manifestação do Ministério Público (**novo CPC/2015, art. 178, inc. II e art. 698 c/c ECA, art. 202**).

Relativamente aos temas polêmicos, houve a supressão de cópia da petição inicial (contrafé) do mandado de citação, disposto no parágrafo 1º do artigo 694, o qual determina que o mandado de citação não conterà cópia da petição inicial (contrafé) e citará o réu para comparecer à audiência de conciliação, ao invés de citá-lo para defender-se no prazo legal.

Outro aspecto que gera preocupação é o previsto nos artigos 10 e 121 do novo CPC, em que se determina que o juiz decida dentro dos argumentos das partes. Rompe-se com um princípio do Direito Romano,

adotado em todo o mundo ocidental: “dá-me os fatos que eu te darei o direito”. O juiz não poderá reforçar sua argumentação com um acórdão da Suprema Corte dos Estados Unidos ou com uma diretiva da Comunidade Europeia, se isso não tiver sido suscitado nos autos.

Mais um dispositivo preocupante é o do artigo 476, IV, que dispõe não ser fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo. Percebe-se que a intenção do legislador foi positiva, no sentido de que o juiz analise os argumentos das partes, contudo, seus efeitos podem ser opostos na medida em que o réu procrastinatoriamente invoque infinitos motivos diferentes para opor-se à pretensão do autor e a ação certamente não terminará em menos de uma década.

Estas considerações tiveram o objetivo de apresentar, em síntese, algumas mudanças que irão ocorrer por ocasião da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Por certo, algumas já conhecidas pelo público são aplaudidas, enquanto outras, no mínimo, são motivo de reflexão. No entanto, é certo que devemos continuar a aprofundar o seu estudo para dar maior eficácia na aplicabilidade do novo CPC. ❖

O Processo como “Comunidade de Trabalho” e o Princípio da Cooperação

Antonio Aurelio Abi-Ramia Duarte

Juiz de Direito Auxiliar da Presidência do TJERJ. Mestre em Processo pela UERJ. Expositor da EMERJ, ESAJ, UCAM, UNESA E FEMPERJ. Professor da Pós-Graduação da EMERJ, Estácio e IBMEC. Membro do IBDP e do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Autor de livro e artigos publicados em revistas especializadas.

Alexandre Freitas Câmara

Desembargador no TJERJ. Professor emérito e coordenador de Direito Processual Civil da EMERJ. Membro da comissão de juristas que assessorou a Câmara dos Deputados no exame do projeto de lei que resultou no novo Código de Processo Civil. Presidente do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), da Academia Brasileira de Direito Processual Civil (AB-DPC), do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual (IIDP) e da Associação Internacional de Direito Processual (IAPL).

Áreas do Direito: Direito Constitucional; Direito Processual Civil.

Resumo: o trabalho busca avaliar os contornos do princípio da cooperação, os deveres de lealdade e boa-fé processual, bem como seu amplo exercício por todos os personagens do processo, analisando o tema a partir da Constituição da República e do novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: princípio da cooperação; garantias fundamentais do processo; contraditório; lealdade e boa-fé processuais; novo Código de Processo Civil.

Sumário: 1) Introdução; 2) Conceito e delimitação do tema; 3) Previsão no novo Código de Processo Civil (CPC); 4) Conclusão; 5) Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por fim examinar os conceitos que compõem e marcam o relevante princípio da cooperação no direito processual civil, tendo por base analítica a lealdade, a boa-fé, o contraditório e o devido processo legal.

Busca-se traçar breve exame relativo ao papel das partes e do julgador e aos contornos concernentes ao tema no novo CPC.

2. CONCEITO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Deve-se lembrar que o Brasil é um País com uma democracia jovem, com poucas décadas de prática dos seus valores mais elementares. Foram longos anos de submissão à colônia e, posteriormente, a regimes opressores. Portanto, a democracia brasileira dá seus primeiros passos¹.

Após a Constituição de 1988, o Brasil passou a valorizar o relevante princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, a Carta Maior coloca a dignidade humana como centro normativo de todo o sistema político e jurídico².

Da mesma forma, o cenário processual mais recente mergulhou e passou a buscar sustentação em valores³ ligados à preservação das garan-

1 DIDIER JÚNIOR nos faz lembrar que não existe um modelo de organização do processo exclusivamente adversarial ou inquisitivo, mas que qualquer sistema tende a compartilhar valores de ambos os modelos. Ademais, tratando do tema garantismo processual, revela a visão doutrinária tradicional na qual “[a] doutrina costuma relacionar o modelo adversarial-dispositivo a regimes não autoritários, politicamente mais liberais, e o modelo inquisitivo a regime autoritários, intervencionistas. Trata-se de afirmação bem frequente na doutrina”. DIDIER JÚNIOR conclui que se trata de uma ilação simplista, não havendo relação direta entre o aumento de poder do juiz e os regimes autocráticos, ou seja, processo dispositivo não indica democracia e processo inquisitivo não sugere autoritarismo necessariamente. (DIDIER JR., Fredie. “Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”. REPRO. V 198, Agosto de 2011, ano 36. Editora RT, p. 210).

2 “A dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.(...) A dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico Kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. Coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter.” (BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional** - tomo II - 2ª ed. revista. Editora: Renovar. 2009, p. 584-585 e 250)

3 Tratando do importante conceito de pós-positivismo, vale recordar as lições dos Professores Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpre-

tias fundamentais do processo, apoiando-se, consequentemente, na dignidade da pessoa humana, alçada à condição de “superprincípio” como centro de todo o ordenamento e interpretação.

Assim, a leitura do princípio da cooperação deve nortear-se pelos valores garantísticos do processo e pela necessidade de manutenção da mencionada dignidade humana, todos vertidos para o resguardo do devido processo legal. Lembra Mitidiero que o Estado Constitucional de modo nenhum pode ser confundido com o Estado-Inimigo, tendo papel ativo no cumprimento dos anseios constitucionais.⁴

A cooperação desponta no processo como a ideia central de que o Estado atua em prol de uma sociedade justa, livre, solidária e delimitada pela já mencionada dignidade. Em prol destes valores deve o Estado se posicionar.

Tendo seu sustentáculo principiológico no devido processo legal, no contraditório participativo e na ampla defesa, o princípio da cooperação traça nova dinâmica comportamental para os personagens do processo. Um novo cenário subjetivo desponta então no procedimento.

Bruno Garcia Redondo conceitua a cooperação como o dever de todos os sujeitos processuais de adotarem condutas, sempre de acordo com a boa-fé e a lealdade, que colaborem com as maiores eficiência e transparência da ação.⁵

De igual forma, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, ao tratar das garantias fundamentais do processo, e citando Nicolò Trocker, reafirma que processo justo é o que se desenvolve em respeito aos parâmetros fixados na Constituição e aos valores sociais. Assim, parece necessária a plena observância dos direitos tão duramente conquistados para a busca de um processo em absoluta sintonia com o Estado Democrático de Direito⁶.

*tação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. “O Começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, abr/jun 2003, p. 141.)*

4 MITIDIERO, Daniel. “Processo justo, colaboração e ônus da prova”. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**: V. 78, n. 1 (jan./mar. 2012).

5 REDONDO, Bruno Garcia. “Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes”. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, nº 133, abril de 2014, p. 09/14. As partes devem nortear seu comportamento pela lealdade (ver: GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. REPRO. nº 164. São Paulo. Editora RT, p. 52).

6 DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. “Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Novo Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos Artigos 1 a 12 do PLS 166/10”. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. V. VI, p. 61. www.redp.com.br.

Joan Picó i Junoy, tratando da conduta processual das partes, ensina:

*"De forma progresiva, nuestro T.C. ha ido exigiendo una mayor diligencia respecto del actuar de la parte para entender conculcado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. (...) De igual modo el T.C. exige que, frente a una detención del procedimiento, la parte perjudicada reaccione, denunciando la dilación del tempo, pues ello es um deber de diligencia y colaboración com la Administración de Justicia."*⁷

Assim, o princípio da cooperação revela-se como norte comportamental para os personagens do processo.

Parece natural concluir que a deslealdade, a alteração consciente da verdade, a má-fé, entre outros, são comportamentos incompatíveis com o devido processo. Não se deve confundir a defesa dos interesses das partes com o falso, com o desleal, enfim, com a mentira. A cultura do "jeitinho" deve ser abolida.

Mitidiero reforça os valores que devem ser preservados:

Ao longo da história do direito processual civil, a preocupação com a ética fora uma constante, manifestando-se de maneira mais aguda precisamente em duas frentes: no problema da articulação da boa-fé nas relações entre aqueles que participam do juízo e no problema da obtenção da verdade no processo. Também a boa-fé e a verdade, portanto, oferecem-se como terrenos ótimos para a delimitação dos modelos processuais que ora ocupam. (...)

*No modelo do processo cooperativo, que é necessariamente um "devido proceso legal", além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva e objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo.*⁸

7 PICÓ, Joan i Junoy. **Las garantías constitucionales del proceso**. Librería Bosch Editor. Barcelona: 2012. Segunda edición, p. 149/150.

8 MITIDIERO, Daniel. "Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos". 2ª edição. São Paulo: Ed RT, 2011. **Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. V. 14, p. 105/106.

De igual forma, exige-se padrão comportamental novo ao julgador, estabelecendo o mais amplo diálogo paritário com as partes,⁹ preservando-se a isonomia. Tal conduta reforça o contraditório participativo e permite que as partes influenciem no resultado final de forma prévia. Consequentemente, deve o magistrado provocar o diálogo com e entre as partes, incitando sua prática de forma equilibrada e isonômica.

Vale recordar as lições de Dierle Nunes, que afirma existir uma ligação vital entre a “democratização do processo” e a “corresponsabilidade” entre seus personagens:

*A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre eles e, especialmente, um policentrismo processual.*¹⁰

A visão distante do julgador, que figura como mero observador do litígio, é incompatível com a dialética processual moderna e com a necessidade do máximo diálogo com as partes em prol do contraditório pleno. Deve-se buscar o que DIDIER JÚNIOR chama de condução cooperativa do processo, como o modelo ideal para implementar os anseios e as garantias constitucionais.¹¹

O procedimento, portanto, deve basear-se no permanente diálogo do julgador com as partes, conduzindo o processo de forma cooperativa¹²

9 “Disso surgem deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, que assume uma ‘dupla posição’: ‘mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual’, e ‘assimétrico’ no momento da decisão; não conduz o processo ignorando ou minimizando o papel das partes na ‘divisão dos trabalhos’, mas, sim, em uma posição paritária, com diálogo e equilíbrio”. (DIDIER JR., Fredie. “Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo”. REPRO. V. 198, Agosto de 2011, ano 36. Editora RT. P. 212).

10 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. 1ª edição, 4ª reimpressão. Curitiba. Ed Juruá. 2012, p. 195.

11 Ver o § 139, 1 a 5, da ZPO da Alemanha. O princípio da cooperação encontra-se estabelecido no art. 266, nº I do CPC Português, estabelecendo que o julgador e as partes devem cooperar entre si, visando à obtenção, com efetividade e brevidade, da justa composição do conflito. O preceito busca estimular a repartição da direção do processo entre partes e julgador, mediante a ferramenta consistente no princípio da cooperação intersubjetiva, estimulando a auto responsabilização dos personagens do processo. Dierle Nunes, com base nos ensinamentos de Picardi, lembra da passagem de um “Estado de Leis” (*Gesetzstaat*) para um “Estado dos Juizes” (*Richterstaat*), com franca diminuição da importância do legislador e potencialização do papel da magistratura. (NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**. 1ª edição, 4ª reimpressão. Curitiba. Ed Juruá. 2012, p. 107).

12 GRASSO, Eduardo. “*La collaborazione nel processo civile*”. *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, p. 602.

e oportunizando o constante debate como fruto mais precioso do contraditório participativo, visando à construção de uma sentença prolatada e legitimada pela dialética e proximidade com as partes, cravada pela lealdade e pela boa-fé.

O magistrado é detentor do dever de prevenção na condução do procedimento, prestando esclarecimentos aos litigantes no curso do processo e consulta às partes com relação a questões de fato e de direito que permeiam os pontos a serem examinados.

Como bem lembra Garcia Redondo, a cooperação exige que o juiz exerça posição de “*agente-colaborador*” no processo, participando ativamente do contraditório e do procedimento, afastando-se do quadro apático de mero espectador.¹³

O diálogo durável e o fornecimento de orientações são características inafastáveis do princípio tratado, fruto do Estado Democrático de Direito e de todo um sistema processual cooperativo.

O processo deve, necessariamente, ser visto e praticado como uma viva “comunidade de trabalho” (*Arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro*).¹⁴

A participação ativa dos personagens do processo é o que o legitima como mecanismo e instrumento de resolução de conflitos. Assim, é certo afirmar que o processo desviado de uma participação permanente e democrática das partes, marcado pelo amplo diálogo dos seus personagens, não se afigura como legitimador de resolução alguma, não sendo, portanto, adequado à realização do contraditório participativo, afastando-se dos preceitos elementares do devido processo legal.

Fazzalari ensina que o processo é, necessariamente, um procedimento em contraditório,¹⁵ o qual deve se revelar adequado aos fins do Estado Constitucional. Assim sendo, o processo reclama para sua estruturação e caracterização um formalismo constitucionalmente legítimo, disposto ao debate leal daqueles que tomam parte no processo.

A cooperação permite uma participação mais viva do julgador na dinâmica processual,¹⁶ afastando aquela visão inicial de que o magistrado

13 REDONDO, Bruno Garcia. "Princípio da cooperação e flexibilização do Procedimento pelo juiz e pelas partes". *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, nº 133, abril de 2014, p. 09/14.

14 Expressão empregada pelo brilhante processualista baiano DIDIER.

15 Elio Fazzalari, *Istituzione di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 8ª ed., 1996, p. 8.

16 “O juiz democrático não pode ser omisso em relação à realidade social e deve assumir sua função institucional decisória, num sistema de regras e princípios, com o substrato extraído do debate endoprocessual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam o dimensionamento decisório. A participação e o policentrismo processual buscam o abandono dessa postura vocacionada a cidadãos infantilizados,

deve manter-se inativo, tornando-o guardião da permanente necessidade de diálogo com as partes, fruto do devido processo legal e do contraditório participativo. Assim, o papel de mero espectador passa a fazer parte de um passado distante – tanto quanto a do juiz que conduz o processo sem levar em conta os interesses e necessidades das partes, pondo-se acima delas –, assumindo o julgador a condição de mediador do diálogo processual, sendo certo afirmar que a cooperação é um dever mútuo e simbiótico entre os personagens do processo.

Dierle Nunes, tratando da “quebra do protagonismo judicial”, aduz acerca da necessidade de nova readequação comportamental e técnica do julgador:

Propõe-se, assim, um afastamento completo da ideia de privilégio cognitivo do julgador (decisionismo) e a implantação de um espaço discursivo participativo de formação de decisões. (...)

A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões. (...)

Uma verdadeira democracia processual será obtida mediante a assunção da co-responsabilidade social e política de todos os órgãos envolvidos (juízes, partes, advogados, órgãos de execução do Ministério Público e serventuários da Justiça) segundo balizamento técnico e constitucionais adequados, de modo a estruturar um procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica.¹⁷

3. PREVISÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC)

A cooperação é tratada no nosso novo CPC entre os princípios e as garantias fundamentais do processo, estabelecendo norte a ser rigidamente observado no processo:¹⁸

carentes de um salvador, tão cara a sistemas de dominação das mais variadas linhas de totalitarismo” (NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*, cit., p. 200).

¹⁷ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático*, cit., p. 196/197/198.

¹⁸ A redação inicial ofertada para o tema da cooperação foi a seguinte, sendo, após, substituída pela definitiva

"Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

I – à tutela antecipada de urgência;

II – às hipóteses de tutela antecipada da evidência previstas no art. 306, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 716.

Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício."

O novo CPC se preocupa com uma solução do processo em tempo razoável e com o dever de colaboração das partes, ou seja, reprime incidentes desnecessários que apenas distanciam uma solução adequada e célere, preservando a cooperação e zelando pela lealdade e boa-fé. Vale destacar que foi incluída a expressão "[t]odos os sujeitos do processo...", ampliando-se, portanto, o rol subjetivo daqueles que têm estrito dever de observância à cooperação.

Assim, o processo deve ser o campo de plena e ativa participação de todos os sujeitos do processo (como autêntica comunidade de trabalho), reforçando valores decorrentes do Estado Democrático de Direito, ofertando iguais oportunidades de manifestação das partes. Nesse con-

transcrita no corpo do texto acima: **Art. 8º.** As partes e seus procuradores têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios. **Art. 9º.** Não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida, salvo se se tratar de medida de urgência ou concedida a fim de evitar o perecimento de direito. **Art. 10.** O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício. Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica aos casos de tutela de urgência e nas hipóteses do art. 307.

texto, devem ser garantidas às partes idênticas oportunidades de ciência e manifestação, simetricamente iguais (isonomia e contraditório decorrentes das premissas democráticas).

O contraditório participativo deriva do princípio da participação democrática. Tem os pressupostos devidamente elencados pelo Prof. Leonardo Greco, quais sejam: a) audiência bilateral; b) direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participando da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício pelo juiz; c) congruência dos prazos; d) contraditório eficaz e sempre prévio, devendo sua postergação ser excepcional; e) contraditório participativo, a pressupor que todos os interessados tenham o direito de intervir no processo e exercer amplamente as prerrogativas inerentes ao direito de defesa. Além disso, não se pode deixar de recordar que o princípio do contraditório garante às partes o direito de ter seus argumentos levados em consideração pelo juiz no momento de proferir decisão (o que acarreta, como inexorável consequência, a invalidade da sentença que deixa de examinar todos os fundamentos suscitados pela parte e que sejam, ao menos em tese, capazes de infirmar a conclusão que na decisão tenha sido apresentada). Resulta daí a intrínseca ligação entre o direito ao contraditório e a exigência de fundamentação substancial das decisões judiciais.

Tal premissa é robustecida pelo fato de que decisões não podem gerar surpresa às partes, devendo estas ter oportunidade para manifestar-se plena e previamente. Os sujeitos processuais devem ter o direito de apresentar todas as suas alegações, propondo e ofertando provas, exercendo tanto a autodefesa quanto a defesa técnica, em consonância com a máxima dialética processual. O contraditório não é, pois, somente o direito de participar com influência. É, também, o direito à não-surpresa.¹⁹

Existindo a hipótese de medida de urgência ou para se evitar o perecimento do direito, estabelece-se uma exceção à exigência de contraditório prévio, permitindo-se que este se desenvolva de forma diferida ou postergada.

O artigo 10 norteia a impossibilidade de o Juiz decidir sem conceder oportunidade de manifestação às partes.²⁰ Tal dispositivo representa uma

¹⁹ Por todos, NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**, cit., p. 224-231.

²⁰ “Se os Juízes passassem a assegurar o contraditório pleno, ouvindo previamente as partes antes de proferir qualquer decisão, ainda que sobre matéria cognoscível de ofício, seguramente, muitos recursos seriam evitados”. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª edição. Malheiros, 2010, p. 105). De igual forma, o Prof. Cândido Dinamarco sustenta o dever do juiz de fundamentar suas decisões, evitando surpreender as partes com decisões de ofício inesperadas, logo, corrobora a previsão legal (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. Ed Malheiros. 11ª edição, 2003, p. 350).

inovação em termos de texto normativo, mas a rigor a norma que daí resulta já existia no ordenamento jurídico brasileiro, resultando do art. 5º, LV, da Constituição da República.

Vários doutrinadores já tratavam da necessidade de oitiva bilateral, como condição legitimadora de decisão do juiz, até mesmo para matéria de ofício.²¹ Tal regramento encontra amparo em outras legislações, como o art. 183 do Código de Processo Civil Italiano e o art. 3º, nº 3, do Código de Processo Civil Português.

Pela leitura do dispositivo, para que possa se manifestar acerca de fato que não tenha sido previamente debatido pelas partes, tem o juiz o dever de o submeter à manifestação prévia destas (ainda que se trate de matéria de ofício), consagrando o contraditório como dever de consulta ou de diálogo judicial.²²

A principal diferença para o formato anterior é que a exigência do contraditório tem também como destinatário o órgão jurisdicional. O art. 10 do CPC de 2015, então, coloca em evidência princípios como o contraditório e a fundamentação substancial das decisões.

Dessa forma, é preciso reconhecer a existência de ligação direta e inafastável entre contraditório e fundamentação das decisões,²³ devendo esta ser feita de forma a permitir que se verifique que o contraditório foi efetivo, respeitando o Estado Democrático de Direito, processo justo e efetividade do processo. O novo CPC, assim, deixa claro o propósito de enaltecer os preceitos constitucionais.

4. CONCLUSÃO

O trabalho em questão busca uma visão breve dos princípios e artigos em tela; repassando que a efetividade do princípio carecerá de uma postura vanguardista dos personagens processuais.

De nada vale norma processual de elevado grau de qualidade e aplicação prática se for mantida a mesma postura tradicionalista e benefi-

21 Entre outros, GRECO, Leonardo. "Garantias Fundamentais do Processo: o Processo Justo". Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. **Estudos de Direito processual**. V I, p. 242.

22 MARINONI, Luiz Guilherme. MITIETO, Daniel. **O Projeto do CPC. Crítica e propostas**. Editora RT. 2010, p. 75.

23 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2012, p. 137.

ciadora da morosidade. Deve-se trabalhar o novo CPC com um olhar para o futuro, com um novo espírito.

Busca-se, então, um conselho final na visão de Michele Taruffo, que ao tratar da lealdade processual diante do panorama mundial, leciona:

"A ideia tradicional de que não há moralidade processual e que qualquer conduta processual é boa, desde que apenas se respeite sua forma legal, não é mais confiável. Padrões de moralidade processual, justiça, lealdade, boa-fé, devido processo, correção etc. tornam-se mais e mais penetrantes e relevantes mesmo em países onde eles não tinham real significância até recentemente. Este fenômeno extremamente importante está em desenvolvimento. Ele emerge em diversas formas e com diferentes (e algumas vezes apenas parciais) resultados, e evolui em diferentes ritmos. Todavia, sua existência na maioria dos sistemas legais modernos parece inegável. (...)

Diversos países de *civil law* estão inclinados a confiar quase exclusivamente nas cortes: é afeto ao juiz assegurar a lealdade e a legalidade dos procedimentos e, portanto, um papel importante que as cortes poderiam desempenhar é o de prevenir e punir abusos. Sistemas de *common law* parecem inclinados algumas vezes na mesma direção (como acontece em certa medida com o Reino Unido), mas outras vezes eles seguem diferentes linhas. Hazard claramente sublinha que, nos Estados Unidos, não há conceito de 'Estado' no qual oficiais superiores tenham responsabilidade por supervisionar a lealdade nas cortes e órgãos governamentais, ou responsabilidade de intervir 'ativamente' para corrigir abusos. A consequência é que princípios de lealdade têm de ser reforçados principalmente pelas partes do começo ao fim dos processos contenciosos, com base na 'autoajuda' que sublinha a concepção adversarial de justiça. (...)

Então, a principal sugestão é desenvolver uma ativa cooperação das cortes e partes e advogados honestos, repartindo uma aspiração comum de uma justa e correta administração da justiça".²⁴❖

24 TARUFFO, Michele. "Abuso de Direitos Processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)". *Revista de Processo*, v. 177, p. 153, Nov / 2009, DTR\2009\642.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto; **BARCELLOS**, Ana Paula de. "O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, abr/jun 2003.

_____ **Temas de direito constitucional** - tomo II - 2ª ed. revista. Editora: Renovar. São Paulo: 2009.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, **GRINOVER**, Ada Pellegrini e **DINAMARCO**, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25ª edição. Malheiros Editores. 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. "O princípio contraditório e a cooperação no processo". Escrito em 05/agosto 2013. <www.leonardocarneirodacunha.com.br>, em 25/junho/2014.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. "Os princípios e as garantias fundamentais no projeto de novo código de processo civil: breves considerações acerca dos Artigos 1 a 12 do PLS 166/10." **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Vol. VI. www.redp.com.br.

DIDIER JR., Fredie. "Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo". **REPRO**. V. 198, Agosto de 2011, ano 36. Editora RT.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5ª edição. Editora Malheiros. São Paulo: 1996.

_____ **Instituições de direito processual civil**, v. I. 4ª edição. Malheiros Editores. São Paulo: 2004.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil** – Volume I. 4ª Edição. Ed. Forense. São Paulo: 2008.

GRASSO, Eduardo. "*La collaborazione nel processo civile*". **Rivista di Diritto Processuale**, p. 602, 1966.

GRECO, Leonardo. "Publicismo e privatismo no processo civil". **REPRO**, nº 164. São Paulo. Editora RT.

_____ **Estudos de direito processual**. Coleção José do Patrocínio, volume 1. Ed. Faculdade de Direito de Campos. 2005.

_____ **Garantias fundamentais do processo: o processo justo**. Ed Faculdade de Campos. Coleção José do Patrocínio. 2005. Estudos de Direito processual. V. I.

MARINONI, Luiz Guilherme. **MITIDIERO**, Daniel. **O Projeto do CPC: crítica e propostas**. Editora RT. São Paulo: 2010.

MITIDIERO, Daniel. "Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos". 2ª edição. São Paulo: Ed RT, 2011. **Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. V. 14.

_____ "Processo justo, colaboração e ônus da prova". **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**: v. 78, n. 1 (jan./mar. 2012).

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. 1ª edição, 4ª reimpressão. Curitiba. Ed Juruá. 2012.

PICÓ, Joan i Junoy. **Las garantías constitucionales del proceso**. Librería Bosch Editor. Barcelona: 2012. Segunda edición.

REDONDO, Bruno Garcia. "Princípio da cooperação e flexibilização do Procedimento pelo juiz e pelas partes". **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, nº 133, abril de 2014.

TARUFFO, Michele. "Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral)". **Revista de Processo**, v. 177, p. 153, Nov / 2009, DTR\2009\ 642.

A Conciliação e Mediação Judiciais nas Ações de Família

Antonio da Rocha Lourenço Neto

*Juiz de Direito da 1ª Vara de Família - Regional da
Ilha do Governador/RJ.*

“As pessoas não podem se atirar umas sobre as outras... Em vez disso, tentam jogar no outro o constrangimento da culpabilidade. Ganhará aquele que conseguir tornar o outro culpado. Perderá aquele que reconhecer sua culpa” (Milan Kundera)¹.

INTRODUÇÃO

Ora somos reis, ora nos sentimos réus. A família nos acolhe e nos conforta, mas o conflito familiar no campo judicial engole e desespera todos os seus membros, máxime quando os processos se arrastam por anos, de modo a causar feridas e cicatrizes dolorosas.

As instituições públicas - a polícia, as escolas, os serviços sociais, os hospitais e a própria justiça – são incapazes de funcionar como substitutos dos cuidados interpessoais que as famílias têm que desempenhar, mesmo quando acontece a dissolução da estrutura familiar que, na maioria das vezes mostra-se tão completa que as mães e principalmente os pais não mais consideram como seu dever alimentar os próprios filhos e muito menos conviver pacificamente, a ponto de moldar um padrão de comportamento solipsista, ao virar as costas para a família.

A importância do vínculo familiar coeso, nada obstante a ruptura da convivência em comum dos agora antagonistas, é imprescindível para a saúde psicológica dos filhos. Nas Varas de Família, o verdadeiro conflito não se dá em relação a questões patrimoniais dos interessados, mas sim de cunho afetivo dos mesmos.

¹ **A festa da insignificância**, São Paulo, Companhia das Letras, 2014, p. 54.

A necessidade humana por uma companhia profunda que seja por toda a vida, na grande maioria dos casos impõe um obstáculo para pacificação do conflito familiar. Pedir racionalidade e autocontenção às partes no processo litigioso já instaurado mostra-se quase impossível. O colapso do processo, após a lide já instalada na petição inicial, na contestação e em inúmeros documentos com acusações mútuas, não é acidental, mas inerente à natureza das burocracias.

A conciliação e a mediação, notadamente, permitem às partes o tempo para pensar no tempo necessário para refletir sobre: a importância do lapso entre as falas, as dores do fim do relacionamento afetivo que perpassam os ossos da alma, as eventuais rugas, fragilidades, o egoísmo etc. A bem dizer, a mediação familiar também prepara estas pessoas que estão em conflito para novos relacionamentos e para serem felizes, sem repetirem os mesmos erros.

PROCESSO

É de Giuseppe Chiovenda a célebre assertiva de que “o processo deve dar, quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”, ensinamento que ecoa entusiasticamente, conquanto vivemos com um processo intrincado de formalidades, o que leva a sua morosidade, em detrimento do direito material da parte. O processo é um instrumento disposto a servir o direito material, e não ao contrário. Assim deve ser ².

Com efeito, as metas primordiais do processo, dizem Cintra, Grinover e Dinamarco, são de três ordens: social (pacificação social), política (preservação do ordenamento jurídico e da autoridade do próprio Estado) e jurídica (atuação da vontade concreta da lei), e só a efetividade da prestação jurisdicional haverá de satisfazê-las ³.

É imperioso assinalar que se faz urgente empreender prestação jurisdicional célere e justa, pois esses são os fins do processo moderno, no sentido de ser fomentada a paz social, objetivo que há de se perseguir sempre.

Obtempera-se que o número crescente de novas ações aliadas aos processos já em curso torna quase impossível a missão de julgar as demandas em tempo razoável, sem que as partes fiquem frustradas diante da demora da prestação jurisdicional.

² **Instituições de Direito Processual Civil**, Campinas/SP, Bookseller, 1998, volume I, p. 67.

³ **Teoria Geral do Processo**, São Paulo, Malheiros, 24ª Edição, 2008, p. 47/48.

Distopia estrutural: a falta de condição de trabalho e de recursos humanos (temos déficit de juízes e servidores), no sentido de que se possa dar solução rápida e ao mesmo tempo segura às inúmeras ações, é deveras preocupante. Destaco aqui notícia do próprio CNJ, no tocante à carência de servidores no 1º grau de jurisdição, **verbis**:

Excesso de processos sobrecarrega servidores do 1º grau (CNJ) – 11/10. Os servidores do primeiro grau são os mais afetados pelo acúmulo de ações que tramitam na Justiça brasileira. De acordo com o Relatório Justiça em Números 2012, pesquisa anual do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que utiliza como base números do ano anterior, cada servidor da primeira instância lida, em média, com 482 processos por ano. O servidor do segundo grau trabalha com menos da metade, 210. Embora a carga de trabalho do primeiro grau seja superior à da segunda instância, proporcionalmente, há mais servidores no segundo grau: 14 servidores por magistrado contra 12. A discrepância é maior na Justiça do Trabalho: são 17 servidores por magistrado no segundo grau e apenas 8 na primeira instância. A má distribuição dos recursos humanos no Poder Judiciário é apontada como um dos motivos da taxa de congestionamento no primeiro grau: apenas 27% deles foram julgados em 2011 (grifo nosso)⁴.

O mais óbvio: hoje, a maioria das nossas discussões corretamente gira em torno de colocar em prática uma legislação mais dinâmica, no sentido de imprimir celeridade ao processo para solucionar mais rapidamente o litígio, a fim de afastar os males de uma justiça tardia (artigos **4º, 5º, 6º e 8º** do NCPC). Porém, isso não basta. Essa não é a única maneira para minimizar a lentidão da justiça. É tentador procurar uma só causa capaz de justificar a demora da prestação dos serviços do Estado. Entretanto, o verdadeiro desafio é também positivar efetivas condições de trabalho à base da pirâmide do Poder Judiciário (1º grau), de molde levar a sério as grandes questões estruturais que imobilizam o andamento dos processos.

Outros sintomas: pragmaticamente, que então dizer das diversas causas para a lentidão do processo sem culpa, em linha de princípio, direta do Poder Judiciário, conquanto, de sobejo, várias ações arrastam-se

⁴ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26603-excesso-de-processos-sobrecarrega-servidores-do-1-grau>.

por falta de cumprimento de determinadas diligências (exemplos: provas técnica e científica, exumação de cadáver para elaboração de exame de DNA etc).

Mais exemplos: para o andamento e consolidação do processo, em suma, colaboram necessariamente também as partes, as quais realizam alguns atos essenciais e indispensáveis. A produção das provas é imprescindível e muitas delas dependem da vontade dos litigantes para elaboração e principalmente do seu atuar não só com lealdade processual, mas também com diligência, exercitando a ampla defesa e o contraditório e não causando embaraços que influam no convencimento do juiz acerca dos fatos (vide artigos encimados do NCPD); do contrário haverá atraso no ato de julgar, ou seja, na solução do conflito.

Múltiplos exemplos: é preciso apontar, ainda, que inúmeros processos exigem expedições de cartas rogatórias e precatórias de citação, intimação e diligências que levam bastante tempo para serem cumpridas, sem que o juiz da instrução possa interceder para o cumprimento célere daquelas. As cartas rogatórias que são expedidas para outros países impõem um trâmite todo especial (tradução, traslado de peças e burocracia), o que acarreta um longo tempo até o seu efetivo cumprimento. Tudo isso contribui em muito para a morosidade da justiça, que não é por culpa exclusiva dos juízes. Pois bem: a justiça, para solucionar os processos em tempo razoável e de forma segura, depende também do advogado, do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como de psicólogos, assistentes sociais e de um corpo de peritos (médicos, engenheiros, arquitetos, contadores etc.).

SINOPSE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL PARA AÇÕES DE FAMÍLIA

Em boa hora, o novo CPC, na Parte Especial, Livro I, Título III, Capítulo X (arts. 693 a 699), adotou procedimento especial para as ações de família, com o único propósito de solucionar o conflito de natureza familiar antes da formação do contraditório, como forma de maximização do respeito e bem-estar de todo o núcleo familiar.

O paradoxo representado pela exacerbação do conflito é inadmissível no sistema processual civil que entrará em vigor em março de 2016, em especial nas lides de família.

Com efeito, no âmbito do novo processo civil, o procedimento especial foi concebido e adquiriu novas nuances para evitar o embate judi-

cial, à guisa de facilitar a conciliação entre os familiares. Nesses casos, o juiz deverá recorrer ao auxílio de mediadores, conciliadores e comediadores de outras áreas do conhecimento para facilitar o acordo (art.695 do NCPC). Esses comediadores (assistentes sociais, psicólogos etc.) são também de suma importância, pois utilizam técnicas próprias que envolvem aspecto emocional, construindo opções de solução. Nessa trilha, o NCPC permite que o juiz suspenda o processo para que haja mediação extrajudicial ou atendimento multidisciplinar (parágrafo único do art.694). A audiência de conciliação poderá ser dividida em quantas sessões forem necessárias para permitir o consenso (art. 696 do NCPC).

Graficamente, uma inovação de extrema importância é que o mandado de citação nas ações de família conterà apenas os dados necessários à audiência e deverá estar desacompanhada de cópia da petição inicial (art. 695, & 1º do NCPC). Nessa perspectiva, o mecanismo encimado visa a garantir efetividade processual e mitigação de conflitos, conquanto na maioria das vezes a petição inicial vem impregnada de imputações desarrazoadas, constrangedoras e com uma elevada carga emocional que, notadamente, inviabiliza a pacificação do conflito familiar instalado fora do processo, o que tornaria inócua a audiência de conciliação.

Nesse contexto, o dispositivo em questão não afronta o contraditório e a ampla defesa, pois ao réu é assegurado o direito de examinar integralmente o processo, inclusive a petição inicial, a qualquer tempo, ressaltando que o prazo de defesa será de 15 (quinze) dias, a partir da audiência (art. 697 do NCPC) e não mais a partir da juntada do mandado de citação. Portanto, entendo que o dispositivo em comento é constitucional, pois visa a assegurar a pacificação definitiva do conflito familiar, até porque a família é a base da sociedade e tem proteção constitucional (art. 226 e seguintes da CF/88).

Mas, veja-se ainda que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa (art. 334, inciso 8º do NCPC).

Numa espécie de ricochete, aqui evoco Italo Calvino (1935-85), que fala com desalento sobre o encontro de pessoas que não se veem, não se cumprimentam e cujos olhares sequer se cruzam; por isso, entendo que o novo procedimento especial é uma porta eficiente para conversas e entendimentos que não pode ser afastada das partes ⁵

5 *As cidades invisíveis*, São Paulo, Companhia das Letras, 2014, p. 51.

CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

Tenho como apropriado iniciar o presente tópico com a aguda percepção do Ministro Carlos Ayres Brito, do STF (professor e poeta), quando diz que o direito se manifesta “como justiça da lei (vida pensada) ora como justiça do caso concreto (vida vivida)”. Prossegue dizendo: “A justiça da lei a ser descoberta pela inteligência (mente, intelecto), a justiça do caso concreto a ser intuída pelo sentimento (alma, coração)”⁶. Em palavras outras, o dispositivo-objeto (conciliação e a mediação) oportuniza a humanização do conflito e faz ver às partes que o essencial é a sua pacificação definitiva.

A conciliação e a mediação são dois instrumentos colocados à disposição da justiça, em especial no novo CPC, para uma solução rápida dos conflitos, de molde a afastar a pecha verdadeira de que a justiça é morosa. No dia a dia dos trabalhos forenses, essa compreensão da conciliação e mediação evita sobremaneira a perpetuação do conflito que causa inúmeros traumas às partes, principalmente na seara das varas de família, aos filhos menores, que são pessoas em formação que necessitam da maior proteção, para ficarem afastados desses desentendimentos de cunho emocional. O prolongamento do processo traz sofrimento, angústia e sequelas muitas vezes irreparáveis.

