

Publicação da Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes da OAB-PE

# ADVOCATUS

PERNAMBUCO

ANO 10 | MAIO 2017 - N° 17

## PARA ONDE APONTA O NOVO CPC

### ENTREVISTA

*Leonardo Carneiro da Cunha  
fala sobre os impactos do  
novo CPC e expectativas so-  
bre sua aplicação.*

### ARTIGO

*Aspectos polêmicos do  
contraditório no novo CPC.*

*(Luiz Rodrigues Wambier)*





## EXPEDIENTE

### Diretoria da OAB-PE

#### Presidente

Ronnie Preuss Duarte

#### Vice-Presidente

Leonardo Accioly

#### Secretário-Geral

Fernando Ribeiro Lins

#### Secretária-Geral Adjunta

Ana Luiza Mousinho

#### Tesoureira

Silvia Nogueira

### Diretoria da ESA-PE

#### Diretor Geral

Carlos Neves Filho

#### Vice-Diretor

Marco Aurélio Peixoto

#### Secretário Geral

Fábio Porto Esteves

#### Secretário Geral Adjunto

Antônio Mota

#### Tesoureiro

Mário Guimarães

#### Diretora Acadêmica

Ingrid Zanella

#### Diretora de Publicações

Karina Vasconcelos

#### Diretor de Eventos

Venceslau Tavares

### Conselho Editorial

#### Presidente

Carlos Neves Filho

#### Membros

Ronnie Preuss Duarte

Gustavo Ramiro

Antônio Mota

Fábio Porto Esteves

Ingrid Zanella

Karina Vasconcelos

Leonardo Carneiro da Cunha

Lorena Braga Guedes

Marco Aurélio Peixoto

Luciana Dubeux Beltrão Alves

Mário Guimarães

Renato Hayashi Correia de Oliveira

Venceslau Tavares Costa Filho

### Coordenação científica desta edição

Fábio Porto Esteves

Marco Aurélio Peixoto

### Projeto gráfico e edição

Executiva Comunicação

www.executivacom.com

Fones: (81) 3221.5926

ISSN: 2177-3416

### Tiragem

5 mil exemplares

A Revista Advocatus Pernambuco é uma publicação da Escola Superior de Advocacia de Pernambuco (ESA-PE), da OAB-PE.

O conteúdo e a revisão ortográfica dos artigos, peças e modelos publicados na Revista Advocatus são de responsabilidade dos respectivos autores.

A Revista Advocatus não se responsabiliza pelos conceitos emitidos em artigos assinados. A reprodução, no todo ou parcialmente, de seus conteúdos só é permitida desde que citada a fonte.

Artigos para a Revista Advocatus podem ser enviados para o e-mail esa@esape.com.br

## APRESENTAÇÃO

Carlos Neves Filho, Diretor Geral da ESA-PE

05

## ENTREVISTA

Leonardo Carneiro da Cunha

Professor, Doutor em Direito pela PUC/SP, Pós-doutor pela Universidade de Lisboa

06

## ARTIGOS

Aspectos polêmicos do contraditório no novo CPC

Luiz Rodrigues Wambier

11

O Novo Código de Processo Civil e seu impacto no novo processo do trabalho:

Breve análise de seus dispositivos e a autonomia do Direito Processual do Trabalho

Fábio Porto Esteves

16

O reconhecimento da autonomia do sujeito e transformações do papel do Estado na gestão dos litígios: do sistema multiportas à mediação no Código de Processo Civil

Rosa Maria Freitas do Nascimento | Rafael Alves de Luna | Gabriela Suele Carneiro de Oliveira

23

A fragilidade constitucional do Novo CPC na possibilidade de concessão de liminar inaudita altera parte em tutela de evidência fundada em precedente judicial

Maria Emília Miranda de Oliveira Queiroz | Patrícia Freire de Paiva Carvalho Rabelo

37

A reconvenção no Novo Código de Processo Civil

Cecília Rodrigues Frutuoso Hildebrand

48

A mediação como meio alternativo de solução de conflitos: a Fazenda Pública como possível ator participante

Bruna Cristina dos Santos Veiga

58

Questões controversas acerca da interpretação da Súmula Vinculante 47 e sua consagração no Código de Processo Civil de 2015 nas execuções contra a Fazenda Pública

Tatiana Marie Baia Bittencourt

72

Incidente de substituição do réu e seus principais desdobramentos no Direito Processual Civil

Gilmar de Araújo Pimenta | Ranieri Coelho Benjamim da Silva Júnior

88

Breves considerações acerca da recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/15: preclusão, agravo de instrumento e apelação.

Luciana Dubeux Beltrão Alves | Bruna Braga da Silveira

95

O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e sua aplicação no ordenamento brasileiro

Bernardo Morelli Bernardes

105

O Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica prevista no Novo Código de Processo Civil e sua aplicação em sede de execução fiscal no caso do artigo 135 do Código Tributário Nacional

Gustavo Machado

121

Breve análise sobre a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente: da procédure de référé às lacunas do CPC/15

Lorena Braga d'Almeida Guedes

127

O juiz pode se retratar da sentença proferida? O caso da apelação intempestiva e a competência do tribunal para o seu juízo de admissibilidade

Rosalina Freitas Martins de Sousa

135

O cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública no CPC/2015

Marco Aurélio Ventura Peixoto | Renata Cortez Vieira Peixoto

141

Principais inovações do recurso de agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil Brasileiro

Alexandre Soares Bartilotti

160

# PÓS- GRADUAÇÃO ESA-PE



**DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL**

**DIREITO DO TRABALHO E PROCESSO DO TRABALHO**

**DIREITO DO TRABALHO E PREVIDENCIÁRIO**

**DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL**

**Inscrições:**

Inscrições na sede da ESA

+ Informações no site: [www.esape.com.br](http://www.esape.com.br)

ESA-ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DE PERNAMBUCO  
Rua do Imperador Dom Pedro II 307, 1º Andar  
(81) 3224.2425 | 3032.0679 | 3224.7282  
E-mail: [coordenacaopos@esape.com.br](mailto:coordenacaopos@esape.com.br)

Realização:



Educação superior ao seu alcance



**Ronnie Preuss Duarte**



**Carlos Neves Filho**

## CARO(A) COLEGA,

A OAB-PE tem feito um esforço permanente para que todos os colegas advogados e advogadas possam ter acesso a conteúdos relevantes que auxiliem no seu exercício profissional. A atualização, tanto no tocante à doutrina, como na esfera da legislação, é necessidade permanente a todos os profissionais do Direito.

Nesta edição da Revista *Advocatus*, a Escola Superior de Advocacia de Pernambuco (ESA-PE) da Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Pernambuco (OAB-PE) coloca como temática central o Novo Código de Processo Civil.

Esta iniciativa soma-se a outras de compreensão e aprofundamento em torno do conteúdo do Novo CPC. A ESA-PE já lançou o Novo CPC em formato de bolso, realizou o II Congresso Pernambucano de Direito Processual Civil tendo como tema principal também o novo CPC e tem feito cursos de atualização sobre o tema.

Esta edição da Revista *Advocatus* se soma, portanto, a outras iniciativas da OAB/ESA-PE para manter o advogado e também os estagiários adimplentes com a anuidade da OAB-PE atualizados, como a disponibilização do conteúdo da Biblioteca Digital Fórum do Advogado, um grande acervo online de conteúdo jurídico para consulta e pesquisa em doutrina, legislação e jurisprudência para a prática forense. A Biblioteca Digital Fórum do Advogado de Pernambuco conta com mais de 150 volumes de periódicos publicados e certificados pela Editora Fórum e mais 19 códigos, entre eles também o Novo CPC.

Esperamos que esta edição da Revista *Advocatus* possa ser útil no seu dia a dia.

**Ronnie Preuss Duarte**

Presidente da OAB-PE

**Carlos Neves Filho**

Diretor Geral da ESA-PE

# “Novo CPC: temos uma lei boa, precisamos melhorar os outros ingredientes”



## LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA

Professor, Doutor em Direito pela PUC/SP, Pós-doutor pela Universidade de Lisboa

**REVISTA ADVOCATUS - O Novo Código de Processo Civil entrou em vigor no último dia 18 de março de 2016, após um longo período de tramitação no Congresso Nacional e um ano de *vacatio legis*. O senhor assessorou a Comissão Especial de Deputados Federais, na Câmara dos Deputados, e preside a Comissão Especial para o novo Código de Processo Civil da OAB-PE. Era realmente necessário um novo código?**

**LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA** - Nosso último Código era de 1973, tendo entrado em vigor em 1974. De lá para cá, foi sistematicamente reformado para ajustar-se às mudanças sociais, tecnológicas, políticas, científicas, metodológicas, entre outras. O texto ficou mutilado, contraditório e incoerente. Havia regras novas, dentro de uma estrutura sistemática antiga; era, como se diz, uma “colcha de retalhos”. Muitas regras passaram a ser anacrônicas. Paralelamente a isso, de 1973 para cá, a metodologia jurídica mudou, princípio passou a ser norma, ju-

risprudência também passou a ser norma, sendo mais adequado trabalhar com a ideia de precedente, vivemos o constitucionalismo e, depois, o neoconstitucionalismo; fala-se em pós-positivismo e pós-modernismo... os problemas que vivemos na sociedade passaram a ser outros. A tecnologia avançou muito (o Código antigo ainda previa que, sendo a prova uma fotografia, a parte deveria juntar o negativo...). A litigância de massa virou uma realidade, com a reprodução de milhares de causas repetitivas. A necessidade de gestão judicial, com eficiência na condução dos processos, passou também a ser uma exigência constante. Por esses motivos, a Inglaterra, em 1998, editou seu Código de Processo Civil; o Japão, em 1999, aprovou também o seu. Em 2004, a Suíça, unificando a legislação processual de seus Cantões, editou um Código de Processo Civil, com regras que fundadas nos princípios da boa-fé e da cooperação. Portugal passou a ter, em 2013, um novo Código de Processo Civil. Várias leis processuais, em muitos países, foram

reformadas. Em todos esses casos, as mudanças foram feitas para que se tenha uma legislação mais atual, que permita um processo mais simples e menos custoso para o Poder Público, com mais eficiência, que confira soluções adequadas, que permita e estimule a autocomposição, que racionalize a litigância de massa, com mais transparência, com mais ética, com ampliação do debate, aperfeiçoando o contraditório e a cooperação entre todos os sujeitos do processo. Foi nesse contexto que se aprovou o novo Código de Processo Civil brasileiro. Tem seus defeitos, mas é, em geral, uma boa lei, que contém normas atuais e consentâneas com o que se tem exigido em todo o mundo. Em 2015, ainda antes de o Código entrar em vigor, participei de um evento, no Rio de Janeiro, que congregou professores brasileiros e professores franceses. Ao final do evento, os franceses registraram encantamento com o novo Código de Processo Civil brasileiro. Professores de países vizinhos da América Latina também têm registrado as qualidades do novo

Código brasileiro. Parece-me que ele é importante, pois despertou a necessidade de ser reestudado o processo e de se adotarem medidas para que o Poder Judiciário se aperfeiçoe e que as disputas tenham soluções adequadas. É óbvio que uma lei não tem, sozinha, condições de mudar ou melhorar os mecanismos da Justiça, mas ter uma boa lei é um dos ingredientes para uma boa prestação jurisdicional. Temos uma boa lei; precisamos melhorar os outros ingredientes.

**R.A. – Por que se diz que uma das marcas mais significativas do Novo Código é o princípio da primazia do exame do mérito? Em que isso impacta no processo e na vida do jurisdicionado?**

**L.C.C. –** Estamos no século XXI. As pessoas querem que suas disputas tenham solução e que essa solução seja obtida em prazo razoável. Formalidades exageradas que impedem o julgamento não são mais toleradas. O alto grau de litigiosidade no Brasil, entretanto, fez com que os tribunais passassem a adotar uma postura excessivamente formal e exigente quanto aos requisitos para a interposição dos recursos e para a prática, em geral, dos atos processuais. É comum verificarmos, em muitos processos, que a discussão travada entre os advogados centra-se em questões meramente formais: discute-se se tal audiência deve ou não ser realizada, se determinado documento está ou não autenticado, se a contagem do prazo foi feita corretamente, se ainda é possível produzir determinada prova, se a procuração confere mesmo os poderes para a prática daquele ato, mas o direito material e a questão controversa são, muitas vezes, postos de lado. Vários processos são extintos sem resolução do mérito, porque faltou uma notificação prévia, por-

que determinada formalidade não foi atendida ou porque não houve manifestação de interesse no seu prosseguimento. O princípio da primazia do julgamento do mérito, previsto no art. 4º do novo Código, serve de orientação para que tal postura seja afastada. Há, ao longo do Código, diversos dispositivos que concretizam esse princípio, permitindo que se determine a correção de vícios, a complementação de atos, a supressão de irregularidades procedimentais, tudo para que a disputa seja solucionada, o mérito seja resolvido. Veja que, ao lado do princípio da primazia do julgamento do mérito, há a valorização da atuação das partes e o estímulo à autocomposição. Está claro que o novo Código afasta-se do paradigma do *juízo* para o paradigma da *solução*. O que as pessoas querem é resolver, solucionar, dirimir o litígio, a disputa, a controvérsia, resolvendo o problema posto à análise do juiz. Querem a solução, com satisfação, com a devida entrega do bem da vida postulado. E o princípio da primazia do julgamento do mérito contribui para que esse desejo geral seja concretizado.

**R.A. – O advogado brasileiro, de uma maneira geral, nunca soube trabalhar adequadamente com precedentes. O novo Código impõe agora um respeito muito grande aos precedentes, cujos fundamentos determinantes ganham caráter vinculante. Estamos preparados para essa revolução?**

**L.C.C. –** Não chamaria propriamente de uma revolução. A observância à jurisprudência ou a precedentes é um caminho sem volta. Perceba que, ao longo das últimas décadas, vivemos e presenciemos essa realidade: os juízes passaram a seguir e a citar mais decisões dos tribunais. Os relatores

passaram a julgar, por decisões isoladas, a partir de orientação jurisprudencial firmada. Os tribunais passaram a organizar as pautas em lista, agrupando casos que possam ser decididos em conjunto, por estarem adotando entendimento consolidado na jurisprudência. Os concursos públicos exigem dos candidatos conhecimento do entendimento jurisprudencial. As petições, recursos e manifestações das partes invocam entendimento manifestado pelos tribunais. É uma realidade. Ainda assim, não tínhamos segurança. Mesmo com toda essa referência a precedentes em petições, recursos, decisões e concursos públicos, a divergência jurisprudencial era uma realidade e isso é muito ruim, pois impede que haja adequada previsibilidade, afetando a isonomia e a própria segurança jurídica. Costuma-se dizer que os precedentes seriam institutos próprios dos ordenamentos de *common law*. Não é verdade! Os precedentes existem em todos os sistemas; se há decisão judicial, há precedente. É inegável a importância que o emprego do precedente e da jurisprudência reveste na vida do direito de todos os ordenamentos modernos. A referência ao precedente não é mais uma característica peculiar dos ordenamentos de *common law*, estando presente em quase todos os sistemas, também de *civil law*. Passamos a viver isso, sem, contudo, saber aplicar precedentes, sem ter o método adequado para tanto. O que fazemos? Transcrevemos ementas e as aplicamos ao caso como se fossem textos normativos. Só que não são. O método para aplicar precedente não é o subsuntivo. É preciso examinar o caso que deu origem ao precedente e compreender as razões, os fundamentos que levaram à conclusão ali adotada para, então, verificar se tais fundamentos também se aplicam ao caso a ser julgado, a partir

da análise de semelhanças entre eles. Há, como se vê, uma espécie de exame parecido com a analogia. O que o Código faz é ajudar a compreender quais os métodos adequados para aplicação dos precedentes. Para aplicá-los, é preciso fazer essa análise e adotar uma fundamentação adequada, mostrando que o caso a ser julgado encaixa-se na hipótese do precedente e merece a mesma solução ou, ao contrário, mostrando que a hipótese é diversa e a solução, por isso mesmo, há de ser outra. Mas não é só o juiz que, ao decidir, tem de adotar uma fundamentação adequada; a parte, ao postular, deve, ao invocar um precedente, mostrar que, de fato, ele se aplica ao caso e que a solução dele deve ser também a solução de seu caso. Precisamos aprender a aplicar precedentes para que se tenha mais higidez, unidade, integridade, consistência do Direito, com o que se terão asseguradas a isonomia e a segurança jurídica.

**R.A. – Uma das mais relevantes preocupações da advocacia, quando da tramitação do Novo Código no Congresso Nacional, dizia respeito aos honorários advocatícios. Pode-se dizer que as previsões do novo diploma beneficiaram a classe? Em que medida?**

L.C.C. – Os honorários foram exaustivamente disciplinados no Código, tendo um tratamento correto, adequado e seguro. Consolidou-se, efetivamente, a regra de que se trata de direito autônomo do advogado, de natureza alimentar, não sendo possível haver, em casos de sucumbência recíproca, compensação. Garantiu-se ao advogado público o direito a honorários. Passou-se a prever que, não havendo condenação em honorários de sucumbência, é possível postulá-los em ação autôno-

ma. Há, ademais, regras objetivas destinadas a evitar seu aviltamento, que decorria de fixações em valores irrisórios e insuficientes a remunerar a atividade do advogado. As previsões, por isso mesmo, beneficiaram a classe.

**R.A. – A cultura jurídica brasileira é inegavelmente de litigiosidade. O Novo Código impõe que as partes sentem a mesa, antes mesmo da defesa do réu, perante um mediador/conciliador, para uma tentativa de autocomposição. O senhor acha que essa tentativa “imposta” pelo legislador trará resultados?**

L.C.C. – Não é possível responder a essa pergunta. Só o tempo dirá. A previsão normativa nesse sentido é, porém, muito positiva e importante. Veja que, a partir do novo Código, já foram alterados os componentes curriculares das faculdades de direito. Em vários deles, foram incluídas disciplinas sobre mediação e conciliação. Isso é importante, pois permite que o profissional do direito já se forme com essa visão, com essa consciência. As faculdades de direito formam o profissional para o litígio. Os advogados aprendem apenas a atuar e a remunerar-se com o processo judicial. Não há uma formação, nem uma preparação que se relacione com a autocomposição. A autocomposição é sempre vista com simpatia, mas, por outro lado, é considerada uma demonstração de fraqueza. É comum imaginar e dizer que, se a parte propõe um acordo, é porque não tem direito. Essa mentalidade tende a ser revista com o estímulo à autocomposição. As técnicas de negociação são muito interessantes e podem ser adotadas com muito proveito pelos profissionais do direito. É preciso, apenas, eliminar o pré-conceito e permitir que haja formação

com essa mentalidade. Além do Código, há uma política pública de incentivo à autocomposição, adotada há alguns anos pelo CNJ. Recentemente, também entrou em vigor a Lei n. 13.140/2015, que trata da mediação e a regulamentada com mais detalhes. É possível que tudo isso se concretize, mas é possível também que não. Eu estou confiante. Recentemente, fui procurado por um cliente para propor uma ação de cobrança. Resolvi apresentar uma notificação extrajudicial ao devedor, cujo advogado me procurou. Negociamos e, depois de várias reuniões, chegamos a um consenso, com a celebração de uma confissão de dívida, cujos termos agradaram a todos. As partes tinham mágoas recíprocas, não queriam nem se ver; de cada lado, havia versões diversas, com ataques pessoais. Os advogados deixamos as partes de lado e negociamos sem suas presenças. Tudo se resolveu. Isso mostra que a autocomposição pode ser intermediada por mediador ou conciliador, mas também pode ser feita diretamente, entre os advogados das partes: cada parte constitui um advogado para que eles entre si negociem e tentem obter a autocomposição. Fiquei animado com isso. Veja que a minha postura e a do outro advogado foram de querer resolver, negociar, autocompor. A solução se deu em menos de um mês e o pagamento foi parcelado e já começou a ser feito voluntariamente. Uma disputa judicial seria muito mais demorada, custosa e, até mesmo, incerta. Enfim, acredito na mudança de postura, mas só o tempo dirá se teremos bons resultados.

**R.A. – Um dos institutos mais falados no novo Código é o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR. Em que consiste exatamente? Entende que ele garantirá mais**

## **segurança jurídica e previsibilidade às relações? Isso significará o fim das demandas de massa?**

**L.C.C.** – Penso que o incidente poderá ser um instrumento interessante para a solução do congestionamento do Judiciário, ocasionado pelas causas repetitivas. Na verdade, o incidente foi concebido, no anteprojeto e na versão que saiu do Senado, para ser preventivo: havendo um potencial risco de causas repetitivas, o próprio juiz de primeira instância poderia suscitar-lo ao tribunal para que este fixasse a tese a ser seguida em todos os casos. Não me parece boa a ideia de ele ser preventivo. Ser preventivo pode, num momento inicial, reduzir o número de demandas, mas penso ser mais adequado prever o incidente quando houver algumas sentenças antagônicas a respeito do assunto. O importante é fixar um precedente de qualidade que sirva para resolver todos os casos repetitivos com eficiência, evitando que novas alegações, não apreciadas ainda, possam gerar novas demandas repetitivas e voltar a congestionar o Judiciário, que passaria a conviver com sucessivos incidentes de resolução de demandas repetitivas. Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número possível de argumentos. E isso não se concretiza se o incidente for preventivo, pois não há, ainda, amadurecimento da discussão. Definir uma tese sem que o assunto esteja amadurecido ou amplamente discutido acarreta o risco de haver novos dissensos, com a possibilidade de surgirem, posteriormente, novos argumentos que não foram debatidos ou imaginados naquele momento inicial em que, previamente, se fixou a tese jurídica a ser aplicada a

casos futuros. Com esse ajuste feito, o incidente foi assim aprovado e passou, na minha opinião, a ter uma função mais adequada à sua finalidade. O incidente é, ao mesmo tempo, um mecanismo de gestão de casos repetitivos: serve para organizar e racionalizar o processamento e julgamento de uma massa de processos que contenham a mesma questão de direito, processual ou material. Há várias regras no novo Código que mostram a necessidade de o Judiciário preocupar-se com a gestão. E não se trata apenas de gestão administrativa, mas também de gestão judicial, com a administração, organização e ordenação dos processos que tramitam nos diversos órgãos jurisdicionais. Além de ser um mecanismo de gestão, o incidente é também um meio destinado a formar precedentes obrigatórios. E aí se criou um regime jurídico de casos repetitivos. Além dos recursos repetitivos, há também o incidente de resolução de causas repetitivas, que podem, se utilizados com eficiência, ser um ótimo instrumento para o descongestionamento da atividade jurisdicional, com a definição de teses a serem seguidas em casos que se reproduzem aos montes. As causas repetitivas não devem acabar, mas se passou a ter um mecanismo interessante (que, se bem usado, pode ser muito eficiente) para gerir as inúmeras causas repetitivas que congestionam o Poder Judiciário.

**R.A.** – **Durante o período de tramitação do Novo Código, a imprensa chegou a falar que estamos diante de uma “nova lei de alimentos”, em razão das mudanças implementadas na sistemática das execuções de alimentos. Que alterações o senhor considera mais significativas?**

**L.C.C.** – As mudanças, na

execução de alimentos, destinaram-se a organizar melhor sua disciplina normativa. Estendeu-se para a execução de alimentos a duplicidade de regime que já existia no sistema anterior quanto às execuções para pagamento de quantia certa: se o título for judicial, o que há é um cumprimento de sentença; sendo o título extrajudicial, o que se tem é uma execução. Com isso, eliminou-se uma polêmica que havia no Código anterior a respeito da aplicação, na execução de alimentos de valores pretéritos, das regras concernentes ao cumprimento da sentença. Outra novidade é o protesto da sentença contra o devedor de alimentos: não efetuado o pagamento, a sentença é levada a protesto, fazendo com que haja restrição de crédito para o devedor. É um meio indireto para forçá-lo ao pagamento. Pelo Código, mantém-se a duplicidade de tratamento da execução para pagamento de prestações atrasadas e daquela que se volta para forçar o pagamento das prestações atuais e futuras. Além disso, o Código deixa claro que é possível haver prisão na execução para pagamento de prestações alimentares atuais e futuras, quando o título executivo for extrajudicial. O Código também deixa claro que, uma vez preso, o devedor de alimentos deve manter-se segregado dos presos de penas criminais, não podendo dividir cela com condenados criminalmente. É que sua prisão não constitui punição pela prática de um crime, sendo, na verdade, um meio de coerção pessoal, destinado a forçar-lhe o pagamento. Em linhas gerais, a execução de alimentos manteve-se como uma execução especial, com regras próprias, já que tem como objeto o pagamento de valores indispensáveis à manutenção do alimentando.

**R.A. – Quais as suas impressões sobre o Novo Código, passados alguns meses de vigência? E quais as suas expectativas para os próximos anos? O que acha que diremos desse código daqui a quarenta anos, por exemplo?**

**L.C.C. –** Vejo ainda muita resistência ao novo Código. Grande parte dessa resistência é fruto do desconhecimento das normas nele contidas. Muitos profissionais do direito, imersos em suas rotinas extenuantes, ou crentes de que haveria um prorrogação da *vacatio legis*, não se prepararam para o Código, deixando de estudá-lo, o que gerou um *déficit* de compreensão. Há quem critique o Código sem o conhecer ou com um conhecimento parcial de suas normas. Por outro lado, muitos tribunais também não se prepararam para o novo Código, não se estruturando adequadamente. Não houve a criação das câmaras de mediação e de conciliação, nem a celebração de convênios com entidades, escritórios ou profissionais que pudessem realizar essa função. Muitos tribunais ainda não adaptaram seus regimentos internos, acarretando dificuldade na aplicação de várias normas novas. Tecnicamente, o Código é muito bom. Há, é natural, falhas e impropriedades, mas, em geral, é um bom Código e, se bem aplicado, tem tudo para nos dar bons resultados. O Código exige, porém, um maior esforço dos profissionais do direito, pois impõe que o debate, no processo judicial, seja mais qualificado, com ampliação do contraditório. Consequentemente, as decisões devem ser suficientemente fundamentadas, levando em consideração todo o debate travado no processo. O que se espera, com isso, é a prolação de decisões com mais qualidade, com mais consistência, contribuindo para uma melhoria

significativa na solução das disputas submetidas ao Poder Judiciário. É difícil fazer previsões, pois uma lei, sozinha, não melhora a Justiça. É preciso que haja estrutura, adaptação e, principalmente, adoção das normas contidas no Código. Se as resistências foram eliminadas e o Código for aplicado como deve, acredito que teremos, no futuro, um balanço muito positivo.

## ASPECTOS POLÊMICOS DO CONTRADITÓRIO NO NOVO CPC

**Luiz Rodrigues Wambier**

Advogado. Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UEL. Professor no programa de mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

O novo sistema processual inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015, trouxe inúmeras alterações importantes, capazes de provocar intensos debates. Sem qualquer sombra de dúvidas, um dos pontos que merece nossa observação e reflexão é o que trata da sensível ampliação do contraditório. Certamente, seus novos contornos têm a potencialidade de proporcionar profunda simplificação do sistema, com inegáveis resultados no alcance da efetividade do processo.

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

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

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

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

Inserido no mesmo contexto das garantias de acesso à justiça, igualdade e ampla defesa, o contraditório desvincula-se da noção de mera *ciência e reação* e passa a representar também a oportunidade de *plena participação* e de *efetiva influência* na formação do convencimento do órgão julgador, observando-se, ainda, a *paridade de armas*. Ou seja, deve-se dar às partes as mesmas condições para que possam influenciar a convicção judicial.<sup>2</sup> A paridade de tratamento, todavia, não pode ser meramente formal. É preciso observar se as partes estão em situação de igualdade dentro do processo, concedendo-se a elas tratamento *substancialmente* igualitário.<sup>3</sup>

1 Para Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o princípio do contraditório “também indica garantia fundamental de justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo” (*Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 79). No mesmo sentido, Leonardo Carneiro da Cunha sustenta que “o princípio do contraditório constitui uma necessidade inerente ao procedimento, ostentando a natureza de direito inviolável em todos os seus estágios e graus, como condição de paridade entre as partes. Um procedimento em que não se assegure o contraditório não é um procedimento jurisdicional; poderá ser uma sequência de atos, mas não um procedimento jurisdicional, nem mesmo um processo” (*A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 59). Ainda, no entender de Fredie Didie Jr., “o princípio do contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo. Democracia é participação, e a participação no processo opera-se pela efetivação da garantia do contraditório. O princípio do contraditório deve ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder” (*Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1, p. 81).