Dessa **joint venture** (conciliação + mediação) nasce uma possibilidade: aproximação do Poder Judiciário com o jurisdicionado, a fim de permitir um diálogo (ginástica da inteligência) para a solução do litígio, levando em conta a alteridade (que são os rostos, rostos a serem olhados), diversidade e tolerância. O Novo CPC destina um artigo com doze incisos (art. 334 e incisos) para regulamentar a conciliação e a mediação no âmbito processual.

Desse ponto de vista, a solução do conflito não se encontra somente na ciência jurídica, conquanto o altruísmo, a solidariedade, a atenção e a simplicidade são indispensáveis para eficiência da justiça. A representação que emerge da cultura jurídica contemporânea aponta e flui na direção de que devemos valorizar a conciliação e a mediação, pois são dois mecanismos indispensáveis à boa e completa distribuição da Justiça.

Pode-se argumentar que não basta dizer com quem está o direito, mas é preciso garantir a verdadeira pacificação dos conflitos, de modo a não permitir áreas de desentendimentos futuras, o que é de suma importância para todos os ramos do direito, em especial o direito de família,

⁶ O humanismo como categoria constitucional, Belo Horizonte/MG, Editora Fórum Ltda., 2010, p. 72/73.

onde os conflitos se multiplicam. Dá-se latitude que os processos encaminhados, especialmente os que envolvem menores (guarda, visitação, busca e apreensão e etc.), dão colorido de quão importante é a conciliação e a mediação para a pacificação dos conflitos.

Para sermos exatos, a mediação permite às partes, principalmente ao pai/marido/companheiro e à mãe/esposa/companheira, exporem seus problemas, inclusive frustrações. Na mediação, as partes são ouvidas em um ambiente mais adequado e preparado, onde lhes é permitida travar uma conversa mais próxima sobre o problema que tanto os aflige. As próprias partes podem resolver suas questões familiares, sem a intromissão do Estado, que muitas vezes erra ao esquadrihar as decisões, de modo mais informal possível, a fim de possibilitar um canal de diálogo permanente entre os contendores, conduzido pelo mediador.

O ambiente difícil de disputa, de desentendimento, e extremamente formal da audiência e das inúmeras audiências por fazer (a cobrança pela realização das audiências no menor tempo possível, bem assim a falta de tempo para o entendimento), tem como corolário a dificuldade do diálogo, o que prejudica o alcance do consenso. Este diálogo, por meio da mediação, torna-se perene, porquanto resolve em definitivo o conflito familiar, evitando-se, desse modo, o retorno das partes às portas do Poder Judiciário.

O que se vê é uma necessidade cada vez maior de se pôr fim a esses conflitos por meio da conciliação e mediação; **a uma**, para permitir o desafogo da justiça que cada vez mais está abarrotada de processos e em uma decisão definitiva e **a duas**, porque o acordo evita a propositura de outras ações ditas aqui circundantes, que visam a resolver conflitos acessórios e paralelos das partes, contudo não menos importantes.

Estatisticamente, é importante assinalar que, para cada ação de separação judicial e ou divórcio são ajuizadas pelo menos mais três outras ações (alimentos, guarda e visitação), o que nos dá dimensão exata da indispensabilidade da mediação em todas as varas. A efetiva mediação permite que os juízes utilizem deste instrumento como meio efetivo e rápido para a solução dos inúmeros conflitos trazidos ao conhecimento do Poder Judiciário.

Decerto, nas diversas ações há questões imbricadas que deixam de ser meramente jurídicas; elas remetem a um terreno realmente emocional e muitas das vezes ético. Quer dizer, é justo alguém achar que é dono do destino do outro? Em troca, o outro é dono da liberdade dele? O obje-

tivo final da mediação é garantir e justamente poupar as partes da eternização de um conflito – logo, fazê-los pensar no bem comum das pessoas envolvidas, quer diretamente, quer indiretamente naquele conflito.

Pontua-se, desse modo, que trabalhos isolados dos juízes, a fim de enfrentar os problemas que assolam o Poder Judiciário, são importantes; porém, necessitamos da estrutura administrativa do próprio Tribunal, no sentido de viabilizar a implantação e a divulgação da conciliação e da mediação, de molde a verificarmos a eficiência desses mecanismos para a pacificação dos conflitos.

A conciliação conduzida pelos conciliadores (estudantes de direito ou advogados) – já algum tempo – é prova cabal de que a pacificação do conflito é possível logo após o nascedouro da ação. O que falta é dar melhores condições de trabalho aos conciliadores, para que os índices de acordos aumentem na mesma proporção do número de ações ajuizadas, que sobem geometricamente. O NCPC fortalece sobremaneira a conciliação (arts. 334 e 693 - 699).

No tocante à mediação, denota-se que hoje a estrutura ainda é insuficiente, mas há um esforço enorme na formação de mediadores, em especial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no sentido de ampliá-la e estruturá-la e permitir um número maior de resoluções de conflitos por meio de acordo.

Convém consignar que tão somente com pessoas altamente treinadas para a mediação é possível produzir efeitos positivos, bem assim, concomitantemente, com conscientização dos próprios advogados das partes, da importância da mesma, a fim de frutificar a pacificação dos conflitos sem a delonga de um processo sempre muito cansativo para os envolvidos. Essa campanha junto à OAB é de sumo relevo para o êxito da mediação, pois os advogados também deverão ser chamados a participar dessa grande caminhada em prol da conciliação.

Há que se ter a percepção de que na solidariedade, aliada ao direito das partes, bem assim a sensibilidade dos advogados e do julgador, pode estar a vitória para que consigamos a pacificação dos conflitos de forma rápida e justa.

CONCLUSÃO

Um nó górdio? A lentidão da justiça é conhecida, mas, além do já sabido formalismo das leis, notadamente processuais, há inexoravelmen-

te um **plus** que é o excesso de demandas que deságuam no Judiciário diariamente, sem que haja estrutura material e humana suficiente e hábil para abarcar todo esse volume de novas ações. Praticamente sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988, o número de funcionários e varas permanece o mesmo. Nesse contexto, a qualidade do serviço do Poder Judiciário merece indubitavelmente críticas.

Em termos ainda mais simples, as carências que se agudizam no Poder Judiciário, máxime no primeiro grau de jurisdição, não podem ser enfrentadas, sob a coloração de deliberações vazias, planos e metas mágicas, que nenhum juiz possa cumprir, em razão da falta de estrutura material e notadamente diante da precariedade de recursos humanos. Tais metas hoje só servem para dar forma retórica a uma realidade inexistente, vale dizer, ficam as palavras e ordens sem nenhuma possibilidade prática de serem cumpridas. Nenhuma ação útil e concreta é realizada contra essa vil lentidão da justiça. O que fazer? Resposta: simplesmente dar prioridade à atividade-fim do Poder Judiciário, único modo de **fazer a população acreditar na Justiça como fundamento da sociedade**.

Dissolução do nó górdio. Nessa linha de entendimento, com as melhoras da normatização processual intrinsecamente densificadora e das formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas, bem assim da imprescindível correção de recursos material e humano dos órgãos judiciais, é possível atingir com celeridade a atividade conatural do juiz, o ato de julgar, isso com qualidade e segurança jurídica. Acrescenta-se por fim: **dum spiro, spero** (enquanto respiro, tenho esperança). ❖

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRITTO, Carlos Ayres, **O humanismo como categoria constitucional**, Belo Horizonte/MG, Editora Fórum Ltda., 2010.

CALVINO, Italo, **As cidades invisíveis**, São Paulo, Companhia das Letras, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe, **Instituições de Direito Processual Civil**, Campinas/SP, Bookseller, 1998, volume I, p. 67.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, **GRINOVER**, Ada Pellegrini e **DINAMARCO**, Cândido Rangel, **Teoria Geral do Processo**, São Paulo, Malheiros, 24ª Edição, 2008.

KUNDERA, Milan, **A festa da insignificância**, São Paulo, Companhia das Letras, 2014.

A Inserção do Termo “Separação Judicial” no Novo CPC e a Construção do Processo Constitucional em Direito de Família

André Felipe A. C. Tredinnick

Juiz de Direito do TJERJ, Titular da 1ª Vara de Família - Regional da Leopoldina, Membro da AJD, do IBDFAM e da LEAP.

1. ORIGEM DO INSTITUTO JURÍDICO DA “SEPARAÇÃO JUDICIAL”

Na tradição constitucional brasileira, após a independência política da metrópole portuguesa, o Estado brasileiro se constituiu como um Estado confessional¹, com uma religião oficial, sob a forma de padroado², como constava na Constituição do Império³.

Adotou-se assim a posição dogmática da Igreja Católica Romana, que, em decorrência do Concílio de Trento de 1563⁴, editou as teses da

1 Aquele tipo de Estado que adota uma religião como oficial. Diverso do Estado Teocrático, guiado por normas religiosas, para além da mera adoção de uma religião como oficial.

2 Segundo Bruneau, citado por Dermeval Saviani (*História das Ideias Pedagógicas no Brasil*, 2ª ed, Revisada e ampliada, Campinas, SP: Autores Associados, 2008, p. 178), “padroado é a outorga, pela Igreja de Roma, de um certo grau de controles sobre a Igreja local ou nacional, a um administrador civil, em apreço de seu zelo, dedicação e esforços par difundir a religião e como estímulo para futuras ‘boas obras’”. (Bruneau, 1974, p. 31-32), regime que vigorou até o final do Império e foi renovado já em 1827, pela Bula *Praeclara Portugalliae*, de Leão XII, que concedeu a Dom Pedro I os poderes do padroado em si.”

3 “Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.”

4 Como anota o IBDFAM, no Império o “Decreto de 03.11.1827 firmava a obrigatoriedade das disposições do Concílio de Trento e da Constituição do Arcebispado da Bahia, consolidando a jurisdição eclesiástica nas questões matrimoniais.” (Fonte: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/na-midia/2989/A+trajet%C3%B3ria+do+div%C3%B3rcio+no+Brasil%3A+A+consolida%C3%A7%C3%A3o+do+Estado+Democr%C3%A1tico+de+Direito>, acesso dia 01/08/2015, às 08h42.). Eis os termos integrais do citado Decreto: “*Declara em effectiva observancia as disposições do Concilio Tridentino e da Constituição do Arcebispado da Bahia sobre matrimonio. Dom Pedro, por Graça de Deus, e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos*

“contrarreforma” e acolheu a doutrina agostiniana do caráter absoluto do casamento, segundo a qual se admitia a ruptura do vínculo só em determinados casos graves de adultério ou abandono injustificado do lar⁵.

O concílio tridentino era uma resposta à Reforma Protestante, e buscava reafirmar dogmas da Igreja, como a indissolubilidade do matrimônio⁶, em reação aos dogmas protestantes, como o casamento não ser um sacramento e apresentar uma reforma do seu sistema, como a supressão da venda das indulgências.

Com a proclamação da República, o novo regime, influenciado pelo positivismo⁷, proclamou a separação entre o Estado e a religião⁸.

subditos, que a Assembléa Geral decretou, e nós queremos a lei seguinte: Havendo a Assembléa Geral Legislativa resolvido, artigo unico, que as disposições do Concilio Tridentino na sessão 24, capitulo 1º de Reformatione Matrimonii, e da Constituição do Arcebispo da Bahia, no livro 1º titulo 68 § 291, ficam em effectiva observancia em todos os Bispados, e freguezias do Imperio, porcedendo os Parochos respectivos a receber em face da Igreja os noivos, quando lh'os requererem, sendo do mesmo Bispado, e ao menos um delles seu parochiano, e não havendo entre elles impedimentos depois de feitas as denunciações canonicas, sem para isso ser necessaria licença dos Bispos, ou de seus delegados praticando o Parocho as diligencias precisas recommendadas no § 269 e seguintes da mesma Constituição, o que fará gratuitamente: E tendo eu sancionado esta resolução. A Mesa da consciencia e Ordens o tenha assim entendido, e faça executar com os despachos necessarios. Palacio do Rio de Janeiro em 3 de Novembro de 1827, 6ª da Independencia e do Imperio.”

5 **Enciclopédia Barsa Universal**, Editorial Planeta, 3ª ed., 2010, Espanha, v. 6, p. 1.971, verbete “Concílio de Trento”.

6 “**Doutrina sobre o sacramento do Matrimônio. 969.** O vínculo perpétuo e indissolúvel do matrimônio expressiu-o o primeiro pai do gênero humano, quando disse por inspiração do Divino Espírito - *Isto é o osso dos meus ossos, a carne da minha carne. Pelo que deixará o homem a seu pai e a sua mãe e unirá-se com sua mulher e serão os dois em uma só carne* (Gn 2. 23 s; cfr. Ef 5, 31). Mais claramente ensinou Cristo Nosso Senhor que por este vínculo só se unem e juntam dois, quando, referindo estas últimas palavras como proferidas por Deus, disse: *Portanto, já não são duas carnes, mas uma* (Mt 19, 6) e logo confirmou a estabilidade — Já muito antes declarada por Adão — do mesmo nexo com estas palavras: *Portanto, não separe o homem o que Deus uniu* (Mt 19, 6; Mc 10, 9). Quanto à graça que aperfeiçoa aquele amor natural, confirma a unidade indissolúvel e santifica os esposos; foi o próprio Cristo, instituidor e autor dos santos sacramentos, que no-la mereceu com sua Paixão. Assim o ensina o Apóstolo S. Paulo com estas palavras: *Homens, amai vossas mulheres como Cristo amou a Igreja e se entregou a si próprio por ela* (Ef 5, 25); e acrescenta logo: *Este sacramento é grande; digo-o, porém, em Cristo e na Igreja* (Ef 5, 32). 970. Visto que o matrimônio da Lei Evangélica excede pela graça de Cristo os antigos matrimônios, com razão ensinaram os nossos santos Padres, os Concílios e toda a Tradição da Igreja, que ele deve ser enumerado entre os sacramentos da Nova Lei. Contra esta doutrina se levantaram furiosos neste século certos homens ímpios, que não só tiveram opiniões erradas sobre este sacramento venerável, mas ainda, como costumam, introduziram a liberdade da carne sob pretexto de Evangelho, afirmando, por escrito e oralmente, muitas doutrinas alheias ao sentir da Igreja Católica, à Tradição, aprovada desde o tempo dos Apóstolos, e isto não sem grande dano dos fiéis de Cristo. Ora, querendo este santo e universal Concílio atalhar a sua temeridade, julgou se deviam pôr à luz as principais heresias e erros dos sobreditos cismáticos, para, que o seu pernicioso contágio não continue a infeccionar a outros, estabelecendo contra esses hereges e seus erros os seguintes anátemas: **Cânones sobre o sacramento do Matrimônio. 971. Cân.** I. Se alguém disser que o Matrimônio não é verdadeira e propriamente um dos sete sacramentos da Lei Evangélica, instituído por Nosso Senhor Jesus Cristo, e [disser] que foi inventado pelos homens na Igreja e que não confere graça — *seja excomungado* [cfr. n° 969]”.

7 Em decorrência da “questão católica” ocorrida no Império, anota Demerval Saviani (cit., p. 179 ss.), as ideias liberais e positivistas levaram à dissolução do regime do padroado na proclamação da República, banindo-se o ensino religioso nas escolas públicas e adotando-se o casamento civil.

8 “Art 11 - É vedado aos Estados, como à União: (...) 2 º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;”

O casamento reconhecido seria apenas o civil⁹, deixando a indissolubilidade de ser norma constitucional, o que perdurou até a Constituição ditatorial de 1.934, que, em função do viés religioso¹⁰, tornou o casamento indissolúvel por determinação constitucional.

Passando assim por breves períodos democráticos, até nas cartas constitucionais outorgadas pela ditadura militar, a indissolubilidade do casamento foi mantida no texto constitucional¹¹.

Para contornar a dificuldade antropológica de se impedir a dissolução do casamento¹², o artifício engendrado pelo Código Civil de 1916 (art. 315) era prever o “desquite”, o fim da sociedade conjugal, pela dissolução das obrigações do casamento, sem a ruptura do vínculo matrimonial: as pessoas desquitadas dissolviam patrimônio, mas não poderiam se casar novamente.

Os que possuíam condições tentavam a complexa via do divórcio no estrangeiro¹³.

Em 1977, a ditadura militar, valendo-se do Ato Institucional n. 5/1968, diante da possibilidade de nova derrota nas eleições parlamentares, como a ocorrida em 1974, colocou o Congresso Nacional em recesso de quatorze dias, e editou a Emenda Constitucional n. 08/77, o “pacote de abril”, que reiterou a faceta autoritária do regime.

Entre as medidas impostas¹⁴, uma foi a redução do quórum qualificado de 2/3 para o de maioria absoluta dos congressistas para aprovação de emenda constitucional (artigo 48), para tornar mais fácil ao regime a alteração da Constituição Federal por ele outorgada.

9 “Artigo 72, § 4º. A Republica só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.”

10 **Divórcio e Separação**, de Yussef Said CAHALI. 10 ed. São Paulo: RT. 2002, p. 39.

11 E.C. n. 01/1969: Art. 175. A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Podêres Públicos. § 1º O casamento é indissolúvel. (Idem, Constituição Federal de 1967, artigo 167, § 1º). Constituição Federal de 1946: Art 163 - A família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937: Art 124 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado. Às famílias numerosas serão atribuídas compensações na proporção dos seus encargos. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934: Art 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

12 **Antropologia Cultural – Uma Perspectiva Contemporânea.**, Roger M. Keesing e Andrew J. Strathern, Petrópolis, RJ: Vozes, 2014, p. 267.

13 Antes da lei 6.515/77, o STF homologava as sentenças estrangeiras de divórcio apenas para fins patrimoniais e após a vigência dela, “o tribunal passou a revisar as ações que pleiteavam o reconhecimento da dissolução do casamento, homologandoas para todos os efeitos”. (in “A homologação de sentença estrangeira à luz do princípio da ordem pública no sistema jurídico brasileiro”, por Isaura Panzera Luviza, in **Justiça do Direito**, v. 22, n. 1, 2008 - p. 66-80).

14 A indicação de 1/3 dos senadores de forma indireta, os famosos “senadores biônicos”, aumentando o mandato do general ditador para 6 anos, e prevendo a eleição indireta para governadores e prefeitos.

Assim, louvando-se na modificação do quorum para aprovação de emenda constitucional, travou-se no Congresso novamente aberto um debate sobre o divórcio.

Nos registros da imprensa da época, a questão punha-se entre “divorcistas” e “antidivorcistas”¹⁵.

No debate parlamentar de 1977, cada grupo se filiava a uma ou outra corrente, na qual até ameaças de excomunhão foram feitas e os motivos religiosos eram utilizados a todo tempo, quer para um lado, quer para o outro.

Acabou por ser aprovada a Emenda Constitucional n. 9/1977¹⁶, que previu - sem utilizar a anátema “divórcio” - a dissolubilidade do matrimônio após prévia separação. A solução transitória da “separação”, como período prévio ao divórcio, foi produto da negociação do dogma até o fim.

A Lei 6.515/1977, aprovada em razão da EC 9/1977, enfim previu o instituto do divórcio, mas tal somente seria possível aos cônjuges casados há no mínimo dois anos após o prévio processo de separação judicial ou por separação de fato há mais de cinco anos. E de toda sorte, somente poderiam os cônjuges se divorciar uma única vez (art. 39).

Evidentemente, à época, toda a legislação infraconstitucional seguia o ordenamento jurídico anterior, e com a inovação na ordem constitucional, o intérprete devia reconhecer como revogadas as normas jurídicas anteriores e incompatíveis com a inovação constitucional da época.

Esse é o princípio da recepção das normas: a nova ordem constitucional impõe uma filtragem da legislação infraconstitucional anterior, segundo a qual a incompatibilidade da norma pretérita com a nova disposição constitucional impõe a não recepção da norma infraconstitucional, e, portanto, determina sua invalidade ante sua revogação pela norma constitucional.

A recepção pode ser formal, pela qual a lei pretérita passa à categoria legislativa estabelecida pela nova Constituição, ou material, se a matéria é tratada ou não na nova disposição constitucional.

Assim, a norma jurídica vigente que distoasse do texto constitucional seria considerada revogada, como já decidiu o Supremo Tribunal Fede-

15 Vale análise de periódico da época, disponível em http://almanaque.folha.uol.com.br/brasil_16jun1977.htm, acesso em 01 de agosto de 2015 às 23h43.

16 “O § 1º do artigo 175 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 175. (...) § 1º - O casamento somente poderá ser dissolvido, nos casos expressos em lei, desde que haja prévia separação judicial por mais de três anos”. Art. 2º A separação, de que trata o § 1º do artigo 175 da Constituição, poderá ser de fato, devidamente comprovada em Juízo, e pelo prazo de cinco anos, se for anterior à data desta emenda.”

ral (RTJ 143/355, RTJ 145/339), e norma que o contrariasse após a edição da Emenda Constitucional 09/1977 seria reputada inconstitucional.

Tal conclusão se impõe, de forma bem simples, com a mera análise kelseniana do princípio da hierarquia das normas, segundo a qual a Constituição Federal possui prevalência sobre as demais normas do ordenamento jurídico.

No sentido da evolução que se nota em matéria de direito de família¹⁷, a Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 não só reduziu o prazo para a separação judicial para um ano, como admitiu o divórcio direto após a separação de fato por dois anos, entre outras inovações importantes (art. 226 CF).

Com a nova modificação da ordem constitucional, seguiu-se a imediata repercussão na ordem infraconstitucional, e verificando-se que a norma do artigo 5º, § 1º, da Lei 6.515/77¹⁸ não foi recebida (ou seja, foi revogada), face a prevalência do novo texto constitucional. Mesmo antes de sua alteração em 1992¹⁹, não havia dúvidas sobre a instantânea eficácia das novas disposições constitucionais.

Assim foi aprovada, não sem anátemas e alegações de banalização do divórcio, a EC 66/2010, de iniciativa do IBDFAM²⁰, de modo a retirar do sistema jurídico brasileiro o instituto da “separação judicial”.

2. O LAICISMO NA FORMAÇÃO DO DIREITO CONSTITUCIONAL RECENTE

A inusitada argumentação²¹ de que a inovação constitucional trazida pela EC 66/2.010 confrontaria a Constituição Federal por violar um teórico direito fundamental à “liberdade na escolha na espécie dissolutó-

17 As Filipinas são o último país do mundo no qual o divórcio não é permitido. Disponível em <http://foreignpolicy.com/2015/01/19/the-last-country-in-the-world-where-divorce-is-illegal-philippines-catholic-church/>, acesso em 02/08/2.015 às 00h43.

18 “Art 5º - A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. § 1º - A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de 5 (cinco) anos consecutivos, e a impossibilidade de sua reconstituição.”

19 “§ 1º A separação judicial pode, também, ser pedida se um dos cônjuges provar a ruptura da vida em comum há mais de um ano consecutivo, e a impossibilidade de sua reconstituição. (Redação dada pela Lei nº 8.408, de 1992).”

20 Fernanda Aparecida Corrêa Otoni, in “Divórcio: fim da separação judicial?”, disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/EC%2066_2010%20Div%C3%B3rcio%2023_12_2011.pdf, acesso em 12/08/2.015 às 08h30.

21 Regina Beatriz Flores da Silva, “EC 66 não extinguiu separação judicial e extrajudicial”, disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-nov-12/ec-662010-nao-extinguiu-separacao-judicial-extrajudicial>, acesso em 14/08/2.015 às 23h43.

ria do casamento²² não possui qualquer plausibilidade, em se tratando a República Federativa do Brasil de um Estado laico.

A importante premissa em discussão aqui é que, em um Estado Democrático e de Direito, não é válida qualquer norma jurídica que se destine a tutelar a vida privada das pessoas, sob a égide ou inspiração de um segmento religioso.

A liberdade assegurada aos seus cidadãos, de modo geral²³, e de crença, especificamente²⁴, exige a abstenção do Estado de tutelar a vida privada e lhe impõe o dever de respeitar as diferenças²⁵.

Mesmo com a clareza dos dispositivos dos artigos 5º, IV²⁶ e VI²⁷, e 19²⁸, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, permanece a discussão sobre o laicismo do Estado.

Como diz o economista e filósofo Amartya Sen, “em uma democracia pluralista, o laicismo é uma grande virtude política”²⁹.

“No sentido político”, escreve Amartya Sen, “o laicismo enquanto contraposto a uma imposição clerical, demanda a separação entre o Estado e todas as ordens religiosas e recusa atribuir a uma religião em particular uma posição privilegiada na atividade do Estado”.

Essa relação equilibrada deve assumir um duplo *standart*: diálogo e não privilegiamento.

O Estado Democrático e de Direito, laico por consequência, dialoga com as religiões³⁰, de forma equânime, e os não religiosos, com igualdade de tratamento e de oportunidades.

Porém, não se trata, ao falar das relações entre Estado e religião, da concretização da liberdade civil da tolerância, como anota a filósofa Catherine Kintzler³¹.

22 Idem, *ibidem*.

23 Preâmbulo, artigo 3º, I e artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

24 Artigo 5º, VI e VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

25 Preâmbulo (“...sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”).

26 “Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

27 “Art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

28 “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

29 **Laicismo Indiano**, Milão: ed. Feltrinelli, 1998.

30 Artigo 19, III, parte final, da CF: “(...) ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

31 Conferência proferida em 1997, in **Tolerância y laicismo**, 1ª ed., Buenos Aires: Del Signo, 2005, p. 14 ss.

Para ela, o laicismo é uma maneira original por meio do qual o pensamento francês contribuiu para o conceito político do povo, um modo original de pensar a reunião política, ou seja, o laicismo não é uma corrente de pensamento, mas possui um estatuto da reunião ou agrupamento político. Distinguem-se assim tolerância civil³², como um princípio antecedente (em John Locke), e o laicismo.

O laicismo permite a discussão no espaço público com qualquer crença de referência (dogma) ou como ponto de partida (liberdade de crença e de não crença), posto que “é um princípio mais minimalista e é incompatível com a religião oficial”.

“Um sistema simples de tolerância”, continua a filósofa francesa, “é relativamente desarmado para enfrentar um dogmatismo integrista “duro” com pretensões hegemônicas (que não suporta qualquer coisa diferente de si mesmo). O secularismo é muito melhor equipado, por não conceder *a priori* nenhum reconhecimento político para as comunidades de crença, e funda a associação política em uma base que não requer nenhuma profissão de fé.”

Nos últimos anos, a concretização dos direitos fundamentais assegurados na Constituição da República tem trazido à cena pública discussões que têm sido acoimadas de violadoras da liberdade de crença, sem razão. Assegurar o laicismo não impede o exercício da crença, que deve ser garantido no espaço privado e no direito de amplo exercício no espaço público.

Assim foi o julgamento da ADPF n. 54/DF sobre interrupção da gestação do feto anencéfalo³³, a questão da possibilidade de pesquisa de cé-

32 A tolerância em matéria religiosa consiste em permitir a coexistência de diferentes crenças no marco do direito comum. Assegura-se a liberdade de crer e também a de não crer se se amplia suficientemente. Segue-se que três proposições asseguram o canon da tolerância pelos efeitos que essa deve produzir: primeira, de ninguém se espera que exerça uma religião em detrimento de outra, segunda, de ninguém se espera que exerça uma religião em vez de outra, em vez de nenhuma outra efetivamente. Terceira, de ninguém se espera que não tenha religião. Se se querem garantir essas três proposições, é necessário que o direito comum regularmente a coexistência dessas liberdades e é preferível, mais do que isso, é necessário, que as coisas relativas à crença se mantenham privadas e que gozem das simples liberdades civis. Como exemplo, a filósofa diz que garantir a liberdade de expressão (liberdade civil) porque a lei não as regulamenta uma vez que são crenças. Daí resulta que a lei não tem o direito de forçar as consciências, “a lei não tem todos os direitos e não pode falar de tudo”. É por isso que a declaração de direitos em grande parte das proposições é negativa: dizem que a lei não tem o direito de fazer. Então, diante de um caso concreto, o magistrado não pode ordenar crer ou não crer mesmo que o Estado (e isso é um marco da tolerância simples) pratique uma religião oficial.

33 Na qual foi expressamente abordada a questão da laicidade: ADPF 54 / DF - DISTRITO FEDERAL. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 12/04/2012 Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO. DJE-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013. Parte(s) REQTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE – CNTS. ADV.(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO. INTDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA. ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Ementa: ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma República laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitu-

lulas tronco embrionárias na ADI 3.510/DF e no julgamento conjunto da ADI n. 4.277-DF e da ADPF n. 132-RJ em 05/05/2.011, que entendeu como entidade familiar aquela formada por qualquer dos cônjuges e inclusive por pessoas do mesmo sexo.

Mas o laicismo não se confunde com o Estado antirreligioso³⁴.

Nesse passo, o governo brasileiro entendeu haver possibilidade de colaboração de interesse público (art. 19, I, CF), e editou na ordem interna o Acordo Brasil-Santa Sé³⁵, o qual é em parte objeto de questionamento de constitucionalidade pela ADI n. 4.439, em razão do teor do artigo 11, § 1º, que estabelece o ensino religioso e confessional, partindo do pressuposto de que a norma em questão violaria visões não religiosas ou de outras religiões “com menor poder na esfera sócio-política”³⁶.

A discussão ali é exatamente sobre a separação entre o Estado e qualquer religião³⁷. O que se busca com tal princípio é a neutralidade do Estado ante qualquer religião. Somente se pode assegurar a liberdade de crença e o livre exercício dos cultos religiosos (art. 5º, VI, CF) se o espaço comum não consagrar nenhuma delas e cooperar com todas as possibilidades de manifestação nesse campo.

cional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.”

34 Que adota posição de neutralidade ante a religião. Diverso do Estado hiperlaico ou antirreligioso, que combate a religião ou prega a ausência de religião. Sobre o debate a respeito do “véu islâmico” nas escolas públicas francesas: “La laïcité face au communautarisme et à l’ultra-laïcisme”, Catherine Kintzler, disponível em <http://www.mezetulle.net/article-13078343.html> (acesso em 10/08/2015 às 23h43). Não é saudável em termos de República o uso do “véu” em um espaço público ‘escola’, local de divulgação do conhecimento e não do exercício religioso. A expressão máxima do laicismo é respeitar até mesmo o imaginário dos demais concidadãos e não os afrontar com manifestações privadas de crença. Mas os indivíduos podem ostentar seus símbolos religiosos como manifestação de sua liberdade civil do direito à livre manifestação do pensamento, ao livre exercício da crença e à intangibilidade corporal. Diferente será utilizar o espaço público para cultos, interromper as aulas com a mesma finalidade, *et cetera*.

35 Decreto 7.107/2010.

36 Fls. 03 da petição inicial da PGR, disponível em http://noticias.pgr.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADI%204439.pdf. Acesso em 04/08/2015 às 10h27.

37 A Primeira Emenda à Constituição norte-americana não só assegura o direito de todo cidadão de escolher livremente a sua religião, como impede que o Estado reconheça ou favoreça qualquer religião, exatamente como faz nossa Constituição no seu artigo 19, I. Thomas Jefferson falava da “muralha” da separação entre Estado e religião (janeiro de 1802, Discurso na Associação Batista de Danbury, Connecticut), a respeito da 1ª Emenda à Constituição Norte-americana, “Creyendo con ustedes que la religión es un asunto que ha de quedar exclusivamente entre le hombre y Dios, y que ele hombre no deve dar cuentas a ningún otro por su fe o culto, y que los poderes legislativos del gobierno alcanzan solo a las acciones y no a las opiniones, contemplo con soberana reverencia ese acto de todo el pueblo americano que declaró que su legislatura no debía ‘ny promulgar leyes con respecto al establecimiento de la religión ni prohibir el libre ejercicio de ella, construyendo así un muro de separación entre la Iglesia y el Estado.” (in *Antología Laica: 66 textos comentados para comprender el laicismo*, por Henri y Peña-Ruiz, César César Tejedor de la Iglesia, p. 225). Veja-se a esse respeito o caso, no voto do Supreme Court Justice *Harry A. Blackmun in the Lee v. Weisman ruling*, 1992: “When the government puts its imprimatur on a particular religion it conveys a message of exclusion to all those who do not adhere to the favored beliefs. A government cannot be premised on the belief that all persons are created equal when it asserts that God prefers some.”

Patriarca das guerras de independência das Américas, Simón Bolívar, influenciado pelas ideias liberais do século XIX, já na época estabeleceu a tônica da separação entre o Estado e a religião: “...toda lei sobre a religião a anula porque impõe a necessidade ao dever, e retira o mérito da fé, que é a base de toda religião...”³⁸.

3. A EFICÁCIA IMEDIATA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 66/2010

Diante da breve história precedente, as críticas que recebe o novo CPC, mesmo em sua *vacatio legis*, ainda que totalmente procedentes, não devem jamais esquecer que o pior ato legislativo produzido em uma democracia será infinitamente mais são do que a mais coerente e tecnicamente perfeita lei de uma ditadura.

A crítica antes deve recair sobre a própria sociedade, que permite a produção de leis falhas, despidas de técnica, produto de grupos de pressão financeiros ou fundamentalistas.

É nesse sentido que se discutirá a inserção das expressões “separação judicial” e “separação” (ambas com o mesmo sentido, de “ruptura das sociedade matrimonial, não do seu vínculo”) na Lei 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil.

Em termos mais atuais, a inovação constitucional infiltra todo o sistema infraconstitucional³⁹, levando a uma hermenêutica que admita a

38 “¡Legisladores! Haré mención de un artículo que, según mi conciencia, he debido omitir. En una constitución política no debe prescribirse una profesión religiosa; porque según las mejores doctrinas sobre las leyes fundamentales, éstas son las garantías de los derechos políticos y civiles; y como la religión no toca a ninguno de estos derechos, ella es de naturaleza indefinible en el orden social, y pertenece a la moral intelectual. La Religión gobierna al hombre en la casa, en el gabinete, dentro de sí mismo: sólo ella tiene derecho de examinar su conciencia íntima. Las leyes, por el contrario, miran la superficie de las cosas: no gobiernan sino fuera de la casa del ciudadano. Aplicando estas consideraciones ¿podrá un Estado regir la conciencia de los súbditos, velar sobre el cumplimiento de las leyes religiosas, y dar el premio o el castigo, cuando los tribunales están en el Cielo y cuando Dios es el juez? La inquisición solamente sería capaz de reemplazarlos en este mundo. ¿Volverá la inquisición con sus teas incendiarias?. La Religión es la ley de la conciencia. Toda ley sobre ella la anula porque imponiendo la necesidad al deber, quita el mérito a la fe, que es la base de la Religión. Los preceptos y los dogmas sagrados son útiles, luminosos y de evidencia metafísica; todos debemos profesarlos, mas este deber es moral, no político. Por otra parte, ¿cuáles son en este mundo los derechos del hombre hacia la Religión? Ellos están en el Cielo; allá el tribunal recompensa el mérito, y hace justicia según el código que ha dictado el Legislador. Siendo todo esto de jurisdicción divina, me parece a primera vista sacrilego y profano mezclar nuestras ordenanzas con los mandamientos del Señor. Prescribir, pues, la Religión, no toca al Legislador; porque éste debe señalar penas a las infracciones de las leyes, para que no sean meros consejos. No habiendo castigos temporales, ni jueces que los apliquen, la ley deja de ser ley. El desarrollo moral del hombre es la primera intención del Legislador: luego que este desarrollo llega a lograrse el hombre apoya su moral en las verdades reveladas, y profesa de hecho la Religión que es tanto más eficaz, cuanto que la ha adquirido por investigaciones propias. Además, los padres de familia no pueden descuidar el deber religioso hacia sus hijos. Los Pastores espirituales están obligados a enseñar la ciencia del Cielo: ejemplo de los verdaderos discípulos de Jesús, es el maestro más elocuente de su divina moral; pero la moral no se manda, ni el que manda es maestro, ni la fuerza debe emplearse en dar consejos. Dios y sus Ministros son las autoridades de la Religión que obra por medios y órganos exclusivamente espirituales; pero de ningún modo el Cuerpo Nacional, que dirige el poder público a objetos puramente temporales.” (“Discurso al Congreso Constituyente de Bolivia, en Lima, 25/05/1826”, in “La Emancipación Latinoamericana”, in **Antología Laica: 66 textos comentados para comprender el laicismo**, por Henri y Peña-Ruiz, César César Tejedor de la Iglesia, p. 226 ss.).

39 STJ: AREsp 337607. Relator(a). Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. Data da Publicação 13/11/2013. Decisão AGRAVO

influência de uma sociedade aberta e democrática, abdicando de pontos de vista que não almejem a concertação, em prol da convivência pacífica e pluralista dos cidadãos da República.

Veja-se, contudo, que aqui não se trata de interpretação constitucional propriamente dita. A inovação trazida pela Emenda Constitucional n. 66/2010⁴⁰ é inquestionável.

Não há mais no sistema a norma de inspiração religiosa, o instituto da separação judicial, prevendo o texto fundante da República Federativa apenas o divórcio como possibilidade de dissolução do vínculo matrimonial.

Findada a exigência de prévia separação judicial por dois anos ou de separação de fato por três anos⁴¹, criou-se em nosso sistema, tardiamente, a figura jurídica do divórcio direto a qualquer momento: quem casar num dia pode requerer o divórcio no dia seguinte.

É assim um disparate a invocação do princípio do laicismo para justificar a permanência da separação judicial em nosso sistema, sob uma né-

EM RECURSO ESPECIAL nº 337607 - SP (2013/0135602-0) RELATOR : MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO. DECISÃO: “1. Cuida-se de agravo interposto por M D contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, por sua vez manejado em face de acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, assim ementado: ‘Apelação - Divórcio indireto - Conversão decretada - Inconformismo sob alegação de descumprimento do acordo formulado na separação judicial - Descabimento - Discussão a ser travada em ação própria ou em cumprimento de sentença - Exigência à época somente do requisito temporal para conversão - Emenda Constitucional 66 retirou inclusive esse requisito - Recurso desprovido (fl. 169).’ Nas razões do recurso especial, aponta a parte recorrente, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao disposto nos arts. 36 e 37 da Lei 6.515/77. Contrarrazões ao recurso especial às fls. 187-197. O parecer do Ministério Público Federal é pelo não provimento do agravo. É o relatório. Decido. 2. A irrisignação não prospera. Ao apreciar a apelação cível, o acórdão recorrido baseou-se também em fundamentos constitucionais, ao afirmar: Ainda que comprovado o descumprimento das cláusulas estabelecidas na separação judicial, descabida sua discussão nestes autos, que devem ser objeto de cumprimento de sentença, ou buscada a tutela em ação própria. À época da prolação da sentença, o art. 226 § 6º da CF exigia o requisito temporal de um ano, havendo separação judicial anterior, ou se de fato, a prova de dois anos da separação. (...) Descabe na conversão da separação judicial em divórcio discussão sobre partilha, alimentos atrasados, guarda, que deverão ser resolvidos em ações próprias. Conforme precedente desta Câmara, “o divórcio pode ser concedido sem que haja prévia partilha dos bens do casal (art. 1.581 do Código Civil) e isso se aplica aos casos de conversão de separação judicial. O legislador não fez qualquer restrição quanto a isso. No entanto, o casamento do divorciado nessas condições será disciplinado pelo regime da separação dos bens, sem a comunhão dos aquestos (art. 1.641, cumulado com o art. 1.523, III, do mesmo diploma legal), mas isso não impede a concessão do divórcio, apenas impõe restrição quanto ao regime de bens a ser adotado em novas núpcias para que se evite confusão patrimonial, enquanto não se resolver acerca da partilha dos bens do ex-casal” (Ap. 560.380-4/2-00, rel. Salles Rossi). **Isso nada obstante, a Emenda Constitucional nº 66, de 13.7.2010, conferiu nova redação ao § 6º do artigo 226 da CF, suprimindo o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos. A norma constitucional reveste-se de imediata aplicabilidade, enseja seu pronto atendimento, inclusive em oposição às regras da legislação ordinária que previam lapsos temporais à concessão definitiva do divórcio (fls. 170-172). Caberia à recorrente interpor simultaneamente recurso extraordinário, o que não ocorreu na espécie. Incide, por conseguinte, o óbice da Súmula 126/STJ: “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário”. 3. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.” (grifei).**

40 “Art. 1º O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 226. (...) § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.” (NR). Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”

41 Redação anterior do artigo 226, § 6º, da Constituição Federal: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

voa de inconstitucionalidade da EC 66/2010 e ao argumento de que é um direito da pessoa promover a ação de separação judicial, se assim o desejar.

Veja-se que a situação anterior era exatamente o reverso: cidadãos da República tinham de se submeter a uma legislação de inspiração religiosa fossem ou não católicos. De início, só havia o desquite, o término das obrigações matrimoniais, mas com a manutenção *ad aeternum* do vínculo matrimonial. Posteriormente passou a existir uma opção para dissolver o matrimônio pelo regime da Lei 6.515/77: separação judicial ou de fato antes do divórcio.

É de se notar que as pessoas que têm o dogma religioso da indissolubilidade do matrimônio não devem se atribular com a nova ordem constitucional. Optando pelo fim do vínculo matrimonial sem o recurso ao divórcio, ainda podem obter a dissolução do casamento religioso com efeitos civis⁴² anulando o casamento em um tribunal eclesiástico católico, pelo Código Canônico.

Segundo tal concepção, o casamento sempre é indissolúvel, mas pode ser que não tenha sido válido por inúmeros motivos⁴³, e aí sim é considerado nulo por um tribunal eclesiástico, e nesse caso as partes retornam ao estado de solteiros.

O Superior Tribunal de Justiça⁴⁴, em 2.013, com base no artigo 12, § 1º do Decreto 7.107/2010 (o Acordo Brasil-Santa Sé ou Estatuto Jurídico da Igreja Católica Romana no Brasil), homologou como sentença estrangeira decisão do *Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica* de anulação de casamento religioso, e os requerentes passaram do *status* de casados para o de solteiros (e não divorciados)⁴⁵.

42 Previsto na Constituição Federal, no artigo 226, § 2º: “O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”

43 Por motivos previstos no Código de Direito Canônico como erro quanto à pessoa, que pode ser interpretado como apresentar uma personalidade diferente, ou hábito não consagrado, infidelidade pretérita e persistente. São causas de anulação o vício no consentimento, ou o mero medo de algum parente ao casar, entre outras causas.

44 Os dados não foram publicados em razão do segredo de justiça. Não há razão para a não divulgação sequer do número do acórdão.

45 Entendeu o STJ que não havia ofensa à ordem jurídica brasileira. É importante observar que, em se tratando de sentenças de cortes religiosas, muitas vezes isso não será possível, como na hipótese do “repúdio” islâmico, no qual o casamento é dissolvido por ato unilateral da própria vontade do marido. (Sentença Estrangeira n. 2574-4, *in Rev. Inf. Legislativa* n. 77/ jan.-mar. 1.983). Em nosso século, quando ainda competente, o STF admitiu a homologação de sentença estrangeira nos seguintes termos: “Processo: SEC 5529 SR. Relator(a): Min. NELSON JOBIM. Julgamento:13/03/2002. Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO. Publicação:DJ 07-06-2002 PP-00084 EMENT VOL-02072-01 PP-00196 RTJ VOL-00181-03 PP-00990.). Ementa: “SENTENÇA ESTRANGEIRA. DIVÓRCIO. PROLATADA PELO TRIBUNAL DE ASSUNTOS RELIGIOSOS DE DAMASCO, REPÚBLICA ÁRABE SÍRIA. CITAÇÃO POR EDITAL CUMPRIDA. CARACTERÍSTICAS

Note-se que tal decisão é perfeitamente válida com o Estado laico: ele reconhece e coopera com as religiões, mas não as privilegia e não pode excluir manifestações nesse âmbito de qualquer natureza.

Logo, e como sempre, quem professe essa religião tem o estatuto do Tribunal Eclesiástico para se socorrer quando se tratar do fim do seu casamento. E quanto aos católicos que não desejem o uso de tal expediente ou todos os demais cidadãos que não professam essa fé ou fé alguma recorrerão aos tribunais republicanos do país para promover o divórcio.

Um dogma não pode tutelar as leis da República, sob pena de sua mais absoluta inconstitucionalidade, pela violação do princípio da separação entre Estado e religião⁴⁶.

Assim, e de forma clara, afirmamos que todas as disposições referentes ao instituto da “separação judicial” previstos no Código Civil de 2002 (anterior, portanto, à EC 66/2010) foram revogadas pela EC 66/2010, porque o instituto não faz mais parte do ordenamento jurídico vigente.

Afora raros precedentes⁴⁷ admitindo a subsistência em nosso sistema da separação logo após a EC 66/2010, a maioria das decisões dos Tribunais observa firmemente a supressão do instituto da separação judicial.

Logo, para obter-se em uma corte republicana o divórcio, não há exigência de consentimento do outro cônjuge⁴⁸, ou de prévia separação

ESPECÍFICAS DA LEI E COSTUMES DE PAÍS MUÇULMANO. SUBMISSÃO DA MULHER À VONTADE DO MARIDO QUANTO AO DIVÓRCIO NO PERÍODO DO UDDAH. ATENDIDOS OS REQUISITOS DO ART. 217 DO RISTF. SENTENÇA HOMOLOGADA.” (rectius: trata-se do instituto da Iddah, o “período de espera” da mulher muçulmana após a morte ou o divórcio, durante o qual não pode se casar). A restrição atual no RISTJ é “Art. 216-F. Não será homologada a sentença estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública.”

46 Constituição Federal: “Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;”

47 TJRJ. A.C. n. 0049375-53.2011.8.19.0042 – APELAÇÃO. 1ª Ementa. DES. MARCOS ALCINO A TORRES - Julgamento: 13/08/2012 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL. “SEPARAÇÃO CONSENSUAL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66. REVOGAÇÃO DOS REQUISITOS DO DIVÓRCIO. COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL. Com a nova redação do artigo 226 da Constituição Federal promovida pela Emenda Constitucional nº 66/2010, houve a supressão dos requisitos para o divórcio, que pode ser atingido sem qualquer condição ou requisito, sendo contudo, prematuro, em que pese as diversas opiniões em contrario, sem alteração dos dispositivos pertinentes do CC/02, afirmar que fora extinta separação de modo consensual, uma vez que pode não ser interesse do casal extinguir o vínculo, mas simplesmente estabelecer regras para um tempo de reflexão, cujo ápice pode ser o divórcio ou a reconciliação, decisão que lhes cabe no futuro tomar. Recurso a que se dá provimento, na forma do artigo 557, caput, do CPC.”

48 TJRJ, A.C. n. 0153771-73.2012.8.19.0001 – APELACAO. DES. AGOSTINHO TEIXEIRA DE ALMEIDA FILHO - Julgamento: 12/08/2013 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. “Y ajuizou ação de divórcio contra X. A ré ofereceu contestação e reconvenção, alegando que existe um automóvel a ser partilhado e que deseja manter o nome de casada (fls.

judicial ou de fato⁴⁹, não existe mais conversão da separação em divórcio⁵⁰, nem a exigência de qualquer prazo⁵¹, nem se discute culpa no processo⁵², bastando tão somente provar o casamento mediante a respectiva

18/24 e 36/44). A sentença julgou procedente o pedido de divórcio e, em relação à reconvenção, parcialmente procedente o pedido para garantir ao cônjuge virago a manutenção do nome de casada. Quanto ao suposto bem comum, determinou que a partilha seja realizada pela via própria (fls. 65/67). Recurso da autora com preliminar de cerceamento de defesa. No mérito, argumenta que não houve o interstício mínimo exigido pelo Código Civil entre a separação e o divórcio (fls. 73/84). Contrarrazões em prestígio do julgado (fls. 86/97). É o relatório. Embora a advogada que subscreveu a peça inicial não constasse da procuração outorgada pelo autor, os demais atos processuais foram praticados por procuradores constituídos, o que, nos termos do art. 37, parágrafo único, do CPC, ratifica todos os atos anteriores. Não houve cerceamento de defesa. O divórcio pode ser concedido sem prévia partilha dos bens (Súmula nº 197 do STJ). A apelante, como consignado na sentença, deverá buscar a divisão do patrimônio comum pela via adequada. No mérito, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 66/2010, que alterou a redação do art. 226, §6º, da Constituição Federal, não mais se exige prévia separação de fato ou judicial para o pedido de divórcio. Desse modo, se um dos cônjuges manifestou vontade em dissolver o vínculo conjugal, o consorte nada pode fazer para impedir o divórcio. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso, monocraticamente, com aplicação do artigo 557, caput, do CPC.”

49 TJRJ, AC n. 0287759-64.2010.8.19.0001 – rel. DES. BENEDICTO ABICAIR - Julgamento: 04/12/2013 - SEXTA CÂMARA CÍVEL. “APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. 1.Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/10, não existe mais no ordenamento jurídico pátrio o instituto da separação judicial, sendo irrelevante a declaração de culpa quanto ao fim do matrimônio. 2. No tocante à possibilidade de o curador pedir o divórcio pelo curatelado, é sabido que àquele cabe a representação deste para todos os atos da vida civil. Inteligência do parágrafo único do artigo 1.576 e parágrafo único do artigo 1.582, ambos do Código Civil. 3.O uso do nome é um direito personalíssimo e indisponível. Assim, cabe ao cônjuge optar pela manutenção do nome de casado. 4. Negativa de seguimento a ambos os recursos, nos termos do art. 557, caput, do CPC.” Data de Julgamento: 04/12/2013. Data de Julgamento: 19/03/2014.

50 TJRJ A.C. n. 0045292-86.2012.8.19.0000 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1ª Ementa. DES. TERESA ANDRADE - Julgamento: 24/04/2013 - SEXTA CÂMARA CÍVEL. “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. EC Nº 66/2010. POSSIBILIDADE DE DIVÓRCIO DIRETO. NÃO RECEPÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 35, DA LEI Nº 6.515/77. PROCEDIMENTO SUBMETIDO À LIVRE DISTRIBUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO. O advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que dá nova redação ao §6º, do art. 226, da Constituição da República, trouxe a possibilidade da deflagração do divórcio direto, tornando inócuo o procedimento da separação judicial, bem como da conversão da separação em divórcio. Nesse diapasão, igualmente não subsiste a prevenção determinada pelo parágrafo único do art. 35, da Lei nº 6.515/77, que não fora recepcionada pela Carta Social. Procedimento que deve ser submetido à livre substituição. Precedentes do TJ/RJ e STJ. Procedência do Conflito para declarar a competência do Juízo Suscitado para processamento e julgamento da ação.” Data de Julgamento: 24/04/2013.

51 TJRJ, A.C. n. 0006371-34.2012.8.19.0008 – APELAÇÃO. 1ª Ementa. DES. ANDRE RIBEIRO - Julgamento: 26/11/2013 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. “APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA CONSTAR QUE NÃO EXISTEM BENS A SEREM PARTILHADOS. INCONFORMISMO DA AUTORA QUE MERECE PROSPERAR. Emenda Constitucional nº 66, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da CR, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de dois anos. Controvérsia quanto a existência ou não de bens a partilhar. Autora sustentando que o casal ergueu uma construção de 2 pavimentos, além de possuírem o direito e ação em outro lote de terreno, o que foi contestado pelo réu, alegando que exerce a posse do imóvel de moradia do casal antes do casamento e que o outro terreno é de propriedade de sua genitora. Divórcio que pode ser concedido sem que haja prévia partilha de bens. Aplicação do art. 1.581, do CC e da Súmula 197 do STJ. Eventuais pendências relativas à partilha de bens que poderão ser pleiteadas por via própria. Entendimento jurisprudencial deste Tribunal. SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE. PROVIMENTO DO RECURSO, NA FORMA DO § 1º-A DO ART. 557 DO CPC.”

52 TJRJ, A.C. n. 0070561-90.2013.8.19.0001 – APELAÇÃO. 1ª Ementa. DES. MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 05/11/2013 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. DIREITO CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO - EXTINÇÃO DO VÍNCULO DO CASAMENTO DECRETADA POR SENTENÇA - EXERCÍCIO DE DIREITO POTESTATIVO - IRREGISNAÇÃO DA RÉ - INSISTÊNCIA NA NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE PROVA ORAL PARA COMPROVAÇÃO DA CULPA

certidão⁵³ e a vontade de um dos cônjuges de se divorciar⁵⁴, sendo irrelevante a objeção do outro cônjuge a tal pedido.

Nem mesmo se pode obstaculizar o divórcio sob a alegação de falta da partilha de bens⁵⁵, ausência de estipulação de alimentos entre os côn-

PELO DIVÓRCIO - PRETENSÃO DE EMBASAMENTO JURÍDICO PARA ULTERIOR PLEITO ALIMENTAR - IMPOSSIBILIDADE - DE ACORDO COM O ATUAL REGRAMENTO CIVIL CONSTITUCIONAL O ÚNICO REQUISITO PARA A DECRETAÇÃO DO DIVÓRCIO É A VONTADE DE UMA DAS PARTES - EX VI LEGIS, O ART. 226, § 6º DA CRFB/88, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - DESNECESSIDADE DE SE DISCUTIR CULPA DAS PARTES DA PRESENTE DEMANDA REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA AO AUTOR/APELADO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PROVA, NOS AUTOS, A DESCONSTITUIR A PRESUNÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA - RÉ/APELANTE QUE NÃO IMPUGNOU GRATUIDADE DE JUSTIÇA NA FORMA PRECONIZADA PELA LEI 1060/50 - SENTENÇA QUE SE MANTÉM. 1. Cuida-se de apelação contra sentença que julgou procedente o pedido formulado em ação de divórcio. 2. Apelação da ré, insurgindo-se contra a gratuidade de justiça deferida ao autor/apelado em sua contestação. Via inadequada. Incidente de impugnação à gratuidade de justiça não foi devidamente formulado pela ré/apelante. Ausência de prova nos autos a desconstituir a presunção de hipossuficiência do autor. 3. A renda do beneficiário da JG, por si só, não se revela apta a não concessão ou revogação do benefício da gratuidade de justiça, sendo relevante, in casu, se a parte tem condições de arcar com os custos do processo, sem prejuízo de seu sustento ou de sua família. 4. Pretensão da ré em anular a sentença, insistindo na realização de prova oral, tencionando comprovar a culpa do autor pela decretação do divórcio. Situação totalmente despicienda para o caso em testilha. Ulterior ação de alimentos entre os ex-cônjuges em que se deverá perquirir se subsiste o dever de solidariedade entre as partes. 5. A atual ordem constitucional, após a EC nº 66/2010, preceitua como único requisito para a concessão do divórcio a vontade de uma das partes. Desnecessário, pois, se perquirir a culpa na presente demanda. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.”

53 A princípio: “**Art. 1.543.** O Casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro.”

54 TJRJ, A.C. n. 0170787-31.2012.8.19.0004 - APELACAO 1ª Ementa DES. ROBERTO DE ABREU E SILVA - Julgamento: 18/12/2013 - NONA CÂMARA CÍVEL. “SEPARAÇÃO JUDICIAL. CONVERSÃO EM DIVÓRCIO. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA PARTILHA DOS BENS DO CASAL E CONSENSO QUANTO AOS ALIMENTOS. ART.1581 DO CÓDIGO CIVIL. SÚMULA 197 DO EG.STJ. O divórcio é o ato judicial que tem como finalidade a dissolução da sociedade conjugal. Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, suprimiu-se o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. A redução do texto constitucional tem o condão de possibilitar que o casamento civil se dissolva imediatamente após a sua celebração se assim desejarem os contraentes, facilitando sobremaneira a concretização, no mundo jurídico, da vontade dos cônjuges em deixar de sê-lo. O único requisito para o divórcio se restringe à iniciativa de uma das partes em dissolver a sociedade conjugal. O divórcio é um direito potestativo, não mais existindo qualquer requisito objetivo ou subjetivo para a sua concessão, salvo o estado civil de casado e a vontade de um dos cônjuges de se separar. In casu, ressalte-se que, conquanto não mais se exija o lapso temporal, este efetivamente ocorreu porquanto as partes estão separadas judicialmente desde 2005. Infere-se que as razões recursais aludem ao inconformismo da autora sobre a partilha de bens do casal e o pensionamento de um dos filhos, argumentos que não merecem prosperar. A partilha não constitui óbice à decretação do divórcio ante a expressa disposição do art. 1581 do Código Civil1. A Súmula 197 do Eg. STJ é de idêntico teor. Ressalte-se que, a partilha posterior ao divórcio há que ser intentada em via própria consoante disposto no art. 1121, § 1º do Código de Processo Civil. Demais, é certo que o fim da relação conjugal não altera os direitos e deveres dos pais em relação à sua prole e, na hipótese, o direito de alimentos à filha está resguardado, devendo ser objeto de ação própria. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. ART.557 DO CPC.”

55 TJRJ, A.C. n. 0009816-51.2010.8.19.0066 – APELAÇÃO. 1ª Ementa. DES. MARCO AURELIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 11/04/2013 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL. “APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL COM PEDIDO DE CONVERSÃO EM DIVÓRCIO LITIGIOSO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. INCONFORMISMO DO VARÃO. Aplicação do § 3º, do artigo 515 do CPC. Pelos documentos e manifestações juntadas nos autos verifica-se o consenso entre o ex-casal no sentido do rompimento do vínculo matrimonial. Pedido expresso do autor/apelante pela decretação do divórcio. Aplicação do § 6º, do artigo 226, da Constituição Federal. Incidência imediata da Emenda Constitucional 66/2010. Questão patrimonial que, na inexistência de acordo, deverá ser solucionada em via própria, na forma dos artigos 1581 do Código Civil e 1121, § 1º, do CPC. Recurso provido na forma do artigo 557, § 1º-A, do CPC, para decretar o divórcio do ex-casal, devendo o cônjuge varão voltar a usar seu nome de solteira como requerido. Precedentes.”

juges⁵⁶ ou de cláusulas sobre a guarda e visitação e alimentos dos filhos⁵⁷.

Incabível, igualmente, a exigência de prévia audiência de ratificação⁵⁸, e tampouco há necessidade de dilação probatória, já que se funda a ação de divórcio direto apenas na vontade de um dos cônjuges⁵⁹.

56 TJRJ, A.C. n. 0015611-88.2010.8.19.0211 – APELAÇÃO. 1ª Ementa DES. GABRIEL ZEFIRO - Julgamento: 18/11/2013 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO MATRIMONIAL DECRETADA POR SENTENÇA PROFERIDA EM AUJ. POSSIBILIDADE. MATÉRIA UNICAMENTE DE DIREITO. ARTIGO 330, I, DO CPC. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELO NÃO COMPARECIMENTO DA RÉ À AUDIÊNCIA, PORQUANTO DEVIDAMENTE REPRESENTADA PELO SEU ADVOGADO. CITAÇÃO VÁLIDA DA RÉ POR OFICIAL DE JUSTIÇA. COMPARECIMENTO AOS AUTOS COM A CONSTITUIÇÃO DE PATRONO E O OFERECIMENTO DE CONTESTAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 214, §1º, DO CPC. INCONTROVERSA A SEPARAÇÃO DE FATO DO CASAL, QUE TERIA OCORRIDO HÁ MAIS DE 45 ANOS, SEGUNDO AFIRMAÇÃO DO VARÃO NÃO IMPUGNADA PELA VIRAGO. ART. 226, § 6º, DA CRFB, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, PELA QUAL FOI SUPRIMIDO O REQUISITO DA COMPROVAÇÃO DA SEPARAÇÃO DE FATO POR MAIS DE DOIS ANOS. EXERCÍCIO DE DIREITO POTESTATIVO. ALEGAÇÃO ACERCA DA INCAPACIDADE ABSOLUTA DO AUTOR QUE NÃO SE MOSTRA VEROSÍMIL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO QUANTO À NECESSIDADE DE ALIMENTOS E EXISTÊNCIA DE BENS A PARTILHAR. POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE TAIS PLEITOS EM DEMANDA PRÓPRIA. ARTIGO 1.581 DO CC. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, EX VI DO ART. 557, CAPUT, DO CPC.”

57 TJRJ, A.C. n. 0002248-05.2011.8.19.0080 - APELAÇÃO 1ª Ementa. DES. FLAVIA ROMANO DE REZENDE - Julgamento: 23/10/2013 - OITAVA CÂMARA CÍVEL. “DIVÓRCIO LITIGIOSO. REVELIA. SENTENÇA JULGANDO PROCEDENTE O PEDIDO PARA DECRETAR O DIVÓRCIO DO EX-CASAL, DETERMINANDO QUE O CÔNJUGE MULHER VOLTE A USAR O NOME DE SOLTEIRA. RECURSO MANEJADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, SUSTENTANDO A AUSÊNCIA DE ACORDO QUANTO À GUARDA, VISITAÇÃO E ALIMENTO DA FILHA MENOR. PRESCINDIBILIDADE. QUESTÕES QUE PODERÃO SER VENTILADAS EM VIA PRÓPRIA. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. - Após a Emenda Constitucional nº 66/2010, o único requisito indispensável ao rompimento do vínculo matrimonial é a manifestação de vontade das partes. Tratando-se de ação de divórcio, não há como imputar aos litigantes que entabulem prévio acordo para regulamentar a guarda, visitação e alimento dos filhos menores, podendo referidas questões serem apreciadas em via própria, a posteriori. Nos termos do artigo 1632 do Código Civil, a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram a relação já consolidada entre pais e filhos durante o convívio familiar. NEGA-SE SEGUIMENTO AO RECURSO, COM FULCRO NO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC.”

58 O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.483.841 - RS (2014/0058351-0), em que foi Relator o Ministro Moura Ribeiro, estabelece que, diante da EC 66.2.010, não mais há necessidade de discussão de prazo ou de audiência de ratificação, posto que **“Trata-se, em verdade, de nova interpretação sistemática, em que não podem prevalecer normas infraconstitucionais do Código Civil ou de outro diploma, que regulamentavam, o que previsto de modo expresso na Constituição e que esta excluiu posteriormente, como no presente caso.”** Assim foi ementada a decisão: “PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL DIRETO. AUDIÊNCIA PARA TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO OU RATIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DIVÓRCIO HOMOLOGADO DE PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em razão da modificação do art. 226, § 6º, da CF, com a nova redação dada pela EC 66/10, descabe falar em requisitos para a concessão de divórcio. 2. Inexistindo requisitos a serem comprovados, cabe, caso o magistrado entenda ser a hipótese de concessão de plano do divórcio, a sua homologação. 3. A audiência de conciliação ou ratificação passou a ter apenas cunho eminentemente formal, sem nada produzir, e não havendo nenhuma questão relevante de direito a se decidir, nada justifica na sua ausência, a anulação do processo. 4. Ainda que a CF/88, na redação original do art. 226, tenha mantido em seu texto as figuras anteriores do divórcio e da separação e o CPC tenha regulamentado tal estrutura, com a nova redação do art. 226 da CF/88, modificada pela EC 66/2010, deverá também haver nova interpretação dos arts. 1.122 do CPC e 40 da Lei do Divórcio, que não mais poderá ficar à margem da substancial alteração. Há que se observar e relembrar que a nova ordem constitucional prevista no art. 226 da Carta Maior alterou os requisitos necessários à concessão do Divórcio Consensual Direto. 5. Não cabe, in casu, falar em inobservância do Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu qualquer declaração de inconstitucionalidade, mas sim apenas e somente interpretação sistemática dos dispositivos legais versados acerca da matéria. 6. Recurso especial a que se nega provimento.”. Em idêntico sentido: STJ: AREsp 273978..

59” TJSC, Apelação Cível AC 20090037028 SC 2009.003702-8 (Acórdão). Data de publicação: 26/09/2012. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C GUARDA DEFINITIVA E APREENSÃO DE MENOR. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. AUSÊNCIA DE PREJUIZO. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2011 QUE SUPRIMIU O REQUISITO DA PRÉVIA SEPARAÇÃO JUDICIAL POR MAIS DE UM ANO OU DA COMPROVADA SEPARAÇÃO DE FATO

Quando muito, a discussão poderá se restringir ao direito do cônjuge de continuar utilizando o nome de casado, mas não ao divórcio em si, por força da revogação da parte final do artigo 1.572, § 2º do Código Civil.

Por fim, não necessita a Emenda Constitucional n. 66/2010 da elaboração de qualquer norma para sua eficácia⁶⁰.

Esse é o resultado da marcha do processo constitucional em direito de família, que deve buscar a concretização dos direitos fundamentais e o direito de todos à felicidade⁶¹.

4. INSERÇÃO DO TERMO “SEPARAÇÃO JUDICIAL” NO NOVO CPC

E com relação ao novo Código de Processo Civil, a Lei 13.105/2015?

A inserção das expressões “separação judicial” e “separação” se deu de modo deliberado, ou seja, já na égide da Emenda Constitucional n. 66/2010, ao argumento de poder possibilitar ao indivíduo a propositura, ao seu interesse, da ação de separação judicial e da conversão da separação em divórcio.

Como dito, imaginado como “direito fundamental da parte” a escolha do processo de separação judicial, o argumento utilizado pelo Dep. Arnaldo Faria de Sá, autor das Emendas Modificativas n. 09/2011 a 14/2011, é muito frágil.

POR DOIS ANOS PARA QUE SEJA DECRETADO O DIVÓRCIO DO CASAL. INUTILIDADE NA REABERTURA DA INSTRUÇÃO PARA QUE SEJA PRODUZIDA UMA PROVA QUE ATUALMENTE É DISPENSÁVEL. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE RECURSO DAS PARTES INTERESSADAS. DIREITO DE GUARDA E VISITA DOS FILHOS MENORES QUE PODE SER REVISTO A QUALQUER TEMPO, DÊS QUE PROVADA A MUDANÇA NA SITUAÇÃO FÁTICA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.”

60 TJRJ, A.C. n. nº 0001983-31.2010.8.19.0082, Décima Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Mauro Dickstein “CIVIL. DIVÓRCIO LITIGIOSO. EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, NA FORMA DO ART. 267, VI, DO CPC. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010, QUE ALTEROU A REDAÇÃO DO ART. 226, DA CARTA MAGNA. SUPRESSÃO DO PRAZO COMO REQUISITO PARA A PROPOSITURA DA AÇÃO. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA, DE APLICABILIDADE IMEDIATA, RESTANDO DESNECESSÁRIA A EDIÇÃO OU OBSERVÂNCIA A QUALQUER OUTRA NORMA INFRACONSTITUCIONAL. RECURSO CONHECIDO, ANULANDO-SE A SENTENÇA PARA DETERMINAR O SEU PROSSEGUIMENTO, EM SEUS ULTERIORES TERMOS.”

61 Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte: ‘Direito de Família. Divórcio direto consensual. Sentença de extinção do feito sem resolução do mérito fundamentando na ausência do requisito temporal para decretação. Reforma da sentença. Emenda Constitucional nº 66/2010. Fim do requisito temporal para decretação do divórcio. Provenimento do apelo.’ “Felizmente este verdadeiro calvário chega ao fim. A mudança provoca uma revisão de paradigmas. Além de acabar com a separação e eliminar os prazos para a concessão do divórcio, espanca definitivamente a culpa do âmbito do Direito das Famílias. Mas, de tudo, o aspecto mais significativo da mudança talvez seja o fato de acabar a injustificável interferência do Estado na vida dos cidadãos. Enfim passou a ser respeitado o direito de todos de buscar a felicidade, que não se encontra necessariamente na manutenção do casamento, mas, muitas vezes, com o seu fim.” (DIAS, Maria Berenice. Divórcio Já! Editora Magister - Porto Alegre. Data de inserção: 09/07/2010. Disponível em: www.editoramagister.com/doutrina_ler.php?id=769). Provenimento do recurso para homologar o acordo de divórcio. (Apelação nº 0078505-85.2009.8.19.0001, Sexta Câmara Cível, Rel. Des. Nagib Slaibi)”.

Argumenta sua Excelência, inicialmente, que como estaria previsto o instituto no Código Civil de 2002, deveria corresponder o respectivo instrumento processual no novo CPC.⁶²

Na mesma exposição de motivos, há alusão aos motivos religiosos de forma expressa⁶³. E aqui, como vimos, novamente um duplo equívoco: ninguém é obrigado a se divorciar, nem tampouco a recorrer para isso, contra sua vontade, aos tribunais da República. Pode, como vimos, observar o dogma e não se divorciar, nem se separar, ou recorrer a um tribunal religioso e obter a homologação da sentença eclesiástica no Superior Tribunal de Justiça.

As inserções fazem parte das incontáveis alterações formuladas no anteprojeto original pelos mais diversos grupos de pressão⁶⁴, resultando em dúvida sobre o sistema adotado, sua ideologia como um corpo codificado, e contradições como ora dispor sobre “ações de estado” (art. 247, I e 388, parágrafo único), ora descrevendo determinados procedimentos quando regula o procedimento das ações de família (art. 693⁶⁵, cfr. com 53, I⁶⁶ e 189, II⁶⁷).

62 **Verbis**: “Ainda, se considerado que a EC 66/2010 suprimiu a separação judicial, estaria, igual e absurdamente, suprimida a separação de fato, que igualmente era mencionada na anterior redação do art. 226, § 6º da Constituição Federal de 1988. Já que as espécies dissolutórias são reguladas no Código Civil e dentre essas espécies está mantida a separação judicial, é descabida sua eliminação do Ordenamento Processual. A um instituto de direito material, como a separação judicial, deve corresponder o respectivo instrumento processual, sob pena de descompasso entre esses dois ramos do Direito – Direito Civil e Direito Processual Civil – e conseqüente criação de caos processual pelas diversas interpretações que a falta dessa correspondência pode acarretar.” (*in* http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=920356&filename=EMC+9/2011+PL804610+%3D%3E+PL+8046/2010, acesso em 3 de agosto de 2.015 às 21h17).

63 Nos seus termos: “(...) exatamente por ser o Brasil um Estado laico, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assim como é preservado a todos, inclusive em razão de suas crenças, o exercício de direitos, como estabelece o artigo 5º, incisos VI e VIII da Constituição Federal. Em razão desses direitos fundamentais, a liberdade religiosa e de exercícios de direitos a todos os religiosos deve sempre ser preservada. Os religiosos que não admitem a dissolução do vínculo conjugal e somente admitem a separação, se esta fosse suprimida de nosso ordenamento legal, em caso de impossibilidade da manutenção da vida conjugal, teriam de optar pelo divórcio, em renúncia ao seu credo, ou permanecer na situação irregular de casados e sem convivência conjugal, para manter a sua crença, o que importaria, em ambos os casos, em violação àqueles direitos fundamentais da liberdade religiosa e ao exercício de direitos. Por outras palavras, a supressão da separação, como forma de mudança do estado civil, violaria o direito de regularização do estado civil daqueles que têm crença que não admite o divórcio. Portanto, a supressão da separação no art. 53 e nos demais artigos em que são propostas emendas ao Projeto de Lei 8.046/2007 é inconstitucional, por violar o direito fundamental à liberdade e à liberdade de exercícios de direitos em razão de crença, estabelecidos no art. 5º, caput e inciso VIII da Constituição da República Federativa do Brasil. Esclareça-se que, em caso de pedidos contrapostos, inclusive pela via reconvenção, de separação e divórcio ou vice-versa, a resposta é só uma: o Juiz deverá decretar o divórcio, caso em que o cônjuge religioso não estaria, nessas circunstâncias, praticando violação aos seus ditames religiosos, porque não pediu a dissolução do vínculo conjugal.” (idem, *ibidem*).

64 Exatas novecentas emendas: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas?idProposicao=490267&subst=0.

65 “Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação. Parágrafo único. A ação de alimentos e a que versar sobre interesse de criança ou de adolescente observarão o procedimento previsto em legislação específica, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.”

66 “Art. 53, I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:”

67 “Art. 189, II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;”. Aqui só há ações de estado, mesmo aquelas de caráter patrimonial,

Seja como for, e como um produto de uma sociedade aberta e democrática, o novo CPC deve ser saudado por não ser o fruto de um Estado autoritário, e como nascituro se sujeitará, quando do seu nascimento no mundo jurídico, às interpretações das cortes republicanas deste país e ao merecido controle da constitucionalidade das leis.

Assim é um Estado Democrático e de Direito.

Nesse passo, as expressões “separação” e “separação judicial”, previstas nos artigos 23, III, 53, I, 189, II e seu § 2º e artigo 693, *caput*, 731, 732, 733 da Lei 13.105/2015 (o novo CPC), são inteiramente inconstitucionais, por preverem a reinserção no sistema de instituto abolido pela EC 66/2010, podendo ser declaradas como tais incidentalmente ou por controle concentrado.

5. QUESTÕES PRÁTICAS TRAZIDAS PELA EC 66/2010 E ANTE O NOVO CPC

Em termos práticos, a partir da vigência do novo CPC, caso promova a parte ação de separação judicial, deverá ser determinada a emenda à inicial⁶⁸, nos termos do novel art. 303, § 6º.

Entendemos que não existe mais a possibilidade de conversão da separação em divórcio, mesmo que anterior à EC. 66/2010⁶⁹.

porque fundadas no estado das pessoas, grosso modo. Veja-se que nesse aspecto a melhor técnica é deixar a disciplina a cargo da organização judiciária, que sabidamente não inclui entre as ações de família as alimentares decorrentes de ato ilícito, e.g., mas mantém reunidas matérias de “Direito de Família”, patrimoniais ou de estado. Veja-se, a propósito da controvérsia da natureza jurídica da ação de alimentos, **Direito de família**: doutrina e jurisprudência: coletânea de julgados, pareceres, artigos de doutrina, legislação etc, Volume 1, de José Luiz V. de A. Franceschini e Antônio de Salles Oliveira, Editora Revista dos Tribunais, 1973.