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

3 José Roberto dos Santos Bedaque exemplifica esse esforço do julgador: “O processo deve ser dotado de meios para promover a igualdade entre as partes. Um deles, sem dúvida, é a previsão de que o juiz participe efetivamente da produção da prova. Com tal atitude poderá evitar ele que eventuais desigualdades econômicas repercutam no resultado do processo. Essa interferência do magistrado não afeta de modo algum a liberdade das partes. Se o interesse controvertido incluir-se no rol dos chamados ‘direitos disponíveis’, permanecem elas com plenos poderes sobre a relação material, podendo, por exemplo, renunciar, desistir, transigir. Todavia, enquanto a solução estiver nas mãos do Estado, não pode o juiz contentar-se apenas com a atividade das partes. A visão do ‘Estado-social’ não admite essa posição passiva conformista, pautada por princípios essencialmente individualistas. Esse modo de analisar o fenômeno processual sobrepõe o interesse público do correto exercício da jurisdição ao interesse individual. Trata-se de visão essencialmente instrumentalista do processo. A *real igualdade* das partes no processo constitui valor a ser observado sempre, ainda que possa conflitar com outro princípio processual” (*Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 107). Prossegue (p. 117): “Ademais, quando o juiz determina a realização de

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

Em suma, contraditório quer dizer que há, para os envolvidos no processo judicial ou administrativo, direito a dialogar com quem vá decidir, com o objetivo de efetivamente influir na construção do processo mental de tomada da decisão. E esse diálogo compreende também o dever de ciência e o correspondente direito de reação, tanto no que diz respeito ao pedido inicial quanto no que se refere aos atos do procedimento que ocorram em seguida. Além do dever de dar ao réu ciência da existência da ação contra si ajuizada, deve-se dar ciência de todos os atos processuais que se seguirem a todos os envolvidos no processo, *i.e.*, partes, assistentes simples e litisconsorcial, Ministério Público etc., concedendo-lhes a oportunidade de ma-

alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, o resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente. E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo o conhecimento de que a produção de determinada prova possibilitará o esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão? Para ele não deve importar quem seja o vencedor, autor ou réu. Fundamental, porém, seja a vitória atribuída àquele que efetivamente tenha razão, isto é, àquele cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se pode falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função”. No mesmo sentido, afirma Cândido Rangel Dinamarco que: “A visão tradicionalista do processo, com exagerado apego àquela ideia de um *jogo* em que cada um esgrima com as armas que tiver, levava à crença de que o juiz, ao tomar alguma iniciativa de prova, arriscar-se-ia temerariamente a perder a *imparcialidade* para julgar depois. Tal era o fundamento do *princípio dispositivo*, naquela visão clássica segundo a qual só as partes provariam e o juiz permaneceria sempre *au-dessus de la mêlée*, simplesmente recebendo as provas que elas trouxessem, para afinal examiná-las e valorá-las. Mas a vocação solidarista do Estado moderno (...) exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável do drama judiciário, não mero figurante de uma comédia. Afinal, o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes – ele é uma instituição do Estado, não um *negócio combinado em família* (Liebman). Por tudo isso o *princípio dispositivo* vai sendo mitigado e a experiência mostra que o juiz moderno, suprimindo deficiências probatórias do processo, não se desequilibra por isso e não se torna parcial. Isso não significa que o juiz assuma paternalmente a tutela da parte negligente. O que a garantia constitucional do contraditório lhe exige é que saia de uma postura de indiferença e, percebendo a possibilidade de alguma prova que as partes não requereram, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que a prova se produza” (*Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 353)

nifestação e de produção de prova e de contraprova.

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

Esse “dever de diálogo” do juiz com as partes é enfatizado no art. 10 do CPC/2015.<sup>4</sup> Trata-se de regra que assimila o que parte da doutrina e setores da jurisprudência preconizam já há algum tempo. Prevê o dispositivo que nenhum órgão jurisdicional poderá decidir com base em fundamento de que não se tenha dado às partes conhecimento (direito à informação) e oportunidade de manifestação, mesmo que de matéria de ordem pública se trate. Ou seja, mesmo em matérias de que o juiz pode conhecer de ofício, a decisão somente poderá ocorrer posteriormente à informação para as partes e à abertura de prazo para eventual manifestação. Essa regra é novidade, pois até recentemente se considerava inexistir qualquer necessidade de o juiz oportunizar o contraditório quando de decisão relativa à matéria de ordem pública. De fato, o processo civil não deve admitir mecanismos com potencialidade de surpreender a parte e a garantia do contraditório, como barreira que permite às partes se proteger contra qualquer *decisão surpresa*, alcança inclusive as questões que possam ser conhecidas de ofício pelo juiz.<sup>5</sup>

4 Humberto Theodoro Júnior assevera que: “O contraditório, outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado” (*Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1, p. 85). Desse modo (p. 86), “o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um *diálogo entre o juiz e as partes*, garantindo ao processo ‘uma atividade verdadeiramente dialética’, em proporções que possam redundar não só em um *procedimento justo*, mas também em uma *decisão justa*, quanto possível”.

5 No mesmo sentido, Nelson Nery Junior explica que “a parte não pode ser surpreendida por decisão fundada em fatos e circunstâncias a respeito das quais não tenha tomado conhecimento (...), vale dizer, fatos que não esclareçam o porquê da decisão. Decorre diretamente da cláusula do *devido processo*, que integra o princípio do *due process of law* (art. 5º LIV), e do princípio do contraditório (CF, 5º, LV), a proteção das partes contra a *decisão surpresa*” (*Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 260). Com isso, (p. 261): “A proibição de haver *decisão surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de ‘terceira via’. Não que implique adiantamento do entendimento do juiz, pois isso seria pré-julgamento intoléravel e inconstitucional, que

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

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

Se antes o juiz assumia posição passiva em relação às partes, exige-se, agora, que ele aja ativamente

macula a imparcialidade necessária para o juiz julgar a causa. Mas o juiz, como sujeito do processo, *terceiro imparcial*, equidistante das partes, deve exercer o seu mister respeitando o direito das partes ao contraditório, a fim de que não sejam surpreendidas com decisões inesperadas, fundadas em premissas que não puderam, previamente, conhecer para tomar as medidas e precauções adequadas para o caso. Isso tem a ver, igualmente, com a boa-fé com que devem proceder os poderes públicos, agindo com transparência e imparcialidade. Tem-se reconhecido no poder-dever de o juiz dar conhecimento prévio às partes sobre a existência de questões de ordem pública, a respeito das quais poderá decidir *ex officio* – para que elas possam, querendo, tomar as medidas que entenderem adequadas –, não somente como decorrência da garantia do contraditório (proibição de decisão-surpresa), mas como limite à atividade do juiz no processo. Verificando o juiz que poderá decidir de ofício alguma questão do processo, deve propiciar às partes o conhecimento dessa situação, a fim de que os litigantes saibam da possibilidade de sobrevir decisão sobre aquelas questões, ainda que sejam matéria de ordem pública, a cujo respeito o sistema permite que o juiz decida sem que a matéria tenha sido provocada pela parte”. Alexandre Freitas Câmara confirma que: “O princípio do contraditório deve ser compreendido como uma dupla garantia (sendo que esses dois aspectos do contraditório se implicam mutuamente): a de participação com influência na formação do resultado e a de não surpresa. Em primeiro lugar, o contraditório deve ser compreendido como a garantia que têm as partes de que participarão do procedimento destinado a produzir decisões que as afetem. Em outras palavras, o resultado do processo deve ser fruto de intenso debate e da efetiva participação dos interessados, não podendo ser produzido de forma solitária pelo juiz. Não se admite que o resultado do processo seja fruto do solipsismo do juiz. Dito de outro modo: não é compatível com o modelo constitucional do processo que o juiz produza uma decisão que não seja o resultado do debate efetivado no processo. Não é por outra razão que, nos termos do art. 10 ‘o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício’. A decisão judicial, portanto, precisa ser construída a partir de um debate travado entre os sujeitos participantes do processo” (*O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 10)

para que o processo cumpra adequadamente sua função instrumental.<sup>6</sup> É possível dizer que contraditório é a garantia de que haverá, entre juiz e partes, efetiva cooperação para que o processo alcance seus próprios objetivos, dentre os quais o da efetividade da jurisdição. Embora não se possa afirmar que a cooperação integra o contraditório, pode-se dizer, sem medo de errar, que se trata de princípios “coirmãos”.

Outra inovação introduzida pelo novo Código que consagra o princípio do contraditório e que merece destaque diz respeito à metodologia de fundamentação das decisões, prevista no art. 489. Como já dito, o contraditório vai muito além do que mera *ciência e reação*. É o direito à plena participação e à efetiva influência sobre a formação do convencimento do juiz. No entanto, seria inócuo garantir às partes a oportunidade de participar e de influenciar a formação da convicção judicial se ao juiz não coubesse o dever de enfrentar todas as alegações relevantes trazidas ao processo.

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

O contraditório deve ser assegurado não so-

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

mente no processo de conhecimento e na ação de conhecimento.<sup>7</sup> No que diz respeito ao processo de execução, é dado ao devedor, por exemplo, ajuizar ação de nulidade do título ou oferecer embargos à execução. Já na ação de execução encartada no bojo do processo sincrético, oportuniza-se ao réu a apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença.

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

A primeira é a revelia. Assegurar o contraditório, em um primeiro momento, significa dar ao réu ciência da ação contra ele promovida e dar-lhe oportunidade de ser ouvido, ainda que não haja, por parte desse último, a efetiva manifestação. Há, isso sim, o dever de informar ao réu acerca das consequências da não apresentação de defesa tempestivamente. O contraditório se concretiza, nesse caso, quando o réu é citado para responder à ação e expressamente informado sobre a incidência dos efeitos da revelia caso permaneça inerte. Mas, ainda que revel, não está o réu impedido de se manifestar no processo. Conforme dispõe o parágrafo único do art. 346, o revel está autorizado a intervir no processo a qualquer momento, recebendo-o no estado em que se encontra, sendo-lhe assegurada, inclusive, a produção de contraprova (art. 349). Além disso, em relação ao revel citado por edital ou com hora certa enquanto não constituído advogado, casos em que inexiste a certeza de que o réu efetivamente tenha tido ciência da existência da ação, e também para o réu preso revel, prevê o Código que o juiz lhes nomeará curador especial (art. 72).<sup>8</sup>

O mesmo se diga em relação ao julgamento antecipado do mérito quando o réu for revel. O contraditório, nessa hipótese, já terá sido assegurado ao réu quando citado e devidamente informado das consequências que sofreria caso não respondesse tempestivamente à ação. Segundo prevê o art. 355, II, o julgamento antecipado somente acontecerá quando ocorrerem os efeitos da revelia e não houver requerimento de prova. Os efeitos da revelia não incidem, a teor do que dispõe o art. 344, quando: havendo li-

tisconsórcio passivo, algum dos réus apresentar contestação; o litígio versar sobre direitos indisponíveis; o autor não juntar instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; ou as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

No caso de improcedência liminar do pedido, dispõe o art. 332 que o juiz, nas causas que dispensem a fase instrutória, poderá julgar o pedido *independentemente da citação do réu*. Há, na doutrina, quem entenda não haver ofensa ao contraditório por tratar-se de situação em que a decisão será invariavelmente favorável ao réu e, por isso, estaria dispensada a concessão da prévia oportunidade de manifestação. Ou seja, não havendo prejuízo, não haveria que se falar em nulidade pela não oportunização do contraditório. Segundo pensamos, e esse é o entendimento que temos defendido desde o Código revogado, em comentários ao art. 285-A, não basta a inexistência de prejuízo para o réu para que o contraditório esteja cumprido, pois essa garantia consiste também no dever de informação.

Outra situação que merece destaque é a concessão de tutela de urgência ou da evidência *inaudita altera pars*. Também nesses casos não há, necessariamente, violação ao contraditório. Embora a medida seja concedida antes mesmo da citação, ao réu é concedida a oportunidade de se manifestar posteriormente, podendo, inclusive, manejar recurso de agravo contra a decisão que concedeu a tutela provisória (art. 1.015, I). O que ocorre, nesses casos, é que o contraditório é diferido, *i.e.*, postergado para um momento posterior, antes de o provimento tornar-se definitivo. Rigorosamente, o caráter provisório desse tipo de provimento também contribui para que não se caracterize ofensa ao contraditório.<sup>9</sup>

9 Sobre o tema, Nelson Nery Junior entende que: “Há, contudo, *limitação imanente* à bilateralidade da audiência no processo civil, quando a natureza e a finalidade do provimento jurisdicional almejado ensejarem a necessidade de concessão de medida liminar, *inaudita altera pars*, como é o caso da antecipação da tutela de mérito (CPC/1973 273), do provimento cautelar, das liminares (no CPC/1973) ou da tutela provisória (no CPC/2015) em ação possessória, mandado de segurança, ação popular, ação coletiva (CDC 81 par. ún.) e ação civil pública. Isto não quer significar, entretanto, violação do princípio constitucional, porquanto a parte terá oportunidade de ser ouvida, intervindo posteriormente no processo, inclusive com direito a recurso contra a medida liminar concedida sem sua participação. Neste caso, existe o contraditório, que fica *diferido*, postergado para momento posterior do procedimento. Aliás, a própria provisoriedade dessas medidas indica a possibilidade de sua modificação posterior, por interferência da manifestação da parte contrária, por exemplo. Essa limitação não fere o princípio da bilateralidade da audiência, dizíamos, porque ditada no interesse superior da justiça, dado que em certas ocasiões a ciência dos atos processuais à parte adversa e mesmo a demora na efetivação da medida solicitada poderiam resultar na ineficácia da atividade jurisdicional. Essa potencial ineficácia, se caracterizada, viria

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

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

O último dos aspectos polêmicos do contraditório que nos propomos a tratar aqui é a prova emprestada. Como regra geral, a prova deve ser produzida no bojo do processo em que foram alegados os fatos. Porém, observadas determinadas condições, autoriza-se a utilização de prova produzida em outro processo (art. 372), conduzida ao segundo processo sob a forma de prova documental, independentemente do meio de prova de que se lançou mão para a sua produção no processo de origem. Para que se considere válida a prova emprestada, exige-se que ela tenha sido regularmente produzida em processo jurisdicional com cognição igual ou superior à do processo para o qual será transportada a prova e que à parte potencialmente prejudicada por tal prova tenha sido assegurado o contraditório nesse primeiro processo. Além disso, o contraditório também deve ser observado para a admissão, nesse segundo processo, da prova emprestada. Assim sendo, ainda que a prova emprestada seja admitida por razões de economia processual, sua validade depende da verificação das garantias fundamentais, entre as quais o contraditório.<sup>10</sup>

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

Além do mais, deixando de existir decisões não antecedidas de contraditório, haverá, ao menos em tese, possibilidade de redução do volume de recursos interpostos desse tipo de decisão, em que se alega, precipuamente, violação ao contraditório. A redução de recursos por meios legítimos e que não se afastem das garantias constitucionais é desejada por todos

que esperam, com isso, maior organização e dinâmica da atividade jurisdicional.

### Bibliografia

- ALEXANDRE FREITAS CÂMARA. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO. *Instituições de Direito Processual Civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1.
- FREDIE DIDIER JR. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 1.
- HUMBERTO THEODORO JÚNIOR. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v.1.
- JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. *Poderes instrutórios do juiz*. 7. ed. São Paulo: RT, 2013.
- LEONARDO CARNEIRO DA CUNHA. *A atendibilidade dos fatos supervenientes no Processo Civil: uma análise comparativa entre o sistema português e o brasileiro*. Coimbra: Almedina, 2012.
- LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI. *Curso avançado de Processo Civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016, v. 1 e 2.
- NELSON NERY JUNIOR. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016.

ofender o princípio da paridade das partes no processo, de sorte que o *periculum in mora* autoriza a concessão da medida liminar” (*Princípios do processo na Constituição Federal*. 12. ed. São Paulo: RT, 2016, p. 276).

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

## O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SEU IMPACTO NO PROCESSO DO TRABALHO: BREVE ANÁLISE DE SEUS DISPOSITIVOS E A AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO.

### Fábio Porto Esteves

Advogado do escritório Marcus Lins e Paulo César Porto Advogados. Ex-conselheiro estadual da OAB/PE 2010 a 2015, diretor da Escola Superior da Advocacia Ruy Antunes ESA/OABPE. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Professor de graduação e pós-graduação do curso de Direito da UNISSAAU – Unidade Recife. E-mail: portoesteves@uol.com.br.

#### I - Introdução.

Entrou em vigor no Brasil, no último dia 18 de março de 2016, o Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 13 de março de 2015, com fortes impactos na comunidade jurídica e, como tal, no processo do trabalho. E sempre que um novo código entra em vigor, existem muitas expectativas sobre sua aplicação e interpretação. Com o NCPC não poderia ser diferente

É mister ressaltar, de início, que todas as vezes em que há importantes alterações no direito processual civil surgem dúvidas sobre o alcance e efeitos dessas mudanças no direito processual do trabalho, pois é sabido que o processo civil comum é o tronco principal, sobre o qual brotam os diversos ramos processuais, dentre os quais, por óbvio, o direito processual do trabalho. Que, apesar das diferenças em relação ao direito processual civil, deriva de uma mesma base jurídica/principiológica. Compartilhando os princípios constitucionais do processo, como o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a independência dos juízes

Dentro da perspectiva de aplicação do direito processual civil, respeitando-se a autonomia do direito processual do trabalho, iremos abordar brevemente algumas das mudanças introduzidas pelo novo Código de Processo Civil e suas repercussões no processo trabalhista, tendo como pano de fundo o princípio da subsidiariedade.

#### II - Autonomia do direito processual do trabalho.

A doutrina brasileira ainda discute acaloradamente acerca da autonomia científica do direito processual trabalhista, ou seja, se esse ramo da ciência do direito possui ou não princípios próprios, legislação específica que o regulamente, doutrina vasta e específica que se traduz na autonomia acadêmica. Sendo esses alguns dos requisitos necessários para se aquilatar a autonomia de um ramo do direito.

Na doutrina pátria existem duas teorias que tratam da autonomia do direito processual do trabalho em face do direito processual civil, sendo ambas patrocinadas por renomados processualistas: a teoria monista e a teoria dualista.

A teoria Monista sustenta que o direito processual é unitário, sendo formado por normas e princípios que em sua essência não diferem a tal ponto de autorizar a autonomia do direito processual do trabalho. Sob esse prisma, o direito processual do trabalho não teria princípios próprios, pois seria regido pelos princípios do direito processual comum, bem como suas leis e estruturas, constituindo-se, assim, em uma simples subespécie do direito processual civil.

Entre os autores brasileiros, podemos destacar, dentre outros, a posição de Valentin Carrion, para quem:

*“O direito processual se subdivide em processual penal e processual civil (em sentido lato, ou não penal). As subespécies deste são o processual tra-*

balhista, processual eleitoral etc. Todas as subespécies do direito processual civil se caracterizam por terem em comum a teoria geral do processo; separam-se dos respectivos direitos materiais (direito civil, direito do trabalho etc.) porque seus princípios e institutos são diversos. São direitos instrumentais que, eles sim, possuem os mesmos princípios e estudam os mesmos institutos. Os princípios de todos os ramos do direito não penal são os mesmos (celeridade, oralidade, simplicidade, instrumentalidade, publicidade etc.), e os institutos também (relação jurídica processual, revelia, confissão, coisa julgada, execução definitiva etc.). Assim, do ponto de vista jurídico, a afinidade do direito processual do trabalho com o direito processual comum (civil, em sentido lato) e muito maior (de filho para pai) do que com o direito do trabalho (que é objeto de sua aplicação). Assim acontece com o cirurgião de estômago, cuja formação principal pertence a clínica cirúrgica, mais do que a clínica médica, que estuda o funcionamento e tratamento farmacológico daquele órgão, isso leva a conclusão de que o direito processual do trabalho não é autônomo com referência ao processual civil e não surge do direito material laboral. O direito processual do trabalho não possui princípio próprio algum, pois todos os que o norteiam são do processo civil (oralidade, celeridade, etc.); apenas deu (ou pretendeu dar) a alguns deles maior ênfase e relevo.” (CARRION, 2011, p. )

Coaduna com esse mesmo posicionamento Jorge Luiz Souto Maior (1998, p. 25):

“Verifica-se que o processo do trabalho possui, realmente, características especiais, mas que são ditadas pelas peculiaridades do direito material que ele instrumentaliza. Esses pressupostos de instrumentalização, especialização, simplificação, voltados para efetividade da técnica processual, são encontrados - e bastante desenvolvidos - na teoria geral do processo civil, razão pela qual, no fundo, há de se reconhecer a unicidade do processo.”

Por outro lado, a teoria dualista, atualmente majoritária na doutrina, afirma haver autonomia do

direito processual do trabalho em face do direito processual comum, tendo em vista que o primeiro possui corpo legal próprio, insculpido na Consolidação das Leis do Trabalho, bem como, encerra princípios próprios que o particularizam em relação ao direito processo civil.

Nesse diapasão, argumenta José Augusto Rodrigues Pinto (apud SARAIVA, 2011, p. 28):

*Os caminhos para a autonomia do Direito Processual do Trabalho, em face do processo comum, não poderiam ser diversos dos seguidos por todos os ramos que obtiveram sua identidade própria, dentro da unidade científica do Direito. Foram por ele observados os estágios clássicos da formação de princípios e doutrina peculiares, legislação típica e aplicação didática regular. Todos esses estágios estão cumpridos, no Brasil, sucessivamente, pelo Direito Processual do Trabalho. Acha-se ele sustentado por princípios peculiares, ainda que harmonizados com os gerais do processo, por ampla construção doutrinária, que se retrata em consistente, e por um sistema legal característico, incluindo-se, além do mais, nos currículos de graduação em Direito, na condição de disciplina nuclear. Aduza-se, ainda, a observação de Coqueijo Costa sobre ter “juiz próprio”, ou seja, jurisdição especial, o que nem chega a ocorrer em todos os países do mundo ocidental industrializado.”*

Nesse mesmo sentido, Sergio Pinto Martins (2004, p. 62), para embasar sua aderência à teoria dualista, aponta como traslado de autonomia do direito processual do trabalho, o instituto da substituição processual, através da qual os sindicatos atuam em nome próprio defendendo direito alheio, não havendo norma semelhante no direito processual comum. Sendo, portanto, bastante peculiar ao processo do trabalho.

Por fim, trazemos à baila o entendimento do jus processualista Mauro Schiavi (2016, p. 122) que sustenta que, embora o processo do trabalho esteja mais próximo, a cada dia, do direito processo civil e, por consequência, receba os impactos dos Princípios Constitucionais do Processo, “não há como se deixar de reconhecer alguns princípios peculiares do Direito Processual do Trabalho os quais lhe dão autonomia e o distinguem do Direito Processual

Comum”.

Conclui o supracitado o autor, para justificar a autonomia do direito processual do trabalho, afirmando aduz:

*“Também milita em prol da autonomia do Direito Processual do Trabalho, o Brasil possuir um ramo especializado do judiciário para dirimir as lides trabalhistas, uma legislação própria que disciplina o Processo do Trabalho (CLT, Lei n. 5.584/70 e Lei n. 7.701/88), um objeto próprio de estudo e vasta bibliografia sobre a matéria.”*

Portanto, diante dos argumentos acima confeccionados, entendemos ser o Direito Processual do Trabalho ramo autônomo da ciência jurídica, pois detém princípios, atributos e propriedades próprios a lhe garantir tal autonomia em relação ao Direito Processual Civil.

### III – Do princípio da subsidiariedade.

Em que pese a defesa da autonomia do Direito Processual do Trabalho alhures feita, percebemos nitidamente a importância e influência do processo civil, quando o artigo 769 da CLT determina que o processo comum será fonte subsidiária do processo do trabalho – trata-se do princípio da subsidiariedade. *In textus*:

*Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.*

O princípio da subsidiariedade autoriza a aplicação das normas do direito processual comum no processo do trabalho, como forma de suprir as lacunas do sistema processual trabalhista e proporcionar aos jurisdicionados e operadores do direito uma melhor prestação da tutela jurisdicional, bem como, aperfeiçoar a efetividade do processo trabalhista.

No processo de conhecimento, de acordo com o art. 769 da CLT acima transcrito, o direito processual comum é fonte do direito processual do trabalho. Já na fase de execução, determina o artigo 889 da mesma CLT que, em havendo omissão da legislação consolidada, o interprete deverá aplicar a Lei de

Execução Fiscal (Lei 6.830/1980) e, só após, o Código de Processo Civil.

Entretanto, da análise do texto contido no artigo 769, supra, devemos atentar que a aplicação subsidiária do direito processual civil se dará apenas nos casos de omissão da Consolidação das Leis do Trabalho, e houver compatibilidade com os princípios que regem o processo do trabalho, notadamente o princípio da proteção e do acesso à justiça pelo trabalhador, que também orienta o processo trabalhista.

Como bem explica Eduardo Gabriel Saad:

*“Nas remissões ao Código de Processo Civil, é mister sempre ter presentes o espírito que anima toda a legislação trabalhista e as peculiaridades do processo laboral. Quando e onde se verificar o choque entre as prescrições do processo civil e aqueles dois aspectos da nossa matéria, cessa a subsidiariedade de que trata o artigo sob análise. A prevalência da norma trabalhista sobre a norma adjetiva comum pressupõe que a primeira é mais favorável ao trabalhador.”*

Por sua vez, o NCPC determinou em seu art. 15 que na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente, sendo tal dispositivo uma inovação legislativa do atual Código de Ritos.

*Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*

De acordo com a definição dada pelo Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2001, p. 2628), o adjetivo “supletivo” significa “que completa ou serve de complemento”, “encher de novo, suprir”, por sua vez o vocábulo “subsidiário” quer dizer “que auxilia”, “que ajuda”, “que socorre”, “que contribui”.

A princípio, e em que pese posicionamentos em contrário, entendemos não haver contradição entre o mencionado artigo 15 do NCPC e a norma insculpida no artigo 769 da CLT, tendo em vista se

tratar o Código de Ritos uma lei geral, que em face de sua natureza generalista e ampla, não pode derogar a autoridade de lei especial vigente, tendo em vista a determinação do § 2º do art. 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Deverá, ao revés, complementar e subsidiar as normas do direito processual do trabalho. É o que se infere da leitura do acima mencionado artigo 15 do CPC de 2015, conclusão a que chegamos, inclusive, através da análise do sentido dos adjetivos contidos no dispositivo legal em comento.

Portanto, sustentamos o NCPC se aplica ao processo do trabalho de maneira supletiva e subsidiariamente, quando houver omissão da legislação processual trabalhista, e verificada sua correspondência e similitude com os princípios e peculiaridades inerentes ao processo do trabalho.

#### IV – Das lacunas no direito.

Antes de adentrarmos na análise da aplicação e alcance do novo Código de Processo Civil no direito processual trabalhista, faz-se necessária uma breve exposição do fenômeno da lacuna no direito, cuja existência remonta ao fato da incompletude do sistema jurídico legal, bem como, ao grande dinamismo que se caracteriza a vida em sociedade.

Acerca da multiplicidade dos conflitos existentes na sociedade sociais, assim como da dinâmica do próprio direito, Karl Engisch assim nos ensina:

*“Na minha opinião, na determinação das ‘lacunas’ não nos podemos efectivamente ater apenas à vontade do legislador histórico. A mudança das concepções de vida pode fazer surgir lacunas que anteriormente não haviam sido notadas e que temos de considerar como ‘lacunas jurídico-políticas.’” (Introdução ao pensamento jurídico. 10. ed. Tradução de: J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 286-287.)*

A propósito das lacunas no direito, a respeitada professora Maria Helena Diniz assim leciona: (Compêndio de introdução à ciência do direito, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 437) que são três as principais espécies de lacunas: 1ª) normativa, quando há ausência de norma sobre determinado caso; 2ª) ontológica, há norma, mas ela não corresponde aos

fatos sociais. É o que ocorre, v. g., quando o grande desenvolvimento das relações sociais e o progresso acarretarem o anquilosamento da norma positiva; 3ª) axiológica, existe a norma, mas ela se revela injusta, isto é, existe um preceito normativo, mas se for aplicado, a solução do caso será insatisfatória ou injusta.

Também sobre as lacunas existentes no direito, o processualista Luciano Athayde Chaves assim se pronunciou:

*“Precisamos avançar na teoria das lacunas do direito (quer sejam estas de natureza normativa, axiológica ou ontológica), a fim de reconhecer como incompleto o microsistema processual trabalhista (ou qualquer outro) quando - ainda que disponha de regramento sobre determinado instituto - este não apresenta fôlego para o enfrentamento das demandas contemporâneas, carecendo da supletividade de outros sistemas que apresentem institutos mais modernos e eficientes” (CHAVES, Luciano Athayde. A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho. São Paulo: LTr, 2006, p. 28-29).*

No momento em que o interprete do direito vai exercer a sua atividade jurisdicional, e se depara com a incompletude do sistema, ou seja, não encontra na legislação especial, um dispositivo legal que que solucione e pacifique o caso concreto, estaremos diante de uma lacuna do direito.

Nesse sentir, podemos concluir que no momento que o julgador ao não conseguir solucionar o caso concreto através da aplicação da norma processual trabalhista, deverá servir-se do direito processual comum para a solução do conflito individual ou mesmo coletivo colado à apreciação do Judiciário, posto que não pode eximir-se de sentenciar pela suposta inexistência de direito.