68 TJRJ. A.C. 0006113-93.2013.8.19.0006 - APELAÇÃO. 1ª Ementa. DES. JOSE CARLOS PAES - Julgamento: 23/09/2014 - DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL. APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. INÉPCIA DA INICIAL. INDEFERIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. Após o advento da Emenda Constitucional 66/2010, foi abolido do ordenamento jurídico nacional o instituto da separação judicial, conforme leciona majoritária doutrina pátria e têm decidido os Tribunais. 2. Nesse caminhar, o artigo 295, inciso I, do Código de Processo Civil, determina o indeferimento da petição inicial quando ela for inepta, sendo certo que as causas de inépcia estão arroladas no parágrafo único do citado artigo, prevendo o inciso III a impossibilidade jurídica do pedido. 3. Frise-se que o magistrado de 1º grau, em respeito aos princípios consagrados na Constituição da República, mormente o do devido processo legal, determinou emenda na petição inicial por duas vezes, sendo que o demandante se manteve inerte, preferindo utilizar o agravo de instrumento em um primeiro momento e, posteriormente, mantendo-se firme no posicionamento da manutenção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro. 4. Assim, a extinção do processo sem análise de mérito, com base no artigo 267, inciso I c/c artigo 284, parágrafo único c/c artigo 295, inciso I e seu parágrafo único, inciso III, todos do Código de Processo Civil, é medida que se impõe, por ser o pedido pretendido juridicamente impossível. 5. Recurso que não segue.

69 TJRJ. A.C. n. 0032821-38.2012.8.19.0000 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1ª Ementa. DES. MARIO GUIMARÃES NETO - Julgamento: 06/11/2012 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. EMENTA - CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - AÇÃO DE DIVÓRCIO - DECLÍNIO DA COMPETÊNCIA FUNDADO NO ENTENDIMENTO DE QUE SE TRATA DE AÇÃO DE CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL EM DIVÓRCIO - MODIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DO PEDIDO - IMPOSSIBILIDADE - EX-CÔNJUGE QUE AJUIZOU AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO COM BASE NA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/10 - ENTENDIMENTO PREDOMINANTE NESTA CORTE ESTADUAL DE QUE O ARTIGO 35 DA LEI Nº 6.515/77 NÃO FOI RECEPCIONADO PELO § 6º DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NA REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL

Nesse caso, não é necessário o desarquivamento dos autos da separação judicial e prova do decurso do seu prazo. A nova ação, sujeita à livre distribuição⁷⁰, necessita apenas da prova do casamento e do pedido de divórcio. Pelo teor da matéria discutida, o pedido, reitera-se, deve ser apenas o de divórcio direto.

Referências à culpa, doença, e os motivos do fim do casamento, *et cetera*, não possuem qualquer relevância, e também se sujeitam à decisão de emenda à inicial, posto que no divórcio direto exige-se apenas a prova do casamento e o desejo de pôr fim a ele.

A instrução da inicial com cópias da separação judicial prévia possui fim meramente ilustrativo e é totalmente despendiosa.

Como proceder em caso de ausência de emenda à inicial?

Na nova sistemática do CPC, com a abolição da condição da ação da impossibilidade jurídica do pedido (artigo 485, VI), não haveria a extinção do processo sem resolução de mérito.

Nem mesmo por se invocar a falta de interesse da ação, na ampliação defendida por E. T. LIEBMAN para abrigo a possibilidade jurídica do pedido ali, a solução que se seguiria seria a da extinção do processo sem análise do mérito.

Tal tese inclusive já foi apreciada pelo TJRJ, que considerou no julgamento da Apelação Cível citada na nota que se segue, presente o interesse processual na conversão da separação em divórcio, dado que ocorrida aquela antes da EC 66/2010 e estando averbada na certidão de casamento a separação judicial⁷¹.

Nº 66/10 INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO COM A ANTERIOR AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL, PROCESSADA E JULGADA PELO JUÍZO SUSCITANTE - ACOLHIMENTO DO PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA - JULGAMENTO DE PLANO, NA FORMA DO ARTIGO 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - COMPETÊNCIA DO JUÍZO SUSCITADO.”

70 Na marcha do processo constitucional, já havia o entendimento de que a necessidade de apensamento do processo de separação ao pedido de conversão da separação em divórcio não havia sido recepcionado pela Constituição Federal: TJRJ. A.C. n. 0045292-86.2012.8.19.0000 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA. 1ª Ementa. DES. TERESA ANDRADE - Julgamento: 24/04/2013 - SEXTA CAMARA CIVEL. “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. EC Nº 66/2010. POSSIBILIDADE DE DIVÓRCIO DIRETO. NÃO RECEPÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO, DO ART. 35, DA LEI Nº 6.515/77. PROCEDIMENTO SUBMETIDO À LIVRE DISTRIBUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO. O advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, que dá nova redação ao §6º, do art. 226, da Constituição da República, trouxe a possibilidade da deflagração do divórcio direto, tornando inócuo o procedimento da separação judicial, bem como da conversão da separação em divórcio. Nesse diapasão, igualmente não subsiste a prevenção determinada pelo parágrafo único do art. 35, da Lei nº 6.515/77, que não fora recepcionado pela Carta Social. Procedimento que deve ser submetido à livre substituição. Precedentes do TJ/RJ e STJ. Procedência do Conflito para declarar a competência do Juízo Suscitado para processamento e julgamento da ação.”

71 TJRJ. A.C. n. 0001472-90.2012.8.19.0202 – APELAÇÃO. 1ª Ementa DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 16/04/2013 - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. “APELAÇÃO CÍVEL. CONVERSÃO DE SEPARAÇÃO EM DIVÓRCIO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. INTERESSE PROCESSUAL EVIDENCIADO. SENTENÇA CASSADA. Recurso interposto contra decisão que, nos autos da ação de conversão da separação judicial em divórcio, julgou extinto o feito

A solução diante da derrogação da condição da ação da possibilidade jurídica do pedido vem, conforme leciona FREDIE DIDIER JR.⁷², que já não considerava a possibilidade jurídica do pedido propriamente uma condição da ação⁷³, mas uma matéria puramente de mérito da causa.

Assim, diante da ausência de emenda à inicial, o pedido de separação judicial será declarado *incidenter tantum* inconstitucional, e julgado improcedente, com resolução do mérito.

Tal é perfeitamente harmônico com o princípio da primazia do julgamento de mérito consagrado no novo CPC ⁷⁴.

Portanto, a sentença de improcedência gerará coisa julgada material, com a ampliação dos seus limites objetivos prevista no novo CPC.

Logo, a repetição da nova ação de separação judicial julgada improcedente, encontrará seu fim prematuro em função do pressuposto processual negativo do art. 485, V, do novo CPC.

Com a previsão da fase obrigatória da sessão de autocomposição prevista nos artigos 165, 139, V no novo procedimento das ações de família (art. 695 do NCP), *quid inde?*

Pelo teor do artigo 694 do novo CPC⁷⁵, o que se buscará é justamente a autocomposição das partes, e a possibilidade de que, mesmo diante da manifestação da vontade de apenas um dos cônjuges para a ruptura do vínculo matrimonial, sempre é a melhor forma de chegar a termo um litígio pela mediação ou conciliação do que por um julgamento. Além da possibilidade de serem resolvidas questões periféricas não propriamente tratadas na ação de divórcio direto, como a guarda compartilhada, alimentos, *et cetera*.

sem resolução do mérito por reputar ausente o interesse processual. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, que estava submetido ao requisito temporal antes do advento da Emenda Constitucional nº 66, qual seja, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. A averbação na certidão de casamento da separação judicial. Interesse processual reconhecido. Sentença que merece ser cassada. RECURSO PROVIDO.”

72 Disponível em <http://www.frediedidier.com.br/artigos/condicoes-da-acao-e-o-projeto-de-novo-cpc/>. Acesso em 04 de agosto de 2.015, às 00h36.

73 Como aliás o próprio Liebman, que a eliminou como tal desde a terceira edição de seu **Manuale di diritto processuale civile. Principi**. Por Enrico Tullio Liebman, Vittorio Colesanti, Elena Merlin, Edoardo F. Ricci. Settima ed., Giuffrè editore, 2007, p. 174.

74 “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

75 “Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.”

Em qualquer caso, há de se analisar a conveniência do julgamento antecipado da lide.

Como dito, não há necessidade de dilação probatória, podendo ser proferida sentença tão logo aperfeiçoada a relação processual (artigo 355, I, novo CPC), ainda que em julgamento antecipado parcial de mérito (artigo 356, I ou II, do novo CPC), quando o pedido for cumulado com outros consentâneos (artigo 327 do novo CPC).

Nessa hipótese, o juiz poderá desde logo proferir a sentença de divórcio, independente da análise dos demais pedidos em discussão, permitindo o averbamento do divórcio e a mudança do estado civil.

Portanto, os tribunais corrigirão a indevida inserção dos termos “separação judicial” e “separação” no novo CPC, em razão da alteração promovida pela EC 66.2010. ❖

Da Tutela Antecipada Antecedente no Novo CPC - Breves Observações -

Daniel Vianna Vargas

Juiz de Direito TJERJ, Mestre em Direito - Universidade de Barcelona (UB) e Universidade Pompeu Fabra (UPF).

INTRODUÇÃO

No recorrente tema das tutelas diferenciadas¹, o novo Código de Processo Civil apresenta algumas novidades. Estabelecendo a tutela provisória como gênero – em contraposição à tutela definitiva – efetuada a distinção pelo grau de profundidade da cognição e extensão probatória – aponta o legislador duas espécies, a saber: da tutela de urgência e da tutela de evidência.

Partindo da imperiosa distribuição do ônus do tempo no processo – devendo suportar os efeitos deletérios do tempo a parte que não tem razão² – trabalha o legislador com juízos de probabilidade. Sendo a tutela definitiva aquela proferida com base em juízo de “certeza”, as tutelas provisórias são analisadas e concedidas de acordo com o grau de probabilidade do direito afirmado.

1 COMOGLIO, Luigi Paolo. *“Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile”*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 6, p. 1530, 2008.

2 “A distribuição do tempo do processo, fundamental para a preservação do princípio da isonomia, justifica a tutela antecipatória em caso de defesa de mérito indireta infundada que requer prova diferente da documental. Nesse caso, é natural transferir o ônus do tempo do processo, dando-se ao réu, obviamente, a oportunidade de continuar atuando no processo para ver a sua defesa acolhida e, conseqüentemente, a tutela antecipatória revogada. Ainda mais evidente é a necessidade da pronta tutela da parte da demanda que se tornou incontroversa no curso do processo (art. 273, § 6.º, do CPC). Seguindo-se o clássico e antigo princípio de que o julgamento do mérito deve ser feito em uma única oportunidade e, portanto, sem qualquer forma de cisão, é inevitável concluir que parcela do pedido poderá se tornar madura para julgamento no curso do processo. Portanto, se a tempestividade exige que a tutela jurisdicional seja concedida quando os fatos constitutivos estão evidenciados e o réu ainda procura provar um fato provavelmente infundado (hipótese vista há pouco), não pode haver dúvida sobre a imprescindibilidade de a técnica processual viabilizar a pronta e imediata tutela da parcela da demanda sobre a qual não mais existe controvérsia fática. Quando se diz que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão, objetiva-se preservar o princípio da isonomia. *Tratar um direito evidente e um direito não evidente de igual forma é tratar da mesma maneira situações desiguais*” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1 - Teoria Geral do Processo -, cit., p. 370-371).

Evidente o direito – diante da prova documental pré-constituída e da ausência de seriedade da postura defensiva do réu – prescinde-se de qualquer outro critério para a concessão da medida provisória, na conformidade do disposto no art. 311 do novo CPC.

Ausente a carga robusta de probabilidade – evidência – exige o ordenamento a perquirição de outro adjetivo para possibilitar a concessão de tutela não calcada em cognição exauriente. Média ou mínima a probabilidade do direito afirmado (acepção extraída da impossibilidade de juízo mais assertivo em função da sumariedade da cognição), necessário que a parte alegue e o julgador reconheça, igualmente, a urgência na providência pleiteada para o deferimento da tutela provisória.

Logo, evidência e urgência são espécies de tutela provisória, sendo certo que são subespécies da tutela de urgência, a tutela antecipada e a tutela cautelar.

Embora não objeto do presente estudo, relevante ressaltar que a tutela provisória de evidência será sempre satisfativa e incidental, sendo mesmo incongruente pensar-se em tutela cautelar ou preparatória de evidência.

1. DA TUTELA ANTECIPADA

A tutela satisfativa provisória incidental é a providência positivada desde 1994 no art. 273 do CPC/1973, com poucas alterações substanciais no novel diploma.

Não obstante, o legislador traz nos artigos 303 e 304 do NCP iné-dito(?) instrumento posto à disposição da parte que pretende a satisfação antecipada dos efeitos da tutela final com base em decisão provisória. Trata-se da tutela antecipada antecedente, mecanismo através do qual poderá a parte pleitear medida de urgência satisfativa em oportunidade anterior à própria propositura da chamada ação principal.

Permite-se que a parte destaque o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, demandando – ao menos inicialmente – unicamente para a obtenção da medida provisória, deixando ao talante do réu o ônus da instauração do contraditório. Técnica conhecida como monitorização.

Diante dos demais regramentos estabelecidos pelo novo CPC, infere-se clara inspiração nos institutos previstos no art. 484 do *code de procédure civile* francês³ e do art. 669 octies do *código de procedura civile*

3 GUINCHARD, "Procédure civile – Droit interne e droit communautaire", p. 308: *C'est que les juges des référés e des requêtes remplissent, historiquement, une fonction propre: ils permettent d'assurer la protection juridictionnelle*

italiano, especialmente quanto à possibilidade de estabilização da medida liminarmente deferida em caso de inércia. Saliente-se, contudo, que nos instrumentos estrangeiros a inércia relevante não é somente a do réu, mas, igualmente, a do autor, para fins de estabilização.

Perceba-se que, com mais veemência do que o sistema francês, o modelo italiano praticamente rompe o nexo de causalidade instrumental obrigatório entre a cognição sumária e a cognição exauriente. Admite-se a estabilização da tutela de urgência sem que haja necessidade da instauração do procedimento de cognição plena. Neste aspecto, o legislador encampou diretamente o instrumento previsto no art. 669 *octies* da *novela* (reforma havida pela Lei n. 69 de 18/06/2009)⁴.

Necessário destacar que – ao risco de eternizar-se o déficit de legitimidade democrático inerente à Jurisdição – não se cogita da coisa julgada material sobre o provimento antecipado de urgência estabilizado, pela ausência do contraditório efetivo. Tal preocupação ocorre de forma equivalente no direito comparado. Daí a previsão expressa do § 6º do art. 304 do novo CPC.

Não sendo os integrantes do Judiciário oriundos da democracia direta, eleitos pelo povo, necessário legitimar sua atuação, seja pelo aspecto formal com sua fonte de validade na própria Constituição, seja pela participação das partes no processo, através do contraditório efetivo. Nesse sentido, a tese da *legitimação pelo procedimento*, proposta por Niklas Luhmann⁵. Célebre doutrinador pátrio⁶ adverte que não é a mera observância do procedimento que legitima as decisões, mas também a efetiva participação das partes no processo, concluindo ser melhor a assertiva *legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal*.

provisoire des justiciables. Or celle-ci est un devoir de l'État dans tous les cas où il existe une situation urgente. En effet, chaque citoyen renonce, en vertu du pacte social, à se faire à lui-même justice et accepte de soumettre à un juge les contestations qui pourraient survenir. Or le processus juridictionnel, auquel il consent de la sorte, requiert du temps. La durée du procès ordinaire se trouve ainsi au cœur d'un profond paradoxe : légitime et nécessaire, elle peut aussi, lorsque la situation présente une certaine urgence, faire obstacle à l'efficacité de la protection juridictionnelle attendue par le citoyen, faute d'être rendue effective en temps opportun. Dès lors, l'État ne saurait, sans incohérence, à la fois priver les citoyens de leur droit à la justice privée et s'abstenir de leur proposer une protection juridictionnelle adaptée pour les situations urgentes ; dans ce cas en effet, il opposerait aux citoyens une forme de déni de justice. (...) L'institution des juges spécialement dotés de la juridiction du provisoire, du pouvoir de rendre des mesures provisoires, répond précisément à cet impératif d'une protection juridictionnelle provisoire adaptée.

4 In verbis: "L'estinzione del giudizio di merito non determina l'inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda è stata proposta in corso di causa. L'autorità del provvedimento cautelare non è invocabile in un diverso processo".

5 LUHMANN, Niklas, **Legitimação pelo procedimento**. E. UNB. "A função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a decisão final contra as decepções inevitáveis".

6 DINAMARCO, Cândido Rangel, **Fundamentos do processo civil moderno**, t. I, 5a. ed, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 124.

Requerida a tutela antecipada antecedente, atendidos os pressupostos do art. 303 do novo CPC e deferida a liminar, surge para o réu, com a intimação da decisão, o ônus de interpor o recurso adequado para evitar a estabilização da medida, a saber: agravo de instrumento (art. 1015, I do novo CPC)⁷.

Não interposto o recurso, estabiliza-se a tutela antecipada antecedente e extingue-se o processo, à luz da disposição expressa do art. 304, *caput* e § 1º do novo CPC.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

Não se cogita aqui de prolação de sentença extintiva do processo, sendo a extinção meramente declarada, de forma similar ao que ocorre na ação monitória no caso do não cumprimento ao mandado de pagamento e da não interposição dos embargos (não é gratuita a conceituação da técnica como monitória). Prolata-se decisão declarando a estabilização da tutela antecipada antecedente deferida, extinguindo-se o processo, nos termos do dispositivo citado. O que se estabiliza é a decisão liminar e não aquela que extingue o processo⁸.

De fácil constatação, portanto, que defendemos a prevalência da extinção do art. 304 sobre o prazo de aditamento do art. 303. Ora, somente se institui o ônus do aditamento da inicial pelo autor caso haja a interposição do recurso tempestivo e adequado pelo réu. Imaginemos a situação: caso corram em conjunto o prazo para aditamento e o prazo para interposição do recurso haveria a possibilidade de – após o aditamento da inicial pelo autor e, dessa forma, instaurada a demanda principal – ocorrer a estabilização da tutela antecipada antecedente com a extinção do processo. Flagrante a inutilidade do aditamento em tal hipótese.

Na linha de raciocínio que propagamos, entretanto, necessário apontar o termo *a quo* do prazo de aditamento em caso de interposição do recurso pelo réu.

7 MITIDIERO, "Autonomia e estabilização da antecipação da tutela no novo Código de Processo Civil", p. 17; in <http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=39> (consulta em 23.04.2015).

8 Em sentido contrário ao defendido no texto. Idem, Mitidiero: "No Código, o meio que dispõe o réu de evitar a estabilização da antecipação da tutela é a interposição do recurso de agravo de instrumento (art. 302, *caput*). Não interposto o agravo, estabiliza-se a decisão e o processo deve ser extinto (art. 302, § 1º) – obviamente *com resolução do mérito favorável* ao demandante. A decisão provisória projetará seus efeitos para fora do processo (art. 302, § 3º)".

Sendo certo que no novo sistema permanece a interposição do recurso diretamente no segundo grau, sem obrigatoriedade mesmo de comunicação no juízo de primeiro grau, inviável se faz a contagem do prazo a partir da interposição do agravo de instrumento – pela simples ausência de conhecimento de tal ato pelo juízo de primeiro grau.

Mas não só por essa razão. Uma vez estabelecido que a ausência de interposição de recurso estabiliza a tutela antecedente com a extinção do processo, os mesmos efeitos ocorrerão no caso de não conhecimento do recurso ou na hipótese de seu não acolhimento. Seja por razões de admissibilidade, seja pela rejeição no mérito do recurso, o fato é que a não obtenção da reforma da decisão liminar acarretará na sua estabilização com extinção do processo.

Assim sendo, defendemos que o prazo do aditamento da inicial para o autor (leia-se: propositura da ação principal) somente corre após o trânsito em julgado da decisão favorável no agravo de instrumento interposto contra a decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente.

Utiliza-se o direito comparado, mais uma vez, para justificar tal conclusão, levando-se em conta o conceito de resistência “séria” do direito francês, revelando que somente esta seria capaz de impedir a estabilização da liminar no *referé du provision*.

De toda sorte, não existe grande novidade no que se afirma, bastando remeter o leitor às consequências do insucesso dos embargos monitórios, idênticas àquelas oriundas da inércia do réu.

Logo, somente o conhecimento e acolhimento, ainda que parcial, do agravo de instrumento revelaria a seriedade da resistência que impediria a estabilização da tutela. Recordemos que o próprio sistema das tutelas diferenciadas já prevê situação análoga: não sendo considerada a resistência do réu como capaz de, nem mesmo em tese, modificar a probabilidade da alegação autoral, torna-se possível a concessão da tutela – ainda que sem o pressuposto da urgência – nos casos da tutela de evidência, tanto a provisória, quanto a definitiva, esta última nos casos de decisão antecipada parcial de mérito. Reconhecimento da conduta protelatória e contrária ao dever de cooperação (art. 6º novo CPC) que faz pender a carga do ônus do tempo do processo.

No que concerne à estabilização, ainda que não se admita a formação da coisa julgada material após o esgotamento do prazo de dois anos para a propositura da ação revocatória, ante a dicção do § 6º do art. 304,

operando-se a imunização e indiscutibilidade pelo fenômeno da decadência, o fato é que a decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente alcançará alto grau de estabilidade.

Em termos práticos, a única distinção seria o fundamento para a extinção da ação que trouxesse a rediscussão da matéria, inviabilizando o reconhecimento da coisa julgada – efeito negativo –, operando-se a resolução do mérito pelo reconhecimento da decadência.

Por fim, questiona-se que a inércia do réu teria o condão de impedir o prosseguimento da ação principal, ante a estabilização da tutela antecipada antecedente e a extinção do processo. Teria o autor o direito de prosseguir com a ação principal, mesmo no caso da estabilização ou necessitaria ingressar com demanda autônoma? Nunca demais recordar que o autor, ao formular o pedido de tutela antecipada antecedente, recolhe custas tendo como base para aferição da taxa judiciária o pedido final (art. 303, § 3º novo CPC).

Casuística pode ser interessante para delimitação do problema. Imaginemos a necessidade de determinada intervenção cirúrgica em caráter de urgência, tendo o seguro-saúde negado a internação pela ausência do cumprimento do prazo de carência, levando ao agravamento da condição física do paciente. No atual sistema, necessário que a parte ingresse com demanda integral, formulando o pedido de condenação em obrigação de fazer – internação – em sede de antecipação de tutela e demais pedidos correlatos, v.g., declaração de nulidade da cláusula contratual, condenação na reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Imperioso trazer os fatos e fundamentos de todos os pedidos, com causa de pedir – remota e próxima – e pedidos certos e determinados.

Diante do novo CPC, viável à parte utilizar-se do instrumento da tutela antecipada antecedente e pleitear somente a determinação da realização da cirurgia, deixando para discussão na ação principal dos demais pedidos.

Concedida a liminar, intimado, necessário que o réu saiba – nesse momento – se haverá ou não o prosseguimento da ação para discussão quanto à validade da cláusula contratual e da responsabilidade civil, permitindo a análise da conveniência da interposição do recurso ou a viabilidade econômica e jurídica da estabilização da liminar – sem possibilidade de coisa julgada material. Somente dessa forma o instrumento será frutífero em termos práticos, evitando a eternização do contencioso e servindo como filtro recursal.

Ora, se deixamos ao critério do autor a opção pelo prosseguimento da ação principal após o conhecimento da estabilização, esvaziamos o escopo do instituto.

Dessa forma, defendemos que, em obediência ao dever de cooperação (art. 6º), princípio da boa-fé (art. 5º do novo CPC) e contraditório efetivo (art. 7º e 10 do novo CPC), o autor deverá expressar na inicial da tutela antecipada antecedente que pretende o prosseguimento da ação principal, ainda que ocorra a estabilização pela não interposição, pelo não conhecimento ou pelo não provimento do recurso. Trata-se de pressuposto da inicial da tutela antecipada antecedente e, em caso de omissão, deverá o juiz determinar sua emenda. Em não o fazendo, ocorrida a estabilização, preclusa a oportunidade de prosseguimento, acarretando na extinção do processo.

CONCLUSÃO

Para que seja possível alcançar os objetivos previstos pela Comissão de Juristas, a interpretação dos artigos 303 e 304 do novo CPC deve ser sistemática e, principalmente, teleológica, permitindo extrair do instituto da tutela antecipada antecedente os frutos colhidos no direito comparado. Seja no *referé du provision* francês, seja na medida prevista no art. 669 do CPC italiano, o grande mote do instituto é abreviar ou mesmo excluir o litígio, com a estabilização da medida liminar deferida por opção das partes – manifestada essa opção pela inércia. Embora tímido o legislador – uma vez que a inércia de ambas as partes resulta na estabilização nos sistemas europeus assinalados – imperiosa a compreensão do operador pátrio da utilização do instrumento como método de composição alternativa de conflitos, entendida esta como contraponto ao arcaico (apesar do novo rótulo) método ordinário do processo pelo rito comum, com todos seus notórios entraves. ❖

BIBLIOGRAFIA

- BUENO, Cassio Scarpinella, **Novo CPC anotado**, 2015, ed. Saraiva.
- DIDIER JR. Fredie, **Curso de Direito Processual Civil**, 17ª edição, 2015, volumes 1 e 2, editora Jus Podivm.
- FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. **Coletânea Novo CPC: Doutrina Seleccionada**. Salvador: Juspodivm, 2015. (no prelo).

GRECO, Leonardo, **Instituições de Processo Civil**, volumes I e II, 3ª edição, 2015, ed. Forense.

IMHOF, Cristiano e outra, **Novo CPC comentado**, 2015, Lumen Juris.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, **Curso de Direito Processual Civil**, volume I, 56ª edição, 2015, ed. Forense.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e outros, **Breves Comentários ao Novo CPC**, 2015, editora RT.

Quem Vai ao Mar se Prepara em Terra

Gustavo Henrique Nascimento Silva

Juiz Titular da 3ª Vara de Família de Nova Iguaçu.

1. INTRODUÇÃO

Minha saudosa avó Odette Lauer, do alto de sua experiência que, por seu turno, vinha atrelada a uma notória sabedoria popular, costumava orientar os mais jovens com uma frase que jamais esqueci: “Quem vai ao mar se prepara em terra”.

Por óbvio, vovó sugeria que aqueles que pretendessem se lançar em alguma empreitada segura deveriam planejar cuidadosamente seus propósitos e metas, além de se cercarem dos instrumentos necessários para o sucesso almejado.

Do contrário, não obstante as boas intenções e até mesmo o bom conhecimento teórico por parte do empreendedor, seus ideais poderiam falir de modo irremediável, considerando que sua eventual falta de cuidados poderia transfigurar seu sincero desejo em mera aventura.

Partindo dessa premissa e sem qualquer pretensão de esgotar a questão, convém sublinhar desde já que o presente texto tem como única intenção alertar os leitores para a necessidade de os Tribunais e o Conselho Nacional de Justiça implementarem gestões administrativas capazes de viabilizar a efetividade da nova Lei.

Por certo, se nada for realizado em curto espaço de tempo, o dia a dia daqueles que militam junto ao Poder Judiciário e, em especial daqueles que buscam a tutela jurisdicional, estará fadado a muitos inconvenientes e enfrentará inúmeros sobressaltos com o cenário jurídico que se avizinha a partir da vigência da Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil.

2. DESENVOLVIMENTO

Em certa oportunidade o emérito Professor e preclaro Desembargador ALEXANDRE FREITAS CÂMARA afirmou em aula ministrada na EMERJ que estamos passando de um Código de Processo Civil do século XIX, para outro do século XXI, sem que tenhamos passado por um do século XX.

Disse o Mestre que, para que possamos viver e dar efetividade ao Novo Código de Processo Civil, precisamos estar prontos para uma nova sistemática, abertos às novas ideias e dispostos a dar efetividade às novas regras que, a partir de sua vigência, jogarão por terra os pilares do CPC de 1973, que, no futuro, não passarão de reminiscências históricas.

Porém, além de uma profunda mudança jurídico-cultural que emergirá do esforço pessoal de cada um de nós, impõe-se que as Administrações dos Tribunais e que o Conselho Nacional de Justiça aparelhem adequadamente seus órgãos e treinem exaustivamente seus profissionais, de modo que, em 18 de março de 2016, todos já estejamos aptos a operar a legislação processual civil que visa a revolucionar a qualidade e o tempo das decisões judiciais.

Pois bem, da leitura dos artigos 3º¹, 165² e, em especial, do artigo 334³, todos do novo CPC notamos que todas as demandas serão precedidas, em regra, de audiências preliminares de conciliação ou de mediação, a depender da natureza da ação deduzida em Juízo.

Diante desse cenário nos parece lógico concluir que os Tribunais deveriam, já a esta altura, estar treinando e capacitando adequadamente um novo e “verdadeiro exército” de conciliadores e mediadores.

Sim, porque, considerando que as varas cíveis, de família, empresariais, de fazenda pública, de órfãos e sucessões recebem diariamente um

1 “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

2 “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”

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

número avassalador de petições iniciais, em razão da nova ordem procedimental, deveremos contar com um número suficiente de profissionais treinados para que as audiências preliminares, de conciliação ou mediação, não se transformem em ato inútil e sem qualquer eficácia prática.

Não custa lembrar que a Resolução nº 125 de 29/11/2010 do Conselho Nacional de Justiça, no seu artigo 2^º, dispõe que serão observadas a centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento dos servidores, conciliadores e mediadores, além de acompanhamento estatístico específico, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura da pacificação, mesma finalidade ontológica do novo CPC.

Nesse prisma, a propósito da estrutura necessária para a realização das audiências preliminares, cada Juízo - em todo o estado, inclusive no interior - deverá contar com uma pluralidade de salas de audiência, tal como os juizados especiais cíveis, de modo possam ser realizadas simultaneamente, sob pena de que tenhamos uma pauta longínqua e que não atenda a pretensão das partes quanto à solução rápida dos litígios.

No mesmo sentido, podemos afirmar que os juízes togados “competirão” com seus conciliadores e mediadores pelo espaço físico das salas de audiência com maior frequência, haja vista que, ante o novo regramento previsto pelo § 9^º do artigo 357⁵ do novo CPC, as audiências deverão ser designadas com intervalo mínimo de uma hora entre uma e outra.

Isso significa dizer que as audiências de instrução que antes eram concentradas em um ou dois dias nos Juízos deverão ser diluídas durante toda a semana.

Por certo, esta infinidade de audiências em todos os Juízos que observarem em seus processos os ritos do novo Código de Processo Civil levará a reiteradas colidências de pautas, com inúmeros pedidos de redesignação dos atos, já que os advogados e prepostos deverão estar presentes em todas elas.

Nessa toada, forçoso concluir igualmente que as sociedades empresárias e seus patronos deverão se preparar para este novo cenário em

4 “Art. 2º Na implementação da política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13) I - centralização das estruturas judiciárias; II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores; III - acompanhamento estatístico específico.”

5 Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: § 9º As pautas deverão ser preparadas com intervalo mínimo de 1 (uma) hora entre as audiências.

que a presença pouco produtiva do “advogado audiencista” e o “preposto contratado” não será mais tolerada.

Ademais, impõe ressaltar que as audiências de mediação primam por técnica refinada e pressupõem mais de uma reunião (artigos 14 e 18⁶ da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) entre as partes envolvidas na tentativa de compor o litígio.

A nosso ver, assim como ocorre com a seleção dos juízes leigos que atuam nos Juizados Especiais Cíveis, poderíamos pensar na seleção de novos conciliadores e mediadores que estejam vinculados às escolas da magistratura como fonte básica na formação e reposição de servidores que serão fundamentais ao sucesso do sistema processual idealizado pelo legislador.

A propósito, essa foi a conclusão elaborada pelos magistrados que participaram do Seminário sobre o Novo Código de Processo Civil elaborado pela ENFAM e que gerou o enunciado de número 58⁷.

E essa nova estrutura, além das novas contratações, deverão ser realizadas em meio a uma histórica crise financeira vivida por todos os estados da federação e da própria União.

Portanto, concluímos que, sem que providências concretas sejam tomadas na estruturação física dos Tribunais e no treinamento dos conciliadores e mediadores, além da conscientização das partes e dos advogados, na prática, as novas audiências preliminares ao invés de se tornarem parte da solução dos litígios civis, se apresentarão como meio de novos constrangimentos e frustrações não só dos cidadãos, mas também dos operadores do Direito.

Outra questão que nos parece premente é aquela que guarda relação com o oferecimento de cursos e treinamentos aos serventuários do Poder Judiciário de modo maciço e reiterado.

Nossos servidores precisam estar cientes e atentos para a mudança dos prazos e a contagem dos mesmos, e também quanto ao processamento das tutelas provisórias, de urgência ou de evidência, das exceções, da reconvenção e recursos, só para citar o básico.

Considerando que a maior parte dos nossos serventuários atuam em cartórios onde o Código de Processo Civil dita as normas procedimen-

⁶ “Art. 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.”

⁷ “Art. 18. Iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.”

⁷ “58) As escolas judiciais e da magistratura têm autonomia para a formação de conciliadores e mediadores, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ.”

tais dos processos, sem contar nas hipóteses em que os funcionários das varas criminais, juizados criminais e juizados cíveis atuam no plantão judiciário, neste exato momento todos eles já deveriam ter sido convocados para vivenciar as primeiras impressões do novo código.

Até mesmo porque, em atenção ao princípio da eficiência (artigo 37 da CRFB⁸) que também norteia o novo CPC (artigo 8º⁹) e, ante a magnitude do novo sistema jurídico que será implementado, convém que todos estejam alinhados à nova realidade, de modo a facilitar a prestação jurisdicional adequada e em tempo razoável (Resolução do CNJ nº 70, de 18 de março de 2009, artigo 1º, incisos III e IV, alínea “f”¹⁰).

Contudo, até aqui, desconhecemos que algum curso ou treinamento tenha sido ministrado nesse sentido aos servidores. Pelo menos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Por certo, quando voltarmos do recesso forense no fim do ano de 2015, o tempo restante para essa finalidade será demasiadamente exíguo.

Outra questão que merece destaque e que, a nosso ver, deverá ser equacionada com rapidez pelos Tribunais guarda relação com a possibilidade de protesto dos títulos executivos judiciais (artigos 517, § 1º e § 2º¹¹,

8 “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

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

10 “Art. 1º Fica instituído o Planejamento Estratégico do Poder Judiciário, consolidado no Plano Estratégico Nacional consoante do Anexo. III - Atributos de Valor Judiciário para a Sociedade: a) credibilidade; b) acessibilidade; c) celeridade; d) ética; e) imparcialidade; f) modernidade; g) probidade; h) responsabilidade Social e Ambiental; i) transparência. IV - 15 (quinze) objetivos estratégicos, distribuídos em 8 (oito) temas: a) Eficiência Operacional: Objetivo 1. Garantir a agilidade nos trâmites judiciais e administrativos; Objetivo 2. Buscar a excelência na gestão de custos operacionais; b) Acesso ao Sistema de Justiça: Objetivo 3. Facilitar o acesso à Justiça; Objetivo 4. Promover a efetividade no cumprimento das decisões; c) Responsabilidade Social: Objetivo 5. Promover a cidadania; d) Alinhamento e Integração: Objetivo 6. Garantir o alinhamento estratégico em todas as unidades do Judiciário; Objetivo 7. Fomentar a interação e a troca de experiências entre Tribunais nos planos nacional e internacional; e) Atuação Institucional: Objetivo 8. Fortalecer e harmonizar as relações entre os Poderes, setores e instituições; Objetivo 9. Disseminar valores éticos e morais por meio de atuação institucional efetiva; Objetivo 10. Aprimorar a comunicação com públicos externos; f) Gestão de Pessoas:”

11 “Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523. § 1º Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão. § 2º A certidão de teor da decisão deverá ser fornecida no prazo de 3 (três) dias e indicará o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário. § 3º O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado. § 4º A requerimento do executado, o protesto será cancelado por determinação do juiz, mediante ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de 3 (três) dias, contado da data de protocolo do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação.”

528, § 1º¹² do novo CPC) e da inscrição do executado nos órgãos restritivos de proteção ao crédito (artigo 782, § 3º, § 4º e § 5º¹³, do novo CPC).

Por certo, os novos dispositivos legais que, diga-se de passagem, são muito bem-vindos, serão amplamente utilizados pelos exequentes desde logo, na busca de compelir os devedores a quitar seus débitos com mais rapidez. E nem poderia ser diferente.

De tal arte, impõe-se que Poder Judiciário formalize convênios com os cartórios extrajudiciais e, em especial, com os bancos de dados privados como SPC e SERASA, de modo que os protestos e as chamadas negativas, assim como seus cancelamentos, possam ser feitos *online*, mediante assinatura eletrônica do magistrado.

Outra questão que deverá ser resolvida até o fim da *vacatio legis* do novo CPC é a definição de qual órgão do Tribunal será responsável pelo julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR que, por seu turno, está disposto a partir do artigo 976¹⁴ do novo CPC.

Se por um lado a consolidação de nossa democracia - que também se dá através da efetivação dos direitos e garantias constitucionais - é algo que mereça ser comemorada, noutro prisma, constatado o abuso no direito de demandar por parte do cidadão, impõe-se ao Poder Público a necessidade de equalizar e aprimorar os meios para garantir o direito de acesso ao Poder Judiciário, sob pena de inviabilizarmos a atividade jurisdicional.

Sob essa ótica, não resta qualquer dúvida de que o legislador e os estudiosos do Processo Civil buscaram cunhar meios de evitar um colapso irremediável ao sistema jurídico vigente, de modo a conter as demandas repetitivas, as chamadas demandas em massa.

12 “Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.”

13 “Art. 782. Não disposto a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá. § 1º O oficial de justiça poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana. § 2º Sempre que, para efetivar a execução, for necessário o emprego de força policial, o juiz a requisitará. § 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes. § 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo. § 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.”

14 “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

Primeiro vieram as Súmulas Vinculantes, em seguida a obrigatoriedade de observância dos Recursos Repetitivos e, agora, o novo CPC prevê mais dois meios para que consigamos controlar as demandas de massa, quais sejam a Assunção de Competência e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Nessa toada, considerando que o artigo 978 do novo Código de Processo Civil não impõe prazo para os Tribunais alterarem seus Regimentos Internos, a fim de definirem qual será o órgão colegiado competente para o julgamento dos IRDR's, o bom senso há de prevalecer, de modo que esse importante instrumento esteja disponível ao seu uso já no primeiro momento.

Isso porque, eventuais inseguranças jurídicas quanto à competência para o julgamento dos IRDR's até a definição regimental nesse sentido podem causar danos jurídicos indelévels às partes e à sociedade como um todo ante a suspensão de todos os processos, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão a ser decidida (artigo 982, inciso I, do novo CPC¹⁵).

Como se vê, há muito a ser feito na esfera administrativa dos Tribunais, de modo que o novo Código de Processo Civil tenha o sucesso que todos esperamos.

Com isso, não obstante o artigo 1.069¹⁶ ainda não esteja produzindo seus efeitos em razão da própria vacância da Lei n. 13.105/2015, o artigo 103 – B da CRFB, bem como seu § 4º, inciso II¹⁷, são normas que já cumprem seu papel há tempos.

Assim, diante de sua missão constitucional, o Conselho Nacional de Justiça deveria estar fixando prazos e/ou cobrando formalmente dos Tribunais respostas básicas estruturais para que o novo Código de Processo Civil produza seus efeitos práticos no primeiro minuto do expediente forense de 18 de março de 2016.

O CNJ precisa definir padrões nacionais para a sinalização e identificação nos processos físicos ou eletrônicos em que tenham sido homolo-

15 “Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;”

16 “Art. 1.069. O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código.”

17 “Art. 103-B. O Conselho Nacional de Justiça compõe-se de 15 (quinze) membros com mandato de 2 (dois) anos, admitida 1 (uma) recondução, sendo: § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;”

gados os negócios jurídicos processuais atípicos previstos nos artigos 190 e 191¹⁸ do novo CPC.

Seguramente, a existência de uma dezena de processos judiciais em que existam prazos distintos, distribuição probatória diferenciada e obrigações processuais particulares ao ordinariamente fixado pelo CPC será suficiente para causar inúmeros transtornos e conflitos provenientes de uma eventual ausência de controle destes feitos.

Na mesma seara, será necessário fixar uma padronização em termos de comunicação entre os Tribunais de Estados distintos ou mesmo entre as comarcas, por via segura e rápida, no que toca a hipótese prevista no artigo 340¹⁹ do novo CPC.

Não será difícil prever que revelias serão decretadas e sentenças proferidas quando a contestação do réu estiver tempestiva, mas, em outro Juízo, provavelmente de outro Estado da Federação, se o demandado, crendo que o Juízo onde foi deflagrada a ação é incompetente, apresentará sua contestação ao Juízo de uma comarca que acredite ser a correta para dirimir a questão deduzida ao Poder Judiciário.

Por fim, entendemos que as Metas propostas pelo CNJ devem ser deixadas de lado já em 18 de março de 2018.

Não há sentido em impor aos magistrados qualquer Meta nascida e criada por um Código que perderá sua vigência.

Por certo, após determinado período de tempo, o Conselho Nacional de Justiça, atendendo o comando do artigo 1.069 do novo CPC, apresentará novas Metas a serem cumpridas, mas calcadas em nossa nova realidade jurídica.

3. CONCLUSÃO

No estágio democrático em que nos encontramos, em que nossas instituições já se mostram maduras e bem-sedimentadas, não há mais espaço para improvisos ou “achismos”.

18 “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

“Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.”

19 Art. 340. Havendo alegação de incompetência relativa ou absoluta, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico.

Quanto mais havendo um ano de *vacatio* para nossa preparação.

Neste aspecto ficamos felizes em registrar que o Senhor Presidente do TJRJ, Desembargador Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho, atento às novas necessidades de trabalho, instituiu o Grupo de Estudos do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemec), responsável por analisar os impactos da Lei da Mediação e do novo Código de Processo Civil e, o Grupo de Trabalho para Estudos das Alterações Processuais decorrentes do novo Código de Processo Civil (GT-CPC).

Porém é preciso que os novos instrumentos de trabalho e as soluções visualizadas, em especial no que toca as audiências preliminares de conciliação e mediação, sejam apresentadas ainda este ano, de modo que, já em 2016 estejam prontas para uso.

Do contrário, tememos que, ao nos lançarmos nesse projeto de estado, passemos mais tempo nos debatendo sobre problemas estruturais, o que aumentará o tempo dos processos e nossa margem de erro, do que propriamente sobre a solução dos conflitos.

Aproveitemos, pois, produtivamente, os tempos que nos resta em terra firme. ❖

4. REFERÊNCIAS

1 – Constituição da República de 1988.

2 – Lei nº 13.105/2015.

3 – Lei nº 13.140/2015.

4 – Resolução CNJ nº 70/2009.

5 – Resolução CNJ nº 125/2010.

6 – Enunciados do novo Código de Processo Civil – ENFAM.

O Novo Código de Processo Civil. Como será?

Luiz Roberto Ayoub

Juiz de Direito do TJERJ

As inovações introduzidas em nosso sistema processual com a edição de um novo Código de Processo Civil estão repletas de alterações formais e substanciais, a desafiar um novo olhar sobre o que hoje já é uma realidade.

Baseado em três pilares, quais sejam, celeridade/efetividade, previsibilidade/segurança jurídica e, por fim, redução da litigiosidade desenfreada, nas palavras do presidente da Comissão de Juristas, Ministro Luiz Fux, as modificações devem ser analisadas com muita acuidade, porque não só no aspecto macro, mas também no micro, o novo sistema processual trouxe significativas modificações e, por certo, com o devido amadurecimento, será objeto de utilização por todos os personagens que gravitam em torno do Poder Judiciário.

As modificações substanciais serão analisadas com o devido cuidado o que, para tanto, demanda tempo. O novo Código de Processo Civil pretendeu, também, organizar aquilo que foi resultado de uma opção legislativa, qual seja, a de modificar pontualmente a legislação, diferentemente do que ocorreu com o Código Civil no início dos anos 2000 e que, agora, o Código de Processo Civil também optou por fazer.

Sobre o assunto, várias questões poderiam ser abordadas, mas não é esse o propósito que se pretende enfrentar agora. Apenas a título de curiosidade, com o fito de demonstrar a "colcha de retalhos" em que se transformou o ordenamento processual - nada obstante sua inquestionável qualidade reconhecida por todos -, basta lembrarmos que a assistência, como modalidade de intervenção de terceiros, só foi reconhecida em 1995, com a edição da Lei nº 9.245, que introduziu o rito sumário.

A nomeação à autoria, por sua vez, pouco ou nunca utilizada, não foi banida do sistema, mas sim aperfeiçoada para corrigir, sempre que

possível, o polo passivo da relação processual, aproveitando-se tudo que nela consta, otimizando o tempo e garantindo, assim, a prestação jurisdicional em tempo razoável. De qualquer forma, seja qual for a roupagem, ela deixa de frequentar o capítulo da intervenção de terceiros. A oposição, da mesma forma, abandona esse capítulo da Intervenção para frequentar sua ambiência correta. Enfim, alguns exemplos da reorganização formal do CPC, sem prejuízo, repita-se, das modificações macros e micros daquilo que representa a substância do processo como instrumento que serve ao direito material e, como tal, entrega o bem da vida em tempo razoável, evitando-se a obsolescência.

Ainda a título de exemplo e valendo-me, agora, dos citados pilares em que o Código se inspirou, cito a redução das hipóteses de preclusão das decisões interlocutórias, bem como o incidente da resolução das demandas repetitivas, como exemplos de celeridade/efetividade.

No campo da segurança jurídica/previsibilidade, é de bom alvitre citar, também de forma exemplificativa, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, que, como cediço, confere maior garantia àqueles que de alguma forma pretendem participar de investimentos no país e não serão surpreendidos com uma decisão afastada do contraditório. Do contrário, o ambiente deixará de ser fértil para o investimento, que é tão necessário para a nação brasileira. Aqui vale dizer que o respeito ao contraditório não coloca em risco eventuais práticas de atos contrários à lei, porque o magistrado, como cediço, dispõe de instrumentos que garantem a integridade do bem da vida enquanto a relação processual integral se aperfeiçoa. A previsibilidade é outro fator de estímulo, e aqui a figura do *amicus curiae* é de vital importância. Isso porque não detemos o conhecimento de todas as áreas do saber, e poder contar com a *expertise* de quem conhece determinada matéria é de vital importância para a aproximação de uma decisão mais justa possível.

No tocante à redução dos litígios, vício impregnado desde as escolas de direito, o novo ordenamento processual pretende prestigiar, e muito, a solução alternativa de conflitos, reduzindo a litigiosidade. Da mesma forma, reduzindo as hipóteses de agravo, pelo menos diferindo-o, e diminuindo o número de recursos, mesmo os embargos infringentes que, nada obstante a supressão do nome, continuam a existir com uma formação mais adequada à busca das soluções em tempo razoável, princípio inscrito na Constituição da República.

Pois bem, difícil a tarefa de saber por onde iniciar, mas dentre tantas mudanças propostas, sugiro a discussão sobre a figura da antecipação da tutela, nos moldes revelados pelo novo Código de Processo Civil, onde se cria a figura de sua estabilização.

O instituto foi sempre objeto de especial atenção do legislador em razão da evidente celeridade que empresta à prestação jurisdicional. Afinal, a justiça em tempo inadequado não atende às necessidades humanas e, por isso, se torna obsoleta, causando um descrédito no sistema.

O Projeto cria a figura da sua estabilização na hipótese em que, concedida a antecipação da tutela, a ré não oferece resistência, deixando de recorrer. Nesse caso, o processo será extinto e remetido ao arquivo, e aquele que sucumbiu terá o direito de rediscutir a questão que deu azo à concessão da tutela provisória, seja de urgência ou evidência - neste caso, quando dispensável o imediato contraditório - no prazo de dois anos, sob pena de não mais poder fazê-lo.

Se a urgência for contemporânea à propositura da ação, o autor poderá formular uma inicial menos substancial, sem se preocupar, nesse momento, em esgotar seus argumentos, muito menos as provas para o convencimento do juiz sobre o mérito da causa, bastando a formulação de uma inicial sumária, com as provas atinentes ao pedido provisório de urgência ou evidência. Caso deferida a pretensão, será concedido um prazo para emendar a inicial. Agora sim, ao autor incumbirá o esgotamento dos argumentos de fato e de direito, bem como a juntada das chamadas provas essenciais.

Como não poderia escapar de um debate, alguns doutrinadores renomados já afirmam, em respeito ao princípio da colaboração - e porque não dizer do tempo razoável do processo -, que intimado o autor para emendar a inicial, uma vez concedida a tutela provisória de urgência ou evidência, o juiz deverá aguardar o esgotamento do prazo de citação do réu para constatar se haverá o recurso de agravo, porque, como cediço, não havendo resistência, ocorrerá o fenômeno da estabilização a que se refere o art. 304 do novo Código de Processo Civil. Essa é uma questão, como tantas outras, que merecerá uma ampla discussão, porque sob o império da legalidade, o § 2º do referido dispositivo legal encerra uma ordem de extinção do processo.

A inicial sumária interessa ao advogado que patrocina a causa, porque a urgência reclama providências rápidas, sendo certo que a preparação de uma inicial bem elaborada e completa demanda tempo.

Parece-nos que a grande novidade é a racionalização do processo, na medida em que, reconhecido o direito relativo à antecipação de tutela, e não havendo resistência do réu, não há razão para continuá-lo, diminuindo a insustentável quantidade de processos nas serventias, prestigiando, em consequência, a celeridade e, por isso, a efetividade de tantos outros feitos em curso. Ao se terminar um, outros terão a atenção do juiz natural da causa.

A proposta, pois, é de analisar o novel instituto, suas implicações e, principalmente, a formação da cultura de todos os envolvidos num litígio, avaliando, *sub censura*, a tendência de aproveitamento pela comunidade jurídica, sendo certo, contudo, que o acerto da modificação legislativa, só o tempo será capaz de demonstrar, nada obstante o enorme otimismo por grande parte daqueles que militam com o processo, incluindo-me nesse rol.

Por agora, cabe indagar se a nova previsão legal contribuirá para a tão desejada efetividade da prestação jurisdicional, com a racionalização dos processos, ou se sua utilização será banalizada no sentido de sempre ser utilizada, mesmo que a urgência não seja contemporânea à propositura da ação, conforme o comando legal. Isso o tempo dirá!!! ❖

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Fabrício Rocha Bastos

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro, Pós-graduado em Direito Civil, Processual Civil e Empresarial pela Universidade Veiga de Almeida/RJ, Professor de Direito Processual Civil dos cursos de Pós-Graduação do IBMEC, FGV/RJ, EMERJ e UCAM/RJ, Professor de Direito Processual Civil e Tutela Coletiva da EMERJ, Amperj, Femperj, Curso Fórum, do Portal F3/RJ e Supremo –MG.

1. CONSOLIDAÇÃO DE UM SUBSISTEMA PROCESSUAL PRÓPRIO PARA O TRATAMENTO DAS AÇÕES REPETITIVAS COM O ADVENTO NO CPC/2015

Trata-se de uma **regra inédita** no ordenamento jurídico positivado, cuja finalidade, conforme a exposição de motivos, é a de atenuar o asseio de trabalho no Poder Judiciário, evitando, por conseguinte, a dispersão excessiva da jurisprudência em situações jurídicas homogêneas.

A previsão de resolução de demandas repetitivas, quando deduzidas situações jurídicas homogêneas, entretanto, não é totalmente nova no ordenamento jurídico positivo. A novidade, a rigor, cinge-se ao incidente previsto no artigo 976 do CPC/2015.

Sob a égide do CPC/73, já existiam instrumentos congêneres, tais como o julgamento liminar de improcedência, assunção de competência, uniformização da jurisprudência, súmula obstativa de recursos, recursos especial e extraordinário sobre matérias idênticas, suspensão dos efeitos das tutelas jurisdicionais contra o poder público (artigo 4, § 8º da Lei 8.437/92, e artigo 15, § 5º da Lei 12.016/2009) e súmula vinculante. Este último instrumento, previsto na Constituição da República.

Os procedimentos de julgamento por amostragem dos recursos excepcionais, notadamente os previstos nos artigos 543-B e 543-C, do CPC/73, são os mecanismos de uniformização de jurisprudência que mais se assemelham à sistemática que irá reger o incidente de resolução de

demandas repetitivas. O artigo 928, inciso I, CPC/2015, indica, de forma expressa, que este incidente é hipótese de julgamento de casos repetitivos. Com o advento do CPC, tais institutos serão disciplinados nos artigos 1.036 e seguintes do CPC/2015.

O incidente de resolução de demandas repetitivas tem por objetivo promover a segurança jurídica, a confiança legítima, a igualdade e a coerência da ordem jurídica mediante julgamento em bloco e fixação de tese a ser observada por todos os órgãos do Poder Judiciário, na área de jurisdição do respectivo tribunal, na análise da questão apreciada. A observância atingirá todos os casos de suspensão nacional.¹

O legislador, ao positivar o presente incidente, fixa um novo paradigma processual de busca de maior racionalização e eficiência dos meios processuais. Esse novo mecanismo tem por objetivo resolver litígios que envolvam direitos individuais homogêneos de milhares de pessoas, mediante uma ou poucas ações coletivas ou outros meios de resolução coletiva de demandas repetitivas, de massa ou plúrimas.

Esse incidente quer viabilizar uma verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão jurídica no âmbito dos tribunais e permitir que a decisão a ser proferida vincule todos os demais casos que estejam sob a competência do tribunal julgador.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a toada desse novel instituto, aplicou sua premissa no bojo do Recurso Especial 1.110.549/RS, que será devidamente abordado adiante.

Tal tendência se coaduna com o novo panorama que vem se construindo nos países de *civil law* (Europa Continental e América Latina): a consagração de filtros com o objetivo de conter a litigiosidade de massa, dentre eles, a eleição de um caso piloto, cujo julgamento repercutirá sobre o dos demais processos que versem questão de direito (tese) símile ao paradigma.²

1.1. Origens do instituto no direito comparado

Conforme bem delineado por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes³, no direito estrangeiro, as ações coletivas vêm-se fortalecendo de modo

1 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC. Críticas e propostas**. Editora RT. 2010, p. 178.

2 PINHO, Humberto Dalla Bernardino de. **Direito Processual Civil Contemporâneo: introdução ao processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, v. II, p. 1124.

3 MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. São Paulo. RT. 2010.

progressivo. Mas, também, outros institutos vêm-se desenvolvendo. Sob a inspiração das antigas ações de ensaio (*test claims*), foram incorporadas, em 1991, ao Estatuto alemão da Jurisdição Administrativa (*Verwaltungsgerichtsordnung*), sob a denominação de procedimento-padrão (*Musterverfahren*). Em seguida, a Inglaterra edita, em 2000, o seu primeiro Código de Processo Civil, com a previsão das decisões de litígios de grupo (*group litigation order*), ao lado da própria demanda-teste (*test claim*).

Em 2005, porém, uma nova versão de *Musterverfahren* é criada na *KapMuG (Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – Kapitalanleger- Musterverfahrensgesetz* ou Lei sobre o Procedimento-Modelo nos conflitos jurídicos do mercado de capital), com vigência temporária. E, por fim, em 2008, nos moldes da primeira espécie de *Musterverfahren*, o procedimento-modelo também é adotado no ramo jurisdicional alemão que cuida da assistência e previdência social (*Socialgerichtsgesetz*).

É de se ressaltar que os novos instrumentos foram estabelecidos sem prejuízo das respectivas ações coletivas, ou seja, das *Verbandsklagen* (ações associativas), na Alemanha, e das *representative actions* (ações representativas), na Inglaterra e País de Gales.

A Exposição de Motivos do novo CPC deixa clara a inspiração no direito Alemão na seguinte passagem: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.”

Apesar de o direito alemão ter sido a fonte direta do presente instituto, impende salientar diferença deveras relevante entre os mecanismos. No direito alemão, o incidente aplica-se a questões fáticas, enquanto o mecanismo brasileiro somente se aplica, conforme artigo 976, inciso I, CPC/2015, a questões unicamente de direito.

1.2. Aplicação (*de lege ferenda*) do incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça, através da sua Segunda Seção, mesmo antes do advento do CPC/2015, aplicou a principal consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas. No bojo do

Recurso Especial nº 1.110.549/RS⁴, admitido pelo sistema de recursos repetitivos, fixou entendimento no sentido da possibilidade da suspensão automática das ações individuais, quando houver a propositura de demanda coletiva sobre o mesmo tema.

O Superior Tribunal de Justiça, ao aplicar o precedente referido, com interpretação sistemática dos artigos 81 e 104 do CDC, combinados com o artigo 543-C do CPC/73, entendeu que a diretriz legislativa, no sentido do julgamento de casos modelos (repetitivos), revela a possibilidade de extração da maior eficácia prática possível por parte das ações coletivas, provocando a suspensão de ações individuais a respeito do mesmo tema.

A interpretação do artigo 81 do CDC deve ser no sentido de conferir-lhe maior efetividade. Volta-se, portanto, o olhar do intérprete ao interesse público de preservação da efetividade da justiça, que se frustra, caso seja estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide. Assim, entendeu o STJ ser salutar a suspensão ante a relação de prejudicialidade existente entre a demanda coletiva e a demanda individual.

Neste item, discordamos de forma veemente do STJ, pois o legislador foi expresso nos artigos 104 do CDC, e 22, § 1º, da Lei 12.016/2009 em permitir a concomitância de demandas individuais e coletivas. Ao reconhecer a inexistência de litispendência entre as demandas coletivas e individuais, permite, por via de consequência, a manutenção destas em curso simultâneo.

O STJ, ainda no bojo do mesmo precedente, entendeu que a sistemática dos recursos repetitivos não seria suficiente para impedir a propositura de centenas de demandas individuais versando sobre o mesmo tema. O sistema seria eficaz, tão somente, para impedir a subida dos eventuais e futuros recursos especiais sobre o mesmo tema. Assim, tal entendimento respeitaria o interesse público de preservação do próprio sistema judiciário, ante as demandas multitudinárias decorrentes de macrolide.

4 "RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACROLIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- *Ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.* 2.- *Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008).* 3.- *Recurso Especial improvido*".

Para fins de identificação da denominada macrolide, o STJ levou em consideração apenas o capítulo principal do pedido formulado na demanda coletiva. Assim, a decisão que determinou a suspensão das demandas individuais não considerou os aspectos incidentais de cada demanda individual.

Apesar de o precedente conter afirmação no sentido da manutenção da norma do artigo 104 do CDC, entendemos que o resultado é relegar a oblição a possibilidade de o autor da ação individual exercer o seu direito de optar por suspender ou prosseguir com sua demanda individual. A suspensão propugnada neste precedente determina a possibilidade de suspensão *ex officio* em virtude da simples existência de uma demanda coletiva, versando sobre os mesmos temas de múltiplas demandas individuais.⁵

Doravante, a mera propositura de demandas coletivas ensejará, conforme entendimento esposado no precedente, automática suspensão das demandas individuais.

Esta suspensão propugnada assemelha-se com o incidente de resolução de demandas repetitivas, mas com este não se confunde, pois o Superior Tribunal de Justiça determinou, ainda que diante da inexistência de regra legal expressa, a possibilidade de o juízo de primeiro grau responsável pela demanda coletiva ordenar a suspensão das ações individuais. O incidente em comento, ao reverso, confere competência ao relator, após a admissão do incidente pelo órgão colegiado, para a determinação da suspensão (artigo 982, inciso I, CPC/2015).

1.3. Panorama geral do instituto

1.3.1. Requisitos para instauração do incidente

Caso exista multiplicidade de demandas que versem sobre a mesma questão de direito controvertida e risco à segurança jurídica gerado por esta multiplicidade, bem como solução isonômica da questão, poderá ser suscitado o incidente.

O incidente de resolução de demandas repetitivas pressupõe a identidade de controvérsia com relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e com possibilidade de causar grave risco de coexistência de decisões conflitantes.

5 LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. 2 ed. São Paulo. Editora RT, 2011.

A questão de direito, referida no artigo 976, inciso I, CPC/2015, poderá ser tanto material quanto processual, visto que não foi indicada qualquer restrição neste sentido. Vale lembrar que as normas jurídicas heterotópicas são uma realidade em nosso ordenamento há bastante tempo.

Cumprido pontuar que a questão fática não autoriza a instauração deste incidente. Assim, conclui-se que o incidente não terá o condão de julgar causas, mas sim teses jurídicas.

Fixada a premissa de que somente questões de direito, material ou processual, ensejarão a instauração do incidente em testilha, impende abordar a possibilidade de limitação das matérias aptas à admissibilidade. Não existe limitação de matérias de direito, passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não se admite qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento. No mesmo sentido, o enunciado nº 88 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁶

O legislador, de forma expressa, condicionou a instauração do incidente à “*efetiva repetição de processos*”, ou seja, restringiu a possibilidade apenas para as hipóteses em que a multiplicação já tenha se manifestado, não alcançando, assim, a propagação potencial.

Neste ponto, andou mal o legislador, pois retirou grande parcela da utilidade do instituto que poderia evitar, e não somente reprimir, a existência de múltiplas demandas versando sobre a mesma questão de direito.

Bastaria a existência de mero potencial multiplicador, que poderia ser demonstrado a partir do número de ações já propostas em curto espaço de tempo, ou mesmo pela situação comum a envolver uma série de outras pessoas em idêntica conjuntura, como aposentados, pensionistas, funcionários públicos etc.⁷

Entretanto, há entendimento no sentido de que o ideal seria que o incidente fosse instaurado somente quando já houvesse algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. Por este entendimento, seria mais adequado ter, de um lado, sentenças admitindo determinada solução, existindo, por outro lado, sentenças rejeitando a mesma solução.⁸

6 88. “Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento.”

7 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. São Paulo. RT. 2010.

8 CUNHA, Leonardo Carneiro. “Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil.” **Revista de Processo**. São Paulo. **Revista dos Tribunais**, n. 193, p. 262, mar. 2011.

Não há qualquer referência quantitativa para fins de instauração do incidente, pois somente consta a necessidade de efetiva repetição. Caberá à jurisprudência fixar os contornos quantitativos, porém, por certo, deverá haver uma quantidade relevante a ensejar a admissibilidade.

Nada obstante, ainda que o quantitativo não seja relevante, há que se preponderar, a despeito de os requisitos serem cumulativos, o risco à segurança jurídica e isonomia, verdadeiros vetores do instituto.

No mesmo sentido, vale destacar o enunciado consolidado nº 87, do Fórum Permanente de Processualistas Civis.⁹

Ainda que a parte autora de uma das demandas repetitivas dê causa à extinção do processo, o incidente prosseguirá, pois o objetivo não é a solução da contenda apresentada, mas sim a fixação da tese judicial aplicável à matéria de direito. (artigo 976, § 1º, CPC/2015).

O artigo 976, § 4º, CPC/2015, preconiza requisito processual negativo ao determinar o não cabimento do incidente quando já existir causa pendente no âmbito dos Tribunais Superiores. Caso a questão de direito esteja afetada para julgamento, não haverá necessidade da instauração do presente incidente, pois a resolução da questão será suficiente para evitar o risco de decisões posteriores conflitantes. A despeito do acerto da norma, em sua premissa, imprescindível anotar ser caso de ausência de interesse processual na instauração do incidente. Por outro lado, na atual senda constitucional, somente poderão ensejar precedente com eficácia vinculante as súmulas do Supremo Tribunal Federal, na forma do artigo 103-A da Constituição da República.

As decisões do Superior Tribunal de Justiça, ao reverso, somente geram eficácia persuasiva, jamais vinculante aos demais órgãos jurisdicionais. Assim, a despeito da correção da premissa, é preciso atentar para estes detalhes.

A decisão de inadmissão do incidente não gera coisa julgada material, pois poderá ser renovado o requerimento, desde que satisfeita a condição, cuja carência impediu a instauração anterior. Em outras palavras, ausente um dos pressupostos de instauração do incidente, poderá ser renovado o pedido, desde que presente o pressuposto faltante à época. (artigo 976, § 3º, CPC/2015).

⁹ “A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.”

Em havendo apresentação de mais de um pedido de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas perante o mesmo tribunal, todos deverão ser apensados e processados conjuntamente; os que forem oferecidos posteriormente à decisão de admissão serão apensados e sobrestados, cabendo ao órgão julgador considerar as razões neles apresentadas.¹⁰

É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de 2º grau diferentes.¹¹

1.3.2. Legitimidade para requerimento do incidente

O artigo 977 fixa o rol dos legitimados a requerer o incidente de resolução de demandas repetitivas. Trata-se de rol taxativo que impede a formulação de requerimento por terceiros interessados.

O incidente poderá ser requerido enquanto a causa estiver pendente no primeiro grau ou, até mesmo, no segundo.

A instauração de ofício está prevista no inciso I, pois se refere ao juiz e ao relator da demanda em segundo grau. Note-se que não há necessidade de que a causa esteja no segundo grau em sede recursal. Poderá ser requerida, portanto, em sede recursal, no bojo de outros incidentes e nos casos de competência originária.

As partes, por óbvio, também poderão suscitar a instauração do incidente. O legislador, de forma expressa, permitiu ao Ministério Público e à Defensoria Pública, através de seus órgãos de execução, a formulação de requerimento de instauração do incidente.

Estes órgãos não precisarão ser partes formais e materiais para requerer o incidente, desde que observadas as funções institucionais elencadas na Constituição da República (artigos 127, 129 e 134) para que seja admitido o requerimento. Imprescindível a existência desta congruência entre as finalidades institucionais e o requerimento.

O Ministério Público, por exemplo, poderá ter em curso algum inquérito civil que verse sobre a tese jurídica, cuja aplicação ou inaplicação atinja multiplicidade de demandas.

¹⁰ Enunciado nº 89 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

¹¹ Enunciado nº 90 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

O Ministério Público, conforme determinação expressa do artigo 976, § 2º, CPC/2015, deverá atuar como *custus iuris* no presente incidente. Portanto, será imprescindível sua intimação pessoal, sob pena de nulidade, posto patente o interesse público.

Além da necessária intervenção do *Parquet*, sobreleva notar a possibilidade de assunção do incidente, caso exista desistência ou abandono. Não se trata de assunção de legitimação, pois tal instituição já ostenta legitimidade. Trata-se, por certo, de assunção do incidente, pois o Ministério Público assumirá a titularidade ativa deste. Considerando-se o imperativo da norma, não será uma faculdade, mas sim um dever de assumir. Assim, forçoso concluir pela existência de uma obrigatoriedade de assunção, em lugar da análise de oportunidade.

Nada obstante, o Ministério Público, ao verificar o patente descabimento do incidente, deverá oficiar no sentido de sua extinção.

Esta norma, ínsita no artigo 976, § 2º, CPC/2015, reproduz a premissa da intervenção multifacetária do Ministério Público no âmbito da tutela processual coletiva, conforme artigos 9º e 16 da Lei 4.717/65, e 5º, § 3º, e 15 da Lei 7.347/85.

1.3.3. Competência para processo e julgamento

O requerimento será dirigido diretamente ao Presidente do Tribunal, porém, vedada a decisão monocrática, pois caberá somente ao órgão colegiado o julgamento do incidente (artigo 978, parágrafo único do CPC/2015).

Este novel instrumento ainda ensejará inúmeros debates doutrinários e na jurisprudência, mas vale mencionar que poderá ser ventilada a inconstitucionalidade desta determinação ínsita no CPC/2015, de que a competência para o julgamento será do plenário ou do órgão especial. O artigo 96, inciso I, alínea *a* da Constituição da República determina que compete ao próprio tribunal, privativamente, por intermédio dos seus regimentos internos, fixar qual órgão integrante de sua estrutura possuirá tal competência.

O legislador determinou que o órgão colegiado competente para o processo e julgamento da uniformização da jurisprudência será o mesmo para a resolução do incidente de resolução de demandas repetitivas. Assim, retirou a possibilidade do próprio tribunal, por meio do seu regimento interno, conforme preconiza a norma constitucional, indicar qual será o órgão colegiado.

O órgão colegiado realizará a admissibilidade do incidente. Após, o relator adotará as medidas previstas no artigo 982 do CPC/2015. Vedada, portanto, decisão monocrática na seara do juízo de admissibilidade. No mesmo sentido, destaca-se o enunciado nº 91, do Fórum Permanente de Processualistas Civis.¹²

A petição de requerimento deverá ser protocolizada diretamente no tribunal, sendo instruída com os documentos necessários à demonstração da necessidade e cabimento da instauração do incidente. Do mesmo modo, a exemplo do que ocorre nos conflitos de competência, o juiz de primeiro grau deverá suscitar o incidente mediante ofício, também devidamente documentado.

O juízo de primeiro grau não ostenta competência para processo e julgamento do incidente. Ocorrerá uma cisão funcional vertical da competência em virtude da instauração deste incidente. O tribunal somente possuirá competência para analisar, antes dos juízes, a questão de direito central, material ou processual, que dá ensejo à multiplicidade de ações, e não questões fáticas periféricas, que geralmente são mais bem elucidadas por meio do contato direto com as partes. Assim, forçoso concluir que as questões de fato serão resolvidas pelo juízo de primeiro grau, enquanto as questões de direito serão resolvidas pelo Tribunal.

A decisão proferida pelo tribunal deverá ser observada, de forma obrigatória, pelo juízo perante o qual corra a demanda. Estaremos diante, portanto, de uma cisão funcional vertical de competência.

Decisão monocrática somente será possível após a admissão do incidente, conforme preconiza o artigo 982 do CPC/2015.

O órgão colegiado competente será aquele indicado pelo regimento interno como o responsável pela uniformização da sua jurisprudência. Este mesmo órgão, após julgar o incidente e fixar a tese jurídica, ficará prevento para julgar o recurso, a remessa necessária e a causa da competência originária de onde se originou o incidente.

O órgão colegiado será o responsável pela admissibilidade, eventual instrução e julgamento do incidente.

No caso de inadmissibilidade, o curso do processo será retomado. Na hipótese de admissibilidade, o incidente prosseguirá o seu trâmite no tribunal, abrindo-se contraditório e eventual instrução antes da resolução do mérito.

12 91. *“Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática.”*

Após o juízo de admissibilidade, o relator adotará uma das medidas previstas no artigo 982 do CPC/2015.

O efeito mais importante da admissibilidade, previsto no inciso I do referido artigo, será a suspensão dos processos pendentes, em primeiro e segundo grau, na área de jurisdição do tribunal. Dada a relevância do tema, será estudado em tópico adiante.

Caso verifique a imperiosa necessidade, expedirá ofício requisitando a prestação de informações ao juízo no qual a demanda originária tem curso. Esta norma deverá ser aplicada de forma excepcional, visto que o incidente já deverá ser suscitado com todos os documentos necessários para a compreensão da questão de direito controvertida. O relator somente deverá expedir esta requisição quando for absolutamente imprescindível para o deslinde do feito.

Determinará, após, caso tenha sido expedida a requisição, a intimação para que o Ministério Público se manifeste sobre o incidente no prazo de 15 dias. Esta manifestação do *parquet* terá o condão de abordar todos os requisitos e pressupostos de admissibilidade do incidente.

Após o encerramento desta fase inicial, sem qualquer desdobramento previsto pelo legislador, o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de quinze dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida. Em seguida, no mesmo prazo, manifestar-se-á o Ministério Público, conforme artigo 983 do CPC/2015.

A ideia de fixação de um prazo comum atende ao princípio da celeridade da prestação da tutela jurisdicional e à própria natureza do incidente, pois somente deverão ser enfrentadas teses jurídicas, sem necessidade do enfrentamento das matérias fáticas. Assim, a dialética será concomitante.

Poderá ser designada, caso haja necessidade, a realização de audiência pública para colher maiores subsídios para a formação do convencimento. Trata-se de positivação assaz salutar para possibilitar a participação popular, em seu mais estrito sentido, bem como a manifestação dos técnicos, quando necessário. Considerando que a tese jurídica fixada repercutirá no seio da coletividade, posto vinculante, nada mais democrático do que permitir que todos tenham, no mínimo, a possibilidade de influir na resolução.

Deverá ser, portanto, admitida a participação de setores da sociedade civil que poderão sofrer os impactos, setores técnicos e *amicus curiae*. Todos que se inscreverem poderão manifestar-se oralmente no dia do julgamento, desde que observadas as regras ínsitas no artigo 984 do CPC/2015.

O legislador, no artigo 979 do CPC/2015, previu a necessidade, tal como preconizado no artigo 94 do CDC, de ampla divulgação e publicidade. Entretanto, a divulgação preconizada refere-se ao registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. Apesar desta referência expressa, nada impedirá a divulgação nos setores da mídia para que o alcance da democratização da participação seja ainda mais efetivo.

Apesar da possibilidade de participação dos setores da sociedade civil no deslinde do feito, entendemos não ser possível a utilização das modalidades de intervenção de terceiros. Trata-se de um processo objetivo com objeto litigioso coletivo, portanto, não será compatível com a possibilidade de intervenção de terceiros, cuja participação tem como fulcro a existência de interesse jurídico subjacente. A necessidade de demonstração deste interesse, para fins de permissão da intervenção, denota, por si só, que a seara das intervenções de terceiros cingir-se-á aos processos de índole subjetiva. Ademais, nos processos objetivos de controle de constitucionalidade, cujo objetivo também é o de manter a higidez do direito objetivo, não é admissível qualquer modalidade de intervenção de terceiros (artigo 7º da Lei 9.868/99).

A divulgação, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, terá o condão de facilitar o acesso aos operadores do direito, bem como de potencializar o controle sobre a aplicação dos precedentes aos casos futuros, na esteira do que preconiza do artigo 985, inciso II, CPC/2015.

O cadastro deverá conter os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ele relacionados. Trata-se, a rigor, da positivação da transcendência dos motivos determinantes, pois, com tal registro, os demais órgãos jurisdicionais, atingidos pelo efeito vinculante da tese jurídica ventilada e adotada, deverão seguir não só o conteúdo do dispositivo da decisão, como também os motivos determinantes do convencimento (*ratio decidendi*).

O artigo 979, § 3º, estende este mecanismo de publicidade e divulgação aos recursos excepcionais repetitivos. Trata-se de norma que deveria estar presente na seção dos recursos excepcionais.

1.3.4. Suspensão dos processos pendentes pela admissibilidade do incidente

Conforme dito anteriormente, este é o efeito mais importante da admissibilidade, previsto no inciso I do artigo 982 do CPC/2015. Esta suspensão atingirá os processos pendentes, em primeiro e segundo grau, na área de jurisdição do tribunal.