#### V – Visão panorâmica de alguns artigos do NCPC e sua aplicação no processo do trabalho.

Conforme já acima explanado, a temática da aplicação do direito processual comum no direito processual do trabalho não é nova, embora

tenha ganho maiores contornos, com o advento da regra insculpida no supracitado artigo 15 do NCPC, que significa dizer que tal diploma legal será aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho quando a CLT não disciplinar determinado instituto processual, havendo assim lacunas na legislação trabalhista, como por exemplo: as tutelas provisórias de urgência e evidência, a ação rescisória; a ação de consignação em pagamento, ordem preferencial de penhora, hipóteses legais de impenhorabilidade, etc.; e supletivamente quando, muito embora a CLT disciplinar o instituto processual, não o fizer de forma completa. Pode-se elencar os seguintes exemplos de aplicação supletiva: as hipóteses de impedimento e suspeição do Juiz que são mais completas no CPC, ainda que a CLT as mencione em seu artigo 802 (apenas casos de suspeição), o ônus da prova previsto no CPC, pois o artigo 818, da CLT é muito resumido e não trata do ônus dinâmico da prova como o fez o art. 373, §1º do NCPC.

Entretanto, a questão das lacunas da CLT quanto as regras processuais e a consequente aplicação do direito processual comum –notadamente o CPC, sempre foi polêmica e bastante discutida na doutrina trabalhista, gerando muita controvérsia entre os jus trabalhistas, que se dividem basicamente em duas correntes doutrinárias: a corrente restritiva que defende a possibilidade de aplicação do CPC apenas quando houver omissão da legislação processual trabalhista. A outra corrente doutrinária, denominada de evolutiva, sistemática ou ampliativa: permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo do trabalho quando houver as lacunas ontológicas e axiológicas da legislação processual trabalhista, ou seja, quando as normas processuais contidas na CLT não mais se adequarem aos fatos sociais ou ainda foram injustas ou insatisfatórias ao se aplicar no caso concreto. (LEITE, 2015)

Após uma breve introdução ao tema da subsidiariedade e supletividade da aplicação do Novo Código de Processo Civil ao direito processual do trabalho, mais especificamente, à Consolidação das Leis do Trabalho, passando pelo tema das lacunas no direito, iremos a seguir analisar alguns dispositivos e regras contidas no NCPC que deverão ser utilizadas no processo trabalhista e outras regras aparentemente incompatíveis.

O primeiro artigo que iremos comentar, trata da mudança da contagem de prazo no NCPC. No Processo do Trabalho a CLT, expressamente, prevê regra quanto à contagem de prazo, pois o art. 775 vaticina que os prazos são contínuos e irrelevantes, não havendo suspensão em sábados e domingos,

como determina o art. 219 do NCPC, por isso, essa mudança de prazos, contados apenas em dias úteis, não poderá aplicada ao processo do trabalho, por haver previsão expressa na CLT e ir de encontro ao princípio da celeridade do processo.

Outra inovação trazida pelo Código de Processo de civil de 2015, elencado em seu artigo 459, diz respeito à possibilidade de as perguntas serem formuladas pelas partes diretamente à testemunha, sendo permitido que os advogados possam fazer as perguntas em primeiro lugar, sem a intermediação do juiz. Entendemos, porém, que tal alteração seja incompatível com as regras previstas na CLT, notadamente àquela contida no artigo 820, que determina serem as partes e testemunhas inquiridas pelo juiz, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento das partes ou de seus representantes e advogados. Trata-se do princípio da imediação.

A incompatibilidade do artigo 459 do NCPC com o artigo 820 da CLT supracitados, surge da maior celeridade do processo do trabalho em relação ao processo civil, sendo certo que a inquirição direta das testemunhas pelas partes, sem a mediação do juízo, tornaria mais delongada a audiência de instrução e julgamento, acarretando uma diminuição na pauta de audiências, indo ao encontro do princípio da razoável duração do processo.

A citação do réu com antecedência mínima de pelo menos 20 (vinte) dias da audiência de conciliação ou de mediação, nos moldes da previsão contida no art. 334 do CPC de 2015, se mostra inaplicável no processo do trabalho, pois a CLT expressamente determina que a notificação da parte se dará no prazo mínimo de 5 (cinco) dias a contar da realização da audiência. É a regra contida no art. 841 consolidado. Portanto, não há omissão legislativa da CLT a autorizar aplicação do CPC de 2015 no processo do trabalho.

Merece destaque, também, no nosso entender, a mudança introduzida pelo §3º do art. 1010 do NCPC quanto ao juízo de admissibilidade da apelação, que foi retirado do juiz de primeiro grau, sendo exercido exclusivamente pelo Tribunal. Extinguindo dessa forma, o duplo juízo de admissibilidade recursal.

Há clara incompatibilidade com o procedimento adotado no processo do trabalho o que impede sua aplicação. Senão vejamos. A alínea “b” do

art., 897 da CLT prevê que cabe “agravo de instrumento, dos despachos que denegarem a interposição de recursos”, enquanto que o §2º do art. 897 da CLT por sua vez determina que poderá ser interposto “Agravo de instrumento contra despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução.”

Conforme se depreende dos dispositivos legais contidos na CLT, acima transcritos, no processo do trabalho possui o agravo de instrumento a única função de atacar decisão do juízo *a quo* que denegou seguimento a recurso, tendo feito o juízo de admissibilidade negativo. Caso fosse incorporada pelo processo do trabalho a regra prevista no §3º do art. 1010 e do § único do art. 1030 do novo CPC, resultaria na própria extinção do agravo de instrumento trabalhista. Portanto, tal regra não deverá ser aplicada no direito processual do trabalho, pois vai de encontro a sua lógica procedimental e específica.

No mesmo sentido entendeu o Tribunal Superior do Trabalho, quando editou a Instrução Normativa nº 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. Em seu art. 2º a IN elenca quais são os artigos que não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade. Dentre outros, afirma que art. 1010, § 3º em comento não será recepcionado pela CLT.

Quanto as regras do NCPC compatíveis com o processo do trabalho, em uma visão panorâmica – objetivo do presente artigo – podemos elencar as seguintes:

Inovou o Código de Processo Civil de 2015 ao permitir apresentar as respostas do réu em peça única, contendo a alegação de incompetência absoluta e relativa (art. 64), a reconvenção (art.343), a impugnação do valor da causa em uma única peça processual, denominada de contestação. É o que depreende da leitura dos artigos 336, 337 e seguintes do NCPC.

Ocorre, que a concentração de todos os meios de defesa em peça única, reunindo na contestação todas as alegações do réu, incluindo as preliminares de incompetência e a reconvenção, é há muito aceita no processo do trabalho, tendo em vista os princípios da simplicidade, da celeridade autorizarem tal medida. Devendo, por isso, ser perfeitamente aplicável no pro-

cesso do trabalho tal mudança.

O art. 373, §1º do NCPC, por sua vez, que terá o ônus de fazer prova das alegações contidas nos autos, aquele que estiver em melhores condições no processo de fazê-lo. Cabendo ao juiz, em decisão fundamentada, a inversão do ônus da prova, diante da hipossuficiência técnica ou financeira de uma das partes. Trata-se da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova ou da aptidão para a prova, que se contrapõe a visão estática da distribuição de tal ônus.

A inovação em comento tem perfeita compatibilidade com os preceitos do processo do trabalho, já sendo aplicada na Justiça do Trabalho, por privilegiar a efetividade e celeridade do processo, e condizer com o princípio da proteção ao trabalhador – a parte mais frágil da relação processual.

Outra inovação do NCPC que merece destaque, ainda que não seja uma absoluta novidade pois o CPC de 1973 tratava parcialmente sobre o assunto, é a uniformização e estabilidade da jurisprudência, prevista no art. 926 e 927 do CPC de 2015.

É sabido que a estabilização e uniformização da jurisprudência pelos tribunais traz um conceito de segurança jurídica à sociedade como um todo, pois os julgados dispares tendem a desaparecer, ou, ao menos, diminuir bastante, fazendo, também, com que o número de demandas em tramitação nos tribunais seja reduzido.

Muito bem explica a importância do tema, o professor Nelson Nery Júnior (NERY. 2015): “O imaginário jurídico nacional carrega em si a tendência a simplificar a aplicação do direito mediante a colação de decisões em mesmo sentido e os compêndios de jurisprudência.”

Em relação ao preceito em comento, o processo do trabalho já havia se adiantado e regulamentado a matéria, através da Lei 13.015, de 2014. O que faz ser perfeitamente compatível com o direito processual do trabalho, as regras determinadas nos artigos 926 e 927.

Também merece destaque a instituição pela nova lei 13.105/2015 o incidente de descon sideração da personalidade jurídica. Previsto no art. 133 do NCPC, o incidente será instaurado a requerimento da parte ou representante do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, salvo no caso de a exordial requerer desde o início a citação do sócio (§2º, do art. 134 do NCPC). Determina o art. 134 do

NCPC que tal incidente é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e até na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou a pessoa jurídica deverá ser citada para se manifestar e requerer a produção das provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias. Por expressa determinação do art. 136, o incidente em tela será resolvido por decisão interlocutória.

Entendemos ser perfeitamente compatível com o processo do trabalho, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Não poderia o trabalhador ficar impossibilitado de perceber seus créditos, pelo uso indevido da pessoa jurídica para prejudica-lo. Ademais é mister ressaltar que, como de óbvio, o processo do trabalho prestigia a ampla defesa, o contraditório e o devido legal, que foram respeitados pelo NCCPC quando instituído os aspectos procedimentais do incidente.

Também nesse mesmo sentido entendeu o Tribunal Superior do Trabalho, pois Instrução Normativa nº 39 em seu art. 6º entendeu aplicável ao processo do trabalho, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica

## VI – Conclusão.

O novo Código de Processo Civil trouxe diversas inovações que buscam dar maior efetividade e eficácia a prestação da tutela jurisdicional, devendo ser celebrado por isso e aplicado, naquilo que for possível, ao processo do trabalho, tendo em vista que o propósito do direito processual deverá ser sempre a entrega da tutela jurisdicional da maneira mais eficiente, rápida e justa possível; fundado na garantia constitucional da razoável duração do processo e nos princípios que informam o direito material e processual do trabalho.

As alterações procedidas pelo NCPC representam um grande avanço no sentido da garantia da efetividade do processo. Por conseguinte, a doutrina e a jurisprudência majoritárias defendem a sua aplicação no processo do trabalho. E não divergimos quanto à importância do NCPC para suprir as lacunas normativas, ontológicas bem como as axiológicas do processo do trabalho; sempre mantendo a autonomia científica do direito processual do trabalho, por seus próprios métodos e princípios.

Procuramos apontar em nosso estudo apenas algumas, das inúmeras, mudanças introduzidas pelo CPC de 2015 e seus impactos no direito processual do trabalho, sendo certo que o desafio para os processualistas será grande no sentido de integrar as normas do NCPC ao processo do trabalho.

Recife, junho de 2016.

## VII – Referências.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 18 março. 2016.

CARRION, Valentin. *Comentários à CLT*. 40ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2015.

CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum: reflexos no direito judiciário do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 28-29)

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

DIDER JR., Fred. PEIXOTO, Ravi. *Novo Código de Processo Civil. Estudo comparativo com o Código de 1973*. Salvador. Ed. Juspodium. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução à Ciência do Direito**, p. 145.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT Comentada*. 37ª ed. São Paulo. LTR. 2004.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. Ed. São Paulo. Método. 2014.

SCHIAVI, Mauro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 10. Ed. São Paulo. Método. 2015.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Direito processual do trabalho: efetividade, acesso à justiça, procedimento oral*. São Paulo: LTr, 1998.

# O RECONHECIMENTO DA AUTONOMIA DO SUJEITO E TRANSFORMAÇÕES DO PAPEL DO ESTADO NA GESTÃO DOS LITÍGIOS: DO SISTEMA MULTI-PORTAS À MEDIAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

## Rosa Maria Freitas do Nascimento

Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD/UFPE, professora da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, advogada da Prefeitura Municipal do Cabo de santo Agostinho, profrosafreitasadv@gmail.com

## Rafael Alves de Luna

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). rafael\_alves\_luna@hotmail.com

## Gabriela Suele Carneiro de Oliveira

Acadêmica em Direito pela Faculdade Joaquim Nabuco. gabi\_suele@hotmail.com

### Introdução

Nos dias atuais, o Brasil conta com mais de 100 milhões de processos em tramitação, o que significa que há mais de um processo para cada dois brasileiros, tornando a máquina estatal de resolução de conflitos completamente inchada, ineficiente e por muitas vezes inoperante e tardia em dar uma resposta eficaz.

As reais causas deste fenômeno são várias, como por exemplo, a ineficiência da burocracia estatal, excesso de litigiosidade, dentre outros. As causas deste grave problema daria tema a vários escritos, mas, este ensaio se propõe a, além de repensar o caminho estatal da resolução dos conflitos, tratar da mediação sob a égide do Novo Código de Processo Civil.

Considera-se que o direito social à jurisdição, como os demais serviços públicos, tem uma natureza prestacional, e que foi incluído entre as atribuições estatais a partir da ideologia do Estado Social. Tal garantia foi elevada a direito/garantia fundamental pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu art. 5º, XXXV, onde se dita que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Com a crise do Estado Social, muitos dos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado foram transferidos para entes privados e semi público (como ocorre nas atividades do chamado terceiro setor). Argumentam seus defensores que a máquina estatal não consegue prestar de forma eficiente e com qualidade tais bens simbólicos. Desta feita, ocorreu-

-se a mitigação do fornecimento de serviços, através de, por exemplo, concessões, permissões, dentre outras formas de descentralização administrativa. Assim, considera-se pertinente a indagação: por qual motivo não se pode considerar a mitigação do fornecimento do serviço de solução de conflitos? Seja por razões econômicas e ou políticas, o fato é que o Estado resolveu partilhar com outros atores sociais a função de gestor dos conflitos sociais.

Com tal espírito, o legislador do Código de Processo Civil faz o reconhecimento de uma nova dinâmica de resolução dos conflitos, em que o Estado continua sendo o principal ator e coordenador, mas definitivamente deixou de ser o único.

A nova ideia trazida pelo Código, fruto de um processo histórico de formação traz uma maior independência aos novos atores sociais - reais utilizadores do serviço - que poderiam utilizar outros caminhos para resolver os conflitos, passando o Judiciário a ser a *ultima ratio*.

Com essa ideia de desestatização da atividade jurisdicional a fim de manter a fluidez da máquina pública, surge, no Brasil, com maior ênfase a adoção do sistema multiportas ou multi-door system, presente na Resolução n.º 125 do CNJ e confirmada na dinâmica de incentivo aos modelos 'alternativos' de resolução de conflitos presente do Código de Processo Civil, atualmente em vigor. O termo cunhado pelo professor americano Frank Sander<sup>1</sup>, na década de 70, para o

1 Professor Frank Sander is a leading expert on alternative

qual as portas da justiça seriam muitas. Tal sistema se baseia na ideia de que os conflitos podem ser resolvidos de múltiplas formas, devendo ser usados os meios mais adequados, não necessariamente precisando da atividade adjudicatória estatal.

Tal modelo é essencialmente liberal ao deixar ao livre arbítrio do indivíduo a escolha de qual porta da Justiça deseja adentrar. O fundamento deste modelo é que o indivíduo tem autonomia para escolher, entre as opções disponíveis, o mecanismo de gestão de conflitos que considere mais ‘adequado’ para resolver uma eventual controvérsia em que ele esteja envolvido (SANDER, 1979).

Diante dessa “abertura” de novas portas, uma mereceu a especial atenção: a mediação. Chamou atenção pois agora além de se devidamente regulada pelo código, tornou um procedimento que representa um verdadeiro filtro que precede a atuação do juiz. Diz-se isso devido ao novo tratamento da questão, como por exemplo, a obrigatoriedade da realização de audiência de mediação, só podendo ser dispensada em algumas hipóteses, e a contagem de prazo para apresentação de contestação só passando a correr após a realização da audiência.

### 1. (Des)necessidade do Estado mediador dos conflitos: ‘privatizar’ a justiça, desconcentração e redes de poder

O Estado é uma instituição fundamental para a existência do capitalismo e definidor das relações entre os indivíduos e as instituições na sociedade moderna. Como organização política, sua instituição pressupõe configurações de discursos para viabilizar a rede simbólica, que selecionam os bens jurídicos aptos à proteção e define os elementos de identidade capazes de alimentar sua própria existência.

Uma relação entre a instituição e o simbólico se desenvolve como imaginários e afasta da real percepção de seus significados, assim:

*Uma organização dada da economia, um sistema de direito, um poder instituído, uma religião, existem socialmente como sistemas simbólicos sancionados. Elas consistem em ligar a símbolos (a significantes) significados (representações, ordens, injunções, incitações para fazer ou não fazer,*

methods of dispute resolution and is one of the pioneers of the field. Among other innovations, one of his early papers put forth the idea of the “Multi-Door Courthouse,” a court system that helps direct disputants to the most appropriate route to resolution. Multi-Door Courthouse systems are presently in use in the United States in Colorado, Georgia, Massachusetts, Texas, and Washington D.C., among other places, and internationally in Nigeria and Singapore.

*consequências, - significações no sentido amplo do termo) e fazê-los valer como tais, ou seja, a tornar esta ligação mais ou menos forçosa para a sociedade ou o grupo considerado (CASTORIADIS, 1982, p. 142).*

O Estado Moderno como construção imaginária da sociedade, utiliza-se de símbolos, dentre eles a existência de três elementos, segundo a maior parte da doutrina política, sendo um lugar comum presente nos manuais de teoria do Estado: povo, território e governo/soberania (AFTALION, 1974).

Esta formação do Estado Liberal se consolida, reestruturando-se a partir do início do século XX, através do Estado de Bem-Estar-Social, ou Estado Burguês-Nacional, significa uma época de crescente centralização política, de proteção à propriedade privada, e principalmente, no plano jurídico, à existência da ordem burguesa centrada na Constituição.

Houve a expansão do Estado para o domínio de todo o território, levando até os mais distantes pontos, os sistemas de potestade através da jurisdição, bem como a penetração vertical sobre as vivências, com a regulamentação da vida privada e dos conflitos sociais das mais diversas ordens e naturezas. A importância de fixar as limitações geográficas girava em torno da circulação da moeda e da proteção do Estado pelos contingentes militares, institucionais, que se formavam, além de sua importância do prisma jurídico e fiscal. Para a teoria política e a ideologia equivalente, como presente em Carré de Malberg, território consistiria: “Una relación de vinculación nacional no puede adquirir consistencia más que entre hombres que están en contacto por el hecho mismo de su convivencia permanente sobre uno ou más que territorios comunes. El territorio es, pues, uno de los elementos que permiten que la nación realice su unidad” (MALBERG, 1998, p. 22).

A importância do território está ligada a jurisdição do Estado na aplicação do direito. É muito mais uma relação de poder, de distribuição e de controle dos recursos econômicos, materiais e humanos, do que um conceito idealizador. Assim,

*O território se forma a partir do espaço, é uma ação conduzida por um ato sintagmático (ator que realiza um programa) a qualquer nível. Ao se apropriar do espaço concreta ou abstratamente (por exemplo, pela representação), o ator ‘territorializa’ o espaço... O território, nessa perspectiva, é um espaço onde se projetou um trabalho, seja energia e informação, e, por consequência, revela relações marcadas pelo poder. O espaço é a “prisão original”, o território é a prisão que os homens*

*constroem para si (RAFFESTIN, 1996, p. 51).*

O território não é assim um espaço físico e quantitativo, mas, acima de tudo, um espaço abstrato e simbólico. Não é um poder sobre os bens, as casas e a natureza, mas sobre as vidas que nelas habitam. Os sistemas de poder instituídos, dentre eles o jurídico, gerem a vida dos indivíduos e lhe garantem um mínimo de ‘segurança’ e ‘previsibilidade’.

Obviamente, para que uma organização social e política possa ter penetração e domínio sobre determinado espaço (no caso, o território) e sobre determinada comunidade de referência (ou seja, um povo) precisa usar dos instrumentos de crença e controle social. Num sistema de legitimação racional e legal, dentre os variados meios de controle social, o direito e as instituições jurídicas são importante elementos e meios de penetração dos discursos de poder e meio de se exercer o poder sobre as pessoas e coisas que se assentam num território. A crença fundamental na racionalidade das instituições é uma dessas determinantes formas de afirmação do simbólico na sociedade.

Um dos primeiros teóricos a tratar e propor expressivamente o modelo de funcionamento político-administrativo, centrado na lei e a na isonomia, foi Max Weber baseado no sistema de organização racional e burocrática (OFFE, 1996, p. 7). Isso constituiu o processo de afastamento do Estado Absoluto, irracional e desburocratizado, para um processo crescente de complexidade e de burocracia, caracterizador do Estado democrático de direito. O desdobramento político necessário é a percepção da igualdade perante a lei, a impessoalidade pública e a gestão transparente do Estado. Como democratização das ‘utilidades’ estatais, o ‘acesso à justiça’ (CAPELLETTI; GARTH, 2002) é uma expressão sintomática da ‘oferta’ dos bens da civilização para parcela da sociedade que não era contemplada pela máquina estatal (a não ser através do sistema repressor, o policial).

Assim, no Brasil, ao longo dos anos, houve a ampliação do Poder Judiciário para atender a demanda dos jurisdicionados. O Poder Judiciário e os segmentos estatais que o acompanham como Defensorias, Ministérios Públicos e a advocacia, foram organizados para atender à demanda ampliada para a prestação do serviço. Usa-se o termo serviço público, porque nada mais é que um serviço, sendo que a cidadania no Estado Social passa necessariamente pelo ‘acesso’ aos serviços públicos. Isso é tão sintomático no quadro brasileiro que em 1995 foi editada a Lei n.º 9.099/95 para as causas de menor complexidade e com o rito

processual menos formalístico e mais rápido. O ‘acesso à justiça’ é um elemento de legitimação do Estado, também é por consequência um representativo da ampliação da rede e dos discursos de poder, mesmo que o acesso à justiça seja mais simbólico que fático (NEVES, 2000)<sup>2</sup>. Houve, assim, a ideia que as disputas poderiam ser habilmente resolvidas pelo poder judiciário, e que se mostrou com o tempo impossível. Poderia dizer que as variáveis demanda/oferta da jurisdição crescem em velocidades incompatíveis.

A gestão da justiça pelo sistema jurídico é um dos meios de afirmação da soberania estatal<sup>3</sup>, que se autojustifica pela aparente neutralidade de seu discurso e pela distância figurativa de seus gestores em face das demais camadas da sociedade. Como afirmação de uma ordem de poder que se faz soberana, por isso superior e única. Todos os setores da sociedade são colonizados pela interferência do sistema (direito e poder) no mundo da vida, o que impediria a comunicação eficaz e aberta entre os autores sociais (HABERMAS, 1987).

Quanto às funções de administração jurisdicional, em que se dá a passagem do direito abstrato ao caso concreto, com escopo de pacificação social, no Estado de Direito, a independência orgânica interna e externa, sem prejuízo da hierarquia, pressupõe a existência de um aparelho jurisdicional com capacidade de intervir validamente nos outros sistemas sociais. A necessidade de auto-referenciação do sistema normativo, pela capacidade de gerir os conflitos externos a partir de referências externas, sem a interferência dos outros sistemas parciais (economia, política...), seria decorrente do processo social de aumento de complexidade (LUHMANN, 1998). Porém, o que é perceptível é que nesse processo de ‘maturação’ e ‘diferenciação’ do direito em face dos demais sistemas sociais, houve um processo de ‘usurpação’ da linguagem ordinária por uma linguagem essencial hermética, em que o indivíduo perde a capacidade de se comunicar

<sup>2</sup> Utiliza-se o termo simbólico na acepção utilizada por Neves, assim, o simbólico cumpre a função de oferta a ‘falsa’ percepção subjetiva por parte dos sujeitos de referência que lhe seriam dados os bens civilizacionais, mesmo que de fato, sua realização seja precária.

<sup>3</sup> Sinteticamente, podem ocorrer três relações entre a soberania e o direito; (a) soberania limitada, para os quais a lei é uma ordem justa que limita a ação arbitrária do Estado sobre o povo, esta é a concepção da doutrina clássica de direito natural racional ou divino – Locke e Radbruch; (b) soberania absoluta, segundo a qual lei é a ordem que fundamenta o Estado e que se sobrepõe a vontade individual, advém do ‘príncipe’ ou do ‘povo’ – Hobbes e Rousseau; e (c) soberania arbitrária, para a lei é o capricho do mais forte, rei ou povo – Austin e Tocqueville. Obviamente todos os três significados comportam seus usos, no caso, considera-se mais adequado o termo no sentido de Hobbes e Rousseau, em que a vontade estatal se sobrepõe a individual.

sendo legitimadas as formas sociais privilegiadas pela técnica e pelo técnicos.

No conjunto de suas transformações históricas o Estado Moderno vivenciou um processo de acumulação e reestruturação de funções, de participação social e de mediação de conflitos. Como também assumiu importantes funções no plano econômico. Seria o aumento e a modificação cultural das necessidades<sup>4</sup>, representadas pelo conjunto de bens que uma sociedade considera apto a lhe ofertar uma vida digna, dentre aqueles 'oportunos' a serem concedidos.

Ao longo processo de acumulação de funções, o Estado, além das atividades militares, de unificação monetária, legislativa e jurisdicional, somaram-se outras como a crescente tributação e a criação do aparelho de pacificação social e carcerária em maiores dimensões. Se por um lado, a sociedade exige mais serviços prestados, já que as necessidades humanas tendem ao infinito, por outro, as possibilidades de custeio são limitadas, e seu aumento, como imposição patrimonial e vinculada, não é uma decisão bem aceita pela sociedade (NABAIS, 2016).

Obviamente, o que entre o Estado tem caracterizadas um conjunto de funções, classificáveis como típicas e atípicas. Para Fukuyama (2005), o que pode em dado momento está próximo a um dos eixos, depende do momento histórico e a conjuntura social, econômica e política que lhe ser de suporte. O que caracteriza um Estado forte é a sua capacidade de executar bem suas funções, enquanto um fraco, não teria a capacidade de manter a lei e a ordem. O Estado fraco seria um Estado com baixa capacidade execução. Seria ingênuo e incoerente imaginar que as funções estatais teriam razões ontológicas para existir. Como terreno móvel do tecido social, o que move as variantes dentro das funções estatais não tenham uma localização fixa, mas transitem, ou muitas vezes desapareçam dentro do próprio quadro. Diria que a força que impele a inclusão de uma função, bem como seu movimento, e quiçá saída, têm razões econômicas e políticas e os conflitos que se estabelecem para sua manutenção e perpetuação.

A soberania do Estado, como imaginário social da afirmação do poder estatal sobre um povo em seu território, exige para sua perpetuação que os possíveis titulares do poder ajam e respondam às pressões sociais de determinada forma. As funções estatais, como conjunto de atribuições imputáveis à respon-

sabilidade da instituição, não são fixas. Por um dado momento da história, ser gestor dos conflitos sociais era necessário para a afirmação da soberania estatal, e continua a ser, porém, hoje, parte dos conflitos já retornou para a resolução privada, sendo o Estado um 'braço' para lhe garantir efetividade.

Se algumas necessidades desaparecem, outras surgem, enquanto outras ainda mudam de lugar. Tantas dimensões que foram tomadas pelo Estado, que se ampliou e penetrou na sociedade civil, são hoje devolvidas à própria sociedade. Pode-se dizer que houve o processo de publicização da vida, representado pela penetração do Estado na sociedade civil, e hoje, talvez, haja seu retorno, ou retirada, ou privatização. Cabe destacar que não se entende privada como sentido pejorativo. 'Privada' quer dizer aquele espaço fora do 'público' estatal, ou seja, um espaço que não é gerido pelo Estado ou por uma de suas várias mãos.

A Justiça estatal é um dos meios de afirmação da soberania e poder do Estado e se fundamenta na afirmação de um modelo de gestão de bens, circulação da riqueza e perpetuação das relações de poder.

A atividade jurisdicional está nessa rede de poder, em que a principal instituição ainda é o Estado, e deve ser por muito tempo, mas, apesar de ser o principal ator, deixou definitivamente de ser o único.

## **2. Afirmação e negação da Justiça estatal: a reinvenção do direito na reorganização das relações econômicas hoje**

Neste ensaio, toma-se por pressuposto fundamentalmente que o sistema de gestão dos conflitos através do direito não é um atributo exclusivo do Estado, sendo ele um dos seus atores sociais, mas não, necessariamente o único.

O sistema jurídico estatal se fundamenta, ideologicamente, na imagem do indivíduo protegido pelo Estado, se analisar de forma, mesmo que rasteira, o sentido da palavra 'tutela', observa-se bem esse sentido. O Estado 'tutela' o indivíduo, 'protege-o', inclusive dele mesmo, ao prevê um conjunto de direito que o próprio sujeito não pode renunciar. Nesse pressuposto lógico, em que o indivíduo é albergado pelo guarda-chuva do Estado que o impede de se 'molhar', os bens são adjudicados por um terceiro, que racionalmente encontra-se apto protegê-lo e viabilizar uma existência comunitária pacífica.

A tutela estatal se caracteriza pelo processo de adjudicação de bens públicos e se legitima nesse processo. Na interpretação proposta por Fiss (2005), a legitimidade se dá através do processo de adjudicação, caracterizado no diálogo processual (aproximado da

4 Entendemos que as fronteiras das necessidades não é fixa, não pode ser entendida simplesmente como os bens básicos e recursos materiais viáveis a garantir a sobrevivência, mais corretamente deveríamos ter em mente as necessidades históricas de cada comunidade de referência (CASTORIADIS, 1982, p. 188).

ideia de contraditório) e da independência da função.