Pela redação do referido artigo, a suspensão é *ope legis*, ou seja, sem necessidade de requerimento específico. Será consectário lógico e imediato da admissão do incidente. Não haverá, também, necessidade da demonstração dos requisitos para a concessão das tutelas de urgência.¹³

Trata-se de decisão monocrática do relator, portanto, poderá ser questionada via agravo interno, na forma do artigo 1021 do CPC/2015. Entendemos que o cabimento deste recurso deverá ter por objetivo demonstrar que a demanda suspensa não depende da resolução da tese jurídica, objeto do incidente, ou que não se refere a esta. O agravante deverá demonstrar que o incidente não poderá repercutir em sua relação jurídica processual. Caso deixe de oferecer o recurso, não poderá, após o trânsito em julgado da decisão que ordena a suspensão, questionar a aplicação do artigo 982, inciso I, CPC/2015.

O recorrente deverá ventilar como causa de pedir recursal o *distinishing*, que nada mais é do que a dissonância entre a norma de interpretação e norma de decisão que aplica uma tese jurídica, decorrente de particularidades que não permitem aplicar adequadamente a decisão de um órgão jurisdicional. Este instituto decorre de uma relevante distinção entre normas jurídicas e a norma de decisão¹⁴.

A suspensão de processos na forma deste dispositivo depende apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região.¹⁵

13 Enunciado nº 92 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência.”

14 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 28.

15 Enunciado nº 95 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A suspensão de processos na forma deste dispositivo depende apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região.”

Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região.¹⁶

Apesar da regra expressa no sentido da suspensão dos processos, há entendimento doutrinário¹⁷ no sentido de que tal regra merece interpretação mais cuidadosa. É que, pelo incidente, produz-se uma espécie de coletivização de demandas, mas apenas no que diz respeito à questão jurídica comum. As ações, de fato, não perdem sua individualidade procedimental, sua autonomia litúrgica.

Portanto, os desenvolvimentos processuais individuais dependentes da prática do ato conjunto (ditos subordinados) e, só estes, aguardarão pela sua conclusão. Os demais podem e devem ser praticados por cada juiz em cada um dos processos.

Assim, se os atos processuais forem independentes da aplicação da tese jurídica suscitada com o incidente, será possível ao juiz praticá-los, pois a resolução daquele não será prejudicial a estes. Ao reverso, se os atos processuais forem dependentes ou consecutórios lógicos da aplicação da tese jurídica suscitada com o incidente, será imprescindível aguardar sua resolução, portanto, a suspensão preconizada os atingirá.

Se no processo houver questões que extravasem o objeto do incidente, como quando o autor cumula pedidos absolutamente autônomos entre si, nada impede que o juiz profira decisão parcial a respeito do mérito da causa.

Basta imaginar uma demanda, individual ou coletiva, na qual a parte formula dois pedidos (A e B). Caso o pedido (A) não guarde relação com a aplicação da tese jurídica objeto do incidente, o juiz poderá proferir decisão parcial de mérito, pois a suspensão não atingirá tal pretensão. No caso de o pedido (B) estar relacionado com a aplicação da tese jurídica, será impossível a resolução desta parte da demanda, posto atingida pela decisão de suspensão.

A despeito das belas considerações formuladas, mantivemos nosso entendimento no sentido da suspensão de todas as ações que versarem

16 Enunciado nº 93 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: *“Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região.”*

17 BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. "O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais". In: FUX, Luiz (Coord.) et al. **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)**: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

sobre a mesma questão jurídica. Somente será possível prática de atos relacionados às tutelas de urgência, conforme artigo 982, § 2º do CPC/2015.

Enquanto os processos estiverem suspensos, as tutelas de urgência, eventualmente requeridas, deverão ser dirigidas ao juízo no qual o processo, já suspenso, se encontra. O requerimento de concessão de tutela de urgência, qualquer que seja sua espécie, não deverá ser dirigido ao tribunal. Trata-se, a rigor, da aplicação do critério funcional horizontal de competência.

A suspensão não será indefinida, ao reverso, terá o prazo de um ano, que, conforme a literalidade da norma, não poderá ser prorrogado. Este prazo, caso inobservado, ensejará a retomada das demandas então suspensas, conforme artigo 980, parágrafo único do CPC/2015. Entretanto, o legislador permitiu ao relator do incidente, em decisão fundamentada, determinar a manutenção da suspensão dos processos. Tal decisão deverá ser fulcrada na segurança jurídica para evitar risco de decisões judiciais conflitantes em mesmas questões de direito.

Cessarás igualmente a suspensão caso não seja interposto recurso excepcional para questionar o acórdão que julgou o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigo 982, § 5º do CPC/2015) .

A suspensão dos processos, conforme artigo 982, será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes. Trata-se de verdadeira inovação ao teor do projeto aprovado no Congresso. No texto aprovado, a suspensão seria comunicada aos juízes, diretores dos fóruns de cada comarca ou seção judiciária, por ofício. Entretanto, na redação final encaminhada à sanção presidencial, houve total alteração no sentido da norma. O que antes, conforme foi aprovado, seria uma mera medida administrativa, passou a ser um ato jurisdicional.

A parte que tiver o seu processo suspenso poderá interpor recurso especial ou extraordinário, conforme a hipótese, contra o acórdão que julgou o incidente.¹⁸ Tendo em vista o objetivo de uniformização, tais recursos serão recebidos com o efeito suspensivo. O legislador também previu a presunção, *iuris et iure*, de repercussão geral.

Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que ver-

18 Enunciado nº 94 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A parte que tiver o seu processo suspenso nos termos do inciso I do § 1o do art. 987 poderá interpor recurso especial ou extraordinário contra ao acórdão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas."

sem sobre idêntica questão de direito. O artigo 987, § 2º do CPC/2015 preconiza a possibilidade de a eficácia vinculante da tese jurídica fixada ter abrangência nacional.

A suspensão *ope legis* dos processos não se confunde, porém, com a suspensão nacional dos processos pendentes, previsto no artigo 982, §§ 3º e 4º do CPC/2015, pois, neste caso, o legislador previu a necessidade de requerimento expresso dos legitimados para o requerimento do incidente.

A suspensão nacional poderá ser requerida por qualquer um que seja parte em uma demanda, individual ou coletiva, que tenha como questão de direito o mesmo objeto do incidente. Além de ter restringido a legitimidade para requerer a suspensão nacional somente às partes, Ministério Público e Defensoria Pública, nada impede que o relator do recurso excepcional determine, *ex officio*, a suspensão nacional das demandas. Neste sentido, vale mencionar, novamente, conforme abordado acima, o precedente fixado no bojo do Resp 1.110.549/RS, decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Os requisitos para a concessão da suspensão, que não deve observar, por óbvio, os limites territoriais do incidente, são a repercussão no âmbito nacional da questão jurídica, a imperiosa necessidade pelo primado da segurança jurídica, bem como a relação de dependência entre a solução da demanda e da questão jurídica objeto do incidente.

Ao tornar irrelevante a limitação territorial do incidente, o legislador abre novo espaço para se questionar a limitação existente nas normas dos artigos 16 da Lei 7.347/85, e 2º-A da Lei 9.494/97, que restringem a eficácia subjetiva da demanda aos limites territoriais da competência do órgão prolator. Assim, a resolução deste incidente poderá exorbitar, ainda que não se trate da suspensão nacional, os limites territoriais da competência territorial do órgão prolator.

Não há fixação, pela literalidade da norma, de momento processual específico e fim para a formulação de requerimento de suspensão nacional. Contudo, é factível sustentar, com base em interpretação teleológica, que o requerimento somente poderá ser formulado após a realização do juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas.

Topograficamente, afirma Aluisio Gonçalves de Castro Mendes¹⁹, poder-se-ia afirmar que seria cabível apenas após o julgamento do inci-

19 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. São Paulo. RT. 2010.

dente pelo tribunal de segundo grau. Entretanto, no mesmo sentido do que aqui se sustenta, afirma que ,sob o ponto de vista teleológico e em observância ao princípio da economia processual, poderá ser formulado logo após a admissibilidade.

Por derradeiro, é necessária a abordagem de a possibilidade da suspensão derivada da admissibilidade deste incidente impedir a propositura de ações que versem sobre a mesma tese jurídica.

O CPC/2015 somente se refere aos processos pendentes, que serão suspensos, e os processos futuros que sofrerão a incidência da tese jurídica fixada.

Com o fito precípuo de análise mais detida sobre o tópico suscitado, separamos as demandas futuras em dois grupos: i) demandas de conhecimento e ii) demandas executivas, assim compreendidas como requerimento para o início da fase de cumprimento de sentença, bem como para os casos nos quais se admite o início de ofício.

No tocante às demandas de conhecimento futuras, entendemos não ser óbice para a propositura a existência de incidente de resolução de demandas repetitivas, porém, factível sustentar a possibilidade de o relator, mediante aplicação analógica do artigo 4º, § 8º, da Lei 8.437/92, determinar a suspensão das novas demandas. Apesar da possibilidade jurídica de adoção deste mecanismo, por analogia, repita-se, entendemos ser necessário requerimento dos legitimados do artigo 977 do CPC/2015.

Apesar do efeito suspensivo do incidente e da eficácia vinculante da solução jurídica, será mantido o interesse processual na propositura de demandas sobre a mesma tese jurídica a fim de que se evite a consumação dos prazos extintivos e, conseqüentemente, a perda da pretensão.

A rigor, o CPC/2015, na esteira dos efeitos prospectivos vinculantes da solução jurídica, deveria ter previsto a suspensão dos prazos extintivos (prescrição e decadência) para as demandas individuais não ajuizadas até a admissão do incidente, apenas sendo retomado depois do julgamento definitivo do incidente.²⁰

No tocante às demandas executivas, aplicar-se-ão as normas dos artigos 313, inciso IV, e 921, inciso III do CPC/2015, que determinam a suspensão dos processos pela admissão do incidente, ainda que em fase

20 BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. "O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais". In: FUX, Luiz (Coord.) et al. **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)**: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

executiva. Neste caso, com muito mais razão, deverá ser suspenso o prazo extintivo, sob pena de impor ao credor exequente a ocorrência da prescrição intercorrente, conforme súmulas 150, do Supremo Tribunal Federal, e 314, do Superior Tribunal de Justiça.

1.3.5. Desistência do Incidente

Após a admissão do incidente com a conseqüente suspensão dos processos individuais e coletivos, surge a seguinte indagação: poderá a parte desistir da sua demanda própria? E do incidente?²¹

O objeto do incidente, após a suscitação e admissibilidade, posto processo objetivo, encontra-se fora da disponibilidade das partes. Desta forma, não será possível a desistência. O objeto do incidente é coletivo, pois não diz mais respeito às partes que figuram no processo que o originou. O incidente desvincula-se do processo que o originou.

Apesar desta afirmação, impende ressaltar, conforme dito alhures, que o Ministério Público, caso ocorra a desistência ou abandono do incidente, assumirá a titularidade ativa, na forma do artigo 976, § 2º do CPC/2015.

Por outro lado, a demanda suspensa ou originária ainda pertence às partes e ainda figura em sua esfera de disponibilidade, mesmo que em sede recursal. Nada obstará, portanto, desde que observada a normativa inerente, a desistência da ação, pois o incidente prosseguirá mesmo com esta desistência, conforme artigo 976, § 1º do CPC/2015. A decisão decorrente, portanto, será indiferente para a parte que desistiu da demanda.

1.3.6. Natureza jurídica do procedimento

Considerando o alcance da decisão proferida, bem como todo o procedimento supramencionado, tem-se que este incidente reveste-se de característica de verdadeiro processo objetivo. O objeto deste incidente é a fixação de uma tese jurídica geral. Trata-se de um incidente com objeto litigioso coletivo.²²

21 BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. "O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais". In: FUX, Luiz (Coord.) et al. **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)**: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

22 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 9 ed. Bahia. JusPodivm, v. 3, p. 321. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos**. Curitiba. Juruá. 2013, p. 196.

O julgamento do incidente tem por objetivo e por limite a definição de uma tese jurídica para a mesma questão que se repete em várias ações. O processo piloto, inicialmente instaurado entre autor e réu, passa a servir como instrumento público imprescindível à elaboração daquela tese jurídica.

Assim, forçoso concluir estarmos diante de um verdadeiro processo objetivo.

1.3.7. Natureza jurídica da decisão proferida

O julgamento do incidente vinculará todos os casos presentes e futuros que tratem da mesma questão de direito em todo o território em que o tribunal que o julgou exerce sua competência. Se houver julgamento de recurso extraordinário ou de recurso especial, a área de vinculação será todo o território nacional.

Em decorrência de a premissa do incidente de resolução de demandas repetitivas ser verdadeiro processo objetivo, imprescindível abordar a natureza da decisão inerente.

Não se questiona, por certo, que o ato judicial será um acórdão. A questão proposta nesta senda é abordar a eficácia deste acórdão, bem como sua natureza jurídica.

Poder-se-ia, em uma análise rápida, concluir que a tese jurídica fixada no bojo do incidente seria um mero entendimento jurídico, mero precedente persuasivo expedido pelos tribunais competentes, com observância facultativa por parte das instâncias inferiores. Esta interpretação, simplória, diga-se, não ensejaria a violação de qualquer princípio ou regra constitucional. Seria mantido o *status quo*.

Não parece ter sido o intento do legislador, pois o artigo 985 do CPC/2015 preconiza a observância obrigatória da tese jurídica pelos demais órgãos jurisdicionais. A tese jurídica central, limitada às questões de direito comuns às ações repetitivas, será dotada de observância obrigatória. Assim, imperioso rematar se tratar de verdadeiro precedente vinculante o resultado da decisão proferida no bojo deste incidente.²³

23 RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos*. Curitiba. Juruá. 2013, p. 208.

A bem da verdade, este é o ponto mais polêmico e de difícil solução do novel instituto. A definição precisa da natureza jurídica, que acarreta a irradiação dos efeitos da decisão paradigma para além das partes originárias do processo piloto, ainda será objeto de intenso debate.

Poderá ser sustentada a tese de que tal fenômeno jurídico não é um precedente vinculante, pois necessitaria de norma constitucional expressa neste sentido, tal como existe no artigo 103-A da Constituição Federal. Seguindo tal premissa, a observância obrigatória da tese jurídica fixada será uma extensão subjetiva da coisa julgada, e não um precedente vinculante.

O efeito vinculante do precedente, em nosso sentir, com a eficácia subjetiva *erga omnes* inerente, não se refere ao fenômeno da coisa julgada, mas sim da *ratio decidendi*.²⁴ A observância obrigatória cingir-se-á somente a questões de direito.

Pelo incidente se permite a apreciação simultânea de idêntica questão de direito, própria a várias ações. A decisão do incidente não é título executivo judicial, portanto, não poderá ser utilizada nas demandas suspensas para satisfação direta e imediata da pretensão.

O incidente não implica qualquer unificação processual, no sentido de reunião das ações no juízo prevento. As ações mantêm sua autonomia de procedimento, portanto, não há qualquer alteração na configuração subjetiva das demandas. Cada juiz deverá decidir a demanda suspensa à luz da premissa assentada no incidente. É somente a compreensão da questão jurídica que vincula, e não a decisão da ação paradigma em si.

Este efeito vinculante será aplicável no regime *pro et contra*. Assim, independentemente do resultado da tese jurídica, aplicabilidade ou rejeição, será estendido aos demais casos. Tal solução é diversa das aplicáveis a demandas coletivas, pois nestas se aplica o regime *in utilibus*, ou seja, somente o resultado benéfico será estendido aos demais casos, conforme se verifica no artigo 103, §§ 1º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Excepciona-se tal regime nos casos de intervenção individual nos processos coletivos, conforme artigos 94 e 103, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

24 BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. "O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais". In: FUX, Luiz (Coord.) et al. **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)**: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Na opinião de Marinoni, tratar-se-ia de incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC. Críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 177.

1.4. Consequências processuais do incidente de resolução de demandas repetitivas

O incidente em comento gera diversas consequências ao longo da relação jurídica processual. Com o fito precípua de organizá-las e facilitar a visualização, segue a lista:

a) exclusão da observância da ordem cronológica da conclusão – artigo 12, § 2º, III, CPC/2015;

b) possibilidade de concessão de tutela de evidência – artigo 311, II, CPC/2015;

c) suspensão do processo – artigo 313, IV, CPC/2015;

d) improcedência liminar – artigo 332, III, CPC/2015;

e) dispensa da remessa necessária – artigo 496, § 4º, III, CPC/2015;

f) suspensão da execução – artigo 921, I, CPC/2015;

g) permissão para o relator, em sede de decisão monocrática, negar provimento ao recurso, quando a decisão recorrida estiver em conformidade com o que restou decidido no incidente – artigo 932, IV, “c”, CPC/2015;

h) permissão para o relator, em sede de decisão monocrática, dar provimento ao recurso, quando a decisão recorrida estiver em desconformidade com o que restou decidido no incidente – artigo 932, V, “c”, CPC/2015.

2. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS E O PROCESSO COLETIVO

2.1. Microssistema da tutela coletiva

Com o fito precípua de visualizar a importância do tema em comento, impende abordar o conceito do microssistema da tutela coletiva, bem como sua incidência.

Microssistema da tutela coletiva é o conjunto formado pelas normas processuais, materiais e heterotópicas, sobre o processo coletivo nas

diversas normas jurídicas positivadas em nosso ordenamento. Estas normas jurídicas disseminadas formam um conjunto (ainda que de maneira informal, sem a sistematização em um único diploma legislativo) de regras jurídicas que regulamentam a tutela coletiva.

Como ainda não há uma regulamentação própria, corporificada em uma codificação, a doutrina, com respaldo da jurisprudência, reconhece que as diversas leis existentes se comunicam entre si e formam um verdadeiro sistema policentrado de tutela coletiva.

Dentre as normas mais importantes que formam o arcabouço básico do microsistema, podemos apontar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública.

Estas normas formam o que podemos denominar de regramento geral da tutela coletiva por intermédio das normas de reenvio existentes em ambas as leis.

No Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o artigo 90 determina a aplicação das normas ínsitas na Lei de Ação Civil Pública.²⁵ A Lei de Ação Civil Pública, por seu turno, em seu artigo 21, determina uma remissão ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor.²⁶

Da conjugação destes dois artigos, podemos concluir que a LACP preceitua a aplicação das normas do CDC nas Ações Cíveis Públicas em geral e o CDC “reenvia” a aplicação das normas da LACP às ações coletivas consumeristas. Assim, encontramos as denominadas “normas de reenvio”; tal reenvio é consequência da aplicação do chamado “diálogo de fontes” comumente encontrado nas normas de direito material.

Apesar disso, não há qualquer óbice para a aplicação do “diálogo de fontes” em direito processual. Ademais, existem diversos pontos de tangenciamento entre o direito material e o direito processual, seja no plano abstrato (legislação), seja no plano concreto (aplicação das normas); podemos encontrar, inclusive, institutos que são regulados tanto por normas de direito material quanto por normas de direito processual, como, por exemplo, a prescrição.

Existem normas jurídicas, por fim, que regulam, ao mesmo tempo, o direito material e o direito processual e são chamadas de normas heterotópicas ou de natureza híbrida.

²⁵ “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

²⁶ “Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Incluído Lei nº 8.078, de 1990).”

O microsistema de tutela coletiva gera um “Sistema de Vasos Intercomunicantes”. Tal sistema decorre do policentrismo do ordenamento jurídico brasileiro e significa que a normatização das situações ou das relações jurídicas se encontram em normas esparsas. À guisa de exemplo, existem diversas normas jurídicas que regulam o processo civil coletivo (Constituição da República, Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular, Lei de Improbidade Administrativa, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei do Mandado de Segurança...). Entre estas diversas normas jurídicas positivadas existe uma “comunicação”, ainda que informal, para regular determinado instituto da tutela coletiva. É exatamente esta reunião intercomunicante de vários diplomas que regulam a mesma matéria que é denominado de sistema de vasos comunicantes.

Assim, podemos afirmar que a formação do microsistema de tutela coletiva decorre das normas de reenvio e do sistema de vasos comunicantes por intermédio dos diversos diplomas legislativos.

Após a apresentação do microsistema, sobreleva notar a existência de duas espécies de microsistema, conforme o processo coletivo.

Os processos coletivos são divididos pela doutrina em Processo Coletivo Comum e Processo Coletivo Especial.

O Processo Coletivo Comum é aquele cujo objeto é a tutela, em concreto, dos interesses transindividuais por intermédio das Ações Coletivas Comuns, tais como Ação Civil Pública, Ação Popular, etc., ou seja, tem por objetivo a proteção da higidez de um direito subjetivo.

O Processo Coletivo Especial, por sua vez, é aquele cujo objeto é a tutela, em abstrato, das normas jurídicas em nosso ordenamento por intermédio das Ações de Controle (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Em outros termos, tem por objetivo a proteção da higidez do direito objetivo.

Assim, diante da existência de dois tipos de processos coletivos, com características, princípios e regulamentações diferentes, nada mais natural do que a existência de microsistemas diversos, quais sejam: Microsistema da Tutela Coletiva Comum e Microsistema da Tutela Coletiva Especial.

No mesmo sentido, podemos destacar a opinião de Gregório Assagra Almeida²⁷, Elpidio Donizetti e Marcelo Malheiros Cerqueira.²⁸

Estes dois microsistemas não se comunicam, ou seja, não existe entre eles o sistema de vasos comunicantes, tampouco as normas de re-
envio, razão pela qual não haverá mútua complementariedade entre eles. Em outros termos, não serão aplicáveis às ações de controle de constitucionalidade as normas dos processos coletivos comuns, pois os objetos e as finalidades são completamente diferentes e inconciliáveis.

Enquanto a finalidade precípua do processo coletivo comum é a tutela em concreto de interesses transindividuais, gerando um processo subjetivo, a finalidade do processo coletivo especial é a tutela em abstrato da higidez do direito objetivo.

Assim, o microsistema da tutela coletiva comum será composto pelas normas da Lei de Ação Civil Pública, Lei de Ação Popular e Código de Proteção e Defesa do Consumidor; enquanto o microsistema da tutela coletiva especial será composto pelas normas da Constituição da República e das Leis 9.868/99 e 9.882/99.

2.2. O incidente de resolução de demandas repetitivas, os direitos individuais homogêneos e coletivização das demandas

Nosso ordenamento jurídico positivado prevê uma tricotomia nos interesses transindividuais, conforme artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Os interesses transindividuais e, por sua vez, as demandas coletivas dividem-se em dois grandes grupos: interesses essencialmente coletivos e interesses acidentalmente coletivos. Os interesses essencialmente coletivos são compostos pelos interesses difusos e coletivos em sentido estrito (artigo 81, parágrafo único, incisos I e II do CDC).

27 ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2007. Página 48. "[...] dois microsistemas merecem destaque especial, pois são relacionados com a composição do objeto formal do direito processual coletivo brasileiro. O primeiro é o microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum, formado pela completa integração, legalmente existente, entre a Lei nº 7.347/85 (LACP, art. 21) e a Lei nº 8.078/90 (CDC, art. 90). O segundo é o microsistema de tutela jurisdicional coletiva especial (controle concentrado e abstrato da constitucionalidade), composto no plano infraconstitucional pela Lei nº 9.868/99 e Lei nº 9.882/99."

28 DONIZETTI, Elpidio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de processo coletivo**. São Paulo: Editora Atlas. 2010. Página 33. "Independientemente da classificação que se adote, o que importa é ter em mente a coexistência de dois microsistemas processuais coletivos, um aplicável apenas às ações de controle concentrado de constitucionalidade e outro, mais amplo, abrangendo todas as demais ações coletivas."

Tais interesses são indisponíveis, indivisíveis e insuscetíveis de apropriação individual. Nestes casos, a relação jurídica deduzida em juízo torna-se indivisível da mesma forma, não permitindo que o indivíduo promova ação própria para a tutela destes direitos coletivos.

Por outro lado, os interesses acidentalmente coletivos são compostos por interesses individuais homogêneos. São interesses individuais na essência, mas que comportam tutela jurisdicional coletiva. Será, a bem da verdade, uma tutela coletiva de direitos individuais, visto que se lastreiam em fato comum (artigo 81, parágrafo único, inciso III do CDC).

Tais interesses são disponíveis, como regra, divisíveis e suscetíveis de apropriação individual. Neste caso, será possível a propositura de demandas individuais para tutela dos interesses, posto que divisíveis.

O presente incidente somente se presta para atingir os interesses acidentalmente coletivos, ou seja, os interesses individuais homogêneos. Estes interesses não são de fato materialmente coletivos, mas sim individuais, sendo submetidos a tratamento coletivo por mera questão de política legislativa processual. Estes interesses versam sobre os direitos repetitivos ou massificados, razão pela qual se enquadrariam perfeitamente neste incidente.²⁹

Por outro lado, há quem entenda³⁰ que os direitos individuais homogêneos, assim entendidos na forma do artigo 81, parágrafo único, inciso III do CDC, não se confundem com os direitos que dão origem às ações repetitivas.

Para os direitos individuais homogêneos, exige-se origem comum e homogeneidade. Para os direitos que dão origem às ações repetitivas, dispensa-se a origem comum. A homogeneidade é mitigada, enquanto requisito, por ser muito mais superficial a análise para sua caracterização.

A distinção apresentada pode ser afastada para fins de aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas. Os direitos individuais homogêneos derivam de um fato comum ensejador da demanda, mas que também configura um fator de multiplicação das demandas individuais e, até, coletivas. Os direitos ensejadores das ações repetitivas, por sua vez, versam, a rigor, sobre tema afeto ao mesmo cerne jurídico. Esta distinção existe e merece análise, porém, não terá o condão de arrostar

29 RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **Ações Repetitivas: o novo perfil da tutela dos direitos individuais homogêneos**. Curitiba. Juruá. 2013, p. 192.

30 Rosa, Renato Xavier da Silveira. "Incidente de resolução de demandas repetitivas: arts. 895 a 906 do Projeto de Código de Processo Civil", PLS 166/10. Disponível em: <http://www.renatorosa.com/incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas> Acesso em: 11 jun. 2011.

a possibilidade de utilização dos direitos individuais homogêneos como fator de admissibilidade do incidente.

Por fim, imprescindível abordar os conceitos de ações individuais com efeitos coletivos e ações pseudoindividuais³¹.

Na denominada ação individual com efeitos coletivos, há uma demanda individual, porém, em virtude do pedido formulado, os efeitos da sentença atingem a coletividade. Um exemplo deste tipo de demanda é a denominada ação de dano infecto ,proposta com lastro no direito de vizinhança. O resultado da demanda, sujeito à eficácia subjetiva da coisa julgada material, operar-se-á *inter partes*, porém, reflexamente atingirá todos circunscritos nos arredores.

Na denominada ação pseudoindividual, há uma demanda individual que, apesar de lastreada em direito subjetivo individual com uma pretensão individualmente exercida, deveria ter um pedido coletivo, pois o resultado do processo afetará todos que titularizam o direito subjetivo. Trata-se de demanda baseada em direito material unitário ou incindível. Assim, a relação jurídica de direito material, também incindível, somente poderá ser resolvida de maneira idêntica para todos. O exemplo mais comum citado pela doutrina versa sobre ação de anulação de assembleia proposta por um único sócio. Como é um caso de direito material incindível, o resultado da demanda deverá ser igual para todos.

Nesta última hipótese, a doutrina majoritária sustenta que a eficácia subjetiva da coisa julgada material deverá ser *erga omnes*, tanto no caso de improcedência, quanto na procedência (imutabilidade *pro et contra*). Tal afirmação decorre da unitariedade da relação de direito material. Ademais, o autor da demanda figura como substituto processual dos demais titulares do direito material.

Estes conceitos são relevantes para demonstrar que o incidente de resolução de demandas repetitivas deverá ser empregado em ações puramente individuais, quando versarem sobre a mesma questão de direito, e nas ações acidentalmente coletivas, também chamadas de pseudocoletivas, que versem sobre direitos individuais homogêneos.

Por seu turno, as ações individuais com efeitos coletivos e as ações pseudoindividuais, por suas próprias naturezas, deverão ser convertidas

31 GRINOVER, Ada Pellegrini. "O Projeto do novo CPC e sua influência no minissistema de processos coletivos". In: FUX, Luiz (Coord.) *et al.* **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa): reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro. Forense, 2011.

em ação coletiva para a defesa de interesses difusos ou coletivos em sentido estrito. Não é possível tratá-las como individuais.

Assim, nestes dois últimos casos, o legislador previu a utilização do chamado incidente de coletivização das demandas, ou seja, conversão da demanda individual em demanda coletiva, conforme artigo 333 do CPC/2015, desde que a demanda não versasse sobre direito individual homogêneo (artigo 333, § 2º, CPC/2015).

Entretanto, este mecanismo foi vetado pela Presidência da República, pois, da forma como foi redigido, o instituto poderia ser utilizado de forma pouco criteriosa, inclusive em detrimento dos interesses das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Ademais, o CPC/2015 já contempla mecanismos para tratar das demandas repetitivas.

Assim, apesar do veto, há mecanismo que poderá sanar as eventuais dificuldades decorrentes. Basta que o magistrado aplique as regras do artigo 139, inciso X do CPC/2015.

O artigo 139, inciso X do CPC/2015 preconiza o poder-dever de o magistrado oficiar os legitimados coletivos, cientificando-os acerca da existência de diversas demandas individuais repetitivas.

Tal notificação tem o condão de cientificação para a propositura da Ação Coletiva respectiva, conforme a literalidade da norma. Entretanto, a melhor interpretação será no sentido de adotar as medidas processuais e extraprocessuais típicas da tutela coletiva, pois existem outras formas de debelar os conflitos decorrentes de ameaças e lesões aos interesses transindividuais, tais como termo de ajustamento de conduta e recomendação.

Entendemos que a notificação não enseja um caráter vinculativo, mas informativo, pois os legitimados coletivos cientificados não estarão jungidos a promover as demandas coletivas sem análise detida dos fatos apresentados, apesar da existência do princípio da obrigatoriedade.

Diferentemente do processo individual, no qual está presente a *facultas agendi* característica do direito subjetivo individual, o processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público.

Para análise da incidência do princípio supracitado, impende destacar as seguintes premissas: I) os interesses transindividuais têm natureza social e relevância pública, sendo peculiarizados pela indisponibilidade; II) os legitimados para agir em juízo na defesa destes interesses não são os titulares dos mesmos, mas sim “representantes” da própria coletividade;

III) os legitimados de forma autônoma não atuam em defesa de posições jurídicas próprias, mas de terceiros, que não têm a faculdade legal de estarem presentes em juízo ou ,extrajudicialmente, para manifestarem-se quanto aos interesses transindividuais envolvidos.

O princípio da obrigatoriedade significa que, se identificados no caso concreto os pressupostos da situação material que tornem necessária a propositura de demanda coletiva, não poderá o *parquet* furtar-se ao ajuizamento da ação.

Tanto isso é verdade que alguns autores sustentam tratar-se de uma *obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade*.³²

No mesmo sentido, destacamos as lições de Édis Milaré: “*Não vamos chegar ao extremo de dizer que a atividade do Ministério Público, aí, seja ilimitadamente discricionária, ficando a critério do órgão a propositura ou não da ação. No entanto, verificando que não há suporte legal para o ajuizamento da ação, ou, ainda, que não é oportuna ou conveniente essa propositura, poderá deixar de exercê-la.*”³³

Assim, conclui-se pela aplicação do princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva, desde que presentes todos os pressupostos e requisitos ensejadores do exercício judicial da pretensão.

Tal notificação é uma grande e necessária novidade sob dois prismas: a) evitará multiplicidade de demandas, reduzindo o número de ações em curso perante o Judiciário; b) evitará o risco de decisões judiciais conflitantes.

A notificação não terá o condão de converter as demandas individuais em repetitivas, pois, caso o legitimado coletivo cientificado promova a demanda coletiva, não impedirá o prosseguimento das diversas demandas individuais.

Caso as demandas repetitivas versem sobre a mesma tese jurídica, a notificação prevista neste artigo não impedirá a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, previsto no artigo 976 do CPC/2015.

Conforme artigos 104 do Código de Defesa do Consumidor e 22, § 1º, da Lei 12.016/09 não existe litispendência entre as demandas individuais e coletivas, entretanto, os autores das ações individuais deverão ser citados para optarem pelo prosseguimento ou suspensão das suas ações.

A legitimação coletiva prevista nos artigos 5º da Lei 7.347/85 e 82, do Código de Defesa do Consumidor é concorrente e disjuntiva (artigo

32 FERRAZ, Antônio Augusto Camargo de Mello et alii, **A ação civil pública e a tutela dos interesses difusos**, cit., página 42.

33 **Ação Civil Pública na nova ordem constitucional**. São Paulo. Saraiva. 1990, página 11.

129, § 1º, CR/88), ou seja, a atuação processual de um dos legitimados não condiciona ou impede a atuação dos demais.

Entendemos que os legitimados coletivos deverão ser notificados, atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada. O Ministério Público, a Defensoria Pública e a Fazenda Pública deverão ser notificados em atenção ao âmbito de suas atuações funcionais.

O Ministério Público será notificado para todas as hipóteses de atuação na tutela coletiva, pois sua legitimação ativa coletiva é ampla e abrange todos os interesses transindividuais (artigos 127 e 129, inciso III, CR/88; artigos 81 e 90 do Código de Defesa do Consumidor e artigo 21 da Lei 7.347/85)³⁴.

A Defensoria Pública somente deverá ser notificada para atuação nos interesses individuais transindividuais referentes aos hipossuficientes (artigos 134, CR/88 e 4º, incisos VII e VIII, da Lei Complementar 80/94).

A Fazenda Pública deverá ser notificada para atuar, preferencialmente, nas hipóteses de execução das decisões de Tribunais de Contas.

Os legitimados coletivos da esfera privada (associações, sindicatos e congêneres) deverão ser notificados, atentando-se para a legitimidade e representatividade adequada, ou seja, o âmbito de suas atividades deve ser congruente com o objeto das demandas.

2.3. Sistema do *fair notice e right to opt in or out* aplicável aos processos coletivos que veiculam direitos individuais homogêneos

No estudo do processo coletivo comum, notadamente quando existir a concomitância de demandas coletivas e demandas individuais sobre o mesmo tema, exsurge, de imediato, indagação a respeito da estabilidade das relações jurídicas subjacentes, ante a inegável possibilidade de proferimento de decisões judiciais conflitantes.

34 STJ. 3ª Turma. Resp 1099634. 08/05/2012. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE PÚBLICO. SISTEMA DE BILHETAGEM ELETRÔNICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. VIOLAÇÃO DO DIREITO BÁSICO DO CONSUMIDOR À INFORMAÇÃO ADEQUADA. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Súmula 211/STJ. 2. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. 3. O Ministério Público tem legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública que visa à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme inteligência dos arts. 129, III da Constituição Federal, arts. 81 e 82 do CDC e arts. 1º e 5º da Lei 7.347/85. 4. A responsabilidade de todos os integrantes da cadeia de fornecimento é objetiva e solidária. Arts. 7º, parágrafo único, 20 e 25 do CDC. 5. A falta de acesso à informação suficiente e adequada sobre os créditos existentes no bilhete eletrônico utilizado pelo consumidor para o transporte público, notadamente quando essa informação foi garantida pelo fornecedor em propaganda por ele veiculada, viola o disposto nos arts. 6º, III e 30 do CDC. 6. Na hipótese de algum consumidor ter sofrido concretamente algum dano moral ou material em decorrência da falta de informação, deverá propor ação individual para pleitear a devida reparação. 6. Recurso especial parcialmente provido.

O objetivo do presente estudo não é o de aprofundar a abordagem do processo coletivo e seus consectários lógicos, mas é imprescindível abordar alguns aspectos que poderão ser atingidos por este novo sistema testilhado.

O legislador, prevendo a necessidade de equacionar os problemas resultantes dos litígios em massa, positivou as demandas coletivas com o fito de resolver, no bojo de um único processo judicial, todas as questões envolvidas, por meio da atuação de um legitimado coletivo.

Entretanto, o sistema processual coletivo, instaurado através das inúmeras normas jurídicas, não impede o ajuizamento de demandas individuais correlatas às demandas coletivas. A ausência deste impedimento resta evidente nos artigos 103, §§ 1º ao 3º, e 104 do Código de Defesa do Consumidor, e artigo 22, § 1º, da Lei do Mandado de Segurança (Lei 12.016/2009).

Este sistema prevê a necessidade de intimação, no bojo da demanda individual, do autor da ação para que, no prazo decadencial de trinta dias, exerça o direito de optar (*right to opt*) entre o sistema de inclusão (*right to opt in*) ou o de exclusão (*right to opt out*) da demanda coletiva proposta.

A intimação (*fair notice*) é indispensável para a configuração do sistema, pois a mera publicidade preconizada no artigo 94 do CDC não tem o condão de garantir a plena ciência da existência de demandas coletivas versando sobre a mesma situação jurídica das demandas individuais correlatas. Caso não seja conferida ao autor da ação individual a oportunidade processual de se manifestar, restará relegado a oblivio o princípio do acesso à justiça (artigo 5, inciso XXXV, da Constituição da República), bem como o princípio da efetividade da tutela jurisdicional (artigo 5, inciso LIV, da Constituição da República).

Por este sistema, caso o autor individual queira beneficiar-se do resultado jurídico da demanda coletiva, deverá se manifestar de forma expressa, dentro do prazo fixado, e requerer sua suspensão. Por outro lado, caso o seu desejo seja o de manter-se imune ao resultado da demanda coletiva, bastará sua inércia no prazo fixado. Somente poderá valer-se do transporte *in utilibus*, previsto no artigo 103, § 3º, do CDC, o autor individual que optar pela suspensão da sua demanda.

A despeito da semelhança entre as redações, o sistema preconizado na Lei do Mandado de Segurança determina que o impetrante da demanda individual, dentro do prazo decadencial de trinta dias, devidamente intimado para tal desiderato, deverá desistir de sua impetração para se beneficiar do resultado da demanda coletiva.

Tal sistema viola, a nosso sentir, as normas jurídicas ínsitas nos ar-

tigos 5, inciso XXXV e LXIX, da Constituição da República, pois retira do cidadão o seu direito de acesso à justiça por meio da utilização de remédio jurídico constitucional adequado. Contudo, para evitar o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma com a devida pronúncia de sua invalidade, aplicar-se-á o microsistema da tutela coletiva. Assim, a norma jurídica do artigo 22, § 1º, da Lei 12.016/2009 deverá ser lida na forma prevista no artigo 104 do CDC.

À guisa de conclusão, o sistema do incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no CPC/2015 retira do autor da demanda individual o seu direito de optar por prosseguir ou suspender sua demanda individual, pois permite a suspensão das demandas individuais de ofício pelo magistrado quando versarem sobre situações jurídicas homogêneas.

2.4. Consequência da aplicação prática deste incidente no microsistema da tutela coletiva

A questão mais relevante, no sentido da aplicação prática deste incidente, é saber se haverá revogação tácita das normas da tutela coletiva que trazem a previsão do sistema do *fair notice e right to opt in or out* (artigos 104 do CDC, e 22, § 1º, da Lei do Mandado de Segurança).

Considerando as premissas fixadas nos tópicos anteriores, a proposição de ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos é um claro indício de que há a possibilidade de multiplicação de demandas individuais com mesmo fundamento e objeto.

A rigor, há similaridade entre as ações coletivas que tutelam interesses individuais homogêneos e o incidente em testilha. Entretanto, as semelhanças se encerram somente na primeira análise, qual seja, de resolução da mesma questão posta em juízo, atingido o seio da coletividade, e evitando, com isso, a multiplicação das demandas. Após análise mais detida, conforme doutrina de Andrea Carla Barbosa e Diego Martinez Fervenza Cantoario, verifica-se que os institutos são deveras diversos³⁵.

As ações coletivas possuem as seguintes características:

35 BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. "O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais". In: FUX, Luiz (Coord.) et al. **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)**: reflexões acerca do projeto do novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2011. Na opinião de MARINONI, tratar-se-ia de incidente de uniformização de jurisprudência com caráter vinculante. Marinoni, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC. Críticas e propostas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 177.

a) Ação acidentalmente coletiva que agrega inúmeras pretensões individuais que poderiam ter sido propostas autonomamente;

b) O objeto da cognição enseja um exame conjunto de questões comuns de fato e de direito, pertinentes a uma série de pretensões individuais;

c) A eficácia da decisão, além de formadora de título executivo judicial, gera projeção *erga omnes*, a depender do resultado da demanda (*secundum eventus litis*). Haverá possível vinculação à autoridade da coisa julgada material;

d) O titular da pretensão não poderá exercê-la, portanto, será o legitimado coletivo o responsável pela propositura da demanda. Apesar desta restrição, será possível a intervenção individual na forma do artigo 94 do CDC;

e) A suspensão da demanda individual seguirá as regras dos artigos 104 do CDC e 22, § 1º, da Lei 12.016/2009. Trata-se de suspensão opcional que deverá ser requerida no prazo decadencial de trinta dias, contados da intimação do autor da ação individual.

O incidente de resolução de demandas repetitivas, por seu turno, possui as seguintes características:

a) Trata-se de procedimento de resolução de questão jurídica controvertida, comum a várias ações reais, as quais mantêm sua autonomia procedimental;

b) O objeto da cognição consiste no exame conjunto das questões de direito;

c) A decisão acarretará uma vinculação à resolução da questão jurídica. Trata-se de precedente vinculante com projeção *erga omnes* da *ratio decidendi*, da tese jurídica geral reconhecida;

d) Terão legitimidade para suscitar o incidente as partes, o Ministério Público, a Defensoria Pública, o relator e o juiz;

e) Haverá suspensão obrigatória dos processos individuais em que se controverta a respeito da mesma questão jurídica objeto do incidente.

Assim, diante das características dos institutos, podemos concluir pela manutenção do regime previsto para os processos coletivos frente aos processos individuais que versarem sobre a mesma questão de direito. Em outras palavras, as normas jurídicas, ínsitas nos artigos 104 do CDC e 22, § 1º, da Lei 12.016/2009, manter-se-ão híginas diante do incidente de resolução de demandas repetitivas. ❖

Procedimento para Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil

Alexandre Martins Flexa

Pós-graduado em Direito pela FGV, Coautor do livro Novo Código de Processo Civil: Temas inéditos, mudanças e supressões, Coordenador dos cursos de pós-graduação em Direito Processual do IBMEC, Professor dos cursos de pós-graduação em Direito Processual Civil da EMERJ, FGV, IBMEC, PUC-Rio, Advogado e Coach Jurídico.

1. CONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: A TEORIA DA AUTONOMIA PATRIMONIAL

As pessoas jurídicas – também denominadas pessoas coletivas, morais ou fictícias – podem ser definidas como uma reunião de pessoas ou de bens, que adquirem personalidade jurídica por uma ficção da lei. O objetivo da criação dessa pessoa abstrata é fomentar o desenvolvimento de atividades que podem ser melhor materializadas quando desempenhadas por uma coletividade.

A pessoa jurídica está regulamentada no Código Civil a partir do art. 40, adotando a *teoria da realidade técnica* (art. 45, CC), segundo a qual as pessoas jurídicas são criadas por uma ficção legal e, depois de constituídas, passam a ter identidade organizacional própria, com existência distinta dos seus sócios¹. Nesse contexto, as pessoas jurídicas possuem vários dos direitos inerentes à personalidade (art. 52, CC), como direito ao nome e à marca (art. 5º, XXIX, CR/88) e até mesmo podem sofrer dano moral (Enunciado nº 227, da súmula da jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça).

¹ No sentido do texto, TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3ª ed. São Paulo. Editora Método, 2013, p. 127.

Evidente, portanto, que a pessoa jurídica, ao gozar de personalidade jurídica própria, não possui apenas direitos, mas também deveres (art. 1º, CC) que, quando não cumpridos, acarretam sua responsabilidade perante eventuais lesados.

Daí a chamada *consideração da personalidade jurídica*, ou seja, a responsabilidade por danos deve recair sobre a pessoa jurídica, nada obstante o fato causador do dano ter sido praticado por uma pessoa física, eis que esta agiu em nome daquela. No campo processual, propor ação judicial em face da pessoa física que praticou o ato acarretaria ilegitimidade passiva para a causa, por ser a pessoa jurídica a responsável e, conseqüentemente, a legitimada para o polo passivo da demanda.

2. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Visto que a consideração da personalidade jurídica significa atribuir responsabilidade às pessoas jurídicas por atos por ela praticados, isentando de responsabilidade as pessoas físicas que compõem seus quadros sociais, não se pode deixar de reconhecer que, em alguns casos, as pessoas jurídicas são operadas com o objetivo de causar danos a terceiros, gerando aos sócios o duplo benefício de auferir vantagem e, ao mesmo tempo, esconder-se sob o manto da responsabilidade apenas da pessoa jurídica que integram.

Para hipóteses como essa, há possibilidade de desprezar a personalidade jurídica para responsabilizar diretamente os seus sócios, reais causadores do dano e beneficiários, direta ou indiretamente, da fraude perpetrada.

A desconsideração da personalidade jurídica surgiu primeiramente no Direito Inglês com a edição do *Companies Act 1929*, pelo qual se permitia ao juiz condenar não só a pessoa jurídica, mas também todas as pessoas físicas que participaram conscientemente da fraude na dissolução da sociedade. Essa teoria evoluiu à chamada *disregard of the legal entity*, adotada no Brasil como Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, prevista em duas situações distintas: para as relações consumeristas (art. 28, CDC) e para relações não consumeristas (art. 50, CC).

Seja qual for a relação jurídica de direito material discutida no processo, consumerista ou não, a lei (art. 28, CDC ou art. 50, CC) elenca quais

requisitos devem ser preenchidos para que se desconsidere a personalidade jurídica.

A carência legislativa encontrava-se nas disposições sobre o procedimento da desconsideração, ou seja, não havia sistematização legal sobre *como* o juiz deveria atuar diante do pedido da parte para ultrapassar a pessoa jurídica e atingir a esfera patrimonial dos seus sócios.

O capítulo IV inteiro, do art. 133 ao art. 137, traz regramento inédito, não só no CPC/2015, mas também no Ordenamento Jurídico brasileiro, pois disciplina o procedimento que tanto era aguardado, batizando-o de Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Por se tratar de instituto aplicado em processos cíveis, trabalhistas, falimentares etc., as disposições dos artigos 133 a 137, do CPC/2015 aplicar-se-ão a todos esses processos, conforme sedimentado nos enunciados nº 124 e nº 247, do Fórum Permanente de Processualistas Civis².

3. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Na esteira da desconsideração da personalidade jurídica, pela qual se afasta a responsabilidade da pessoa jurídica para atingir a esfera patrimonial dos seus sócios, doutrina e jurisprudência manifestavam-se, na vigência do CPC/1973, pela possibilidade da *desconsideração inversa*³, segundo a qual é possível afastar a responsabilidade de uma pessoa física que causou danos a terceiro para responsabilizar a pessoa jurídica da qual o causador do dano seja sócio. A teoria da desconsideração inversa é bastante salutar para as hipóteses em que uma pessoa física causa danos e foge à sua responsabilidade transferindo seu patrimônio para uma pessoa jurídica, visando a tornar inexecuível, por ausência de bens, eventual sentença condenatória.

O CPC/2015 trouxe inovação ao positivizar o instituto no art. 133, § 2º, permitindo instaurar o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica na modalidade Inversa.

2 Enunciado 124, FPPC: “A desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença”. Enunciado 247, FPPC: “Aplica-se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo falimentar”.

3 Reconhecendo a existência da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, consulte-se acórdão proferido pela 2ª Seção do STJ no AgRg no EAREsp 216.391/SP, publicado em 18/11/2014. Rel. Min. Moura Ribeiro.

4. PROCEDIMENTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

4.1. Legitimidade para Instauração do Incidente

Dispõe o art. 133, do CPC/2015, que o incidente de desconside-
ração da personalidade jurídica (IDPJ) pode ser provocado pela parte ou
pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

O conceito de *parte* na redação do art. 133 deve ser interpretado
em sentido amplo, ou seja, não só as partes da demanda (autor e réu)
podem instaurar o IDPJ, mas qualquer das partes do processo, como assis-
tentes, por exemplo. Embora pareça mais plausível que somente a parte
credora tenha interesse em instaurar o incidente, não há qualquer empe-
chimento para que a devedora instaure-o. Basta pensar na hipótese em que
a atual administração da pessoa jurídica queira a desconside-
ração para invadir o patrimônio dos sócios da administração anterior, ou ainda, quan-
do há litisconsórcio passivo e um dos réus requer a desconside-
ração para atingir o outro réu.

O Ministério Público também ostenta legitimidade para provocar
o IDPJ nas causas em que funcionar como *custos legis*, elencadas no art.
178, do CPC/2015.

A contrario sensu, depreende-se da redação do art. 133 que o juiz
não pode instaurar de ofício o IDPJ, dependendo de provocação, respei-
tando a regra da inércia prevista no art. 2º, do CPC/2015 e em consonân-
cia com a doutrina e jurisprudência dominantes à época do CPC/1973.

O art. 133, § 1º, faz referência aos requisitos que devem ser obser-
vados para que a personalidade jurídica seja afastada, limitando-se ape-
nas a afirmar que estão previstos em lei, cabendo ao intérprete apontá-
-los. Atualmente os requisitos estão elencados no art. 50, do CC para as
relações não-consumeristas e no art. 34, da Lei nº 12.529/2011 para as
hipóteses de infração à ordem econômica (nesses dois casos tem-se a Te-
oria Maior), no art. 28, do CDC para as causas que envolvam relação de
consumo e no art. 4º, da Lei nº 9.605/98 para os casos de danos ambien-
tais (nesses dois casos tem-se a Teoria Menor).

A legitimidade passiva para o IDPJ está prevista no art. 135, de-
vendo ser citados os sócios (quando se pretender a desconside-
ração da pessoa jurídica) ou citada a pessoa jurídica (quando se instaurar o inci-

dente da desconsideração inversa).Reconhece-se, aqui, grande vitória dos princípios da Ampla Defesa e do Contraditório eis que, na vigência do CPC/1973, a jurisprudência dominante não via necessidade de citação dos sócios para manifestarem-se sobre a desconsideração. Na maioria das vezes, os sócios eram surpreendidos pela decisão judicial que já havia decretado a superação da pessoa jurídica⁴. Agora, os sócios devem ser citados para, se quiserem, apresentar seus motivos que convençam o juiz a não decretar a desconsideração da personalidade jurídica, medida digna de aplausos sob o ponto de vista processual.

Sequer se argumente que o prévio conhecimento pelos sócios de que haverá uma possível desconsideração possibilitaria a estes esvaziar o seu patrimônio, pois os credores podem socorrer-se de tutelas provisórias cautelares, como o arresto.

Em se tratando de IDPJ para afastar a personalidade de pessoa jurídica, entendemos que há litisconsórcio passivo facultativo entre os sócios que participam da administração da sociedade ou que tenham incorrido na prática do ato lesivo, em razão da solidariedade existente entre eles, o que permite ao credor eleger qual ou quais sócios quer demandar⁵.Não devem ser citados, todavia, os sócios que não são ou não foram administradores, tampouco aqueles não administradores que não participaram do evento danoso, por faltar-lhes responsabilidade civil⁶.

4.2. Momento de Instauração do IDPJ

Dispõe o art. 134 do CPC/2015 que o incidente pode ser instaurado em qualquer fase do processo sincrético, seja na fase de conhecimento ou de cumprimento de sentença bem como em qualquer fase do processo

4 Nesse sentido, STJ, 4ª Turma, REsp. 1.096.604/DF, publicado em 16/10/2012, Rel. Min. Luis Felipe Salomão: “A desconsideração da personalidade jurídica é instrumento afeito a situações limítrofes, nas quais a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou confusão patrimonial estão revelados, circunstâncias que reclamam, a toda evidência, providência expedita por parte do Judiciário. Com efeito, exigir o amplo e prévio contraditório em ação de conhecimento própria para tal mister, no mais das vezes, redundaria em esvaziamento do instituto nobre. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.”

5 Nesse sentido, enunciado nº 125, FPPC: “Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial ou incidentemente no curso do processo”.

6 Na linha por nós defendida, vide enunciado nº 7, CJF/STJ.

autônomo de execução. Trata-se de excelente inovação que veio pôr fim a uma interminável discussão doutrinária e jurisprudencial.

Sob a vigência do CPC/1973, ante a carência de regulamentação sobre o procedimento do IDPJ, divergiam os operadores do Direito sobre o momento processual em que seria possível desconsiderar a personalidade jurídica.

Parte da doutrina sustentava que seria possível a desconsideração somente em fase de cumprimento de sentença ou em processo autônomo de execução, devendo o juiz ser provocado por simples petição. Fundavam-se os defensores dessa corrente na ideia, segundo a qual, se a fraude à execução pode ser decretada por simples decisão nos autos, o mesmo poderia ocorrer com a desconsideração da personalidade jurídica⁷.

Com todo o respeito que o posicionamento merece, não acreditamos ser esse o melhor entendimento. Sempre nos pareceu melhor a corrente que sustentava ser possível a desconsideração da personalidade jurídica já na fase de conhecimento, para que os sócios pudessem livremente manifestar-se sobre o tema *antes* de a decisão de desconsideração ser proferida, respeitando-se a ampla defesa e o contraditório⁸. Ademais, também estaria ferida a isonomia, eis que os credores participavam do devido processo legal no momento de ser proferida a decisão enquanto esse direito era sonogado dos sócios da pessoa jurídica suprimida.

A discussão encontra-se superada com a redação do art. 134, do CPC/2015, permitindo a instauração do IDPJ em qualquer fase de qualquer processo, podendo ser requerido inclusive na petição inicial do processo de conhecimento (art. 134, § 2º). Essa regra está em consonância com a moderna interpretação que deve ser dada ao contraditório, segundo a qual esse princípio concentra um trinômio: (1) direito de ter ciência da existência da demanda; (2) direito de manifestar-se sobre a demanda; e (3) direito de influir na decisão judicial. Essa visão moderna, aliás, está estampada no art. 9º do CPC/2015: *“Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.”*

Instaurado o IDPJ e levado à conclusão do juiz, este suspenderá o curso do processo, salvo se requerida a instauração já na petição inicial

⁷ Consulte-se, por todos, BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira. 2004, p. 91.

⁸ Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. "Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica". Artigo consultado no dia 19/02/2015 no endereço eletrônico http://www.frediedidier.com.br/?s=desconsidera%C3%A7%C3%A3o&post_type=artigos.

(art. 134, § 3º). Trata-se de regra de fácil compreensão. Se a citação dos sócios ocorrer junto com a citação de todos os réus originais da demanda (porque o incidente foi instaurado já na petição inicial), não há necessidade de suspensão do processo, pois todos os réus estarão na mesma fase processual. Citados os sócios (na desconsideração regular) ou citada a pessoa jurídica (no caso da desconsideração inversa), estes devem contestar não apenas a própria impugnação, mas também todos os demais pontos da petição inicial, sob pena de preclusão (enunciado 248, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis).

Por outro lado, se os sócios forem citados em momento posterior, suspende-se o processo para que nenhum outro ato processual seja praticado até que estes sejam integrados à relação processual. Vê-se aqui exemplo de suspensão imprópria do processo, pois nem todos os atos ficarão suspensos, eis que, no incidente, serão praticados atos processuais.

4.3. Fases defensiva, probatória e decisória no IDPJ

Uma vez citados os requeridos no IDPJ, estes terão a oportunidade de apresentar defesa, no prazo de quinze dias, podendo requerer provas, se assim desejarem (art. 135). A lei não traz um *nomen iuris* para esta defesa, razão pela qual entendemos tratar-se de simples petição, cabendo ao operador do direito batizá-la como melhor lhe aprouver como, por exemplo, *resposta ao IDPJ*, *impugnação ao IDPJ* ou simplesmente não chamá-la de nome algum.

Já na peça que instaura o IDPJ o requerente pode pugnar por provas (art. 134, § 4º) que demonstrem a presença dos requisitos configuradores da desconsideração da personalidade jurídica, enquanto o réu pode requerer, em sua peça de defesa (art. 135), “*as provas cabíveis*”. O termo “*cabíveis*”, aqui, deve ser interpretado de modo extensivo, significando qualquer prova permitida pela legislação, bem como as provas não previstas em lei, desde que moralmente aceitas (art. 366, CPC/2015).

Finda a fase probatória, ou não havendo necessidade dela, o juiz profere decisão interlocutória resolvendo o incidente (art. 136).

Da decisão interlocutória que resolve o IDPJ, caberá agravo de instrumento (art. 1.012, IV, CPC/2015). Não se pode olvidar que estamos diante de uma excepcional hipótese de cabimento do agravo de instrumento pois, na nova sistemática processual, esse recurso será cabível

apenas contra as decisões interlocutórias expressamente elencadas nos incisos do art. 1.012. As demais decisões não constantes desse rol poderão ser impugnadas em sede de preliminar de apelação, quando esta for interposta (art. 1006, § 1º, CPC/2015).

Caso o incidente seja decidido no tribunal, pelo relator, será cabível o agravo interno (art. 136, parágrafo único), previsto no art. 1.018, do CPC/2015.

4.4. Consequências da Instauração do IDPJ

A *fraude de execução*, prevista no art. 790, do CPC/2015, é espécie do gênero *alienação fraudulenta de bens*, do qual também é espécie a *fraude contra credores* (ou *fraude pauliana*), prevista no art. 158 e no art. 159, do CC, temas que serão abordados mais adiante quando tratarmos da responsabilidade patrimonial em execução.

Dispõe o art. 137 que, proferida decisão final em favor da desconsideração, as alienações fraudulentas, por fraude de execução, não produzirão efeitos ao requerente do IDPJ. A regra prevista no art. 137 deve ser combinada com aquela prevista no art. 790, § 3º, do CPC/2015 para ser corretamente interpretada.

O § 3º do art. 790 decreta que “*nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar*”. Assim, podemos pensar em duas hipóteses distintas: (1) No IDPJ o réu original é a pessoa jurídica, a qual se pretende afastar para atingir seus sócios; (2) No incidente de desconsideração inversa, o réu é o sócio (ou sócios), o qual se busca sobrepor para atingir a pessoa jurídica. Nessas duas situações, no momento em que o réu original é citado, todas as alienações feitas pela pessoa jurídica e pelos sócios serão consideradas em fraude de execução, se estiverem enquadradas em algum dos incisos do art. 790, do CPC/2015.

Na forma do art. 137, combinado com o art. 790, § 3º, ambos do CPC/2015, as alienações realizadas desde a citação, em fraude de execução, serão ineficazes para o requerente do IDPJ, o que significa que o credor pode perseguir os bens alienados no patrimônio do adquirente para satisfazer seu crédito. Para deixar a hipótese mais clara, propomos o seguinte exemplo: Fernanda é credora da pessoa jurídica Ajax. Não tendo satisfeito o seu crédito na data convencionada, Fernanda propõe ação de

cobrança em face da Ajax. Depois de citada, os sócios da ré alienam todos os seus bens para João (art. 790, IV). Mais adiante no processo, a autora instaura IDPJ, no qual foi decretada a desconsideração da personalidade jurídica da Ajax. Nesse contexto, as alienações feitas a João não produzem efeitos para Fernanda, razão pela qual esta, na fase de executiva, pode pedir a penhora daqueles bens que estão no patrimônio do João.

Excelente desfecho para o capítulo que cria o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, o qual regula não só o seu procedimento, mas também as consequências da desconsideração.

Por fim, dispõe o art. 1.062 do CPC/2015, que o procedimento do IDPJ é aplicável aos Juizados Especiais Cíveis. Novo acerto do legislador, pois o incidente de desconsideração é único em toda a legislação brasileira, devendo ser aplicado a todos os processos e procedimentos nos quais se pretenda. ❖

Dissolução de Sociedade e o Novo CPC

Pablo Gonçalves

Pós-graduado em Direito do Consumidor pela PUC-Rio, Professor de Direito do Consumidor e Empresarial da EMERJ, PUC-Rio e Universidade Estácio de Sá. Advogado.

INTRODUÇÃO

Após as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, o Direito Brasileiro houve de conhecer sua primeira norma Processual através do Regulamento 737/1850, que regulamentava o Código Comercial de mesmo ano e que se mostrou ainda como o elo perdido na divisão dos três Poderes proposta pela Constituição de 1824.

De lá pra cá, vimos nascer os Códigos de Processo Civil de 1939, 1973 e, agora, de 2015. E é aí que se encontra o paradoxo. O Direito Processual Brasileiro se viu internamente positivado em razão de uma norma comercialista, mas a partir daí o Direito Processual deixou de dar foco ao Direito Comercial.

Cento e sessenta e cinco anos se passaram desde o Regulamento 737 e ainda amargamos a carência por regras processuais empresariais sólidas e que acompanhem a realidade fática da matéria.

O presente trabalho tem por escopo examinar a Dissolução de Sociedade sob a ótica do novo Código de Processo (Lei 13.105/15) em comparação ao atual regime, destacando os avanços e lacunas, a fim de apresentar sugestões de interpretação da nova norma processual e de elaboração de novas.

A fim de atingir os objetivos acima, serão examinadas normas de índole material e processual, além entendimento jurisprudencial sobre o assunto.

II. DISSOLUÇÃO (TOTAL E PARCIAL) DE SOCIEDADE

Podemos dividir a dissolução de sociedades em *total* e *parcial*. Ocorre a dissolução total quando a sociedade se resolve como um todo, encerrando a consecução de seu objeto e abrindo caminho para sua liquidação. Por *parcial* entende-se a resolução da sociedade apenas em relação a um ou mais sócios, por morte, exclusão ou retirada, mas sempre mantendo a sociedade.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/02), alguns autores passaram a não mais admitir as expressões “dissolução total” e “dissolução parcial”, vez que a expressão *dissolução de sociedade* por si estaria guardada para a “dissolução total” e a *dissolução parcial* agora seria nominada *resolução da sociedade em relação a um sócio*, nos termos da Seção V do Capítulo I do Subtítulo II do Título II do Livro II do Código Civil, que se inaugura no Art. 1.028. Tal filigrana, entretanto, não influenciará o presente trabalho.

II.1. Dissolução Total de Sociedade

As hipóteses de Dissolução Total de Sociedade estão dissipadas na legislação, mas podem ser agrupadas em *Dissolução de Pleno Direito* e *Dissolução Judicial*. Na primeira, a busca do judiciário apenas se opera quando a solução administrativa não é alcançada. Na segunda, a presença do Estado-Juiz é indispensável não apenas para promoção da liquidação, mas antes dela, é necessária para a própria dissolução da relação societária. A dicotomia não estanca nesse ponto, uma vez que a ação e respectiva decisão no caso de dissolução de pleno direito são de natureza meramente declaratória (da ocorrência da dissolução); já na dissolução judicial a demanda e sua decisão têm natureza desconstitutiva (da relação societária).

Em qualquer caso, uma vez dissolvida a sociedade personificada, esta conserva sua personalidade jurídica até que seja liquidada, ou seja, até que haja a realização de todo o ativo e de todo o passivo, conforme preconizam os Artigos 51 e 1.109 do Código Civil e 207 da Lei 6.404/76).

Importante salientar que não se tratando de hipóteses de dissolução judicial de sociedade, mas sim de dissolução de pleno direito, a li-

quidação poderá ser feita pela via extrajudicial, no seio administrativo da sociedade, observado o procedimento de que tratam os Artigos 1.102 a 1.110 do Código Civil e Artigos 208, 210 e 211 da Lei de S/A.

II.1.1. Dissolução Total de Pleno Direito

As sociedades contratuais são dissolvidas de pleno direito pela ocorrência de uma das hipóteses do Art. 1.033 do Código Civil, insculpido no capítulo de Sociedade Simples, mas aplicado subsidiariamente às demais sociedades descritas no Código Civil, sem prejuízo de outras hipóteses previstas no Contrato Social (Art. 1.035 do Código Civil):

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II - o consenso unânime dos sócios;

III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

Não é demais ressaltar que, em se tratando de Sociedade Limitada, as hipóteses de dissolução por deliberação - de que tratam os incisos II e III do Art. 1.033 - dependem irrestritamente da aprovação de $\frac{3}{4}$ (três quartos) do capital social, independentemente de estar a sociedade operando por prazo determinado ou indeterminado, como preconizam os Arts. 1.071, VI, e 1.076, I, ambos do Código Civil.

Além das hipóteses acima, as sociedades contratuais também restarão dissolvidas *in totum* quando for a vontade dos sócios remanescentes no caso de morte ou retirada de um ou mais sócios, nos termos dos Art. 1.028, II, e 1.029, parágrafo único, do Código Civil.

A Lei de Sociedades por Ações (Lei 6.404/76) traz, no inciso I do Artigo 206, suas hipóteses de dissolução de pleno direito, em perfeito espelamento aos Art. 1.033 e 1.035 do Código Civil:

Art. 206. Dissolve-se a companhia:

I - de pleno direito:

a) pelo término do prazo de duração;

b) nos casos previstos no estatuto;

c) por deliberação da assembleia-geral (art. 136, X);

d) pela existência de 1 (um) único acionista, verificada em assembleia-geral ordinária, se o mínimo de 2 (dois) não for reconstituído até à do ano seguinte, ressalvado o disposto no artigo 251;

e) pela extinção, na forma da lei, da autorização para funcionar.

II.1.2. Dissolução Total Judicial

O Artigo 1.034 do Código Civil apresenta as hipóteses em que a sociedade apenas se dissolve após proferida decisão judicial:

Art. 1.034. A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando:

I - anulada a sua constituição;

II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexequibilidade.

A falência também é causa de dissolução judicial, nos termos dos Art. 1.044, Art. 1.046 e Art. 1.087, todos do Código Civil. O tema não foi incluído no Art. 1.033, uma vez que este último está inserido no capítulo de Sociedade Simples Pura, de natureza não empresária e, portanto, não

sujeita à falência, diferentemente das Sociedades Em Nome Coletivo (Art. 1.044), Em Comandita Simples (Art. 1.046) e Limitada (Art. 1.087).

Por sua vez, as sociedades por ações serão levadas à dissolução judicial nos termos do inciso II do Artigo 206 da Lei 6.404/76:

Art. 206. Dissolve-se a companhia:

II - por decisão judicial:

a) quando anulada a sua constituição, em ação proposta por qualquer acionista;

b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social;

c) em caso de falência, na forma prevista na respectiva lei;

II.2. Dissolução Parcial de Sociedade (Resolução da Sociedade em Relação a um Sócio)

A dissolução parcial das sociedades contratuais pode ser reunida em três grupos: morte, retirada e exclusão. Assim como na dissolução total, a dissolução parcial pode ser de pleno direito ou judicial. Resolvida a sociedade em relação a um sócio, seus haveres não de ser, em regra, apurados, promovendo-se a liquidação de suas quotas (o que não se confunde com a dissolução de sociedade).

II.2.1. Morte

A inexorável morte de sócio em sociedades de pessoas acarretará, de pleno direito, a resolução da sociedade em relação ao findo, com a respectiva apuração de haveres, nos termos do *caput* do Art. 1.028 do Código Civil, ressalvada cláusula em sentido diverso, opção pela dissolução total ou pacto superveniente, nos termos dos incisos do mesmo Art. 1.028.

Em se tratando de sociedade de capital, o falecimento de sócio importa na transferência dessa qualidade por seus sucessores, nos termos do inciso II do parágrafo único do Art. 993 do Código de Processo Civil de 1973.

As Sociedades Limitadas, dada a sua natureza mista (caracteres *intuitu personae* e *intuitu pecuniae*), observará, salvo estipulação expressa, as regras do Art. 1.028 do Código Civil ou do inciso II do parágrafo único do Art. 993 do Código de Processo Civil de 1973, quando estiverem regidas, respectivamente, subsidiariamente pelo capítulo de Sociedades Simples Pura (Art. 1.053, *caput*, Código Civil) ou supletivamente pela Lei de S/A (Art. 1.053, parágrafo único, Código Civil). Ou seja, nas Limitadas a morte de sócio pode implicar ou não em sucessão nesta condição aos sucessores do findo, a depender da norma aplicável.

II.2.2. Retirada

A retirada de sócio tem como pilar o direito Constitucional pétreo à livre associação (Art. 5º, XX, CRFB) e seu exercício respeitará as particularidades de cada tipo societário.

No caso de sociedades de pessoas que operem por prazo indeterminado, a retirada espontânea acarreta a resolução da sociedade de pleno direito após findo o aviso prévio do sessentídio legal de que trata o Art. 1.029 do Código Civil. Operando a sociedade por prazo determinado, a retirada é judicial e a causa será examinada pelo julgador. Em qualquer hipótese, os demais sócios podem optar pela dissolução total, desde que sobre isso se manifestem no prazo decadencial de trinta dias após serem noticiados do interesse do retirante (parágrafo único do Art. 1.029, do Código Civil).

A Sociedade Limitada dispõe, em seu Capítulo próprio no Código Civil (Art. 1.052 a 1.087), da retirada espontânea por dissidência na aprovação da “modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra”, caracterizando retirada de pleno direito. Entretanto, por força do *caput* do Art. 1.053 do Código Civil, estaria também a Limitada sujeita ao exercício do direito de retirada de sócio na forma do Art. 1.029, tratado no parágrafo acima. Aliás, o Art. 1.029 do Código Civil seria aplicável às Sociedades Limitadas ainda que regidas supletivamente pela Lei de S/A, por analogia, sendo este o sentimento dos Tribunais até

mesmo para a Sociedade por Ações de capital fechado quando presente (e então rompido) o *affectio societatis*, o que se opera especialmente quando núcleo de sócios é formado por entes de uma mesma família.

Aos acionistas de Sociedades por Ações, por sua vez, restam mais limitadas as hipóteses do exercício do direito de retirada, direito essencial, nos termos do inciso V do Art. 109 da Lei 6.404/76. O recesso por dissidência estaria adstrito à aprovação de certas e determinadas matérias, mais precisamente aquelas previstas nos incisos I a VI e IX do Art. 136, conforme determinação do Art. 137, todos da Lei de S/A.

II.2.3. Exclusão

O Código Civil divide a exclusão de sócio em quatro grupos: sócio remisso, sócio supervenientemente incapaz, sócio faltoso e sócio cujas quotas tenham sido expropriadas.

Remisso é o sócio que não integraliza suas quotas ou ações nos termos designados no contrato, no estatuto ou no boletim de subscrição. Nas sociedades contratuais previstas no Código Civil a regra é de exclusão por deliberação da maioria percentual dos demais sócios, após o remisso ser constituído em mora e não purgá-la em até 30 dias após ter sido notificado (Art. 1.004 e seu parágrafo único, do Código Civil). Essa exclusão não desafia, portanto, processo judicial. As quotas do remisso serão liquidadas e seus haveres apurados nos termos do Art. 1.031 também do Código Civil.

As regras acima são aplicadas também às Sociedades em Nome Coletivo, em Comandita Simples e Limitada, sendo que, quanto a esta última, pode não ser promovida a apuração de haveres se os sócios optarem por aplicar o Artigo 1.058 do Código Civil e simplesmente devolver ao excluído o valor até então integralizado.

Nas Sociedades Anônimas, o remisso é excluído após a alienação forçada de suas ações em bolsa de valores (independentemente da anônima ser de capital aberto ou fechado), nos termos do inciso II, do Art. 107, L. 6.404/76.

A exclusão de sócio por incapacidade superveniente é aplicável apenas às sociedades de pessoas (Simples Pura, Nome Coletiva, Comandi-

ta Simples) e às Limitadas com cláusula geral de regência subsidiária pelo capítulo de Sociedades Simples Puras. A exclusão de incapaz é sempre judicial e depende da iniciativa processual (legitimidade ativa) da maioria percentual dos demais sócios, nos termos do Art. 1.030 do Código Civil.

A exclusão de sócio por falta grave observa, em regra, o disposto no Art. 1.030 do Código Civil aplicável à exclusão de sócio que se torna incapaz no curso da relação societária: iniciativa processual da maioria percentual dos demais sócios (computada não por cabeça, mas por participação no capital social).

Observa-se que tanto na exclusão de incapaz superveniente, quanto na exclusão de faltoso e de remisso (e quanto a este último, extrajudicial) prevalecerá a vontade proporcional da maioria dos demais, o que admite a exclusão de sócio majoritário, desde que dentre os demais essa seja a decisão da maioria.

Sem prejuízo das hipóteses acima, a Sociedade do tipo Limitada dispõe de regra de exclusão administrativa (Art. 1.085 e 1.086, CC), ou seja, extrajudicial, de sócio que cometa ato faltoso contra a sociedade, desde que haja previsão contratual neste sentido e sejam respeitados a ampla defesa e o contraditório, devendo o excluído ser convocado para participar de assembleia específica, com indicação das faltas que lhe são imputadas. Além disso, a exclusão extrajudicial pressupõe aprovação da maioria do capital social, ou seja, apenas alcança os minoritários. De qualquer forma, em se tratando de majoritário faltoso e/ou não havendo cláusula de exclusão administrativa, é admissível a exclusão judicial nos termos do Art. 1.030 do Código Civil, independentemente das regras de regência subsidiária pela Sociedade Simples Pura ou supletiva pela Sociedade Anônima.

É ainda cabível a exclusão de sócio automática e de pleno direito no caso de perdimento de quotas por dívidas particulares, com a penhora de quotas (parágrafo único do Art. 1.026 do Código Civil, Artigos 655, VI e 685-A, parágrafo quarto do CPC/73) ou arrecadação em falência ou insolvência civil (parágrafo único do Art. 1.030 do CC).

III. PROCEDIMENTO JUDICIAL DE DISSOLUÇÃO TOTAL, NOS MOLDES DO CPC/39 E DO CPC/73

A dissolução de sociedade, total ou parcial, não depende necessariamente de provimento jurisdicional. As hipóteses de dissolução total

de pleno direito (Art. 1.033 e 1.035 do CC e Art. 206, I e II, da Lei de S/A) admitem liquidação administrativa extrajudicial. Porém, quando não se opera o consenso entre os sócios, a liquidação será promovida em juízo. E em juízo sempre será a liquidação nas hipóteses em que a dissolução depende de provimento judicial (Art. 1.034 do CC e Art. 206, II da Lei de S/A).