O modelo tradicional é entendido por Fiss como sendo sistema aproximativo de um tipo diálogo ideal, que é identificado nos valores públicos, marcado por características especiais.

A primeira característica é que não há controle sobre a pauta de decisão, assim o Judiciário, como filtro do próprio sistema jurídico e garantidor de sua autorreferência ‘escolhe’ o que merece reconhecimento jurídico e proteção legal daquilo que o sistema considera inoportuno e inadequado de tutela. Este é um dos principais elementos de poder, a capacidade de gerir sua ‘própria pauta’, de definir os próprios limites de sua atuação, como afirmação de sua autogestão.

Um segundo ponto é não há controle sobre quem deve ser ouvido, não existe controle social sobre a atividade exercida pelo sistema jurídico. Amparado pela imagem da tecnicidade e da impessoalidade do sistema burocrático, seu discurso caracterizado pela imagem da Têmis, que vendada carregando uma espada, apresenta-se aparentemente imune à pressão social difusa.

Um terceiro elemento proposto por Fiss é que se obriga à resposta da demanda e responsabilização pessoal por elas. Como requisito pra operacionalidade do sistema jurídico, deve haver a resposta a demanda social proposta, sendo este um requisito de validade de sua justiça formal, cabendo em caso de erro judiciário (e mesmo havendo responsabilidade pessoal regressiva do agente público no caso), a responsabilidade objetiva do Estado com o seu respectivo dever de indenizar.

Um dos principais elementos de validade da decisão judicial e que tanto atormenta os juristas nas diversas épocas é a racionalidade interna da decisão judicial. Na busca pelo balizamento nos cânones da lógica, a racionalidade da decisão judicial pode ser compreendida como a obrigação de justificar as decisões.

A justificativa das decisões é assunto da teoria do direito, identificando-se onde deve ser pautado o raciocínio (vontade dos legisladores, ética, estrutura da Constituição, etc). Como ideologia subjacente ao sistema, destacam-se duas coisas [i] Fundamento não é preferência pessoal, assim, a impessoalidade da justiça, não significa neutralidade em relação ao bem da vida, objeto de litígio, mas a ausência de relação pessoal das partes com o terceiro julgador; [ii] Deve transcender crenças individuais ou políticas, afinando-se com a moralidade pública, em que se destaca a imagem, afirmada em termos de uso de jargões e aforismo jurídicos, que os valores pessoais do julgador, mesmo sendo um pano de fundo em que os julgamentos são proferidos, gozam da máxima da morali-

dade pública, em oposição aos valores e sentimentos pessoais do julgador.

O sistema jurídico se baseia nesse sistema de adjudicação tradicional (resolução de controvérsias) que por sua própria natureza é limitado, isso porque restrito a algumas características básicas: conflito bilateral, árbitro imparcial e declaração do direito. A questão mais importante para o presente texto é o objeto do processo judicial. No modelo tradicional de adjudicação, voltada à resolução de controvérsias (entre partes) pressupõe-se que a sociedade é harmoniosa perturbada por fatos isolados aos quais o Judiciário deve se reportar investigando e decidindo para reestabelecer a pré-existente harmonia. Noutra ponto, a hermenêutica jurídica já nos convence que não há imparcialidade do julgador, como também ‘adjudicar’ é muito mais que declarar o direito como ‘pertencente’ a uma parte.

A afirmação da Justiça ofertada pelo Estado, como principal ator e gestor, tem na obra ‘Acesso à Justiça’ de Capelletti e Garth (2002) seu ponto máximo. Esses autores fundamentaram a necessidade de proteção estatal para os menos favorecidos, pessoas que por sua condição econômica, social ou pessoal, não poderiam demandar de forma eficaz a máquina da justiça estatal, e sequer tinham acesso. Obviamente, o serviço judiciário é caro, além das custas processuais (que nem todos podem arcar), o advogado e dos dispêndios financeiros e de tempo, o que, por evidente, não é acessível maior parte da população. A partir da segunda metade do século passado, tomando por parâmetro o conjunto normativo disponível no Brasil<sup>5</sup>, houve a ampliação do acesso à justiça para a parte da sociedade mais carente.

Considera-se que não é um fato isolado. Todos os serviços públicos prestacionais também se ampliaram no Brasil a partir da segunda metade do século XX, o que não significou um salto qualitativo. Houve sim uma ampliação horizontal, o serviço é acessível para mais pessoas, que mesmo que não seja melhor, mas com certeza é mais popular.

A imagem idealizada da justiça estatal nega o fato fundamental que o tecido social é, por sua própria constituição, heterogêneo. O campo jurídico, como um dos campos de lutas sociais, é um resultado e arena das relações de poder e dos conflitos existentes no seio de uma sociedade. Toda atividade julgadora, bem como as ideologias que lhe servem de fundação,

5 Conjunto normativo pode ser representado pela Lei da Justiça Gratuita de 1955, Lei n.º 4.717/65 – Ação Popular e a mais abrangente, Lei da Ação Civil Pública, coroada pela Constituição Federal de 1988, com as defensorias públicas, mais recentemente a lei 9.099/95 dos Juizados de Pequenas Causas.

pressupõe a manutenção de um sistema econômico e social que precisam se recriar para se perpetuar.

A dialética da ampliação do acesso à justiça, inserida nesse campo de lutas sociais, é um exemplo bem claro da própria dinâmica do sistema capitalista. Seguindo esse entendimento, se houve a ampliação do acesso ao judiciário pelas classes menos favorecidas (nesse ponto poderia comparar com a ampliação dos direitos sociais), o que obviamente significaria que o aparelho da justiça (tomamos por base a inferência de Renato Nalini que é caro) precisaria ser ampliado<sup>6</sup>.

A tutela estatal significa que a sociedade precisa ser 'protegida' ou 'tutelada' por esse terceiro, que age quando se vivencia uma situação de 'anormalidade'. Como input/output do sistema, cabe ao Judiciário dar as repostas aptas a resolver os conflitos sociais a partir das suas autorreferências internas.

Mais nesse ponto, duas questões são importantes de serem colocadas: a quem serviria o aparelhamento da Justiça? A quem serve seu desaparecimento?

Consideraria que, na linha marxista de Eros Grau (2000), que há o dito e não dito. Aquilo sobre o que se cala sempre é mais importante. O Judiciário, como meio de estabilização das relações sociais e de garantia do sucesso econômico do capitalismo, deixou de ser um importante mecanismo de reprodução das relações econômicas de base no atual momento histórico, pelo menos, na forma que foi no passado recente.

Caso se tome por referência a posição de Weber (2004), segundo a qual o direito formal moderno foi fundamental para o desenvolvimento e estabilização do sistema de trocas no capitalismo, faço a inferência que a própria mudança da economia globalizada passara a exigir a configuração de um novo direito. Se por um lado, impõe um direito uniforme internacionalmente, e esta é a tendência do Direito Internacional Privado (CASELLA, 2006), por outro ângulo, o sistema estatal, ainda preso à soberania territorial, não dá conta da sociedade global e complexa (MARTIN; SCHUMANN, 1998, p. 272).

Ousa-se afirmar que o controle social exercido por via da Judiciária, imprescindível para o sucesso do sistema e da mais-valia, tornou-se prescindível, pelo menos como gestor dos conflitos de uma determinada ordem de coisas. Considera-se que o Estado pode vir a deixar de ser a instância fundamental de resolução das disputas econômicas, porque em si mesmo não é interessante para o sistema econômico: todo processo

é um desgaste para as partes, enfraquece a relação de confiança que sedimentam as trocas, como é antieconômico em relação ao tempo (todo o processo judicial é longo) e à adequação (as formas não estatais de resolução de conflitos são mediados por pessoas com *expertise*, não por juízes generalistas), além de dispor do requisito fundamental: o sigilo.

Nessa perspectiva, não é uma reforma estrutural intrassistema (que pode ser entendida com as atualizações legislativas introduzidas para sanar as falhas do sistema), mas a percepção geral que a atividade de mediação dos conflitos realizada pelo Estado vai paulatinamente cedendo lugar para uma produção policontextual de discursos, realizadas por várias instâncias, supra estatais (como a OMC, OIT, ONU, TPI), estatais e não-estatais (Câmaras arbitrais, FIEPE, CCI, ETC), e não é necessariamente resolvido pelo meio tradicional de adjudicação estatal.

Nesse caso, pode-se afirmar que o discurso jurídico passou a aceitar outros interlocutores sociais, deixando de dominar com exclusividade sua produção. Na policontextualidade da produção normativa, outros sujeitos e os próprios jurisdicionados passam a ter mais autonomia para gerir os conflitos.

O sucesso das relações econômicas hoje passa pela desterritorialização e desestatização da justiça, ao se considerar que a atividade de que encontra à margem do sistema de controle estatal, possa, mesmo não utilizando os meios coercitivos, que tipicamente são atribuídos ao Estado, resolver litígios. Cabe ainda acrescentar a desjudicialização, como processo de produção de meios de resolução não estatal (mediação extrajudicial e ampliação e difusão do uso da arbitragem) e paraestatal (atividade desenvolvidas pelos cartórios, que são órgãos delegados pela administração pública).

Muitos autores fazem uma análise das razões econômicas para não adoção dos meios estatais de resolução de conflitos, ou ainda como os jogadores (aplicando-se a teoria dos jogos) poderia obter mais vantagens comparativas saindo da gestão estatal. O questionamento que se faz é diverso: quais são os discursos de poder que embasam a redução do poder de Estado sobre a vida social quando ele em parte 'renuncia' ao exercício do controle via judiciário?

Obviamente que um sistema não estatal de solução de litígios, descentralizado ou desconcentrado, é mais oportuno para os jogadores do mercado e os agentes econômicos, mas será que esse sistema é melhor para a sociedade?

São perguntas que ainda levam a muitos caminhos. O fato é que o sistema de administração da justiça, tipicamente adjudicatório, cederá espaço para

6 Em entrevista ao Conjur em 11 de outubro de 2015, o então presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Renato Nalini, afirma que a máquina da justiça é cara e o Estado não tem como suprir e crescer conforme a demanda. <http://www.conjur.com.br/2015-out-11/entrevista-jose-renato-nalini-presidente-tj-sp>, acesso em 28 de abril de 2016.

um modelo policontextual e em rede, como a sociedade e o sistema produtivo o exige, o que não significa o fim da tutela estatal, mas a sua competição/colaboração com outros mediadores de conflito.

### 3. Sistema multiportas: o acesso à justiça versus acesso ao Judiciário

Uma das preocupações mais urgentes do cenário jurídico brasileiro é sobre a prestação judicial. Argumenta-se que há uma quantidade de processo e uma litigiosidade exacerbada que compromete a eficiência da prestação da justiça. Entre as causas destacam-se a ausência de uma cultura jurídica que promova a conciliação e os meios extrajudiciais de solução de controvérsias. Mas como promover as soluções para os litígios por outros meios, que não o contencioso judicial, se não há uma educação jurídica que prepara os profissionais do direito para a promoção de ‘consensos’?

É fato que as grades curriculares dos cursos jurídicos se centram no ensino das disciplinas processuais, em grande parte, enfocando nas estratégias de condução do processo. Corroborando o fato, o instituto da litigância de má-fé é bem pouco usado, o que parece prevalecer a máxima presente no livro clássico de Arthur Schopenhauer, “Como vencer um debate sem precisa ter razão”. Isso não parecer ser a solução mais coerente, nem do ponto de vista da eficiência do sistema jurídico, pois a função de estabilização social pela resolução de conflitos não é alcançada; e nem seria do ponto de vista ético, pois a finalidade de comunicação é melhorar as relações interpessoais, pela promoção do entendimento entre os falantes numa situação ideal de fala.

Vários instrumentos normativos sinalizam os novos rumos que estão sendo tomados na administração do serviço público jurisdicional. Em conjunto, os instrumentos normativos são caracterizados por enfoques: o reconhecimento da legitimidade de outros atores estatais e não-estatais na resolução de conflitos e a atuação cooperada entre ambos; maior autonomia dos sujeitos (cidadãos) na escolha dos meios adequados e disponíveis para resolver conflitos; sistema de cooperação entre as partes flexibilizando algumas procedimentos; e melhoria nos canais de comunicação entre a sociedade civil e o Poder Judiciário.

É considerando essas questões que o Conselho Nacional de Justiça - CNJ editou a Resolução n.º 125 que parte da acepção que o acesso à justiça não significa necessariamente acesso aos Poder Judiciário.

O novo Código de Processo Civil adota o sistema multiportas como modelo de gestão de litígios,

nele não é exclusivamente o Poder Judiciário a porta de acesso à justiça. Na forma da Lei n.º 13.105 de 16 de março de 2015, a oportunidade quase ‘coercitiva’ ou indutiva de conciliação (art. 334), também chamado modelo canadense, importa que todas as demandas devem antecipadamente passar pelo processo de conciliação. Este é o tema deste escrito, como funciona este procedimento de conciliação no Novo Código. Mas, a fim de salientar a adoção desde novo sistema, dar-se outros exemplos.

A Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública também vem representar um marco na mudança de paradigmática hoje necessária para a gestão de litígios. Além da mudança da legislação sobre arbitragem Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015, que altera a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral.

A autonomia dada aos sujeitos no modelo que se desenha, pode nos conduzir a interpretar a confluência de um processo de ‘empoderamento’ dos indivíduos na escolha da melhor forma de solução dos conflitos, a retirada parcial do Estado na prestação do serviço jurisdicional e o redirecionamento do princípio do acesso à justiça. Obviamente muitas indagações surgem desse processo, que hoje se delinea, mas que está bem longe de chegar ao fim.

Atualmente, pode se observar uma inadequação do sistema de processamento de conflitos e os meios aptos/disponíveis para resolvê-los. A quantidade e a complexidade dos litígios decorrentes do mundo globalizado e dinâmico não foram acompanhadas pela ordem jurídica.

Por uma questão metodológica não vamos tratar de todos os temas abordados nessa artigo, esse não é o espaço adequado, vamos tão somente tratar dos modelos centrados na promoção de consensos, mais especificamente a mediação e a conciliação, que, a longo prazo, se tornarão mais eficazes na solução dos litígios e promoverão uma nova cultura jurídica.

### 4. Da mediação e conciliação no Código de Processo Civil

Argumentam os defensores do sistema de mediação, o fato de ser um sistema colaborativo, já no modelo judicial é adjudicatório, centrado no contraditório e na razão instrumental. Outro ponto crucial que ressalta as benesses da utilização do sistema de promoção de consensos é que a solução é construída pelas próprias partes, diferente do sistema judicial que a solução é dada por um terceiro interveniente. Com isso, a utilização de meios como a mediação e a conciliação seriam mais céleres, diminuindo assim o tempo dispendido pelas partes para a resolução do conflito, bem como o desgaste emocional ocasionado pela demora na resolução da lide por parte do Judiciário.

A sistemática legal do Código de Processo Civil trouxe várias inovações. Cabe fazer algumas distinções.

A novel legislação traz de forma expressa a diferenciação entre mediação e conciliação. O art. 165, §§ 2º e 3º, traz a diferença dos dois institutos. Segundo o ditame legal do art. 165, §2º do CPC, conciliação ocorre quando não houver vínculo anterior entre as partes, podendo o conciliador sugerir soluções para o litígio, obviamente sendo vedada a utilização de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. É de se observar que a atuação das partes na conciliação pode ser passiva, ou seja, a solução poderá ser dada por um terceiro, há a interferência deste na resolução dos conflitos, sugerindo resoluções para a lide, não podendo haver qualquer constrangimento ou intimidação para que haja a conciliação.

A atuação do mediador se operará quando houver vínculo anterior entre as partes, onde sua atividade estará adstrita apenas a auxiliar os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que, pelo (re)estabelecimento do diálogo, identificar, per si, soluções consensuais que gerem benefícios para ambas as partes. A atuação das partes na mediação é, diferentemente da conciliação, proativa, não há um terceiro que determine (magistrado) ou sugira (conciliador) uma solução para o caso.

O que parece estranho, na expressão dos dois dispositivos legais é a utilização da expressão presente no retro citado artigo e seus parágrafos da expressão: “em que não houver vínculo anterior entre as partes...”. Parece que houve uma atecnia do legislador ao editar tal dispositivo. Primeiramente, não se litiga com desconhecidos (salvo raras exceções: reintegração de posse permite a litigância com réu desconhecido). Além disso, mesmo quando se litiga nas raras exceções com réu desconhecido, quando a citação se realiza formando assim a angularização da relação jurídica processual é óbvio que aparece entre ambas as partes um vínculo. Vínculo este que é prévio à audiência de

mediação/conciliação. Ora, se há um vínculo, em tese, é impossível a realização de audiência de conciliação entre as partes, só podendo haver a mediação, podendo-se tornar, por esta atecnia legislativa, a existência do instituto da conciliação completamente inócuo, devendo a doutrina determinar o alcance e sentido atribuído a palavra vínculo no CPC.

Os princípios que regem a conciliação, devidamente previstos no art. 166 do CPC, se aplicando inclusive à mediação são: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada<sup>7</sup>. Especial destaque se dá ao princípio da vontade, admitindo-se via novo ordenamento que as partes possam escolher seus próprios conciliadores/mediadores (art. 168, NCPC), que podem estar ou não cadastrado no tribunal. Caso inexistir acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre os cadastrados no registro do respectivo tribunal (art.168, §2º, NCPC).

O sistema operado pelo Código de Processo Civil é de favorecimento da mediação, ou melhor, favorecimento às soluções consensuais. A lei. 13.105/2015 trouxe, como exemplo deste movimento, três modelos de mediação, quais sejam: voluntária, induzida e obrigatória. Abaixo, um quadro sinóptico que permite visualizar quando deverá ser usada uma forma ou outra de mediação, e quais são seus objetos.

Mediação	Voluntária	Induzida	Obrigatória
Artigos	Art. 9º, Lei 13.140/2015	Art. 334, CPC	Art. 693 e ss, CPC
Objeto	A revisão antes ou após, por entes privados ou públicos, judicial e extrajudicialmente, a qualquer momento do processo.	Cabe ao juiz estimular sempre que possível a busca do consenso	Ações de família

A mediação voluntária se inicia com o mútuo consentimento entre as partes em realizar o procedimento, não podendo o mesmo ser imposto.

<sup>7</sup> Se aplicam ainda à mediação, além dos retro citados princípios, os princípios da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, busca do consenso, boa-fé. Pode se admitir a aplicação de tais princípios na conciliação, pois, não há nenhum prejuízo, podendo se considerar que tais princípios são implicitamente aplicados à conciliação.

Geralmente, este tipo de mediação não se utiliza de aparatos estatais, sendo considerada uma forma de mediação privada, com suprassumo de regulação esposado no art. 9º da Lei. 13.140/2015.

Merece esclarecimentos também a chamada mediação judicial. O mediador judicial é um profissional capacitado para tal fim. A mediação judicial não é promovida pelo juiz, mesmo ele podendo se utilizar das técnicas de mediação para promover a resolução dos conflitos. É tão importante promover a resolução consensual que o artigo 359 do CPC ressalta isso expressamente. Dita o dispositivo que instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, sem prejuízo do emprego ou de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem. Nota-se que seriam momentos distintos. A atuação do magistrado se dá quando a mediação judicial não foi eficaz, sendo intervenção daquele o segundo momento do processo.

Em linhas gerais induzir pode significar levar alguém a um determinado caminho. Sempre que possível o juiz deverá induzir as partes da relação jurídica processual a se utilizar da mediação como meio mais idôneo e eficaz para por fim a controvérsia existente entre ambas. A representação legal desta forma de mediação se encontra no art. 334 do CPC onde afirma que cabe ao juiz estimular sempre que possível à busca do consenso.

Estabelece o Código a mediação obrigatória nas ações de família, reguladas nos arts. 693 e seguintes no NCPC. Interessante é a previsão do art. 694, que assim dispõe:

*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.*

*Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.*

Tal dispositivo permite ao Juízo se utilizar de profissionais especializados para que a solução consensual da controvérsia. Além disso, é clara e manifesta a elevação dos valores trazidos pelo sistema multiportas, já que no parágrafo único é permitida a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial.

Tratada as características gerais dos institutos, passa-se a análise dos dispositivos gerais regentes da

conciliação e mediação.

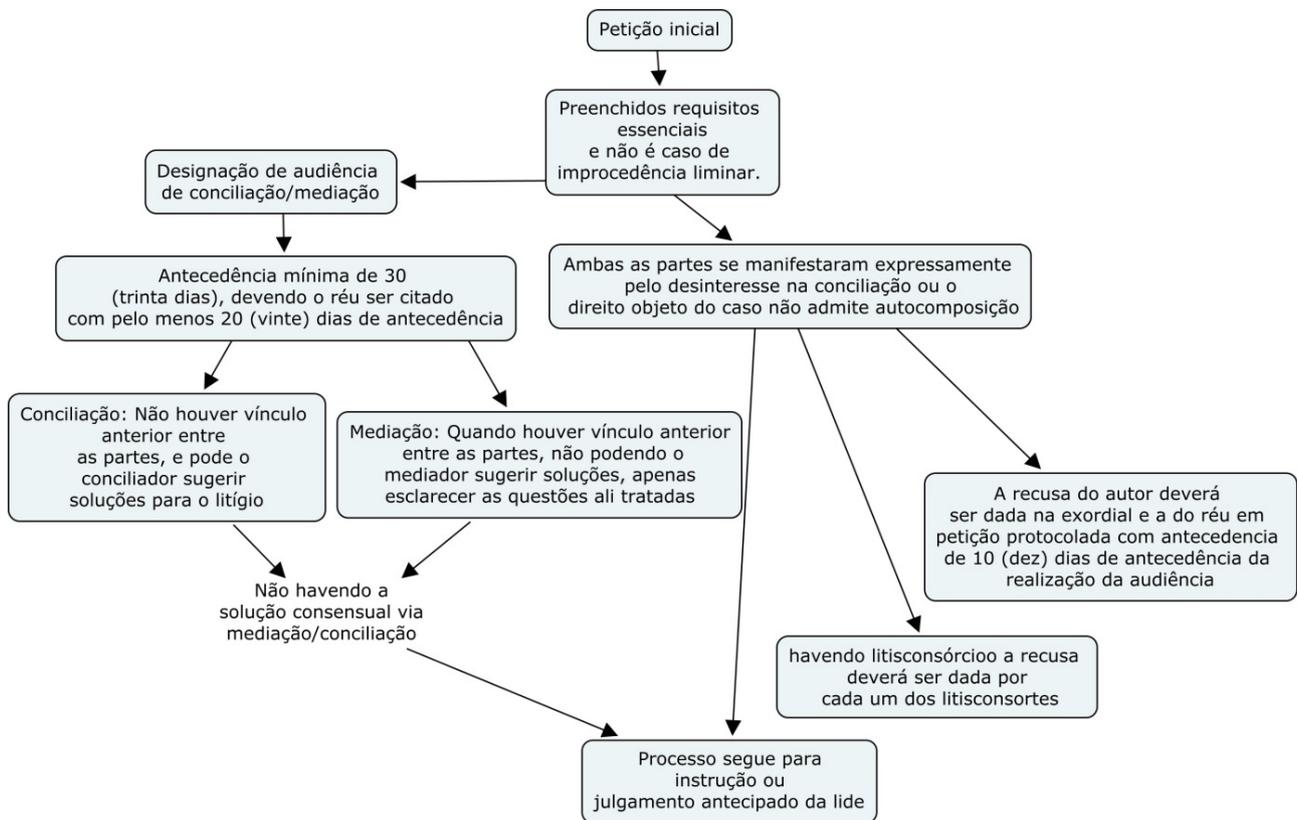
Segundo o art. 334 do CPC, que vale o ressaltado é um artigo base de regulação do meios adequados de resolução de conflitos, afirma que em regra geral, a audiência de mediação/conciliação deve ser sempre designada, salvo indeferimento/determinação de emenda a inicial, ou improcedência liminar.

Porém, exceções à regra geral existem e neste caso a estão previstas no §4, I e II do art. 334 do CPC, onde se afirma as hipóteses em que a audiência de mediação/conciliação não será realizada: se ambas as partes manifestarem de forma expressa o desinteresse na composição consensual e quando a causa não admitir a autocomposição. Saliente-se que segundo disposição do art. 334, §5º do CPC, o autor deverá indicar já em sua exordial o seu desinteresse pela autocomposição, e o réu deverá fazê-lo por petição até dez dias de antecedência da data de audiência. Se for o caso de litisconsórcio, o desinteresse na realização da retro citada audiência deve ser manifestado por todos os consortes.

Diante de tal quadro podemos extrair algumas premissas para fins didáticos. A regra é que a realização de audiência de mediação/conciliação é obrigatória, seguindo-se assim o modelo canadense, porém, pode não ser realizada, se todas as partes envolvidas no processo manifestarem desinteresse na solução consensual e quando a lide não admitir autocomposição nem mesmo em tese.

Passado esse momento, e admitindo-se a possibilidade legal de realização de audiência de mediação/conciliação, parte-se a marcação da data da audiência. Entre a data da designação e a data da realização da audiência é necessário um lapso temporal de no mínimo 30 dias, enquanto que o réu deve ser citado pelo menos 20 dias antes da realização da audiência de mediação, conforme previsão do *caput*, do art. 334 do NCPC.

A fim de melhor ilustrar esse procedimento inicial, póstumo ao recebimento da petição inicial, colaciona-se um fluxograma, a fim de melhor depreendimento do tema:



A audiência será presidida por um mediador, sendo possível que seja presidida por servidor com outras funções, onde não existir as figuras retro citadas. Outro ponto interessante trazido pelo CPC foi a possibilidade de cisão da audiência de mediação, desde que a autoridade que preside entenda que tal providência é necessária, não podendo tal continuação ser marcada para data superior a dois meses da primeira sessão<sup>8</sup>

O autor é intimado por seu advogado, o réu, por ser sua primeira participação deve ser intimado pessoalmente. Acerca do não comparecimento da parte injustificado do autor ou do réu, tal ato é considerado ato atentatório à dignidade da Justiça e será sancionado, quem deu causa, com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

Caso não haja mediação, o processo segue o seu rumo “normal” começando o prazo para a contestação, a instrução e demais atos que se seguem.

## 5. Questões controversas sobre a mediação no CPC

Há algumas questões polêmicas que merecem o devido debate pela doutrina e pela jurisprudência a fim de tornar mais efetivos tais meios devidamente reconhecidos pelo CPC.

A primeira questão é de ordem terminológica. A utilização de direitos disponíveis e direitos que admitem transação como termos podem levar a imprecisão podendo acarretar vários problemas. *Ab initio*, há de se admitir que hoje existam direitos indisponíveis que admitem transação (DIDIER, 2009, p.519). Inclusive no revogado CPC/73, já havia uma discussão doutrinária acerca de seu art. 331<sup>9</sup>, que determinava a realização de audiência preliminar quando a causa versasse sobre direitos que admitiam transação. A novel legislação continuou com a atecnia falando sobre direitos que admitem transação.

<sup>9</sup> Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

<sup>8</sup> Art. 334, §2º, NCPC: Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias À composição das partes.

Como é sabido há os direitos disponíveis e indisponíveis, diferenciando-se este último por ser um direito que não admitem transação, portanto estariam excluídos da transação realizada via audiência de mediação/conciliação ações que versam sobre direito de família por exemplo. Maior clareza traria aos operadores do direito, se ao invés de constar a expressão “admitir transação” houvesse a expressão “admitir conciliação”.

Tarefa árdua também se demonstra na identificação de quais são as causas que não admitem a autocomposição/transação como forma de solução dos conflitos. Há pouco tempo se discutia a indisponibilidade existente no direito de família, porém, com o avançar legislativo/hermenêutico, o mesmo agora se submete ao regime de conciliação induzida/obrigatória, ou seja, há em curso no país, em grande parte por influência da busca por meios alternativos ao Judiciário, um movimento pela maior disponibilidade dos direitos, já que o direito de família continua categorizado como direito indisponível.

Outro questionamento salta aos olhos ao se ler o dispositivo legal e demonstrou-se de extrema valia: O autor/réu devem comparecer pessoalmente a audiência de mediação/conciliação ou podem se fazer representar pelo próprio advogado?

Tal questionamento aparece com a conjugação do retro citado artigo com o §9º do art. 344, que dita que as partes devem estar acompanhadas de seus advogados/defensores. A expressão “acompanhadas” dá a ideia de que deve a parte comparecer pessoalmente à audiência. De certo que a obrigatoriedade da presença do advogado se faz como corolário da advocacia como função essencial à Justiça, mas e a presença da parte?

Segundo corrente capitaneada por processualistas do calibre de Araken de Assis<sup>10</sup>, a presença pessoal da parte é facultativa, podendo a mesma se fazer representar por advogado ou representante, com poderes específicos para negociar e transigir. Parece ser esta a posição mais correta e razoável a ser seguida, pois, no art. 334, §10, CPC, dita que a parte poderá constituir representante, desde que o faça através de procuração específica, com poderes para negociar e transigir. Em posição contrária está Nelson Nery Jr.<sup>11</sup>, que afirma que é obrigatória a presença da parte, não podendo o advogado representá-la, podendo, no entanto, nomear mandatário para tal fim.

Se algumas das partes não comparecer, mas se

fizer representar por representante que pode também ser o advogado patrono da causa, com procuração específica, não poderá ser impingida a parte ausente a pena de multa, já que na forma do ordenamento houve o comparecimento da parte através de seu representante. Ressalte-se que não há óbice expreso a esta atuação do patrono, podendo o mesmo ser advogado e representante da parte.

Porém, há outra questão acerca da presença/ausência das partes: E se quem faltar for o advogado, estando presente a parte? E se faltarem ambos, estando o patrono constituído como representante? A primeira pergunta é fácil de ser respondida. Diante da ausência do patrono da causa à audiência de mediação/conciliação, deverá ser requisitado um defensor público para o ato. Caso não haja um no Juízo, deverá ser a audiência adiada não podendo ser impingida a parte a multa pelo não comparecimento, já que a multa se aplica pelo não comparecimento da parte e não por sua ausência de capacidade postulatória.

Acerca da segunda questão se faltar o advogado-representante, deverá ser impingida a multa a parte faltante que terá o seu direito de regresso garantido em face do seu patrono, já que lhe deu causa ao prejuízo. Ressalte-se que a multa é referente à falta não justificada.

Ponto interessante também é a figura em qual será revertida o valor da multa, há uma mudança em alguns paradigmas. A multa por não comparecimento injustificado a audiência de conciliação/mediação será convertido em favor de entes estatais, diferentemente do que ocorria no antigo código adjetivo civil, que todas as multas se convertiam em favor da parte que não deu causa a irregularidade.

O novo CPC também traz algumas vedações à atuação dos advogados e dos conciliadores/mediadores.

A primeira vedação encontra arrimo no art. 167, §5, do NCPC, onde se afirma que se os conciliadores/mediadores cadastrados, ou seja em cadastro nacional, do tribunal de justiça ou de Tribunal Regional Federal, se advogados forem, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. Outro ponto que clama pelo debate: o termo “juízo” utilizado no retro citado artigo se refere a totalidade de um Tribunal ou se refere apenas a uma/duas varas isoladas onde ocorre a efetiva execução de suas funções?

Nos parece razoável que a última expressão se apresente para o propósito, pois, não seria razoável impedir um profissional que possui apenas vínculo com uma ou duas varas de determinado tribunal, por exemplo, de atuar em toda a área de jurisdição de um

10 ASSIS, Araken de, in **Processo civil brasileiro**, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos – São Paulo:Revista dos Tribunais, 2015, p. 99.

11 NERY JR. Nelson. **Código de Processo Civil Comentado** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1001.

tribunal.

Além da retro citada vedação, há mais uma vedação, prevista no art. 172 do CPC. Segundo tal dispositivo, o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Verificado todos os dispositivos constantes no CPC acerca da conciliação, é de saltar aos olhos que há poucas divergências e polêmicas - o que não tira a grande monta da discussão - acerca do procedimento da audiência de conciliação, precisando-se com bastante urgência mesmo é a mudança de hábitos forenses, pois, é possível notar que no nosso país há a cultura do litígio e da judicialização, devendo os profissionais do direito como um todo encararem o litígio judicial como *ultima ratio* para a decisão acerca da vida de seus clientes

O CPC também traz algumas vedações à atuação dos advogados e dos conciliadores/mediadores. A primeira vedação encontra-se no art. 167, §5, do CPC, onde se afirma que se os conciliadores/mediadores cadastrados, ou seja em cadastro nacional, do tribunal de justiça ou de Tribunal Regional Federal, se advogados forem, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções. Outro ponto que clama pelo debate: o termo “juízo” utilizado no retro citado artigo se refere a totalidade de um Tribunal ou se refere apenas a uma/duas varas isoladas onde ocorre a efetiva execução de suas funções?

Nos parece razoável que a última expressão se apresente para o propósito, pois, não seria razoável impedir um profissional que possui apenas vínculo com uma ou duas varas de determinado tribunal, por exemplo, de atuar em toda a área de jurisdição de um tribunal.

Outra questão que pode surgir é se o impedimento se estende apenas ao mediador/conciliador advogado ou a também o seu escritório. Aos conciliadores/mediadores devem se estender as suspeição dos juízes, conforme previsto no art. 5º da Lei. 13.140. Portanto, desta forma, se houver alguma ação sob sua tutela em que figure como parte ou patrono de alguma das partes, escritório do qual faça parte o conciliador/mediador, deverá o mesmo se declarar suspeito, devendo ser substituído.

Além da retro citada vedação, há mais uma vedação, prevista no art. 172 do CPC. Segundo tal dispositivo, o conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Verificado todos os dispositivos constantes no CPC acerca da conciliação, é de saltar aos olhos que há poucas divergências e polêmicas - o que não tira a grande monta da discussão - acerca do procedimento da audiência de conciliação, precisando-se com bastante urgência mesmo é a mudança de hábitos forenses, pois, é possível notar que no nosso país há a cultura do litígio e da judicialização, devendo os profissionais do direito como um todo encararem o litígio judicial como *ultima ratio* para a decisão acerca da vida de seus clientes.

## 6. Conclusão

Muito se fala do Código de Processo Civil, as críticas à morosidade, ao excesso de processos e à ineficácia do Poder Judiciário são tão comuns e rotineiras que não há nada de novo e que sensibilize os participantes da rotina forense e por que não dizer dos não participantes também. Diante de tal quadro, a prestação pelo Estado da atividade judicante é criticada e desestimulada, devendo os sujeitos escolherem outros meios mais “adequados” para resolver sus conflitos.

Contudo, cabe ressaltar que o Brasil não concretizou o Estado Social como vivido no mundo europeu. Conforme a posição já esboçada por Jessé Souza (2000), no Brasil houve o processo de modernização seletiva, segundo o qual o acesso aos bens civilizatórios, dentre eles o serviço público de administração da justiça não se deu em todos os segmentos sociais. Assim, quando falamos em privatizar a justiça não significa que tenha havido um processo de maturação, até mesmo *habitus*, por parte da sociedade.

Inseridos no quadro geral do sistema econômico, porém transferência de parte das atribuições de resolução e mediação dos conflitos é um processo que precisa ser analisado, em especial num país ainda carente da presença do Estado como agente de políticas públicas eficientes.

De fato, falar da ineficiência do Judiciário não é assunto novo. Porém, ressalta-se que no Brasil nunca houve o direito ao acesso à justiça em sua plenitude. Perante tal crise, não houve outro caminho a ser tomado pelo CPC, que não o de reconhecer o sistema multi portas como umas das soluções idôneas a resolver a crise de eficiência devido ao grande volume de trabalho do Poder Judiciário. Com o reconhecimento de tal sistema, a mediação foi o instrumento mais destacado. Diz-se isso, pois é obrigatória realização de audiência de mediação, antes de uma possível atuação adjudicatória. Ora, é facilmente apreendido que tal meio dá a entender que serão mais eficaz na resolução

dos conflitos devido ao seu uso obrigatório.

Pode se ver no presente escrito as diferenças entre mediação e conciliação, passando por toda a sua fase procedimental, prazos, bem como as questões polêmicas e controversas que permeiam esse novo ordenamento. Ressalte-se que o assunto não está exaurido, suscitando ainda várias discussões acerca do tema.

### Referências

ALTVATER, Elmar. Os desafios da globalização e da crise ecológica para o discurso da democracia e dos direitos humanos. In HELLER, Agnes [et al]. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

ASSIS, Araken de, in **Processo civil brasileiro**, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 99.

BERNSTEIN, Richard. Introduction. In GIDDENS, Anthony, et al. **Habermas y la modernidad**. Madrid: Cátedra, 1999.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. Introdução, organização e seleção de Sérgio Miceli. 5ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Graice Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário a lei 9.307/96**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASELLA, Paulo Borba. Fundamentos e perspectivas do Direito Internacional Pós-moderno. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 101 p. 433 - 466 jan./dez. 2006.

DIAS SOBRINHO, José. Educação Superior: flexibilização e regulação ou avaliação e sentido público. In, DOURADO, Luiz Fernandes; CATANI, Afrânio Mendes; OLIVEIRA, João F. de (Org.). Políticas e gestão da educação superior: transformações recentes e debates atuais. Goiânia: Alternativa, 2003.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento (vol. 1). 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p. 519.

ECO, Humberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 1995.

ENSINO JURÍDICO OAB: **170 anos de cursos jurídicos no Brasil**. Brasília: OAB, 1997.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Reforma do ensino jurídico: reformar o currículo ou modelo?** in Cadernos FGV Direito Rio. Educação e direito v. 2. Setembro de 2006.

FISS, Owen. Modelos de adjudicação/models of adjudication. CADERNO DIREITO GV. V. 1, N. 8, novembro 2005. (**Transcrição da apresentação do professor Owen Fiss (Yale Law School): Salão Nobre da Fundação Getulio Vargas - São Paulo, 13 de junho de 2005 Organização: DIREITO GV e IDESP**).

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

FUKUYAMA, Francis. **A construção dos Estados**. Governo e organização no século XXI. São Paulo: Rocco, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**: Tomo I: Racionalidad de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1987.

\_\_\_\_\_. **Consciencia moral y acción comunicativa**. Barcelona: Homo Sociologicus, 1994.

\_\_\_\_\_. **Ciencia y técnica como “ideología”**. 3 ed. Traducción Manuel Jiménez Redondo y Manuel Garrido. Madrid: Tecnos, 1997.

\_\_\_\_\_. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Barcelona: Paídos, 1998.

LUHMANN, N. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: UNB, 1980.

\_\_\_\_\_. **Sistemas sociales**: lineamientos para una teoría general. Traducción de Silvia Pappe y Brunhilde Erker. México: Universidade Iberoamericana, 1998.

MALBERG, Carré de. **Teoria general del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MARTIN, Peter-Hans; SCHUMANN, Harald. **La trampa de la globalización**: el ataque contra la democracia y el Bienestar. Madrid: Tauros, 1998.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/site/s/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>. Acesso em 14 jul 2016.

NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas; MAIA, Alberto Jonathas. **Falência do estado e a privatização da justiça: novos parâmetros e desafios da arbitragem**.

gem no século XXI. In: XXIII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

NASCIMENTO, Rosa Maria Freitas. **Uma investigação sobre a abertura discursiva do direito a partir de Habermas**. 2007. 241P. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas / FDR, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.

NERY JR. Nelson. **Código de Processo Civil Comentado** - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1001.

NEVES, Marcelo. La fuerza simbólica de los derechos humanos. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 27, 2004, pp. 140-180.

\_\_\_\_\_. **A constituição simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

OAB Recomenda: **indicador de educação jurídica de qualidade**. Rodolfo Hans Geller. et al. 4. ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2012.

OFFE, Claus. **Partido políticos y nuevos movimientos sociales**. Trad. Juan Gutiérrez. Madrid: Editorial Sistema, 1996.

RAFFESTIN, Claude. **Por uma geografia do poder**. São Paulo: Ática, 1996.

ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO; Delton Winter de. **Policontextualidade e direito ambiental reflexivo**. Revista Seqüência, no 53, p. 9-28, dez. 2006.

SOUZA, Jessé. **A modernização seletiva: uma releitura do caso brasileiro**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.

SCHOPENHAUER, Arthur. **Como Vencer um Debate Sem Precisar Ter Razão**. São Paulo: TOPBOOKS, 2001

URY, William. **Chegando à paz: resolvendo conflitos diários, no trabalho e no dia-a-dia**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

WAMBIER, Luis Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil v.1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 8 ed São Paulo: RT, 2006

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. V II. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

WHITE, Stephen K.. **Razão, justiça e modernidade**: a obra recente de Jürgen Habermas. São Paulo: Ícone, 1995.

# A FRAGILIDADE CONSTITUCIONAL DO NOVO CPC NA POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE EM TUTELA DE EVIDÊNCIA FUNDADA EM PRECEDENTE JUDICIAL

## **Maria Emília Miranda de Oliveira Queiroz**

Bacharel em Direito e Mestre Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco/FMN. Coordenadora do curso de Direito da DeVry Faculdade Boa Viagem. Professora da DeVry Centro Universitário do Vale do Ipojuca. Professora de pós-graduação em Processo Civil da ESA – OAB/PE. Advogada militante. E-mail: emiliaqueiroz.jus@gmail.com

## **Patrícia Freire de Paiva Carvalho Rabelo**

Bacherela em Direito e Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Curso de extensão em Direito Privado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Mediadora Judicial com capacitação no curso promovido pelo Conselho Nacional de Justiça por meio do Tribunal de Justiça de Pernambuco. Professora substituta do Instituto Federal de Pernambuco (IFPE) nos anos de 2014 e 2015. Tutora à distância no curso de Tecnólogo em Gestão Ambiental, pelo Instituto Federal de Pernambuco através da Universidade Aberta do Brasil (UAB). Professora de Direito Processual Civil, Mediação e Arbitragem em cursos de graduação da DeVry Faculdade Boa Viagem e Faculdade Nova Roma Professora de pós-graduação em Mediação e em Direito Processo Civil da ESA – OAB/PE. Advogada. Colunista do site jurídico inteiro teor (<http://inteiroteor.org/>). Palestrante. E-mail: profapatriciafreire@gmail.com

### **1. Introdução**

O presente estudo ocupa-se de um tema complexo que ganha grande importância na atualidade pela perspectiva de implementação que ganha com o início da vigência do Novo Código de Processo Civil. A Lei nº 13105/2015, que ainda na *vacatio legis* foi alterada pela Lei nº 13256/2016, entrou em vigor em 18/03/2016 e menos de um mês depois já surgiu a primeira Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo governador do Estado do Rio de Janeiro. Esse Código de Processo Civil de 2015 (CPC15) foi o primeiro elaborado em processo deliberadamente democrático, tendo em vista que os dois primeiros que o Brasil teve refletiram a criação em momentos extremos como o Estado Novo (de Vargas) e a ditadura militar. Ainda assim, correntes defendiam um prazo maior de *vacatio legis*, como seu próprio idealizador, o Ministro do STF, Luiz Fux, sob a alegação de necessidade de aparelhamento do Poder Judiciário e a iminência de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, como a que já se inaugurou e tramita no STF sob o

número 5492, sob a relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Um dos pontos levantados pela Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro é objeto deste presente estudo, qual seja a possível inconstitucionalidade dos artigos 9º, p. u., II e 311, II, que combinados permitem ao juiz a concessão de liminar sem ciência do demandado, quando se tratar de fundamentação em precedente judicial, em casos de tutela de evidência. Aí reside a necessidade de produção desse estudo, para levantar elementos para a discussão do tema, posto que aparentemente essa liberalidade que excetua o princípio do contraditório insculpido tanto na Constituição Federal (CF/88), como no próprio CPC/15 é inconstitucional.

Para analisarmos a hipótese de que esses dispositivos citados são inconstitucionais, realizaremos pesquisa bibliográfica pela doutrina e legislação sobre o tema, ressaltando a precariedade de fontes de consulta, pelo momento de transição de legislações por que passa o país.

Assim, metodologicamente, dividimos o trabalho em três momentos, para melhor elucidarmos cada instituto envolvido na polêmica: inicialmente tratamos de tutela de evidência, a inovação que permite a concessão de medida de urgência mesmo sem que haja o requisito do perigo na demora; seguimos abordando a face neoprocessualista do novel diploma, que consagra o princípio do contraditório, acesso à justiça, do devido processo legal, da boa-fé processual, da cooperação e principalmente do contraditório. Por fim, usamos os conceitos desenvolvidos para verificar a hipótese, delimitando à matéria contida no 311, II, de precedentes judiciais.

O trabalho não tem a pretensão de esgotar a discussão sobre o tema, até porque ainda não se tem sequer registro acessível de configuração no caso concreto. Busca antes disso, ceder à academia elementos científicos para a discussão do tema.

As obras consultadas constam das referências.

Noções da Tutela Provisória de Urgência e Evidência no âmbito do Novo Código de Processo Civil

Noções da Tutela Provisória de Urgência: cautelar e antecipada

A tutela provisória de urgência é o gênero no qual as tutelas cautelar e antecipada podem ser consideradas suas espécies. Ambas podem ser requeridas de forma antecedente ou incidental ao pedido principal e dentro do mesmo processo que discute a lide. Isto é, no mesmo processo em que se debate o direito material supostamente lesionado ou ameaçado, que constitui a causa de pedir do pedido principal. O Novo Código de Processo Civil (CPC/15) segue uma tendência que já se delineava no código anterior de Buzaid: o sincretismo processual, antes visualizado basicamente no cumprimento de sentença.

Destarte, não há mais que se falar em autonomia instrumental da tutela cautelar, por exemplo. Tal qual a tutela antecipada, a cautelar também se dará dentro do mesmo processo em que se busca a solução da lide. Esse sincretismo além de trazer uma desburocratização ao sistema, também implica medida de economia processual, vez que o pagamento das custas apenas se dará quando do ajuizamento da ação, independente se a petição inicial se prenderá inicialmente

ao pedido de tutela provisória (cautelar ou antecipada) ou ao pedido principal, que requer a tutela jurisdicional definitiva ao bem da vida pretendido pelo autor. Para tanto, o valor da causa da petição inicialmente deverá se prender ao pedido principal, a pretensão final do autor. Nesse sentido, não há de se falar em pagar custas quando da apresentação do pedido incidental, seja ele provisório ou principal, a depender do caso.

Não obstante o fato de serem ambas espécies de tutela provisória de urgência, a medida cautelar e a antecipada possuem diferenças cruciais que precisam ser ressaltadas, a começar pela natureza jurídica. Isso porque enquanto a tutela antecipada é satisfativa, a cautelar é preventiva.

A primeira surge com o propósito de antecipar a proteção que apenas seria possível ao final do processo, antecipando-se o próprio direito material que a parte busca, seja total ou parcialmente.

A segunda, por sua vez, é conservativa, pois praticam-se atos que previnem, garantem a utilidade prática do resultado que se obterá com o acolhimento do pedido. Sua finalidade é assegurar a efetividade do pedido principal.

Note-se que a tutela cautelar não satisfaz o direito material, como a tutela antecipada, mas apenas garante que o mesmo possa ser realizado em momento posterior.

É verdade que tanto a tutela cautelar como a antecipada buscam afastar uma situação de risco, mas de maneira diferente. A tutela antecipada satisfaz o direito que o autor busca por meio da ação, em caráter provisório. A tutela cautelar, por sua vez, afasta o perigo por medidas indiretas, que não satisfaz o direito que o autor busca ao final do processo.

Toda tutela provisória, seja cautelar ou antecipada, é com base na probabilidade, na fumaça do bom direito, sendo a sua cognição, portanto, sumária. Ao passo que apenas ao final do processo, com a análise do pedido principal, quando se resolve a lide (o direito material em conflito no processo) é que se tem a cognição é exauriente.

Na tutela cautelar há o risco do dano irreparável para a efetividade do pedido principal. Já na tutela antecipada o risco do dano irreparável está relacionado ao próprio direito substancial que fundamenta o pedido principal e não a efetividade deste pedido, caso

acolhido.

Em razão de sua natureza jurídica satisfativa, não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. Trata-se do *Periculum in Mora inverso*. Assim, toda vez que houver perigo da irreversibilidade a tutela antecipada deve ser indeferida.

Como provimento emergencial de segurança, a tutela de urgência é proferida com base em uma cognição sumária, superficial, razão pela qual há a possibilidade da substituição, modificação ou revogação a qualquer tempo desde que afastada a situação de risco ou que cesse a eficácia da tutela de urgência por negligência da parte, nos casos previstos em lei, ou mesmo quando perca a sua razão de ser quando da análise do pedido principal, por meio da cognição exauriente.

Ressalta-se que o indeferimento da tutela de urgência não obsta a que a parte requeira o pedido principal, nem influi no julgamento deste.

A autonomia do pedido tutela de urgência em relação ao pedido principal mais se destaca quando se verifica que o resultado de um não reflete sobre a substância do outro, podendo a parte que logrou êxito quando da análise da tutela de urgência sair vencedora quando da análise do pedido principal e vice-versa.

As tutelas de urgência são fungíveis entre si, de modo que se for realizado o pedido de uma no lugar da outra por equívoco, estando presentes todos os pressupostos o juiz aceitará, aplicando a fungibilidade e seguindo o procedimento da tutela de urgência aplicada ao caso. Destaca-se que ambas, como se verifica da própria terminologia adota, são medidas voltadas à busca da eliminação dos males que podem ser ocasionados pelo tempo do processo, tendo por base uma situação de perigo.

Entende-se, portanto, que as medidas cautelares e antecipadas sempre estarão à luz do Novo Código de Processo Civil vinculados a urgência, ou seja, a uma situação de risco que justifica a sua concessão ao tempo necessário para evitar ao comprometimento da efetividade da tutela definitiva pretendida.

Noções da Tutela Provisória de Evidência: punitiva e documentada

A tutela de evidência não é propriamente uma novidade, salvo pela roupagem da denominação e am-

pliação significativas de suas hipóteses. Em verdade, ela se trata de uma tutela antecipada sem urgência, em situações em que não existe o perigo da demora.

No sistema processual civil anterior já existia essa categoria, no artigo 273, II, do Código de Processo Civil de 1973. Tratava-se da tutela antecipada dissociada da urgência quando se verifica o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. O caráter dessa tutela era tipicamente punitivo. Não existia, pois qualquer risco de dano que pudesse ser ocasionado pelo tempo à efetividade do processo. A fundamentação para a concessão do dano era motivada pelo simples propósito punitivo do réu.

Pois bem, o inciso I do artigo 311, do Novo Código de Processo Civil, traz justamente esse caso como uma das hipóteses da chamada tutela de evidência. Não há nenhuma modificação significativa. Ao contrário houve uma simplificação, pois a nova lei exige apenas a probabilidade do direito do autor, retirando a verossimilhança da prova inequívoca que dava um contorno diferenciado ao requisito da fumaça do bom direito. Fora a isso apenas o nome modificou, haja vista que não se fala mais em tutela antecipada dissociada da urgência, mas em tutela de evidência com caráter punitivo. As demais hipóteses de tutela de evidência autorizam a sua concessão com base em documentos.

A hipótese do inciso II, do artigo 311, do Novo Código de Processo Civil, que constituirá o cerne do presente artigo, permite a concessão quando houver tese de direito pacificada nos tribunais. Trata-se da tutela de evidência em relação aos precedentes. A grande polêmica e que será tratada mais adiante diz respeito ao parágrafo único do artigo 311, que possibilita a concessão da tutela de evidência, nessa hipótese, de forma liminar, ou seja, *inaudita altera parte*.

O inciso III, do aludido artigo, traz a tutela de evidência vinculada a entrega de bem objeto de contrato de depósito, quando exista prova documental quanto a obrigação da entrega, sob pena de multa e outros meios de coerção previstos em lei. Aqui também há previsão no parágrafo único de concessão liminar da medida, apesar de não ser o foco desse trabalho.

O inciso IV, por fim, faz referência à hipótese da tutela de evidência quando o autor apresentar prova documental consistente, isto é, suficiente da existência do seu direito, sem que o réu seja capaz de refuta-las

de modo a ensejar qualquer dúvida razoável.

As hipóteses do inciso I e IV, do artigo 311, do Novo Código de Processo Civil, não ensejam debate sobre a possibilidade de concessão liminar, haja vista que exigem a verificação da conduta adotada pelo réu, seja na sua intenção de abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório, seja quanto a sua capacidade de trazer provas ou objeções capazes de ensejar dúvidas em face dos documentos aparentemente consistentes levados aos autos pelo autor, respectivamente.

Assim, a tutela de evidência nada mais é de que, nas hipóteses firmadas pelo legislador, no artigo 311, do Novo Código de Processo Civil, a antecipação dos efeitos finais da decisão que se busca por meio do processo, garantindo a satisfação do provável direito do autor, descaracterizada da urgência.

A intenção da tutela de evidência é a melhor distribuição do ônus do tempo do processo por meio da celeridade da satisfação daquilo que já é evidente. A preocupação central é a celeridade e a efetividade, considerando o peso do tempo no processo.

### **3. A Garantia Constitucional do Contraditório Participativo no Processo Civil Democrático**

#### **3.1. O neoprocessualismo voltado à construção da decisão judicial por meio do contraditório participativo.**

O Estado Democrático de Direito repudia a aplicação das normas sem a observação aos valores sociais, ao direito material e a efetividade processual. Nessa perspectiva é que nasce o contraditório sob o prisma da cooperação, que busca a atuação do juiz à luz do caráter dialético do processo, que privilegia a participação ativa de todos os sujeitos processuais.

Decerto, o contraditório sob a perspectiva da cooperação tem por missão aproximar o processo civil da verdade material, tornando-o mais fulgente diante das partes por meio do sentimento de justiça. Nesse sentido:

*O princípio da cooperação é, pois, a pedra de toque do processo civil moderno, apregoado a ideia de que as partes e o juiz devem colaborar entre si, de modo a construir um processo mais justo e efetivo. É mister que se destaque que a concretização de tal princípio traduz um interesse público, porquan-*

*to, ao evitar a surpresa, a decisão inesperada por qualquer das partes, aumenta-se a credibilidade na justiça e, por consequência, contribui-se para a segurança jurídica. (PARCHEN, 2012)*

As normas processuais, nessa perspectiva, não podem se preocupar tão somente com considerações de ordem prática. Paralela a essa praticidade se anteveem os valores e perspectivas da sociedade moderna, na qual o princípio do livre convencimento do juiz por si só já não lhe basta, se esse convencimento não lhe trazer o sentimento do processo justo e eficaz. Daí o contraditório participativo tem importância ímpar nesse sentir processual, pois é dada as partes uma ativa participação para formar o convencimento do juiz, que ao decidir leva em consideração toda a dialética estimulada e desenvolvida no processo.

Dentre os deveres conexos ao princípio da cooperação processual tem-se o dever de consulta, que procura evitar uma decisão precipitada, que possa levar mais facilmente ao equívoco. Por esse dever, o juiz deve consultar as partes a fim de que se manifestem sobre a questão que pretende decidir, evitando a surpresa e colaborando de forma mais efetiva para a formação da convicção ao juiz.

*O princípio da cooperação se encontram nas regras postas no Novo Código de Processo Civil, que privilegia a dialética processual a busca de um processo mais justo, como se vê no seu artigo 6º, de acordo com o qual: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (MEDINA, 2015, p.2).*

*No que pertine ao dever de consulta, cuja ênfase se dá no presente trabalho, assim diz o artigo 10, da nova legislação processual civil: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (MEDINA, 2015, p.2).*

*O dispositivo legal, positiva o entendimento aceca*

*da necessidade de consulta às partes antes da decisão, ainda que se trata de matéria que possa ser conhecida de ofício.*

(...)

Na visão moderna a busca pela verdade material deve ser um trabalho conjunto e participativo, não mais uma atividade isolada do juiz. A aplicação do princípio da cooperação por meio de um contraditório mais participativo é inerente ao direito moderno e contribui com a segurança jurídica.