O Código Civil dispõe de dispositivo lacônico sobre o tema. O Art. 1.111 deste *Codex* dita que, quando judicial, a liquidação observará a lei processual. O parágrafo único do Art. 206 da Lei 6.404/76 caminha no mesmo sentido. O Código de Processo Civil de 1973, por sua vez, também não ostenta solução própria. O inciso VII do Artigo 1.218 do CPC/73 conservou vigentes os dispositivos do Código de Processo Civil de 1939 sobre o procedimento especial de dissolução de sociedades (Art. 655 a 674 do CPC/39). Isso mesmo, o procedimento de dissolução e liquidação de sociedades é regido pelo CPC de 1939¹ enquanto vigente o CPC/73.

Apesar do enorme hiato temporal havido entre o Código de Processo Civil de 1939 e o Código Civil de 2002, os dois conjuntos normativos codificados promovem bom diálogo, como poderá ser visto adiante.

O procedimento especial previsto no CPC/39 e ainda vigente até a entrada em vigor do novo CPC/2015 prima pela fase de liquidação, tratando a cognição acerca da dissolução de sociedade e suas causas de forma extremamente sumária. Tem-se, assim, duas etapas processuais: uma primeira, de cognição sumária, atinente à dissolução; e uma segunda, certamente mais extensa, dedicada à liquidação.

O prazo para contestar, por exemplo, será de poucas 48 horas quando se tratar de dissolução de pleno direito (Art. 1.033 CC) e 5 dias quando se tratar de dissolução que depende de provimento jurisdicional (Art. 1034 CC). Findo o prazo da contestação, o juiz decidirá de plano, salvo se julgar insuficientes as provas, quando designará audiência de instrução e julgamento.

Nos termos do Art. 657 do CPC/39, o juiz declarará dissolvida a sociedade (quando a dissolução é de pleno direito – Art. 655 CPC/39) ou decretará sua dissolução (quando contenciosa e dependente de decisão judicial) e desde logo nomeará liquidante, que deverá tomar posse (Art. 658) e procederá a liquidação nos termos do Art. 660 a 667 do CPC/39.

Não dispondo o contrato sobre quem deva assumir a função de liquidante, será designada assembleia judicial de sócios, nos termos do Art. 1.112 do Código Civil, aprovando-se a nomeação por maioria abso-

¹ No caso de sociedades em comum e sociedades anônimas, aplica-se o procedimento ordinário (Art. 613 e 614, CPC/39).

luta (Art. 657, § 1º, CPC/39), salvo em Sociedade Limitada e Sociedade Anônima², quando a aprovação dar-se-á por maioria simples, nos termos dos Artigos 1.071, VII e 1.076, III, ambos do Código Civil e Art. 129 da Lei de S/A. Em caso de empate, caberá ao juiz nomear terceiro estranho para o cargo (Art. 657, § 2º, CPC/39).

No curso do feito e enquanto não é nomeado o liquidante, admite-se o sequestro de bens (Art. 659 CPC/39), quando “houver fundado receio de rixa, crime, ou extravio, ou danificação de bens sociais”. Tal medida acautelatória se molda perfeitamente ao procedimento cautelar incidental de que trata o § 7º do Art. 273 do CPC/73 e o sequestro é aquele de que tratam os Artigos 822 a 825, também do CPC/73³.

O procedimento especial de que trata o Código de Processo Civil de 1939, cuja eficácia foi mantida pelo Art. 1.218, VII, do CPC/73, somente não se aplicaria nas hipóteses de dissolução total de sociedade não personificada (Art. 673 CPC/39 e Art. 986 CC/02) e de Sociedade Anônima (Art. 674 CPC/39), cuja dissolução desafia procedimento ordinário⁴. Quanto à Anônima, entretanto, não contestado o pedido, a liquidação observará o disposto no procedimento especial do CPC da década de trinta.

IV. PROCEDIMENTO JUDICIAL DE DISSOLUÇÃO PARCIAL, NOS MOLDES DO CPC/39 E DO CPC/73

A sociedade contratual se resolve em relação a um sócio por morte⁵, retirada ou exclusão, sendo a morte causa de resolução de pleno direito (salvo quando há cláusula em sentido diverso, opção pela dissolução total ou outro acordo superveniente). Já a retirada e a exclusão podem ser de pleno direito (retirada imotivada quando a sociedade opera por prazo indeterminado⁶, retirada por dissidência⁷, exclusão de remisso⁸, de

² Nos termos do Art. 614 do CPC/39, o procedimento especial liquidatário previsto no vetusto Código somente se aplica às sociedades anônimas se, iniciado o processo pelo procedimento ordinário, não houver oferecimento de contestação.

³ Art. 294 a 311 do CPC/15.

⁴ Art. 282 e seguintes do CPC/73 e Art. 318 do CPC/15.

⁵ No caso de Sociedade Anônima e Sociedade Limitada regida supletivamente pela Lei de SA (Art. 1.053, CC), ocorre a sucessão na condição de sócio no caso de morte (Art. 993, parágrafo único, inciso II, CPC/73 e Art. 620, §1º, inciso II, CPC/73).

⁶ Art. 1.029, primeira parte, CC.

⁷ Art. 1.077 CC.

⁸ Art. 1.004, parágrafo único e Art. 1.058 CC.

sócio que tem as quotas expropriadas⁹ e de sócio faltoso em limitada que admite a expulsão extrajudicial¹⁰ ou contenciosa judicial (retirada motivada em sociedade que opera por prazo determinado¹¹, exclusão de sócio faltoso ou de sócio que tenha se tornado incapaz¹²).

Quando a resolução da sociedade em relação a um sócio (dissolução parcial) se opera de pleno direito, a apuração de haveres poderá ser feita administrativamente, pela via extrajudicial. Não havendo consenso, a apuração será judicial, não prevalecendo a apuração não aprovada pelo sócio excluído, retirante ou pelo espólio do falecido (Súm. STF 265¹³). Nas hipóteses de dissolução parcial litigiosa judicial, a apuração dos haveres¹⁴ e respectiva liquidação das cotas serão judiciais.

Nos termos do Art. 668¹⁵ do CPC/39, se a morte ou a retirada não causarem a dissolução total, serão apurados exclusivamente os haveres do sócio falecido ou retirante. Seria a norma exclusivamente de Direito Material ou teria também índole Processual? Em se concluindo tratar-se de norma material, a apuração de haveres observaria o procedimento ordinário. Por outro lado, sendo classificada como norma heterotópica, haveria de ser observado o procedimento especial do CPC/39¹⁶, linha a que adere este articulista.

Na apelação cível 0143943-58.2009.8.19.0001¹⁷, a 20ª Câmara Cível do TJ/RJ, em caso concreto em que julgou pela apuração de haveres em razão da retirada de sócio, deixou claro aplicar-se o procedimento especial do CPC/39. Em sentido contrário, a 3ª Turma do STJ, no REsp 1.139.593-

9 Art. 1.026 e seu parágrafo único, Art. 1.030, parágrafo único.

10 Art. 1.085, CC.

11 Art. 1.029, segunda parte, CC.

12 Art. 1.030, CC.

13 Súmula 265 do STF: “Na apuração de haveres, não prevalece o balanço não aprovado pelo sócio falecido, excluído ou que se retirou.”

14 Art. 1.031, CC.

15 CPC/39. Art. 668. Se a morte ou a retirada de qualquer dos sócios não causar a dissolução da sociedade, serão apurados exclusivamente os seus haveres, fazendo-se o pagamento pelo modo estabelecido no contrato social, ou pelo convencionado, ou, ainda, pelo determinado na sentença.

16 O Art. 668 do CPC/39 trata exclusivamente de dissolução parcial por retirada ou morte, não se aplicando no caso de exclusão de sócio, quer seja por interpretação literal, que seja por interpretação teleológica, uma vez que a cognição para verificação da ocorrência de falta grave a ensejar a exclusão deve ser a mais extensa possível, o que é incompatível com o sistema bifásico do CPC/39.

17 “No mais, o procedimento de dissolução de sociedade é bifásico e regulado pelo artigo 1.218, VII, do CPC, sendo certo que, no caso em comento, a primeira fase objetiva tão somente garantir ao sócio descontente o exercício de seu direito de recesso, cabendo à segunda fase a apuração de seus haveres societários. Neste passo, a análise inicial se limita a verificação da relação jurídica havida entre as partes, tendo em mira o disposto nos artigos 1.029, 1.031, 1.032 e 1.033 do Código Civil, e os princípios que os mesmos encerram..”

SC, apresentou precedente pela aplicação do procedimento ordinário em caso de dissolução parcial¹⁸. Em seu voto, a Min. Relatora Nancy Andri ghi destacou “que a necessidade de adoção de um rito especial inclusive foi objeto de debate na elaboração do projeto do novo CPC, o que demonstra uma razoável dúvida quanto ao procedimento aplicável”.

A dúvida quanto ao procedimento a ser aplicado, destacada pela própria Ministra Nancy Andri ghi, gera insegurança jurídica aos jurisdicio nados, advogados e julgadores, clamando por melhor clareza legislativa, o que inspirou os autores do Projeto do Novo CPC.

V. DISSOLUÇÃO (TOTAL E PARCIAL) DE SOCIEDADE NA LEI. 13.105/15 (NOVO CPC)

A Lei 13.105, de 16 de Março de 2015 (CPC/15), entrará em vigor em março de 2016, após vacância ânua, nos termos do seu Art. 1.045. Com a esperada vigência do novo CPC, fica expressamente¹⁹ revogada a Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/73).

A partir de sua vigência, tornam-se inaplicáveis os procedimentos especiais do CPC/39 que até então mantinham sua vigência por força do Art. 1.218 do CPC/73, o que inclui o procedimento especial de dissolução e liquidação de sociedades, para o que, salvo expressa previsão do novo Código, será aplicado o procedimento comum, como determina o parágrafo terceiro do Art. 1.046, CPC/15²⁰.

Dessa forma, a dissolução total de sociedade, quando judicializada, passará a observar o procedimento comum previsto na Lei. 13.105/15, não mais se aplicando o procedimento especial previsto no CPC/39 (Art. 1.218, VII, CPC/73²¹). Soma-se, ainda, o fato de que o Art. 1.049 da referida Lei afirma que “sempre que a lei remeter a procedimento previsto na

18 “7. Diante da inexistência de regras objetivas, aplica-se o procedimento ordinário à ação de apuração de haveres – ação de natureza eminentemente condenatória. 8. Apesar da aplicação de rito especial de forma indevida, deve-se analisar a nulidade a partir das lentes da economia processual, efetividade, respeito ao contraditório e ausência de prejuízo concreto.”

19 Art. 1.046, CPC/73.

20 CPC/15 Art. 1.046. § 3º Os processos mencionados no art. 1.218 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, cujo procedimento ainda não tenha sido incorporado por lei submetem-se ao procedimento comum previsto neste Código.

21 Art. 1.218. Continuam em vigor até serem incorporados nas leis especiais os procedimentos regulados pelo Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, concernentes: VII - à dissolução e liquidação das sociedades (arts. 655 a 674);

lei processual sem especificá-lo, será observado o procedimento comum previsto neste Código”, e os Art. 1.111 do Código Civil e 209, parágrafo único, da L. 6.404/76 fazem essa exata referência.

Por outro lado, a dissolução parcial judicial passa a ter procedimento especial na Nova Lei Processual. O Capítulo V do Título III da Lei 13.105/15 guarda onze Artigos para a matéria (Art. 599 a 609).

Inicialmente, destaca-se que o CPC/15 traz a expressão “dissolução parcial de sociedade”, colocando em xeque o argumento esposado por alguns de que tal dicção seria atécnica após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que nominou o instituto de “resolução da sociedade em relação a um sócio”, o que sempre foi filigrana para este articulista.

O Art. 599 do CPC/15 trata do objeto do procedimento especial em tratamento, delimitando-o, em princípio, à resolução da sociedade em relação a um sócio e/ou a apuração de haveres.

Nos casos em que a dissolução parcial se opera independentemente de provimento judicial²², a demanda versará apenas sobre a apuração de haveres. Nas hipóteses em que a resolução em relação a um sócio dependa de decisão judicial²³, a ação será de dissolução e apuração de haveres.

A despeito de o inciso I do Art. 599 do CPC/15 falar em resolução parcial de sociedade contratual (o que se confirma com a leitura do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, que exige a juntada do contrato social, e não de estatuto social), seu parágrafo segundo admite que a “ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim”.

A norma, nitidamente heterotópica, promove enorme confusão entre os institutos de dissolução parcial e dissolução total de sociedades. A Lei 6.404/76²⁴ prevê que quando a sociedade não atinge seu fim, uma minoria ativa formada por acionista(s) que representa(m) ao menos 5% do capital

²² Morte (Art. 1.028, CC), retirada imotivada em sociedade com prazo indeterminado de duração (Art. 1.029, primeira parte), retirada por dissidência (Art. 1.077), exclusão de remisso (Art. 1.004 e seu parágrafo único e Art. 1.058, ambos do CC), exclusão de sócio que tem as quotas expropriadas (Art. 1.026 e seu parágrafo único e parágrafo único do Art. 1.030, ambos do CC) e de sócio faltoso em sociedade limitada que admite a expulsão extrajudicial (Art. 1.085, CC).

²³ Retirada motivada em sociedade que opera por prazo determinado (Art. 1.029, segunda parte), exclusão de sócio faltoso ou de sócio que tenha se tornado incapaz (Art. 1.030).

²⁴ LSA. Art. 206. Dissolve-se a companhia: II - por decisão judicial: b) quando provado que não pode preencher o seu fim, em ação proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social.

social pode(m) propor a dissolução total da sociedade e não a dissolução parcial, como sugere o parágrafo segundo do Art. 599 do novo CPC.

Art. 599. A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter por objeto:

I - a resolução da sociedade empresária contratual ou simples em relação ao sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; e

II - a apuração dos haveres do sócio falecido, excluído ou que exerceu o direito de retirada ou recesso; ou

III - somente a resolução ou a apuração de haveres.

§ 1º A petição inicial será necessariamente instruída com o contrato social consolidado.

§ 2º A ação de dissolução parcial de sociedade pode ter também por objeto a sociedade anônima de capital fechado quando demonstrado, por acionista ou acionistas que representem cinco por cento ou mais do capital social, que não pode preencher o seu fim.

Art. 600. A ação pode ser proposta:

I - pelo espólio do sócio falecido, quando a totalidade dos sucessores não ingressar na sociedade;

II - pelos sucessores, após concluída a partilha do sócio falecido;

III - pela sociedade, se os sócios sobreviventes não admitirem o ingresso do espólio ou dos sucessores do falecido na sociedade, quando esse direito decorrer do contrato social;

IV - pelo sócio que exerceu o direito de retirada ou recesso, se não tiver sido providenciada, pelos demais sócios, a alteração contratual consensual formalizando o desligamento, depois de transcorridos 10 (dez) dias do exercício do direito;

V - pela sociedade, nos casos em que a lei não autoriza a exclusão extrajudicial; ou

VI - pelo sócio excluído.

Parágrafo único. O cônjuge ou companheiro do sócio cujo casamento, união estável ou convivência terminou poderá requerer a apuração de seus haveres na sociedade, que serão pagos à conta da quota social titulada por este sócio.

Art. 601. Os sócios e a sociedade serão citados para, no prazo de 15 (quinze) dias, concordar com o pedido ou apresentar contestação.

Parágrafo único. A sociedade não será citada se todos os seus sócios o forem, mas ficará sujeita aos efeitos da decisão e à coisa julgada.

Art. 602. A sociedade poderá formular pedido de indenização compensável com o valor dos haveres a apurar.

Art. 603. Havendo manifestação expressa e unânime pela concordância da dissolução, o juiz a decretará, passando-se imediatamente à fase de liquidação.

§ 1º Na hipótese prevista no *caput*, não haverá condenação em honorários advocatícios de nenhuma das partes, e as custas serão rateadas segundo a participação das partes no capital social.

§ 2º Havendo contestação, observar-se-á o procedimento comum, mas a liquidação da sentença seguirá o disposto neste Capítulo.

Art. 604. Para apuração dos haveres, o juiz:

- I - fixará a data da resolução da sociedade;
- II - definirá o critério de apuração dos haveres à vista do disposto no contrato social; e
- III - nomeará o perito.

§ 1º O juiz determinará à sociedade ou aos sócios que nela permanecerem que depositem em juízo a parte incontroversa dos haveres devidos.

§ 2º O depósito poderá ser, desde logo, levantando pelo ex-sócio, pelo espólio ou pelos sucessores.

§ 3º Se o contrato social estabelecer o pagamento dos haveres, será observado o que nele se dispôs no depósito judicial da parte incontroversa.

Art. 605. A data da resolução da sociedade será:

I - no caso de falecimento do sócio, a do óbito;

II - na retirada imotivada, o sexagésimo dia seguinte ao do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio retirante;

III - no recesso, o dia do recebimento, pela sociedade, da notificação do sócio dissidente;

IV - na retirada por justa causa de sociedade por prazo determinado e na exclusão judicial de sócio, a do trânsito em julgado da decisão que dissolver a sociedade; e

V - na exclusão extrajudicial, a data da assembleia ou da reunião de sócios que a tiver deliberado.

Art. 606. Em caso de omissão do contrato social, o juiz definirá, como critério de apuração de haveres, o valor patrimonial apurado em balanço de determinação, tomando-se por referência a data da resolução e avaliando-se bens e direitos do ativo, tangíveis e intangíveis, a preço de saída, além do passivo também a ser apurado de igual forma.

Parágrafo único. Em todos os casos em que seja necessária a realização de perícia, a nomeação do perito recairá preferencialmente sobre especialista em avaliação de sociedades.

Art. 607. A data da resolução e o critério de apuração de haveres podem ser revistos pelo juiz, a pedido da parte, a qualquer tempo antes do início da perícia.

Art. 608. Até a data da resolução, integram o valor devido ao ex-sócio, ao espólio ou aos sucessores a participação nos lucros ou os juros sobre o capital próprio declarados pela sociedade e, se for o caso, a remuneração como administrador.

Parágrafo único. Após a data da resolução, o ex-sócio, o espólio ou os sucessores terão direito apenas à correção monetária dos valores apurados e aos juros contratuais ou legais.

Art. 609. Uma vez apurados, os haveres do sócio retirante serão pagos conforme disciplinar o contrato social e, no silêncio deste, nos termos do § 2º do art. 1.031 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Art. 420. O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros empresariais e dos documentos do arquivo:

- I - na liquidação de sociedade;
- II - na sucessão por morte de sócio;
- III - quando e como determinar a lei. ❖

ACESSOS

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM556.htm#art353

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm#art1052

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm

REFERÊNCIAS

REQUIÃO, RUBENS, 1918-1997

Curso de direito comercial / Rubens Requião. – São Paulo: Saraiva, 2003.

V. 1: 25 ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. – v. 2: 23. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião, p. 318.

- Assim é, sobretudo, após o advento do Código de Processo Civil, de 1939, cujas regras relativas à dissolução e liquidação judicial das sociedades continuam em vigor por força do art. 1.248 do novo Código, instituído pela Lei nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973. O art. 656 daquele diploma subordinou ao processo judicial todos os casos de dissolução, estabelecendo que, nos casos de dissolução “ pleno jure”, o juiz ouvirá os interessados no prazo de quarenta e oito horas e decidirá; na dissolução contenciosa, ouvidos os interessados em cinco dias, será proferida a sentença.

REQUIÃO, RUBENS, 1918-1997

Curso de direito comercial / Rubens Requião. – São Paulo: Saraiva, 2003.

V. 1: 25 ed. atual. por Rubens Edmundo Requião. – v. 2: 23. ed. atual. por Rubens Edmundo Requião, p. 333.

- Os sócios remanescentes é que poderão, em face da morte, preferir a dissolução da sociedade. Neste caso, é a vontade dos sócios que determina a dissolução, não a morte propriamente dita.

MAMEDE, GLADSTON

Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias, volume 2/Gladston Mamede.- - São Paulo: Atlas, 2004. 152/153.

- Nessa direção, no Recurso Especial 282.300/RJ, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça afirmou que “a apuração de haveres, no caso de dissolução parcial de sociedade de responsabilidade limitada, há de ser feita de modo a preservar o valor devido aos herdeiros do sócio, que deve ser calculado com justiça, evitando-se o locupletamento da sociedade ou dos sócios remanescentes”. No precedente, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: “verifica-se, por lógica, que tais balanços, realizados antes do falecimento do sócio, não tinham por objetivo a apuração de haveres e nem poderiam servir de referência para a dissolução da so-

cidade. [...] Dada a impossibilidade de consumir-se a transferência das quotas sociais pela não aceitação dos herdeiros do sócio falecido pelos sócios remanescentes, como outrora acertado, o texto legal garante aos recorrentes o direito de apuração de seus haveres nos moldes do artigo 668 do Código de Processo Civil antigo, recepcionado pelo artigo 1.218, VII, do Código de Processo Civil vigente”.

MAMEDE, GLADSTON

Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresárias, volume 2/Gladston Mamede.- - São Paulo: Atlas, 2004, p. 154.

- Em lugar de dissolução parcial, o sócio ou sócios remanescentes podem optar pela dissolução total da sociedade, como prevê o artigo 1.028, II, do Código Civil. Em tal hipótese, resolve-se por completo o contrato, apuram-se direitos ou obrigações, conforme o caso, extinguindo-se a pessoa jurídica correspondente.

O Novo Mecanismo de Solução de Conflitos de Massa

Samuel Côrtes

Advogado, Especialista em Direito Processual Civil e Professor de Direito do Consumidor da EMERJ.

1 - INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo a ciência processual vem enfrentando o grande desafio de criar um sistema processual que seja capaz de possibilitar uma prestação jurisdicional justa, adequada, célere e efetiva, dando concreitude ao princípio Constitucional do acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV da CRFB.

Para que seja capaz de atender ao comando do art. 5º, XXXV da CRFB, entregando à sociedade uma prestação jurisdicional justa, adequada e efetiva, mister se faz combater um problema antigo do sistema processual brasileiro, que é justamente a morosidade do processo, certo que, não por outra razão, a Emenda Constitucional 45 positivou no inciso LXXXVIII o direito fundamental à duração razoável do processo.

Foi justamente com esse ideal, de combate à morosidade processual, que o Senado Federal instituiu no ano de 2009 uma comissão de juristas encarregada de elaborar um anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Após muito debate e discussão, tanto entre os operadores do direito como pela colheita de opiniões e sugestões do destinatário final da prestação jurisdicional, a sociedade, foi aprovado pelo Congresso Nacional o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 março 2015, que após 1 (um) ano de *vacatio legis*, entrará em vigor no dia 16 de março de 2016.

O novo Código de Processo Civil busca combater o maior empecilho da prestação de uma tutela jurisdicional justa, adequada e efetiva, que é a morosidade processual, o que se deu através da modificação de antigos mecanismos e criação de novos institutos que fossem capazes de materializar o princípio constitucional e direito fundamental da duração razoável

do processo. Para tanto, foi preciso identificar as principais causas da morosidade processual no sistema processual então vigente.

Nesse sentido, os juristas que integraram a comissão designada para a elaboração do anteprojeto no novo Código de Processo identificaram 3 (três) fatores como causas principais da longa duração do processo, quais sejam, o excesso de formalidades, o excessivo número de recursos à disposição das partes e a grande quantidade de demandas em curso, o que, paradoxalmente, se deve à ampliação do acesso à justiça.

No afã de combater o excessivo número de demandas em trâmite no Poder Judiciário, bem com racionalizar a prestação jurisdicional conferindo maior segurança jurídica e isonomia, o novo Código de Processo Civil inaugurou, a partir de seu artigo 976, cuja fonte de inspiração está na experiência germânica de tutela coletiva, o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Antes da análise do instituto em si, importante desde logo deixar registrado que o novo incidente processual não é uma forma de tutela de direitos coletivos, ou seja, o novel instituto não se insere dentro do estudo da tutela dos direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos, que continua sendo regido pelo microssistema de tutela coletiva e não pelo novo Código de Processo Civil.

Passemos, pois, à análise do novo incidente de resolução de demandas repetitivas, o que se fará sem qualquer pretensão de exaurir o tema, que certamente ainda será objeto de muito avanço e aprofundamento doutrinário e jurisprudencial.

2 - O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Situado no livro III, título I (Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos Tribunais), o incidente de resolução de demandas repetitivas se encontra devidamente positivado entre os artigos 976 e 987 do novo CPC, certo que como colocado no tópico anterior, tal novidade tem como principal objetivo reduzir o número de demandas em curso, contribuindo, assim para a diminuição da morosidade processual em prol da efetivação do princípio da duração razoável do processo.

O novo instituto ora em estudo parte da premissa de que vivemos hoje numa sociedade de massa, o que gera, por conseguinte, conflitos de massa, em que são homogêneos os pedidos e a causa de pedir.

O incidente de resolução de demandas repetitivas visa a racionalizar a prestação da tutela jurisdicional, por meio de um mecanismo que possibilite resolver uma infinidade de conflitos que possuem o mesmo substrato jurídico, que possuam a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, ou seja, que são potencialmente coletivos, de interesse de toda a sociedade. A jurisprudência está repleta de exemplos de demandas de massa, como por exemplo aquelas envolvendo direitos de determinada categoria de servidor público e cláusulas abusivas de determinado contrato de consumo; questões essas que uma vez definida a tese jurídica acerca da questão de direito controvertida, se consiga pôr fim a uma infinidade de casos que versem sobre o mesmo tema.

Repare que tais demandas de massa, se julgadas de forma isolada, acarretam um grande número de processos, sem contar no risco de se ter decisões conflitantes, o que além de abalar a segurança jurídica, e a credibilidade do Poder Judiciário perante a sociedade, pode acarretar grande violação ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que a questão de direito controvertida é a mesma, portanto, nada mais natural de que a solução seja uniforme para todos os casos.

2.1 – Procedimento

Seguindo os valores acima fixados, prevê o artigo 976 do novo CPC que o incidente de resolução de demandas repetitivas terá cabimento quando se verificar a presença de conflitos de massa, devendo coexistir a *"efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica."*

Digno de nota é que o incidente de resolução de demandas repetitivas terá lugar quando os processos que envolvam conflitos de massa, que tenham como pano de fundo a mesma questão jurídica, estejam tramitando no primeiro grau de jurisdição.

O que se pretende com a instauração do referido incidente é que seja fixada a tese jurídica sobre a questão de direito controvertida e, a partir dessa definição, todos os demais processos sigam a mesma orientação.

Preenchidos os requisitos legais acima destacados, deverão os legitimados previstos no art. 977 do novo CPC formularem requerimento ao Presidente do Tribunal de Justiça de instauração do incidente, que deverá ser devidamente fundamentado e instruído com documentos necessários à demonstração de que estamos diante de demandas de massa, que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e ocasionem risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

De acordo com a regra do art. 977 do novo CPC, podem requerer a instauração do incidente perante o presidente do Tribunal de Justiça: I - o juiz ou relator, por ofício; II - as partes, por petição; III - o Ministério Público ou a Defensoria Pública.

Com efeito, compartilho da opinião de que diante dos escopos do instituto em análise, estamos diante de questão de ordem pública, razão pela qual tenho que, com exceção das partes, os demais legitimados têm o poder-dever de requerer a instauração do incidente.

Isso porque estamos diante de situação que transcendem os interesses das partes litigantes, sendo que tal conclusão se extrai da simples leitura dos dispositivos legais que regulamentam o incidente.

Tal como ocorre nas demandas de natureza coletiva, não há que se falar no pagamento de custas processuais (§ 5º do art. 976 do novo CPC).

Seguindo a lógica de que estamos diante de matéria de ordem pública, a decisão emanada pelo Presidente do Tribunal de Justiça no sentido da inadmissão de instauração do incidente, por ausência dos requisitos legais, não será acobertada pelo manto da coisa julgada, nem mesmo a formal, sendo claro o § 3º do art. 976 do novo CPC, ao afirmar que uma vez satisfeitos os requisitos legais, novo requerimento poderá ser formulado, inclusive por aquele que teve o requerimento negado, haja vista o interesse social aqui envolvido.

Além dos requisitos positivos acima listados, para a instauração do incidente de resolução de demanda repetitiva, previu o legislador um impeditivo ao mesmo, um requisito negativo, previsto no § 4º do art. 976 do novo CPC. Segundo tal requisito não será cabível a medida quando um dos Tribunais Superiores, no âmbito de suas respectivas competências, já tiver afetado recurso para definição da tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva. Isso porque, se a matéria já está afetada a Tribunal Superior, a tese jurídica ali fixada terá abrangência nacional, sendo, portanto, desnecessária a instauração do incidente.

Ao receber o pedido de instauração do incidente, o presidente do Tribunal de Justiça procederá sua distribuição ao órgão colegiado competente para o julgamento do mesmo, ou seja, para a fixação da tese jurídica sobre a questão de direito controvertida. De acordo com o art. 978 do novo CPC, "o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal", que procederá o seu juízo de admissibilidade, com a análise da presença dos requisitos acima destacados.

Admitido o incidente, o relator deverá determinar a suspensão não só da causa que o incidente originou, mas também de todos os processos pendentes que envolvam a mesma questão jurídica controvertida, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso (art. 982, I do novo CPC), certo que durante o período de suspensão, eventual medida de urgência deverá ser requerida junto ao juízo onde tramita o processo suspenso.

Com efeito, de acordo com o disposto no art. 980 do novo CPC, a suspensão acima aludida terá duração de 1 (um) ano, prazo esse que poderá ser prorrogado por decisão fundamentada do relator. No mesmo prazo, o incidente deverá ser julgado, possuindo, inclusive, preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e o pedido de *habeas corpus*, o que mais uma vez reforça o caráter de ordem pública do instituto.

Como se pode notar, o incidente de resolução de demandas repetitivas se origina a partir da constatação de demandas de massa envolvendo uma questão de direito controvertida, questão essa que é discutida em determinado caso concreto, de natureza individual ou coletiva. Nesse sentido, ponto importante e que ratifica o fato de estarmos diante de interesses que transcendem o das partes litigantes é que, ainda que haja o abandono ou a desistência do processo originário, tal fato não impede o exame do incidente, cuja decisão terá força vinculante e deverá ser aplicada a todos os casos que versem sobre a mesma questão jurídica, tal como o dispõe a regra do § 1º do art. 976 do novo CPC. Em ocorrendo tal situação, deverá o Ministério Público, quando não for o requerente, assumir a titularidade do incidente, tal como determina o § 2º do art. 976 do novo CPC.

Outra consequência da importância da admissão do incidente por parte do colegiado competente é que a partir desse momento, o mesmo torna prevento para o julgamento de eventual recurso, remessa necessária ou processo de competência originária de onde se origina o incidente, nos termos do parágrafo único do art. 978 do novo CPC.

Além de determinar a suspensão dos demais processos que versem sobre a mesma questão jurídica, poderá o relator do incidente requisitar informações ao juízo de origem, certo que o Ministério Público necessariamente deverá ser intimado para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 dias.

Ultrapassada tal etapa, na fase de instrução do incidente, atento ao fato de estarmos diante de questão que envolve elevado interesse social, determina o art. 983 do novo CPC que o relator ouvirá as partes, bem como entidades que possuem interesse na discussão jurídica, que poderão, inclusive, juntar documentos que possibilitem um maior aprofundamento e debate da questão a ser discutida, inclusive com a possibilidade de designação de audiência pública, após o que será marcado dia e hora para o julgamento.

2.2 Do Julgamento

Seguindo a doutrina mais moderna do direito processual, o novo Código de Processo Civil, adotando as lições do sistema do *Common Law*, confere especial destaque aos precedentes, atribuindo força vinculante às teses jurídicas neles fixadas, tendo o mesmo ocorrido com o julgamento proferido no incidente em questão, cujo objetivo é justamente a fixação da tese jurídica a ser aplicada a todos os processos, individuais ou coletivos, que possuem a mesma questão de direito controvertida.

Nesse sentido, de extrema importância, não só para os escopos do novo Código de Processo Civil, mas para a efetividade do novo instituto, é a regra prevista no 985 do novo CPC, que confere força vinculante à tese jurídica fixada no incidente de resolução de demandas repetitivas.

De acordo com o dispositivo legal acima citado, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a *"todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitam na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitam no juizado especial do respectivo Estado ou Região"*, bem como *"aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do Tribunal."*

Resta claro, portanto, que o objetivo do legislador com a positivação do incidente em análise foi possibilitar a uniformização da jurisprudência do Tribunal de Justiça acerca de determinada questão de direito controvertida, geradora de conflitos de massa, de um grande número de processos, com a fixação da tese jurídica sobre a questão de direito controvertida, julgando os demais feitos por amostragem.

Ocorre que, em face da decisão que julgar o incidente, será cabível a interposição por parte dos legitimados de recurso especial ou extraordinário (nesse caso, presume-se a repercussão geral da matéria constitucional discutida), dotado, inclusive de efeito suspensivo, certo que em tais situações, diante da abrangência nacional dos Tribunais Superiores, a decisão de mérito ali tomada em substituição à proferida no âmbito do Tribunal de Justiça, fará com que a tese jurídica adotada possua força vinculante e seja aplicada, em todo o território nacional, a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a mesma questão de direito controvertida, nos termos do art. 987 do novo CPC.

De modo a tornar efetiva a vinculação da tese jurídica a todos os processos em âmbito nacional, a fim de conferir maior segurança jurídica e evitar decisões contraditórias, permite o § 3º do art. 982 que as partes, a Defensoria Pública e o Ministério Público, antes do julgamento do incidente instaurado, requeiram ao Tribunal competente a suspensão de todas as demandas individuais ou coletivas em trâmite em curso no território nacional e que versem sobre a mesma questão de direito controvertida, objeto do incidente já instaurada. Trata-se de medida inteligente e salutar, pois como acima destacado, a decisão de mérito proferida pelos Tribunais Superiores, quando do julgamento de recurso especial ou extraordinário em face da decisão proferida no incidente, tem força vinculante em todo o território nacional.

Ainda que não seja editada súmula a respeito da tese jurídica, a mesma terá força vinculante para os demais órgãos judiciários e da administração pública, tal como acima destacado, certo que a não observância da tese adotada será impugnada mediante o uso da reclamação, que por sua vez se encontra regulamentada a partir do artigo 988 do novo CPC.

Não obstante a força vinculante da tese jurídica fixada, nada obsta que a parte interessada, a fim de que não lhe se aplicada a tese vinculante, se valha da técnica conhecida como *distinguishing*, demonstrando haver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e

aqueles que serviram de base à *ratio decidendi* (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.

Atento ao fato de que a sociedade é dinâmica e que o direito deve ser interpretado e aplicado de acordo com suas necessidades, o legislador sabiamente previu no art. 986 do novo CPC que o mesmo Tribunal, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, poderá efetivar a revisão da tese jurídica fixada, situação essa conhecida pela denominação *overruling*.

3 - CONCLUSÃO

Após analisar o novo incidente de resolução de demandas repetitivas, conclui-se que o mesmo está de acordo com a atual dogmática e moderna doutrina do direito processual civil, que através da força vinculante dos precedentes, busca uma maior racionalização da prestação da tutela jurisdicional, que nos moldes do inciso XXXV do art. 5º da CRFB, deve se dar de forma justa, adequada, efetiva e, acima de tudo, tempestiva.

Bem aplicado pelos operadores do direito, o novo incidente certamente será um importante instrumento no combate à morosidade processual, que dentre outros fatores, se deve ao elevado número de processos em trâmite no Poder Judiciário, sem falar na economia processual que certamente será obtida.

Sem qualquer tipo de limitação do acesso à Justiça, o que seria inconstitucional, acredita-se que o incidente analisado em muito contribuirá para o enfrentamento das demandas de massa, conferindo maior segurança jurídica e isonomia entre aqueles demandantes envolvidos na mesma situação. ❖

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DE ARTIGOS

- 1 - Os textos devem ser enviados por correio eletrônico, para o endereço *emerjpublicacoes@tjrj.jus.br*;
- 2 - Fontes:
 - ✓ no corpo do texto - **Times New Roman – 12**
 - ✓ nas citações longas e notas de rodapé – **10**
 - ✓ cor preta (exceto para gráficos);
- 3 - Margens: esquerda e superior de **3 cm**; direita e inferior de **2 cm**;
- 4 - Espaços no corpo do trabalho: **1,5**;
- 5 - Espaço simples, nos seguintes casos:
 - ✓ citações literais de mais de três linhas,
 - ✓ notas, referências;
- 6 - Destaques: itálico ou negrito;
- 7 - Numeração de páginas - iniciada a partir da segunda folha da introdução, embora a inicial seja contada;
- 8 - Fazer referências às fontes de consulta através de citações no texto ou em notas de rodapé, observando que:
 - ✓ a primeira citação de uma obra deverá ter a sua referência completa.

Exemplo:

ÚLTIMO SOBRENOME do autor (exceto Filho, Neto, Júnior),
Prenome e outros sobrenomes (abreviados ou não). **Título**. Local:
editora, ano. página¹.

- ✓ as citações subsequentes da mesma obra podem ser feitas de forma abreviada, com as seguintes expressões:

a) *Idem* (id) – mesmo autor²

b) *Opus citatum* (op. cit.) – obra citada³

1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Lesão nos contratos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 24.

2 *Idem*, 2001, p. 19.

3 RODRIGUES, *op.cit.*, p. 40.