Decerto, o contraditório aliado a cooperação traz uma dialética mais participativa que implica uma nova postura do juiz. A cooperação busca uma dimensão retórica e dialética do processo. Essa nova hermenêutica requer a presença de um novo juiz, voltado a principiologia constitucional e não apenas as regras, dissociadas dos princípios e aplicadas automaticamente. É preciso uma nova mentalidade quanto ao pensamento que norteiam as suas ações dentro do processo. Nesse sentido:

*O Estado Democrático de Direito, enquanto paradigma superador de outros tipos de Estado que aconteceram, requer não apenas uma nova hermenêutica constitucional, mas também, um “novo juiz” cujo modo de interpretar e aplicar o direito supere a figura do juiz que poderia servir no Estado absolutista ou no Estado liberal, mas não, no Estado Democrático de Direito. Este, em razão de sua constituição principiológica, necessita de uma hermenêutica constitucional capaz de trabalhar não apenas com regras, mas também com princípios. (GOMES, 2009, p.363).*

Tal discussão sobre uma nova concepção da garantia do contraditório no processo civil traz uma nova integração entre as partes e o juiz, fundada em uma dialética participativa. Procura-se uma verdadeira integração entre as partes e o magistrado na busca de uma prestação jurisdicional mais justa e efetiva. Esse ativismo judicial exaltado pelo contraditório participativo, advindo do princípio da cooperação, é insociável do Estado Democrático do Direito. Sublinhe-se:

*Nesse modo de participar e abrir canais para a efetiva participação, ele não estará ultrajando a garantia constitucional do contraditório, mas dando-lhe uma dimensão jamais obtida na prática, além de sair ele do imobilismo do juiz-espectador.” (DINAMARCO, 2005, p.156)*

*Seria arbitrário o poder exercido sem a participação dos próprios interessados direto do processo. Essa participação constitui postulada inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e portanto participativo, sob pena de não ser legítimo. E falar em participação significa, no direito processual moderno, falar também no ativismo judiciário, que é expressão da postura participativa do juiz – seja através das iniciativas probatórias, seja da efetiva assunção do comando do processo, seja do diálogo que o juiz tradicional se recusa – e principalmente mediante o profundo envolvimento nos pontos controvertidos e questões que serão relevantes para o julgamento da causa, etc. (DINAMARCO, 2005, p.159 e 160)*

No direito atual e democrático o juiz não deve estar sozinho na construção da decisão. Esta deve ter como pressuposto a participação dos demais sujeitos processuais. O processo hodierno tende a ser dinâmico e dialético. Tal conduta, inclusive, evita decisões arbitrárias, ao passo que reforça a fiscalização à imparcialidade do juiz, ao processo neutro. Destarte, por meio do contraditório participativo as partes se sentem inseridas no processo de construção da decisão, ao passo em que foram efetivamente envolvidas em um diálogo construtivo para a emersão do direito a ser tutelado. Nesse sentido:

*O contraditório que não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor de seus interesses, mas que impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa (GRECO, 2005, p.73)*

Em tal cenário às decisões dadas de forma *inaudita altera parte*, que deixa a manifestação da parte sobre tais questões para as sedes recursais devem constituir exceções. O dever de consulta inerente do contraditório participativo, à luz da cooperação entre os sujeitos processuais no processo de construção da decisão deve ser a regra no âmbito do direito processual civil moderno. A *ratio legis* no atual código de

processo civil, inclusive, é claro nesse sentido. Como já visto o próprio artigo 10 do CPC/15 reza de modo límpido que o juiz não pode decidir sem dar às partes oportunidades para se manifestarem sobre a questão, mesmo que se trate de matéria que possa conhecer de ofício. A finalidade dessa dialética processual é a construção do melhor resultado. Veja-se:

*O princípio da cooperação, assim, deve ser entendido como diálogo, no sentido de troca de informações, de municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para melhor decidir.” (BUENO, 2011, p. 146)*

É nesse contexto de mudanças que o artigo 6º, do CPC/15, já citado nesse trabalho, faz referência expressa ao dever de colaboração entre as partes e o juiz, ou seja, ao princípio da cooperação processual. Destarte, esse princípio é essencial ao direito moderno. Observe-se:

*O princípio da cooperação é, pois, a pedra de toque do processo civil moderno, apregoado a ideia de que as partes e o juiz devem colaborar entre si, de modo a construir um processo mais justo e efetivo. É mister que se destaque que a concretização de tal princípio traduz um interesse público, porquanto, ao evitar a surpresa, a decisão inesperada por qualquer das partes, aumenta-se a credibilidade na justiça e, por consequência, contribui-se para a segurança jurídica. (PARCHEN, 2012)*

Decerto, a inserção desse princípio, que traz como primazia a cooperação entre todos os sujeitos processuais à procura de um processo menos burocrático, mais preocupado com a verdade material e, portanto, do critério de justiça, é reflexo do neoprocessualismo, em contramão ao que se tinha no Estado Liberal ou no Estado Social, onde o individualismo de classe, burguesa ou trabalhadora, sobrepunha-se à sociedade e criavam empecilhos para uma atividade jurisdicional mais justa.

Nesse sentido, não se pode deixar de firmar a pretensão do CPC/15 em aproximar a norma processual da Constituição Federal. O sentimento constitucional é, pois, essencial para a efetividade das normas e das decisões. O processo de integração das partes ao processo de construção da decisão é uma forma nítida de conferir a mesma maior legitimidade, credibilidade e efetividade. A fundamentação do juiz com base em

um processo dialético com as partes traz um maior conforto e convencimento quanto a tutela jurídica justa.

Daí porque logo no artigo 1º, do CPC/15, o legislador já implanta que sua interpretação e disciplina deve estar impregnado aos valores e normas fundamentais à Constituição Federal. Note-se: *o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse código. (MEDINA, 2015, p.2).*

No direito moderno, a atividade hermenêutica teleológica e o formalismo axiológico estão a cada dia mais intrínsecos à atividade jurisdicional do Estado e, por conseguinte, do juiz, enquanto seu representante no âmbito do Poder Judiciário. O CPC/15 ao colocar em seu texto vários dispositivos que remetem à cooperação judicial consagra a superação do formalismo exacerbado do âmbito do processo civil e destaca a necessidade de um processo hermenêutico voltado à Constituição Federal.

### **3.2. A mitigação do contraditório participativo, por meio da cooperação, ante os casos excepcionais do risco da frustração da tutela pretendida.**

O contraditório participativo é a nova égide do direito processual constitucional e reflete a influência do Estado Democrático de Direito na sociedade. Assim, as decisões *inaudita altera parte* deve se constituir em casos excepcionais, principalmente ante a tendência neoprocessualista implantada no Código de Processo Civil de 2015.

O cuidado ao proferir decisões dessa maneira deve ser redobrado diante da nova hermenêutica constitucional processual. Isso porque é incompatível com processo civil democrático, tão fomentado pelo CPC/15, decidir de forma liminar, ou seja, ouvindo apenas a parte autora, sem que o réu tenha tido a oportunidade de participar no processo de construção da decisão, tentando por meio de sua manifestação influenciar no pensamento do julgador.

Entrementes, para adotar esse caminho, o julgador precisa ter a convicção de que fazer diferente é trazer o risco da frustração da tutela jurisdicional pretendida. Dessa maneira, ante o conflito do con-

traditório participativo, com ênfase nos artigos, 6º e 10º, do CPC/15, como também do artigo 5º, LV, da Constituição Federal e o de resguardar a efetiva proteção jurisdicional à tutela jurisdicional pretendida, diante da ameaça e lesões de direito, fundamentadas no artigo 3º, do CPC/15 e o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, é que deve prevalecer esse último. Trata-se da ponderação de valores e princípios pelo postulado da proporcionalidade, também conhecida como técnica da ponderação.

Assim, é preciso compreender que os princípios muitas vezes não podem ser aplicados todos ao mesmo tempo, de forma contemporânea, ante as especificidades do caso concreto. O juiz deve, portanto, ter a sensibilidade de identificar, aplicar e fundamentar a sua decisão ou o seu modo de decidir, com base no princípio adequado a resguardar a justiça naquele tipo de situação. Entre a colisão do princípio do contraditório, sob a nova roupagem da cooperação, e o princípio do acesso à justiça na busca de uma tutela a lesão ou ameaça ao direito, esse último é o que deve ser seguido.

Daí a responsabilidade do juiz ao proferir decisões liminares aumenta de forma significativa sob a égide da nova legislação. O princípio da motivação das decisões traz aqui uma importante missão, a saber: resguardar o juiz, por meio de sua fundamentação, quanto a legitimidade de uma decisão liminar sem que esta forma de decidir seja um enfrentamento ao princípio da contraditório participativo, à luz da cooperação entre os sujeitos processuais.

É justamente aqui que reside o foco do presente trabalho, que procura analisar a (in) constitucionalidade da concessão liminar da tutela de evidência fundada em precedente vinculante, prevista no artigo 9º, II e Artigo 311, II, do CPC/15, ante ao contraditório participativo.

#### **4. A (in)constitucionalidade do precedente vinculante como legitimador da concessão de liminar inaudita altera parte nos casos de tutela de evidência**

Para que se possibilite uma análise segura do tema, inicialmente temos que firmar como ponto de partida o significado de alguns institutos de Direito para que deles parta a conclusão mais acertada sobre a constitucionalidade ou não de dispositivos no CPC/15.

Diante do *feeling* da reforma de simplicidade e celeridade processual, cumpre-nos esclarecer a mudança que houve com a extinção de um dos tipos de processo até então vigentes, o processo cautelar. Em substituição a ele, o CPC/15 passa a tratar em livro próprio do próprio da tutela provisória, que não mais podemos associar necessariamente à urgência, posto que se subdivide em tutela de urgência e tutela de evidência.

Assim, temos a tutela de evidência como inovação do novo diploma processual civil para a concessão de decisão antecipatória de mérito em casos não urgentes. Ou seja, o binômio do antigo processo cautelar de *fumus boni iures* e *periculum in mora*, não vale para esse tipo de tutela, dispensando-se, a teor do art. 311 *caput*, o perigo na demora.

Sobre a tutela de evidência, temos na doutrina que:

*Em comparação com a tutela de urgência, a tutela de evidência igualmente exige a plausibilidade do direito invocado, mas prescinde da demonstração do risco de dano. Vale dizer, o direito da parte requerente é tão obvio que deve ser prontamente reconhecido pelo juiz. (NERY, 2015. p. 871)*

Pois bem, em casos de tutela de evidência, o art. 9º II do CPC/15 autoriza a ponderação da aplicação do princípio do contraditório, insculpido nesse dispositivo por tendência neoprocessualista, posto que bebe da fonte do artigo 5º, LV, da CF/88.

Dentre a permissibilidade de ponderação da aplicabilidade do princípio do contraditório no processo civil temos:

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

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

*I - à tutela provisória de urgência;*

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

(Grifos nossos)

Tratamos aqui da análise da constitucionalidade do inciso II desse artigo 9º do CPC/15, que remete ao artigo 311 do mesmo diploma, que reza:

*Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:*

*I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;*

*II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;*

*III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;*

*IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.*

*Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.*

(Grifos nossos)

Delimitamos ainda à hipótese acima destacada, do 311. II, qual seja concessão de liminar sem audiência bilateral ou oitiva da parte contrária com fundamento em decisões com caráter de precedentes judiciais. Passemos então à análise.

Numa abordagem generalista, “o precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de caso análogos” (DIDIER, et ali, 2015. p. 441), portanto, trata-se de instituto potencialmente correlato ao *common law* e como tal deve ter sua aplicabilidade com prudência num sistema tradicionalmente moldado pelo *civil law*.

Diante disso, para analisarmos a polêmica da negação do princípio do contraditório em tutela de evidência (não urgente) fundada em precedente ju-

risprudencial, cabe-nos distinguir os sistemas jurídicos que abarcam essas realidades aparentemente antagônicas.

A divisão entre o direito francês (*civil law*) e o direito inglês (*common law*) data do fim do século XII, com o fortalecimento do Parlamento de Paris de um lado e do Tribunal de Londres por outro. No *civil law*, prevalecia a formalidade escrita e as causas eram apreciadas por juízes, enquanto que no *common law*, cabia oralidade e o julgamento ficava a cabo de juristas e juízes de paz (STRECK, 2014. p. 28).

O julgamento em cima de precedentes judiciais é típico do *common law*, mas não significa que o juiz deva decidir *contra legem*, mas, tal qual na tópica, a lei escrita não terá valor primordial como tem no *civil law*, gerando assim maior discricionariedade para o julgador fundamentar suas decisões em *cases*, por exemplo.

Nesse ponto, há enganos sobre a natureza dos precedentes judiciais e da súmula vinculante, como bem alerta Lênio Streck quando:

*Tudo isso pode ser decidido no seguinte enunciado: precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas (ou ementários em geral, coisa muito comum em terrae brasilis), ao contrário, são enunciados “gerais e abstratos” – características presentes na lei – que são editados visando à “solução dos casos futuros”. (STRECK, 2014. p. 33/34)*

Assim, os julgamentos de casos repetitivos enquadram-se como *case law*, e as súmulas vinculantes como *code law*, pois assumem a verdadeira função de uma legislação escrita, como se fosse emanada do próprio Poder Legislativo.

Vale aqui citar Michele Taruffo (*apud* NUNES et ali, 2013):

*Quando se fala em precedente se faz normalmente referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que quando se fala da jurisprudência se faz normalmente referência a uma pluralidade, frequentemente bastante ampla relativa a vários e diversos casos concretos [...] em regra a decisão que se assume como precedente é uma só, de modo que fica fácil identificar qual decisão faz precedente. Ao contrário nos sistemas*

*nos quais se alude à jurisprudência, se faz referência normalmente a muitas decisões: às vezes são dúzias até mesmo centenas.*

Assim, em relação à segurança jurídica, à aplicação de súmulas vinculantes como fonte do Direito, mesmo que seja no caso em estudo - de concessão de liminar *inaudita altera parte*, não é tão temerária como a de julgamentos anteriores de casos repetitivos, isso pela diferenciação de critérios para a formação dos *topoi*.

O Ministro Luiz Fux, considerado “pai” da reforma do CPC, sobre as decisões de demandas repetitivas enquanto precedente judicial declara que:

*A jurisprudência, para ter força, precisa ser estável, de forma a não gerar insegurança. Então, a jurisprudência que vai informar todo o sistema jurídico e que vai ter essa posição hierárquica é aquela pacífica, estável, dominante, que está sumulada ou foi decidida num caso com repercussão geral ou é oriunda do incidente de resolução de demandas repetitivas ou de recursos repetitivos, não é a jurisprudência aplicada por membro isolado através de decisões monocráticas. Essa não serve para a finalidade do Novo CPC. (FUX, 2015)*

É o Brasil vivendo o *stare decisis*, ou seja:

*No Brasil, podemos dizer que vige o stare decisis, pois, além de o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal terem o poder de criar a norma (teoria constitutiva, criadora do Direito), os juízos inferiores também têm o dever de aplicar o precedente criado por essas Cortes (teoria declaratória). (DONIZETTI, 2015)*

Mas, a despeito disso, se abordarmos a questão da segurança jurídica, conforme defende Barbosa Moreira (*apud* Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, 2016), não há tanta rigidez para que julgamentos de demandas repetitivas se tornem precedente judicial, como para que uma decisão tome status de súmula vinculante.

Mas, tolhemo-nos nesse momento de adentrar mais profundamente no mérito ou não da inclusão dessas marcas de *common law* em nosso sistema de *ci-*

*vil law*, pois a crítica que tecemos nesse estudo é sobre a possível inconstitucionalidade dos artigos 9º, p. u., II c/c 311, II, do CPC/15, que só toca tangencialmente o uso da tutela pluri-individual (DANTAS, 2014) como fonte do Direito, até porque, depois da Emenda Constitucional 45, não há mais que discutir sobre o cabimento dos institutos formadores de precedentes judiciais como legitimadores de decisões no processo. Focamos seu uso apenas para excetuar a aplicabilidade do princípio do contraditório consagrado na CF/88 e reforçado neoprocessualisticamente no próprio *caput* do artigo 9º do CPC/15.

A tese da inconstitucionalidade alimenta-se no fato de que não havendo a urgência pelo perigo de perecimento nem potencial de prejudicialidade processual pela ciência

do autor, não há que se excetuar o contraditório.

Na verdade, em não se declarando a inconstitucionalidade referida, o próprio CPC/15 estará se contradizendo no preceito de vedação a decisões surpresa, que para Nelson Nery Jr (NERY et ali, 2015. p. 211) “se baseia em fatos ou circunstâncias que não eram de conhecimento da parte prejudicada pela mesma decisão”, defendendo o autor que esta vedação reflete não só o princípio do contraditório, mas também do *due process of law*.

Sobre o efetivo contraditório, o autor reforça que o juiz deve promover a mais *ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo*, asseverando que neste ponto, parece superada a clássica afirmação de que o processo civil não visa à verdade real, ao contrário do que ocorre no processo penal (NERY, 2015. p. 211).

Logo, há de se declarar a inconstitucionalidade dos artigos 9º, p. u., II e 311, II, do CPC/15, por cometerem uma contradição sistemática, ao limitarem a garantia constitucional do contraditório, que foi reforçada como princípio no *caput* do próprio artigo 9º do novel diploma, porque autorizam a concessão de liminar *inaudita altera parte* em caso de tutela de evidência, instituto que por sua própria natureza não emana urgência, desde que fundada a decisão em precedente judicial, que potencialmente representa fragilidades de implementação num sistema de *civil law* como o brasileiro. Não havendo, portanto, causa palpável para excepcionar a garantia processual do contraditório no caso em estudo.

A interpretação sistemática do Novo Código de Processo Civil, pois, dentre todos os artigos já citados

no presente trabalho que exalta o processo dialético por meio da cooperação entre os sujeitos processuais colide frontalmente com a hipótese da concessão da liminar prevista no artigo 311, II do mesmo diploma legal, o que toma força na assertiva: *A concessão de medida liminar sem a ouvida da parte contrária constitui limitação imanente à bilateralidade da audiência* (NERY, 2015. p. 859).

Trata-se, portanto, de uma clara contradição normativa que vai de encontro ao próprio espírito no Código de Processo Civil hodierno. Ora, a intenção de valorizar os princípios constitucionais processuais, dando-lhe não apenas mais ênfase, mas à medida do possível o tornando-o mais concreto e eficaz dentro do rito processual é perceptível à nova ordem normativa. No entanto, não se pode aumentar a efetividade a qualquer custo e tal conceito antes de relacionado a celeridade deve estar associado ao sentimento de Justiça, que não se aflora, no sentir do direito moderno, de uma decisão liminar dissociada da urgência, ainda que se dê com base em precedentes vinculantes.

Diante de todo estudo aqui produzido, verificamos que assiste razão no pedido de declaração de inconstitucionalidade formulado pelo Governos do Rio de Janeiro (ADI 5492/16) no tocante aos dispositivos ora analisados, devendo ser considerada inconstitucional a possibilidade de concessão de *liminar inaudita altera parte* em casos de tutela de evidência.

### Considerações Finais

A tutela de evidência presente no Código de Processo Civil de 2015, mais propriamente no artigo 311, é uma espécie de tutela provisória ao lado da tutela antecipada e cautelar, mas diferente dessas últimas, desvinculada do requisito de urgência, vez que dentre os seus requisitos não se encontra o perigo da demora, necessário para a concessão das outras duas tutelas provisórias.

Esse trabalho não tem o condão de criticar o instituto da tutela provisória de evidência, mas apenas por em debate a possibilidade de sua concessão liminar, ou seja, antes da oitiva do réu, na hipótese do inciso II, do artigo 311, autorizada pelo parágrafo único do mesmo artigo.

O assunto constitui uns dos mais debatidos do Código de Processo de 2015 e tem como ponto cen-

tral de discussão o princípio do contraditório participativo, sob a ótica da cooperação entre os sujeitos processuais e os princípios da celeridade e efetividade processual. Mas, não só, pois também envolve o risco da análise comparativa do precedente da súmula vinculante ao caso concreto apenas sob a visão de uma das partes, sem a presença de qualquer urgência que possa fundamentar o risco assumido com a sua concessão liminar.

Ademais, a tutela de evidência tem os efeitos de uma tutela antecipada, haja vista que já satisfaz o direito pretendido pelo autor por meio da ação. É certo que existe a responsabilidade objetiva inerente a tutela provisória, mas será que vale a pena assumir o risco do prejuízo, que se encontra mais eminente diante de uma liminar, quando inexistente o caráter de urgência para excepcionar a regar geral do contraditório participativo?

Como visto no decorrer desse estudo, não se coaduna no mesmo com o risco acima proposto. Entre o choque de princípios (contraditório x efetividade e celeridade) parece mais razoável a primazia do primeiro. Isso porque não se pode aumentar a efetividade a qualquer custo. A celeridade e a efetividade são importantes, mas devem estar associadas ao sentimento de Justiça, que não se aflora, no sentir do direito moderno, de uma decisão liminar dissociada da urgência, mesmo que proferida com base em precedentes vinculantes. Daí porque se apoia no presente texto a ADI 5492.

### Referências

DANTAS, Bruno. **Teoria dos recursos repetitivos – tutela pluri-individual nos recursos dirigidos ao STF e ao STJ**. São Paulo: RT, 2015.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2015.

DIDIER JR, FREDIE. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo do conhecimento**. 12. ed. Mato Grosso: Editora JusPodvm, 2010.v I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2005.

DONIZETTI, Elpídio. **A força dos precedentes no Novo Código de Processo Civil.** <http://www.tjmg.jus.br/data/files/7B/96/D66/2BCCB4109195A3B4E81808A8/A%20forca%20dos%20precedentes%20no%20novo%20Codigo%20de%20Processo%20Civil.pdf>. Consultado em 07/04/16.

FUX, Luiz. Entrevista ao Conjur, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-11/cpc-exige-conceito-tecnico-significa-precendente>. Consultado em 30/03/2015.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica Constitucional:** um contributo à constituição do Estado Democrático de Direito. Curitiba:Juruá Editora, 2009.

GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. **Revista Dialética de Direito Processual** 24. São Paulo, Março/2005

HORA, Rodrigo Santos da. **O princípio do contraditório e o direito comparado:** uma nova visão para o direito processual civil. *In:* Conteúdo Jurídico, Brasília, 13 set.2010. Disponível em:< <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.28744>>. Acesso em: 04 fev.2015.

LACERDA, Maria Francisca dos Santos. **Ativismo-cooperativo na produção de provas:** garantia de igualdade das partes no processo civil. São Paulo: LTR Editora LTDA, 2012.

LAUAR, Maria Terra. **Notas sobre o princípio da cooperação no projeto de novo código de processo civil.** *In:* JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro;

\_\_\_\_\_.(Org.).**Processo Civil: novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011. pp.629-636.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Quadro Comparativo entre o CPC/1973 e o CPC/2015.** Disponível em:<<https://professormedina.files.wordpress.com/2015/03/quadro-comparativo-cpc-1973-x-cpc-2015-vertical-3c2aa-versc3a3o-revista-e-atualizada.pdf>>. Acesso em 30 de mar.2015

MELEU, Marcelino da Silva. **O papel dos juízes frente aos desafios do Estado Democrático do Direito.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

NERY JR, Nelson/ANDRADE NERY, Rosa Maria de. **Comentários ao Código de Processo Civil.**

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle/LACERDA, Rafaela/MIRANDA, Newton. **O uso do precedente judicial na prática judiciária brasileira: uma perspectiva crítica.** Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 62, pp. 179 - 208, jan./jun. 2013.

PARCHEN, Laura Fernandes. **Impacto do princípio da cooperação no juiz.** *In:* Academia Brasileira de Processo Civil, Porto Alegre, mai.2012. Disponível em: < <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigosautor.asp?id=154>> Acesso em 04/05/2012.

Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. Petição inicial na ADI 5492. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4959031> Consultado em 09/04/2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VEGAS JUNIOR, Walter Rosati. **O princípio da cooperação e as questões de ordem pública.** *In:* Jus Navigandi, Teresina, ago.2007. Disponível em:< <http://jus.com.br/revista/texto/10261/o-principio-da-cooperacao-e-as-questoes-de-ordem-publica> >. Acesso em: 04 mai.2012.

## A RECONVENÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### Cecília Rodrigues Frutuoso Hildebrand

Professora do Centro Universitário Anhanguera – Leme/SP nas disciplinas de Direito Processual Civil, Direito de Família e Direito de Sucessões; Professora da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP para palestras e cursos na área de Processo Civil; Advogada atuante; Assessora jurídica da Superintendência de Água e Esgotos de Leme. Especialista em Direito Processual Civil.

#### INTRODUÇÃO

Uma vez instigado a comparecer ao processo pela citação, o réu tem várias formas de atuar. A reconvenção é uma delas e consiste na ação do réu em face do autor, o réu exercendo função ativa no processo.

Em razão de a partir da oposição da reconvenção existirem duas ações concomitantes no mesmo processo, surgem diversas peculiaridades sobre o instituto, como cabimento, necessidade de diferenciação **com outros instrumentos, etc.**

Diante da nova roupagem dada ao instituto através do novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/15 novas dúvidas surgiram quanto ao procedimento da reconvenção, algumas polêmicas foram solucionadas e novas surgiram.

Pela nova redação legal, a reconvenção deve proposta na mesma peça da contestação, o que traz uma simplificação ao procedimento, mas gera algumas dúvidas de aplicabilidade como, por exemplo, a necessidade de indicar o valor da causa, necessidade de pagamento de custas, possibilidade ou não de emenda da reconvenção, aplicabilidade ou não do instituto de improcedência *prima facie*, dentre outros.

Com apoio em doutrina e jurisprudência busca-se solucionar alguns desses questionamentos.

#### 1 Formas de atuação do réu no processo

O réu, uma vez citado, tem várias formas de atuar no processo e exercer o seu direito de defesa.

Ele pode contestar, no prazo legal, que é em regra é de 15 (quinze) dias, ou seja, pode apresentar defesas processuais ou materiais. Na defesa processual o réu impugna a relação processual, buscando a regularidade processual ou extinção do processo. Na defesa de mérito o réu pode contrapor-se totalmente quanto ao direito buscado pelo autor ou apresentar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do di-

reito do autor.

O novo Código de Processo Civil não faz previsão dos incidentes autônomos concentrando-os no corpo da contestação. Assim, a impugnação ao valor da causa, impugnação aos benefícios da justiça gratuita, alegação de incompetência relativa, e demais incidentes que existiam sob a égide do Código de 1973, passam a ser objeto da contestação, como preliminares.

O mesmo ocorre com a reconvenção, dessa forma, se o réu desejar fazer pedido em face do autor, deverá utilizar-se da contestação. Mas, em razão da reconvenção consistir em nova ação em processo já em curso, em que pese a unidade de peças processuais, algumas consequências daí surgirão, como se verá adiante.

Ainda com relação às condutas do réu, o mesmo pode permanecer inerte, o que configura a revelia, podendo gerar a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor e a não intimação do réu dos atos posteriores, caso seja hipótese de ocorrência de seus efeitos materiais e processuais.

O réu pode, ainda, confessar os fatos trazidos pelo autor na sua inicial, ou ainda reconhecer juridicamente o pedido, sujeitando-se àquela consequência processual que o autor pretendia com sua ação. Além, é claro, de provocar alguma das formas de intervenção de terceiro.

A atuação do réu no processo é ampla nesse momento, mas neste momento ater-se-á as questões relativas à reconvenção.

#### 2 RECONVENÇÃO

##### 2.1 Conceito e Aspectos Procedimentais

A reconvenção é ação do réu em face do autor, onde se tem a saída do réu da posição de defesa para a posição ativa do processo.

Segundo Pontes de Miranda, a denominação

reconvenção surgiu no direito canônico. *Conventio* era a citação em justiça e *reconventio* seria a citação em sentido inverso, com as partes em posições contrárias. (SANTOS, 2006, p. 469)

A reconvenção não é obrigatória, ou seja, se o réu não reconvir, a qualquer momento ele poderá ingressar com ação própria em face do autor para ter reconhecido o seu direito. O que se busca com a utilização da reconvenção é a economia processual.

Mas a reconvenção pode ser interessante sob o aspecto de economia processual e para impedir decisões conflitantes que poderiam ocorrer se o seu objeto fosse objeto de novo processo.

A partir da propositura da reconvenção ter-se-ão no processo duas demandas autônomas, a ação principal e a reconvenção. Não há acessoriedade entre elas, extinta uma a outra prossegue normalmente. Ainda que a partir de 2016, a propositura ocorra num mesmo documento processual, a característica de autonomia prevalece.

Não é outro o entendimento de Felipe Sripes Wladeck: “A reconvenção continua tendo natureza de demanda. Trata-se de demanda que o réu (reconvinte) propõe no bojo do mesmo processo já instaurado por iniciativa deste último” (2015, p. 926).

Alguns pressupostos existem para o cabimento da reconvenção: a) competência, b) compatibilidade procedimental, c) litispendência, d) conexão com a ação principal ou com os fundamentos de defesa.

A competência da reconvenção deve ser a mesma da ação principal. Se a competência for diferente, mas relativa, a reconvenção ainda é cabível. Mas se a incompetência for absoluta a reconvenção não será possível, devendo o réu ingressar com ação autônoma em face do autor.

É necessária também a compatibilidade de procedimento, ou seja, os procedimentos da ação principal e da reconvenção devem ser idênticos; se diferentes o processo deve continuar pelo rito ordinário.

A litispendência consiste na existência de ação já em curso, sem ela não existe a possibilidade de reconvenção.

A conexão ocorre quando a causa de pedir ou o pedido forem idênticos, assim para o cabimento da reconvenção é necessária a conexão desta com a petição inicial ou com a contestação. Apesar de difícil vislumbrar de forma abstrata a conexão com a contestação, ela será possível de ocorrer com relação às defesas indiretas trazidas pelo réu.

Para o cabimento da reconvenção é necessário, ainda, que o réu não possa obter o mesmo efeito com a contestação, pois carece de interesse de agir o réu que pode obter o mesmo bem da vida pleiteado em

reconvenção, por meio da contestação. (RT 688/131) (NERY JÚNIOR, 2001, p. 810). Assim, por exemplo, uma compensação de dívida líquida pode ser alegada como matéria de defesa indireta na contestação, obtendo-se os efeitos materiais do instituto, sem a necessidade de reconvenção. Todavia, em se tratando de obrigação ilíquida, o réu terá interesse processual no ingresso da reconvenção.

A reconvenção, mesmo constando do corpo da contestação, é nova ação e deve obedecer aos requisitos do art. 319 do Código de Processo Civil. Na vigência do código anterior, a jurisprudência já admitia a reconvenção no corpo da contestação: “pode ser proposta a reconvenção na mesma petição em que se faz a contestação, desde que a demanda reconvençional venha bem individualizada” (SILVA, 2002, p. 322).

A questão que surge é: com a atual regulação do tema, aceitar-se-ia a reconvenção em documento apartado da contestação? A interpretação *contrario sensu* do posicionamento anterior leva a resposta positiva. Todavia, o protocolo das petições deve ocorrer no mesmo momento, no mesmo dia, sob pena de preclusão. Esse é o melhor entendimento levando-se em consideração a principiologia do novo Código de Processo Civil, especialmente pelos princípios de instrumentalidade das formas e primazia da decisão de mérito.

O réu reconvinte deve indicar de forma clara os fatos e fundamentos jurídicos de seu pedido. Nesse sentido a lição de Leonardo Greco: “Sendo a reconvenção uma nova ação, nessa parte a petição de contestação deverá conter a individuação dos fatos e fundamentos e a precisa indicação do pedido, das provas e do valor dessa nova causa”. (2015, p. 74).

Ainda quanto aos requisitos da petição inicial, deve-se ressaltar que apesar de estar no corpo da contestação todos devem estar presentes, inclusive o valor da causa. O art. 292 do CPC em seu *caput* aponta textualmente que os seus critérios aplicam-se à reconvenção, daí sugerindo ser tal requisito essencial como em qualquer inicial.

Nessa mesma linha, custas e despesas processuais também são devidas em face da propositura da reconvenção, ainda que não conste de petição apartada. Devendo, nesse ponto, aplicarem-se as regras estaduais pertinentes a cada local. Sobre o tema, importante as colocações de Fredie Didier Júnior:

*Por fim, duas observações sobre as despesas processuais na reconvenção: i) caberá à lei estadual definir se há ou não pagamento de custas processuais em razão da reconvenção. Na Justiça*

*Federal, a reconvenção não se sujeita ao pagamento de custas (Lei n. 9.289/1996); ii) dispensa-se a caução às custas, na reconvenção (art. 83, § 1º, III, CPC. (DIDIER JR., 2015, p. 663).*

Quanto a forma de organização do conteúdo na contestação, o Código não faz previsão expressa. O desejável é que o advogado destaque tal parte para facilitar a identificação pelo juiz e possibilitar o contraditório pela parte contrária. Mas a não utilização de capítulo próprio não pode impedir o processamento da mesma, em razão do princípio da instrumentalidade e da primazia da decisão de mérito.

Nesse sentido é a conclusão do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, em seu Enunciado n. 45

*45. Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse **nomen iuris**, ou dedução de um capítulo próprio. Contudo, o réu deve manifestar inequivocamente o pedido de tutela jurisdicional qualitativa ou quantitativamente maior que a simples improcedência da demanda principal. (2016).*

Como qualquer inicial, o juiz deverá recebê-la. Por não se tratar de petição autônoma, a distribuição, s.m.j., fica prejudicada, devendo apenas proceder-se ao registro no sistema.

O juiz pode indeferir liminarmente a reconvenção. Nesse caso, o recuso cabível será o de agravo de instrumento, pois apesar de extinta a reconvenção, a ação principal continua em curso, assim, a decisão extintiva tem natureza de decisão interlocutória e não de sentença. O Enunciado n. 154 do Fórum de Processualistas Cíveis é exatamente nesse sentido: “É cabível agravo de instrumento contra ato decisório que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção” (2016).

Com base nesse mesmo raciocínio é possível concluir que a emenda ou aditamento da reconvenção também são possíveis. Assim, poderá o réu reconvinde aditar a sua reconvenção antes da intimação do autor para se manifestar sobre a mesma e também será possível ao juiz determinar a emenda da inicial, quando entender que a reconvenção não atende aos requisitos do art. 319 e 320, no prazo de 15 (quinze) dias, conforme previsão do artigo 321 do Código de Processo Civil.

O juiz poderá, ainda, julgar improcedente o pedido da reconvenção de forma liminar, medida que a doutrina convencionou chamar de improcedência *prima facie*. Sendo a reconvenção petição inicial dentro do corpo da contestação, aplicam-se também as possibilidades previstas no art. 312 do Código de Processo Civil. Assim, o juiz julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local; ou, se verificar a ocorrência de decadência ou de prescrição.

Oferecida a reconvenção pelo réu reconvinde, será intimado (entenda-se como citado) o autor reconvinde, na pessoa de seu advogado, para resposta no prazo de 15 (quinze) dias. A redação trazida pelo Código de Processo Civil anterior espanca a dúvida que existia sobre o cabimento de outras espécies de defesa pelo autor reconvinde. Como o Código de 1973 falava apenas em contestação, existia a controvérsia que já se encontrava sanada pela doutrina e jurisprudência.

Vários doutrinadores concluíam que era possível a “reconvenção da reconvenção” por tal motivo, dentre eles Ovídio Batista da Silva: “contestando a reconvenção, poderá o autor-reconvinde, por sua vez, reconvir contra o réu” (2002, p. 321).

Com a entrada em vigor do novo código não há mais dúvidas ou discussões, o autor reconvinde poderá se valer de qualquer tipo de resposta, inclusive da reconvenção.

Aspecto interessante surge quando se depara com a não contestação da reconvenção pelo autor reconvinde, ocorreria neste caso os efeitos da revelia? Conforme a opinião de Ernane Fidélis dos Santos não; pois, no caso de reconvenção, “o que se verifica é que o réu-reconvinde sempre manifesta pretensão contrária à do autor-reconvinde, e, em razão desta inegável contrariedade, há sempre dúvida sobre os fatos alegados por um e por outro” (2006, p. 475). Já Alexandre Freitas Câmara entende que: “a ausência do autor reconvinde implicará revelia” (2004, p. 342).

Na verdade, se o autor reconvinde não contesta a reconvenção os efeitos da revelia somente não ocorrerão com relação à matéria ao objeto do processo principal, pois este já estará controverso pela própria petição inicial. Todavia, quando existirem fatos na reconvenção que não estão presentes na ação principal, nada impede que estes sejam presumidos

como verdadeiros em razão da inépcia em contestar a reconvenção.

A ação principal e a reconvenção terão unidade procedimental e o julgamento, em regra, será realizado na mesma sentença. Todavia, nada impede que o julgamento de mérito seja fracionado como nas hipóteses de improcedência *prima facie*; extinção da ação principal por desistência ou causa extintiva; ou, em caso de julgamento antecipado parcial de mérito. Em qualquer dessas hipóteses o recurso cabível será o agravo de instrumento.

## 2.2 Reconvenção Subjetivamente Reduzida

Havendo mais de um autor no processo, o réu, quando da reconvenção poderá propô-la contra todos os autores ou contra apenas um ou alguns deles. Tal possibilidade é a melhor interpretação do princípio dispositivo que determina que ninguém pode ser obrigado a litigar.

Importante destacar que, existindo hipótese de litisconsórcio necessário, não caberá ao réu escolher contra quem litigar.

É possível ainda, que o réu tenha pretensão apenas contra um ou alguns dos autores não sendo todos eles legítimos para o objeto da reconvenção.

Além da reconvenção restritiva no pólo passivo, há a possibilidade de restringir-se no pólo ativo quando houver vários réus no processo. É possível que nem todos tenham pretensão a reconvenção, ou ainda que possuam pretensões diferentes. Assim, havendo litisconsórcio passivo pode ocorrer da reconvenção não abranger todos os réus.

## 2.3 Reconvenção Subjetivamente Ampliativa

Sob a égide do Código de 1973, discutia-se muito na doutrina a possibilidade ou não de a reconvenção ser proposta não só contra o autor, mas também contra terceiros.

Deu-se o nome a tal hipótese de reconvenção subjetivamente ampliativa.

Há situações em que a legitimidade para a causa objeto da reconvenção não abrange apenas o autor, mas também pessoas que não fazem parte da demanda.

Com relação às hipóteses de litisconsórcio necessário, doutrina e jurisprudência eram mais permissivas e muitos autores admitiam a possibilidade do réu ingressar com a reconvenção em face do autor e dos litisconsortes necessários.

Tal situação pode ocorrer, por exemplo, quando o réu se valer de ação de usucapião na reconvenção,

havendo necessidade de inclusão de todos os litisconsortes necessários.

Analisando o tema, concluiu o Fórum Permanente de Processualistas Civis:

46. (art. 343, § 3º) *A reconvenção pode veicular pedido de declaração de usucapião, ampliando subjetivamente o processo, desde que se observem os arts. 259, I, e 328, § 1º, II. Ampliação do Enunciado 237 da Súmula do STF (Grupo: Petição inicial, resposta do réu e saneamento; redação revista no IV FPPC-BH) (2016)*

Assim, se o réu reconvir com a alegação de usucapião deverá citar os confrontantes pessoalmente conforme previsão do art. 246, § 3º. Podendo utilizar-se de editais conforme a previsão do art. 259, I. Tal interpretação amplia o alcance da súmula 237 do STF que já fazia previsão de possibilidade de alegação de usucapião em defesa.

Mas permitir a ampliação subjetiva apenas nos casos de litisconsórcio necessário não é suficiente. Pode ocorrer que o réu tenha interesse em ingressar com a reconvenção em face do autor e de um terceiro em litisconsórcio facultativo. E nesse ponto jurisprudência e doutrina eram bem divergentes. O Superior Tribunal de Justiça, seguido pela maior parte dos Tribunais de Justiça do país, tinha posicionamento contrário à ampliação subjetiva da demanda por reconvenção quando não se tratasse de litisconsórcio facultativo:

*PROCESSUAL CIVIL- AGRAVO DE INSTRUMENTO- AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS- RECONVENÇÃO- AMPLIAÇÃO DO PÓLO PASSIVO COM INCLUSÃO DE RECONVINDO ESTRANHO À LIDE PRINCIPAL- LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO- INEXISTÊNCIA- AMPLIAÇÃO INADMISSÍVEL- RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.*

*-Conforme entendimento do STJ, o réu, ao reconvir, não pode ampliar o pólo passivo da reconvenção, inserindo nele terceiro estranho à lide principal, se não se tratar de litisconsórcio passivo necessário. Recurso conhecido e não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial n. 269608. Relator: Ministro*

SIDNEI BENETI, j. 05 abr. 2013. Disponível em: < [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=27729976&num\\_registro=201202545701&-data=20130405&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=27729976&num_registro=201202545701&-data=20130405&formato=PDF)>. Acesso em 28 set. 2016, 10:46:12)

O Código de Processo Civil de 2015 sana definitivamente as dúvidas acerca dessa possibilidade em seu art. 343, § 3º: “A reconvenção pode ser proposta contra o autor e terceiro”. Não tendo o legislador limitado a espécie de litisconsórcio, entende-se que abranje tanto o necessário quanto o facultativo.

Ainda no tema de reconvenção subjetivamente ampliativa, há outra possibilidade de ampliação, do réu desejar incluir um terceiro no pólo ativo da reconvenção, seja por litisconsórcio facultativo ou necessário. Tal hipótese também foi regulamentada pelo novo Código de Processo Civil, no art. 343, § 4º: “A reconvenção pode ser proposta pelo réu em litisconsórcio com terceiro”.

Sobre a possibilidade de reconvenção subjetivamente ampliativa, já defendia Luis Guilherme Bondioli:

*O espaço para a reconvenção subjetivamente ampliativa não depende de ela exercer função colateral de defesa nem do caráter necessário ou facultativo do litisconsórcio nem, ainda, de a ampliação se dar no polo ativo ou passivo da reconvenção. É claro que essas características podem ter repercussão nas dimensões da brecha que se abre para a admissão da demanda reconvenicional, mas nenhuma delas pode ser colocada como condição para a admissibilidade da reconvenção. (2009, p. 111-112).*

Já com base no novo CPC esclarece Fredie Didier Jr.:

*A primeira dúvida que nos vêm é a seguinte: a que tipo de litisconsórcio se refere esse dispositivo? Parece-nos que, no caso, o enunciado deve ser compreendido como inteiramente aplicável aos casos de litisconsórcio necessário (simples ou unitário) entre o autor reconvinde e um tercei-*

*ro. Sua aplicabilidade ao litisconsórcio facultativo só se justifica quando se der, no mínimo por conexão – senão decorrer de um caso de colegitimação (unitariedade). (2015, p. 659.)*

Ou seja, a reconvenção subjetivamente ampliativa pode abranger tanto o litisconsórcio necessário quanto o facultativo, a lei não faz distinção. Mas, para tanto, é necessário que os requisitos para a propositura da reconvenção estejam presentes.

Todavia, Fredie Didier prossegue em seu raciocínio e conclui que quando o litisconsórcio for simples, apenas será possível a ampliação se ele também for necessário, sob pena de se criar tumulto processual sem necessidade. (2015, p. 659-660).

Mas, parece que tal limitação a utilização da reconvenção subjetivamente ampliativa não encontra respaldo no texto legal. Nossos Tribunais ainda não se debruçaram sobre o tema.

#### 2.4 Reconvenção em face de substituto processual

Outra hipótese relativa a legitimidade para a reconvenção foi solucionada pelo art. 343, § 5º: “Se o autor for substituto processual, o reconvinde deverá afirmar ser titular de direito em face do substituído, e a reconvenção deverá ser proposta em face do autor, também na qualidade de substituto processual”.

Assim, havendo substituição processual pelo autor será ele legitimado de forma passiva para a reconvenção se a pretensão do réu for contra o substituído. Ter-se-á a substituição tanto na demanda principal quanto na reconvenção.

### 3 DIFERENÇA DA RECONVENÇÃO COM O PEDIDO CONTRAPOSTO

No Juizado Especial Cível, o réu, em sua contestação, tem a possibilidade de fazer pedido em face do autor. A essa possibilidade de posição ativa do réu na própria contestação dá-se o nome de pedido contraposto.

Quando cabível o pedido contraposto, não será cabível a reconvenção, pois todo e qualquer pedido em face do autor deve ser feito no corpo da contestação.

Na égide do Código anterior a principal diferença entre os dois institutos era a forma de propositura, uma vez que o pedido contraposto consta da própria contestação e a reconvenção era proposta em

peça separada. Com o Código de Processo Civil de 2015, essa diferenciação não mais existe.

Todavia, enquanto a reconvenção é autônoma e não depende da sorte da ação principal, uma vez que a “desistência da ação ou a ocorrência de causa extintiva que impeça o exame de seu mérito não obsta ao prosseguimento do processo quanto à reconvenção” (art. 343, § 2º), o mesmo não ocorre com o pedido contraposto que possui natureza acessória e ficará prejudicado nessas mesmas hipóteses.

Nessa esteira a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

*O pedido contraposto não caracteriza relação processual nova, o que se tem é a mesma relação processual em que o juiz tem dois pedidos a apreciar: um formulado pelo autor em face do réu e outro deduzido pelo réu em desfavor do autor. No caso, a desistência da ação pela parte autora, ainda que nos autos tenha pedido contraposto formulado pelo réu – impossibilita o pronunciamento sobre o pedido contraposto. Isso pelo fato de que, como já dito, o pedido contraposto não inicia uma nova ação, mas um simples pedido, limitado aos mesmos fatos objeto da lide, inserido na contestação. Não se trata de reconvenção que, nos termos do artigo 317 do CPC, prossegue, ainda que haja desistência da ação principal. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Recurso Cível nº 71002241545. 1. Turma Recursal Cível. Turmas Recursais. Relator: Luís Francisco Franco, j. 17/9/2009).*

Dessa forma, não como afirmar-se que a reconvenção confunde-se com o pedido contraposto.

#### 4. ASPECTOS CONTROVERSOS QUANTO AO CABIMENTO DA RECONVENÇÃO

##### 4.1 Reconvenção de réu revel

A reconvenção deve ser apresentada no corpo da contestação. Todavia existem situações em que o réu não contesta, mas apresenta reconvenção. Nesse caso, a revelia não estará afastada, pois se não há contestação, os efeitos da revelia ocorrerão.

Ernane Fidélis dos Santos entende que quando a reconvenção for formulada de forma a excluir o direito do autor, os efeitos da revelia estarão afastados ainda que o réu não conteste. Cita como exemplo de ação possessória, onde o autor reivindica bem com

fundamento em aquisição feita do réu e o réu apresenta reconvenção requerendo a declaração de nulidade do ato aquisitivo. Uma vez julgada procedente a reconvenção, anulando-se o contrato de aquisição do bem, o direito do autor fica excluído. (2006, p. 472-473).

Na hipótese do réu não contestar mas apresentar reconvenção essa poderá constar de petição autônoma.

Então, mesmo que o réu não conteste, nada impede o recebimento da reconvenção, pois a propositura da contestação não é pressuposto para a oposição de reconvenção. Resolvendo controvérsias que existiam na doutrina e jurisprudência sobre esse tema, o Código de Processo Civil faz previsão expressa no § 6º do art. 343: “O réu pode propor reconvenção independentemente de oferecer contestação”.

A revelia do réu na ação principal não o impede de ajuizar reconvenção. Contudo, somente poderá produzir provas sobre os fatos constitutivos de seu direito, deduzido na petição inicial da reconvenção. Os fatos relativos à ação principal não poderão ser por ele provados (NERY JÚNIOR, 2001, p. 811)

##### 4.2 Reconvenção com pedido de tutela provisória de urgência

A tutela provisória de urgência é um dos instrumentos existentes para se alcançar a efetividade processual, pois antecipa os efeitos da decisão de mérito. Pela redação do art. 294, o juiz depende de requerimento da parte para conceder a tutela antecipada.

Em regra, o autor é legitimado para requerer a concessão da tutela de urgência, porque é o autor quem deduz pedido e a antecipação será dos efeitos daquele pedido.

Porém existem outros sujeitos processuais que são assemelhados ao autor, pois também deduzem pedido, podendo, por extensão, requerer a tutela antecipada. É o caso do réu na reconvenção, pois neste caso, o réu, na demanda secundária, requer algo em face do autor, equiparando-se à figura de um verdadeiro autor.

##### 4.3 Reconvenção nas espécies de intervenção de terceiros

Em alguns casos, um terceiro pode ter interesse jurídico na solução de uma causa, autorizando-lhe a lei a ingressar no processo em que tem interesse através de umas das formas de intervenção de terceiros. Nesses casos, a controvérsia existe quanto a possibilidade do terceiro interveniente opor reconvenção.

O assistente, é aquele que tendo interesse na causa, ingressa para auxiliar uma das partes. Existem duas formas de assistente, o simples e o litisconsorcial. Assistente simples é aquele que possui uma relação jurídica material com o assistido e não com a parte contrária, assim não teria interesse em ingressar com reconvenção. Já o assistente litisconsorcial tem relação jurídica com a parte contrária do assistido, podendo ter interesse em ingressar com reconvenção, desde que ingresse no processo antes do término do prazo de resposta com o objetivo de auxiliar o réu. O assistente litisconsorcial é aquele que poderia ter sido parte, mas não foi incluído na inicial da ação principal, por isso, ao ingressar no processo tem os mesmos poderes e ônus que as partes, podendo utilizar-se de todos os instrumentos à disposição destas, inclusive a reconvenção.

Na denunciação da lide, o terceiro possui uma relação de garantia com o denunciante, se este perder a ação, terá o denunciado que arcar com os prejuízos. Neste caso, o denunciado é réu da ação principal e réu da denunciação, podendo inclusive contestar ambas as demandas, assim, nada impede que também reconvenha em face do denunciante.

No chamamento ao processo visa-se chamar à demanda aqueles que devem tanto quanto o réu ou mais que ele. Na mesma sentença o juiz fixará a responsabilidade do coobrigados. Nessa espécie, o terceiro possui uma relação jurídica com o autor da ação e não com o chamante, que é o réu do processo. Assim, não seria possível a oposição de reconvenção em face do chamante, mas, nada impede que os chamados, no momento da sua contestação proponham reconvenção em face do autor da demanda.

Na espécie de desconsideração da pessoa jurídica, com a citação do sócio ou da pessoa jurídica, os mesmos passam a exercer a qualidade jurídica de réu, podendo oferecer resposta e também reconvenção. Tal forma de intervenção permite o ingresso dos sócios no processo em que a empresa é parte ou então, da pessoa jurídica na ação em que um dos sócios é parte, quando configurada uma das hipóteses de desconsideração da lei material.

Já na hipótese de intervenção de *amicus curiae*, a situação é diferente. Pois, esse terceiro ingressará no processo com o objetivo de auxiliar no processo fornecendo informações relevantes para o deslinde da lide. O *amicus curiae* pode ser pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada. Em que pese o ingresso de terceiro no processo, ele não adquire a qualidade de parte, não sofrendo consequências diretas da decisão do litígio. Por tal motivo, o *amicus curiae* não oferece resposta

de nenhuma espécie, estando excluída também a reconvenção.

#### 4.4 Reconvenção em ações de natureza dúplice

Ação de natureza dúplice é aquela onde o réu na contestação pode formular pedido em face do autor, desde que condizente com o objeto daquela ação.

Um exemplo de ação de natureza dúplice são as ações possessórias, onde o réu, na sua contestação, pode requerer proteção possessória ou indenização causada pelo esbulho ou turbação do autor à sua posse.

Saliente-se que nas ações de natureza dúplice a cognição do juiz quanto aos pedidos encartados na contestação é parcial, a própria lei limita as matérias que podem ser objeto de pedido.

Nesses casos, se o réu pretender requerer matéria diversa do que aquela permitida pela lei ele não poderá se valer da natureza dúplice da ação.

Nesse caso, seria possível a utilização de reconvenção para formular pedido não abrangido pela duplicidade da ação.

O tema é pouco tratado pela doutrina brasileira e em razão disso muitos já negam a possibilidade de reconvenção em ações de natureza dúplice sem se ater aos detalhes que possam surgir na prática.

Ora, negar o cabimento da reconvenção nesses casos é impossibilitar ao réu a resolução do seu litígio naquele mesmo processo, pois se na contestação não poderia ser formulado pedido diverso daquele autorizado pela lei, restaria ao réu apenas ingressar com ação autônoma.

*Ação dúplice. Não cabe reconvenção para pedir o que se obteria com a simples contestação nas ações dúplices, dado que inexistiria interesse processual no ajuizamento de demanda reconvenicional. No entanto, a pretensão que estiver fora do âmbito e do limite da duplicidade pode ser deduzida sob a forma de reconvenção. (NERY JÚNIOR, 2001, p. 812).*

E ainda no mesmo sentido:

*POSSESSÓRIA – Reintegração de posse - Ação dúplice - Característica que não afasta a possibilidade de reconvenção - Pedido do réu-reconvinte para o recebimento das parcelas pagas que sobeja referido caráter dúplice - Ausência de*

*impedimento legal - Admissibilidade do procedimento reconvençional - Inexistência de cláusula contratual prevendo a perda dos valores pagos em caso de inadimplência - Hipótese, ademais, em que ainda que prevista, tal cláusula afrontaria o princípio da justiça comutativa ocasionado enriquecimento ilícito - Recurso do autor improvido. POSSESSÓRIA – Reintegração de posse - Ação fundada em contrato de compra e venda - Inexistência de qualquer vinculação com o procedimento de execução, afastando a exigência da assinatura de duas testemunhas - Recurso do réu-reconvinte improvido. (SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Apelação n. 0874769-7. Relator: Juiz J. B. Franco de Godoi, j. 16.2.2005 in Juris Síntese IOB, Thomson IOB, v. 56, nov. dez. 2005. CD ROM)*

Aldroaldo Furtado Fabrício, já na égide do Código de 1973 admitia a reconvenção em ações de natureza dúplice:

*[...] para veicular outras pretensões que não as contempladas no artigo. Nem mesmo é de exclui-se reconvenção, com a forma e o procedimento que lhe são próprios, para formular pedidos de conteúdo possessório, se referentes, por exemplo, a outro bem, ou a outra parte do mesmo bem.” (1980, p. 499)*

O Código de 2015 não mudou o tratamento sobre o assunto e faz previsão no art. 556 da natureza dúplice das ações possessórias: “É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor”.

Ou seja, a natureza dúplice continua sendo parcial, possibilitando a utilização da reconvenção quando o pedido a ser realizado pelo réu em face do autor não estiver relacionado a proteção possessória ou a indenização pelos prejuízos causados pela turbação ou esbulho.

É o caso, por exemplo, do réu que pretende obter indenização por benfeitorias realizadas no imóvel objeto de ação possessória. Através da contestação ele não poderia obter a decisão para a indenização

das benfeitorias, podendo utilizar-se então da reconvenção.

Outro caso que pode ser citado é na ação de reintegração de posse decorrente de contrato de leasing com pagamento de valor residual garantido. Na contestação o réu poderia sim pedir proteção possessória, mas não o ressarcimento das parcelas já pagas do valor residual, sendo necessária para tanto a reconvenção.

Em outras ações de natureza dúplice deve-se adotar o mesmo raciocínio, se a cognição horizontal for parcial deve-se admitir a reconvenção. Em sendo plena, não haverá interesse jurídico e o efeito dúplice da ação será suficiente.

#### 4.5 Reconvenção na ação monitória

A ação monitória tem por objetivo a cobrança de obrigação de entregar, pagar, de fazer ou não fazer, representada por prova escrita que não seja título executivo.

É um procedimento totalmente especial, onde ao receber a inicial o juiz expede o mandado de pagamento que possibilitará ao requerido o pagamento ou cumprimento da obrigação, com isenção de custas processuais, ou, a interposição de embargos ao mandado de pagamento.

Discute-se na doutrina qual é a natureza jurídica dos embargos ao mandado de pagamento. Alguns consideram os embargos como contestação, colocando que após a oposição dos mesmos o rito passaria a ser ordinário. Por esse raciocínio, se os embargos ao mandado de pagamento são resposta, nada impediria a reconvenção. É essa a posição do STJ, com a Súmula 292: “a reconvenção é cabível na ação monitória, após a conversão do procedimento em ordinário”.

Para outros, que seguem a redação do Código de Processo Civil, os embargos teriam natureza jurídica de ação de conhecimento que suspende a eficácia do mandado de pagamento, assim a interposição de reconvenção ficaria inviabilizada, pois ao interpor os embargos, o réu da monitória assumiria a posição de autor dos embargos ao mandado de pagamento. É essa a opinião de Antonio Carlos Marcato:

*Em suma, atribui-se aos embargos a natureza de contestação implicaria o reconhecimento de que a sentença ao final proferida versaria o mérito da própria ação monitória (não o dos embargos); e, sendo de procedência, ela (e não o mandando monitório) é que iria atuar, enquanto condenatória, como título executivo judicial, assim desfa-*

*zendo o arcabouço erigido pela lei.*

*Então, aceita a natureza dos embargos, fica evidenciada a inviabilidade da dedução de reconvenção pelo embargante [...]*  
(MARCATO, 2004, p. 308).

Assim, o cabimento de reconvenção pelo réu da ação monitória depende da filiação a uma das correntes acima. O novo Código de Processo Civil não solucionou tal discussão, pois, apesar de modificações no tratamento da ação monitória, não indicou expressamente qual a natureza jurídica dos embargos, mas o § 1º do art. 343 sinaliza que a melhor interpretação é aquela que considera os embargos como contestação, pois dispõe que: “Os embargos podem se fundar em matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum”

Assim, tendo os embargos natureza jurídica de contestação, a reconvenção pode ser utilizada pelo réu. E é nesse sentido a redação do § 6º do art. 343, *in verbis*: “Na ação monitória admite-se a reconvenção, sendo vedado o oferecimento de reconvenção à reconvenção”.

A reconvenção é expressamente admitida na ação monitória, estando proibida apenas a reconvenção da reconvenção.

## CONCLUSÃO

A reconvenção, instrumento de defesa colocado a disposição do réu, apesar de não receber tanta atenção da doutrina, possui muitos aspectos interessantes e controversos.

É verdadeira ação do réu em face do autor, sendo cabível nos processo de conhecimento, mesmo sem a contestação pelo réu. É cabível, ainda, em ações de procedimento especial, inclusive na ação monitória e em ações que tenham natureza dúplice.

A partir do novo Código, a propositura da reconvenção deve ocorrer no corpo da contestação, sem perder a característica de ação autônoma e devendo cumprir os requisitos da petição inicial, aplicando-lhe todos os dispositivos relativos a mesma, como emenda, aditamento, indeferimento, improcedência *prima facie*.

O réu pode ampliar subjetivamente a demanda quando da propositura da reconvenção, tanto no pólo ativo quanto passivo, seja esse litisconsórcio necessário ou facultativo. Na mesma linha, é possível ao réu reduzir subjetivamente a demanda e realizar a propo-

situra contra o autor substituto processual, desde que seu direito seja contra o substituído.

Analisou-se ainda, a diferença de natureza com o pedido contraposto, apesar da mesma forma para propositura, apenas a reconvenção possui a característica de autonomia.

Por fim analisaram-se algumas questões que apresentavam polêmica na égide do Código anterior, sendo possível concluir pelo cabimento da reconvenção em ações dúplices, quando o caráter de dubiedade da ação, em razão de lei, sofrer limitação na cognição, sendo parcial. Também é possível a utilização da reconvenção em ação monitória.

A efetividade e a economia processual são os principais fundamentos para a utilização da reconvenção.

## BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Rafael. Reconvenção no Novo Código de Processo Civil. **Instituto de Direito Contemporâneo**, São Paulo, 29 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/2015/07/29/reconvencao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 26 set. 2016, 20:21:15.

ANDRADE, Roberto Braga. A propositura da reconvenção no CPC/15 em processo eletrônico. **Migalhas**, São Paulo, 29 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/1/art20160128-06.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2016, 09:42:25.

BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BONDIOLI, Luis Guilherme. **Reconvenção no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Tribunal de Alçada do Paraná. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 615, p. 187-190, jan. 1987.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial n. 269608. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, j. 05 abr. 2013. **Superior Tribunal de Justiça**, 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=27729976&num\\_registro=201202545701&data=20130405&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=27729976&num_registro=201202545701&data=20130405&formato=PDF)>. Acesso em 28 set. 2016, 10:46:12

BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. 1 v.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Bahia: Juspodivm, 2015. 1 v.

FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIL. **Enunciados**. Carta de São Paulo, 18, 19, 20 mar. 2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2016, 18:43.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao código de processo civil**. t. 3 Rio de Janeiro: Forense, 1980. 8 v.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo civil – Processo de Conhecimento**, v. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015

MACHADO, Marcelo Pacheco. Resposta do réu no novo CPC: uma boa ideia inspirada nos juizados especiais cíveis. **Revista do Advogado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 127, p. 61-73, ago. 2015.

MALACHIAS, Roberto Antônio Darós. Agravo de instrumento contra o indeferimento liminar da reconvenção à luz do princípio do duplo grau de jurisdição e das garantias processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 239, p. 171-190, jan. 2015.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça.

Recurso Cível nº 71002241545. 1. Turma Recursal Cível. Turmas Recursais. Relator: Luís Francisco Franco, j. 17/9/2009.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de Direito Processual Civil: processo de conhecimento**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1 v.

SÃO PAULO. Primeiro Tribunal de Alçada Civil. Apelação n. 0874769-7. Relator: Juiz J. B. Franco de Godoi, j. 16.2.2005 *in* **Juris Síntese IOB**, Thomson IOB, v. 56, nov. dez. 2005. CD ROM

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. 6. ed. São Paulo: RT, 2002. 1 v.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria do direito processual civil e processo de conhecimento**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.1 v.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. 1 v.

WLADECK, Felipe Sripes. Da Reconvenção. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR, Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo. (coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

## A MEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A FAZENDA PÚBLICA COMO POSSÍVEL ATOR PARTICIPANTE

### **Bruna Cristina dos Santos Veiga**

Advogada (OAB/PE 37.917), Assessora Jurídica no Município de Nazaré da Mata-PE, atuando junto à Coordenadoria Especial da Mulher, Pós-graduanda em Ciências Criminais, Bacharela pela Faculdade Damas da Instrução Cristã, atuou como Assistente do Serviço Voluntário no Tribunal de Justiça de Pernambuco, ex-estagiária da Corregedoria Geral Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco e da Procuradoria Criminal no Ministério Público de Pernambuco. Artigo orientado pelo Prof. Msc. Paulo Roberto Gonçalves Cerqueira. E-mail: brunacristina\_veiga@hotmail.com.

### **Introdução**

O acesso à Justiça deve garantir os direitos fundamentais do ser humano, de forma que as despesas processuais e o tempo de espera não cheguem a prejudicar a razoabilidade na solução dos litígios. A morosidade processual é tema bastante criticado no sistema brasileiro, tendo em vista que a entrega da prestação jurisdicional é feita, em algumas ocasiões, de maneira inadequada e em tempo não razoável.

Diante da demanda crescente de ações judiciais, verifica-se que, em determinados momentos, o sistema corriqueiro não responde aos anseios do cidadão no que se refere ao devido acesso à justiça, tornando deficiente a celeridade processual. Assim, faz-se necessário a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos.

Dentre os institutos, os principais são: a conciliação, a mediação e a arbitragem.

A mediação, por sua vez, é a abordada neste artigo, pois o instituto auxilia as partes a resolverem os seus litígios com elevado grau de satisfação, pois proporciona momentos de comunicação entre as partes, sem polarizações. Assim, o instituto atua no nascedouro do conflito, não permitindo, que os desgastes emocionais, pessoais e financeiros se prolonguem no tempo, trazendo privacidade das informações para que se alcance a oportuna negociação e entendimento entre os envolvidos.

Porém, em contrapartida, sua efetivação é dificultada, tendo em vista o arcabouço histórico e cultural que cerca a prestação jurisdicional.

Diante de todo o exposto, é possível verificar uma problemática específica, qual seja: “a Fazenda

Pública pode ser ator participante da mediação?”, essa questão é bastante polêmica, tendo em vista que a Lei de Mediação trata do assunto de forma positiva. Contudo, há discordância sobre a viabilidade de mediar direito indisponível, já que estes direitos são fundamentais à pessoa humana e sobre eles não se pode dispor livremente. Inclusive, é por esse motivo que existe uma mitigação dos Procuradores do Estado transigir.

Dessa forma, percebe-se que é indiscutível o grande número de demandas envolvendo o Ente Público, gerando, conseqüentemente, o problema da morosidade processual. Diante disso é lançada como solução de tal impasse a aplicação e efetivação da mediação, desde que considerada à questão da indisponibilidade dos interesses públicos e da supremacia destes interesses de forma relativa.

Assim, é possível verificar as diversas vantagens da aplicação da mediação em conflitos envolvendo a Fazenda Pública, já que é um procedimento célere e que preza pelo equilíbrio das forças, realizando uma Justiça eficaz, que atende aos anseios das partes envolvidas no litígio.

Contudo, deve ser superada a barreira da tradição patrimonialista, já que as questões políticas e culturais presentes no judiciário brasileiro tem sido fator determinante para que não seja utilizada a mediação nos litígios em geral e naqueles envolvendo a Fazenda Pública.

Nessa senda, a solução para a morosidade processual, portanto, sem dúvidas, é a efetivação dos meios alternativos de solução de conflitos. A importância de tratar sobre este assunto é imensa, pois a implementação destes meios trazem uma nova concep-

ção social de acesso à justiça. Somente estimulando e efetivando as práticas das inúmeras formas complementares de solução de controvérsias é que se pode mudar a concepção dos brasileiros.

### 1. A mediação como meio alternativo de solução de conflitos: a fase instrumentalista e as diferenças entre os institutos da autocomposição assistida

Os conflitos sempre existiram e sempre existirão na vida em sociedade. Quanto mais complexo e desenvolvido o corpo social maior a incidência de embates, acompanhando, portanto, as transformações globais.

Diante dessa situação começa-se a buscar formas para solucionar tais conflitos. Daí surge a mediação, onde, segundo Serpa, vem do “verbo latino *mediare*, que significa medir, dividir ao meio, intervir ou colocar-se no meio, deu origem ao termo mediação. [...] Esse termo significa a maneira pacífica e não-adversarial de resolução de disputas [...]” (SERPA, 1999, p. 365).

Na medida em que as sociedades vão se organizando e se desenvolvendo, o Direito precisa acompanhar a evolução, trazendo, para tanto, resolução de lides e de manutenção da paz social.

A mediação é, portanto, bastante antiga e com o passar do tempo foi ganhando forma e se firmando como meio alternativo de solução de conflitos pelo mundo inteiro, sendo desenvolvido em conjunto com os grupos sociais e definido como uma negociação dinamizada por um terceiro imparcial.

É indiscutível que a jurisdição deve ser prestada pelo ente estatal, mas, o Estado encontra-se sobrecarregado de lides e necessita evidentemente de soluções para essa morosidade e limitação do acesso à justiça.

Desde a fase instrumentalista do Direito Processual, os estudiosos começaram a modificar a forma de entender o processo, interferindo, portanto, na interpretação quanto à prestação jurisdicional. Iniciando, assim, uma preocupação com um acesso à justiça mais célere, seguro e eficaz.

Para compreender esta fase e qual a importância de tratar sobre o assunto, Câmara leciona:

*Trata-se de um momento em que o processualista dedica seus esforços no sentido de descobrir meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais possível, do que possa ser chamado de justiça. O processo deixa de ser visto como mero instrumento de atuação do direito material e passa a ser encarado como um instrumento de que se serve o Estado*

*a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos. Além disso, passa-se a privilegiar o consumidor do serviço prestado pelo Estado quando do exercício da função jurisdicional, buscando-se meios de administração da justiça que sejam capazes de assegurar ao titular de uma posição jurídica de vantagem uma tutela jurisdicional adequada e efetiva (CÂMARA, 2010, p. 9-10).*

Com a fase instrumentalista do processo, buscaram-se meios, instrumentos, como o próprio nome sugere, para melhorar a dinâmica processual. Nesse momento, surgiram várias formas de meios alternativos de solução de conflitos.

As formas de solução de controvérsias podem ser classificadas, ou divididas em três grupos, quais sejam: autocomposição, que poderá ocorrer de forma assistida ou direta, heterocomposição e autotutela.

Os meios autocompositivos assistidos são constituídos pela conciliação e mediação, e é caracterizado por haver a presença de um terceiro imparcial, havendo também meios autocompositivos não assistidos ou também chamados de direto, onde as próprias partes envolvidas enfrentam o conflito, não havendo a presença de terceiros. Já nos meios heterocompositivos estão agrupados a arbitragem e a jurisdição estatal. Por sua vez, a autotutela é a mais primitiva, sendo, via de regra, inadmitida no Estado Moderno.

Porém, o objeto central analisado é a mediação, tendo em vista que, segundo Cardozo:

*Por meio da mediação, o conceito de Justiça apresenta-se como um valor adequadamente estabelecido, por meio de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios, considerando o pleno conhecimento delas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram. Portanto, na mediação, a justiça se concretiza na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção da solução de forma consensual e, tanto pela forma como pelo resultado, encontram-se satisfeitas (CARDOZO apud AZEVEDO, 2012, p. 10).*

A mediação foi conceituada por Vezzulla nos seguintes termos:

*[...] mediação é a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor (VEZZULLA, 1998, p. 15-16).*

Apesar da clareza nas definições sobre mediação, deparamo-nos constantemente com imprecisões

conceituais entre os institutos de solução de conflitos, mesmo sendo absolutamente distintos. Mediação não pode ser confundida com arbitragem, nem tampouco com conciliação.

O mediador, diferentemente do árbitro, não decide, apenas propicia que os indivíduos envolvidos se autodeterminem para que tenham possibilidade de decidir o rumo de suas vidas, conscientemente.

Em relação à conciliação, a distinção é mais tênue. Tanto é verdade que constantemente são tratadas por profissionais e por parte da doutrina como sinônimas. Contudo, a grande distinção entre a mediação e a conciliação é o grau de interferência do terceiro.

Por essa razão, segundo Melo, se faz necessário distingui-las para melhor compreendê-las:

*[...] são mais utilizadas a conciliação e a mediação, na primeira um terceiro imparcial é chamado a mediar o conflito, não só aproxima as partes como ainda realiza atividades de controle das negociações, ao passo que na segunda, o mediador tenta aproximar os litigantes promovendo o diálogo entre eles a fim de que cheguem a melhor solução pela própria escolha de ambas as partes (MELO, 2013, p. 48).*

Nessa linha, o grau de interferência do terceiro imparcial na conciliação se dá com o próprio conciliador próximo aos fatos controlando as negociações para que se chegue ao principal fim, qual seja: o resultado, o acordo. Já na mediação, o mediador, próximo aos fatos, aproxima as partes para que seja facilitada a comunicação, não tendo como objetivo único o acordo.

Assim, percebe-se que o grande objetivo da mediação é a facilitação da comunicação das partes, não se pretende, portanto, o acordo em seu fim, mas o diálogo e satisfação dos envolvidos, sendo o acordo mera consequência da comunicação entre as partes. O mediador, por sua vez, tem o papel de aproximar os litigantes para que busquem soluções do conflito de forma amigável e satisfatória para ambos.

Sales distingue da seguinte forma:

*A diferença entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é consequência [sic] da real comu-*

*nicação entre as partes. Na conciliação, o mediador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo (SALES, 2003, p. 38).*

Ademais, o novo Código de Processo Civil inova trazendo regulamentação sobre a conciliação e a mediação, tratando, inclusive, da diferenciação dos institutos:

**Artigo 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. [...]*

*§ 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. (BRASIL, 2015).*

Concluindo o raciocínio, a conciliação tem por objetivo final o acordo, ao passo que a mediação busca a emancipação e autoconhecimento das partes no sentido de que estes tenham a possibilidade de livremente decidirem o rumo de suas vidas, o que não significa, pois, que ao final tenha estabelecido um acordo.

O real objetivo da mediação é, portanto, que as partes envolvidas tenham discernimento, autoconhecimento suficiente para que decidam, de forma livre e responsável, o destino de controvérsias que só lhe dizem respeito. Não interessa ao mediador ou ao órgão jurisdicional decidir. A mediação é muito mais abrangente que qualquer outro método alternativo de resolução de conflitos e, em alguns específicos casos, o único aconselhável e eficaz. Podendo e devendo ser utilizada em todas as instâncias sociais.

Por esses e outros motivos a mediação foi escolhida dentre os demais tipos alternativos de solução de conflitos, tendo em vista que esse instituto auxilia as partes e resolve suas disputas com elevado grau de satisfação, proporcionando aos litigantes um aprendizado não verificado no tradicional processo heterocompositivo (CAETANO *apud* AZEVEDO, 2012, p. 11).

O meio mais usual de solução de conflitos, que é através de uma sentença, de uma decisão unilateral, acarreta em novas discussões e novos processos, tendo em vista que o não oferecimento do diálogo proporciona conflitos intermináveis.

Segundo a juíza Andréa Pachá: “a sentença é a pior forma de resolver qualquer conflito. Quando o outro vira objeto, não existe diálogo. A mediação ocupa esse lugar. Valores e pilares humanos que devem ser fornecidos pelo Judiciário” (PACHÁ; ARRUDA, 2013, p. 8).

Águida Arruda afirma que “a mediação [...] atua no nascedouro do conflito e sua abrangência ultrapassa os limites de eventual acordo que possa vir a ser celebrado entre os litigantes. Trata-se, portanto, de uma abordagem muito mais ampliada que a conciliação” (PACHÁ; ARRUDA, 2013, p. 9).

A mediação judicial proporciona um “desafogamento” necessário no Judiciário, combatendo, portanto, a morosidade tão criticada para os julgamentos.

Outros benefícios da implementação da mediação, é que, conforme palavras de Paixão: “os desgastes emocionais e pessoais são infinitamente menores [...]. A privacidade das informações [...]. Os Mediadores trabalham em clima de sugestão oportuna de negociação e entendimento entre as partes” (PAIXÃO, 2008, p. 64-65).

A mediação para a pacificação das relações sociais é, por fim, bastante importante, tendo em vista que:

*[...] representa uma nova perspectiva na pacificação das relações sociais, sobretudo porque é comprovadamente eficaz para a solução de diversos tipos de conflitos que resultam da convivência em sociedade. Além disso, possui também uma função pedagógica, já que promove o empoderamento dos envolvidos que protagonizam o processo de resolução de seus próprios conflitos. É um verdadeiro instrumento de educação e promoção da cidadania, pois permite que as pessoas enfrentem as suas disputas com uma mentalidade mais pró-ativa e menos beligerante. [...] Entre as conhecidas vantagens proporcionadas pela mediação, a maior delas é a oportunidade de crescimento que a técnica oferece a todos os envolvidos (LIMA, 2013, p. 14).*

Contudo, mesmo analisando todos os benefícios que podem ser trazidos pela mediação, o instituto deve sobrepor barreiras para buscar a sua efetivação. Inclusive, a novíssima Lei de Mediação deverá ser executada juntamente com um sistema administrativo adequado para que realmente atenda os seus reais anseios.

Faz-se necessário, portanto, que os operadores

do direito e as partes conheçam o instituto, de forma a saber utilizá-lo para que se possa efetivar verdadeiramente a mediação como um meio alternativo de solução de controvérsias. Superando a tradição patrimonialista e o arcabouço histórico e cultural que cerca a prestação jurisdicional.

## 2. Acesso à justiça *versus* morosidade judicial

Não há um conceito definido para o que seria acesso à justiça, mas este deve ser entendido como um garantidor dos direitos fundamentais das pessoas humanas que desejam reivindicar os seus direitos e resolver os seus conflitos.

Cappelletti indica que o acesso à justiça determina duas finalidades básicas dos sistemas jurídicos, onde:

*A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecida de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas dos sistemas jurídicos – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI, 2002, p. 8).*

O acesso à Justiça, segundo Melo, “deve ser o garantidor dos direitos fundamentais do ser humano, de forma que as despesas processuais e o tempo de espera não cheguem a prejudicar a razoabilidade na solução dos litígios” (MELO, 2013, p. 45-46).

Contudo, para que haja uma garantia dos direitos fundamentais através do acesso à justiça, é necessário que haja efetividade em sua realização. Devem, portanto, ser transportados os obstáculos presentes no acesso efetivo à justiça.

A solução para a efetividade do acesso à justiça é a igualdade de armas, ou seja, é necessário que hajam meios de solução de conflitos que equiparem as partes durante a resolução do litígio, para que seja possível falar em efetividade. É como trata Cappelletti:

*Embora o acesso efetivo à justiça venha sendo crescentemente aceito como um direito social básico nas modernas sociedades, o conceito de ‘efetividade’ é, por si só, algo vago. A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa ‘igualdade de armas’ - a garantia de que a conclusão final depende apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagonicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos.*

*Essa perfeita igualdade, naturalmente é utópica. As diferenças entre partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo (CAPPELLETTI, 2002, p. 15).*

Assim, é possível verificar que nunca haverá uma plena paridade entre as partes, conseqüentemente nunca haverá total efetividade no acesso à justiça, tendo em vista que a perfeita igualdade é uma utopia jurídica. Porém, é necessário que haja uma busca de meios que tentem amenizar essa brusca diferenciação entre os sujeitos processuais. Vê-se na mediação uma direção para suavizar a polarização e obviamente aproximar-se do efetivo acesso à justiça.

Ademais, cabe salientar que dentre os obstáculos para tornar o acesso à justiça efetivo, encontra-se a morosidade processual. Os processos que se encontram no judiciário do país demoram mais do que o devido para serem solucionados. Além do que, não trazem conclusões ou resultados positivos para os que compõem a lide, já que acarretam em um desgaste emocional, financeiro e temporal.

Sobre o assunto, Neves afirma que “é notório que o processo brasileiro - e nisso ele está acompanhado de vários outros países ricos e pobres - demora muito, o que não só sacrifica o direito das partes, como enfraquece politicamente o Estado [...]” (NEVES, 2009, p. 78).

A morosidade processual, segundo Melo, “pode causar grandes prejuízos para as partes além de provocar abandono das causas pelos economicamente mais fracos” (MELO, 2013, p. 46).

Além disso, cabe frisar que é preceito constitucional a garantia da razoável duração do processo, incluída pela Emenda Constitucional nº 45, em 2004. Veja-se: “Artigo 5º, inciso LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

A busca por decisões justas é incessante em qualquer ordenamento jurídico. Porém, quando se há demora na solução de uma lide, a justiça poderá não mais corresponder à realidade dos fatos ocorridos.

A influência do tempo na máquina judiciária é inegável, tendo em vista que todos os atos processuais se baseiam de alguma forma no tempo. Contudo, deve-se ponderar o elemento temporal diante de cada caso concreto, de forma a preservar a estrutura básica do processo e também corresponder ao anseio social de um processo efetivo, tempestivo e adequado, para que assim chegue-se a uma justa satisfação dos interesses.

Porém, é necessário equilibrar a celeridade com

a justiça, como leciona Melo:

*O principal objetivo é conseguir equilibrar a celeridade com a justiça, uma vez que são considerados dois valores igualmente relevantes. Isso porque, se o processo é demorado não é capaz de entregar resultados justos. Por outro lado, se for rápido demais se corre o risco de ser incapaz de alcançar a justiça da decisão, podendo ainda conter vícios ou até mesmo um exagero de magistrados provocando com isso um cerceamento de defesa (MELO, 2013, p. 49).*

Se houver, portanto, equilíbrio entre celeridade e justiça o obstáculo da morosidade estaria rompido e haveria uma aproximação com o acesso efetivo à justiça.

Claro que, como já mencionado, o rompimento dos obstáculos para efetivar plenamente o acesso à justiça são utópicos, mas, repita-se, é necessário que haja alternativas que efetivem outras soluções de conflitos, diante do fadado método heterocompositivo existente.

Obviamente, não haveria possibilidade de extinguir completamente o método vigente. Porém, procura-se sugerir soluções que tragam um grau de satisfação mais elevado àqueles que desejam reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios.

Em uma sociedade que demonstra viver em iminente conflito, em virtude do desenvolvimento acelerado das relações sociais, torna-se imprescindível que o legislador busque ferramentas eficazes para concretizar a tutela jurisdicional desejada em um menor tempo possível e com elevado grau de satisfação por ter, efetivamente, garantido o seu direito fundamental.

Não há que se questionar, portanto, que a solução para a morosidade processual é a efetivação dos meios alternativos de solução de conflitos, que ponderariam, para tanto, o binômio: celeridade e justiça.

De acordo com Tourinho Neto e Figueira Júnior, a implementação destes meios trazem uma nova concepção social de acesso à justiça, “somente o estímulo e a efetiva prática das inúmeras formas complementares de solução de controvérsias poderão mudar a concepção dos brasileiros de que ‘só a Justiça’ pode solucionar todos os seus conflitos” (TOURINHO NETO; FIGUEIRA JÚNIOR *apud* MELO, 2013, p. 48).

Nessa senda, o Estado possui o poder jurisdicional, entretanto, ele necessita de meios alternativos para que essa prestação seja realmente eficaz, no sentido lato da palavra.

### **3. Princípios essenciais à mediação – a tônica do combate à morosidade jurisdicional**

É de grande importância conhecer os princípios essenciais à mediação, principalmente aqueles que se referem ou que se voltam ao problema da morosidade jurisdicional.

*Ab initio*, faz-se necessário esclarecer o que se entende ou o que seriam os princípios. Mello defende que “os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critérios para sua exata compreensão” (MELLO, 2008, p. 96).

Há diversos princípios que norteiam a mediação, dentre eles, os que mais saltam aos olhos quando se fala em mediação ou meios alternativos de solução de conflitos são os princípios da economia processual e da celeridade.

O princípio da economia processual, que, segundo Melo “consiste na obtenção do máximo proveito no processo em menor tempo possível para a sua finalização” (MELO, 2013, p. 49), traz grandes benefícios para as partes, tendo em vista que a morosidade processual acarreta prejuízos, de toda sorte, também financeiros. As custas processuais e advocatícias de um processo podem ser altíssimas e fragilizar a parte menos favorecida economicamente, acarretando, assim, uma quebra na “paridade de armas” entre as partes.

Segundo Theodoro Júnior:

*O princípio da economia processual, vincula-se diretamente com a garantia do devido processo legal, porquanto o desvio da atividade processual para os atos onerosos, inúteis e desnecessários gera embaraço à rápida solução do litígio, tornando demorada a prestação jurisdicional. Justiça tardia é segundo a consciência geral, justiça denegada. Não é justo, portanto, uma causa que se arrasta penosamente pelo foro, desanimando a parte e descredenciando o aparelho judiciário perante a sociedade (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 39).*

Assim, esse princípio pode ser resumido em duas palavras, quais sejam: justiça rápida e barata.

O princípio da celeridade, de acordo com “que dispõe sobre o dever de o processo demorar o mínimo possível” (MELO, 2013, p. 49) possui ligação direta com o combate a morosidade jurisdicional.

Um processo célere, dentro dos parâmetros razoáveis para aquele caso, busca efetivar o acesso à justiça e garantir os direitos fundamentais da pessoa humana, já que a celeridade deve ser ponderada e balanceada com a justiça para que, assim, possa haver uma prestação jurisdicional efetiva e justa.

Pensando nisso, Gonçalves defende que:

*Boa parte das alterações e acréscimos havidos na legislação processual, nos últimos anos, tem por fim buscar uma solução mais rápida para os conflitos. Esse princípio é dirigido, em primeiro lugar, ao legislador, que deve cuidar de editar leis que aceleram e não atrapalham o andamento dos processos. Em segundo lugar, ao administrador, que deverá zelar pela manutenção dos órgãos judiciários, aparelhando-os de sorte a dar efetividade à norma constitucional. E, por fim, aos juízes, que no exercício de suas atividades devem diligenciar para que o processo caminhe para uma solução rápida (GONÇALVES, 2012, p. 34).*

Quando há demora no aguardo do deferimento judicial, há injustiça.

Há diversos outros princípios indicados para o estudo da mediação, inclusive previsto no novo Código de Processo Civil, em seu artigo 166:

**Artigo 166.** *A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.*

*§ 1º-A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.*

*§ 2º-Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.*

*§ 3º-Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.*

*§ 4º-A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. (BRASIL, 2015).*

Além disso, no artigo 2º, da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), também há previsão quanto aos princípios reguladores do instituto, *in verbis*:

**Artigo 2º.** *A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.*

*§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.*

*§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação. (BRASIL, 2015)*

Contudo, como já mencionado, o intuito do presente tópico é tratar os princípios que se destinam ao combate da morosidade processual, apesar de todos esses princípios indicados estarem relacionados entre si, justificando, portanto, a importância de tratá-los.

O princípio da isonomia refere-se a uma das principais características da mediação, ou seja, as partes do procedimento devem ser tratadas de igual modo pelo mediador, informando, inclusive, se já obteve contato anteriormente com algum dos envolvidos.

O terceiro, portanto, é imparcial, sendo este também um princípio, devendo tratar igualmente as partes, oportunizando o mesmo tempo de fala para cada um e controlando toda a situação do início ao fim.

Não há, portanto, um vencedor na mediação. As partes durante todo o procedimento são consideradas de igual forma, não havendo polarizações, preferências ou desvantagens. O possível acordo não poderá privilegiar apenas um envolvido, deve ser construído, ou elaborado, pelas próprias partes igual e conjuntamente.

Esse é o grande diferencial do processo autocompositivo. É necessário oportunizar o diálogo para que se entendam as necessidades e anseios da parte contrária. É preciso ouvir o outro para que se construa junto uma solução para a controvérsia.

Quando as partes se enxergam no mesmo patamar, a satisfação com o acesso à justiça é imediato e proporciona, conseqüentemente, uma redução no número de litígios, combatendo, portanto, a morosidade jurisdicional. A oportunização da mediação pode ser a grande ferramenta para efetivar o acesso à justiça.

A oralidade também está intimamente ligada ao combate à morosidade processual. Com a valorização da oralidade haverá conseqüentemente uma maior celeridade do processo. A base fundamental do procedimento da mediação é o diálogo, onde as próprias partes poderão convencionar e resolver os seus litígios.

Nessa senda, percebe-se que é de grande importância a conversa, o diálogo, a oralidade entre as partes, fazendo com que o grau de satisfatoriedade seja crescente em um processo de mediação e seja dada uma maior rapidez na concretização do resultado.

O princípio da informalidade está ligado ao

princípio da oralidade. Inclusive, alguns doutrinadores os explicam na mesma oportunidade, tendo em vista que a oralidade traz a característica da informalidade para o procedimento.

A mediação por não ser burocratizada e repleta de procedimentos administrativos e formais, traz uma resposta mais rápida para as partes, fazendo com que não haja desgastes emocionais e financeiros em longo prazo.

Assim, na mediação não há procedimentos rígidos, pré-definidos, que devem ser rigorosamente seguidos. O que acontece é uma construção, pelas partes, do resultado. Não há um único caminho a seguir, uma única condição.

Dessa forma, desemboca-se no princípio da autonomia da vontade das partes, que pode ser entendido como a liberdade das partes em resolver da melhor maneira as suas controvérsias.

A mediação, portanto, busca aproximar os envolvidos, evitando as polarizações tradicionais do processo heterocompositivo. Para a mediação não basta que seja redigido um acordo, é necessário reatar as relações entre as partes.

O acordo, mesmo que não seja a finalidade primordial da mediação, se ocorrer, é obtido pelas próprias partes envolvidas no conflito, que estarão naquela situação de boa-fé, e apenas auxiliadas por um mediador imparcial. Configurando, portanto, o princípio do consensualismo ou da busca do consenso.

Há também o princípio da confidencialidade, na forma da lei, onde o mediador deverá resguardar o sigilo dos atos praticados naquele litígio. Deve ser garantida a privacidade das partes para que as mesmas sintam-se confortáveis em dialogar. O mediador, portanto, precisa oportunizar um clima de confiança e respeito para que ocorra um diálogo franco para embasar as negociações.

É dispensável em todo o processo de mediação a presença dos advogados, tendo em vista que são as próprias partes litigantes que buscam e, porventura, chegam à resolução do conflito. Contudo, não é vedada terminantemente a presença desses profissionais de direito para aconselhar seu cliente em uma melhor negociação ou até mesmo esclarecer possíveis dúvidas jurídicas que forem pertinentes. Porém, se os advogados participarem da sessão devem se comprometer com o pacto de confidencialidade.

No caso da Fazenda Pública, o Advogado Público deverá sempre estar presente nas sessões de mediação, para que, assim, sejam resguardados da melhor maneira os interesses públicos.

As etapas de uma mediação são sigilosas e o papel do mediador é assegurar a integridade e lisura

daquele procedimento, estando proibido de divulgar o que se passou naquele diálogo.

A Lei 13.140/2015, que versa sobre a mediação, menciona, em seu artigo 30, a exceção da aplicação do princípio da confidencialidade, *in verbis*:

#### Seção IV

##### Da Confidencialidade e suas Exceções

**Artigo 30.** *Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial, salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para o cumprimento do acordo obtido pela mediação.*

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 31. *Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado. (BRASIL, 2015). [destaque nosso].*

Porém, acontece que nas causas envolvendo a

Fazenda Pública, o sigilo e a confidencialidade precisarão se amoldar ao princípio da publicidade que tem previsão no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, ou seja, para que o acordo seja validado terá que se tornar público.

#### 4. A Fazenda Pública como ator no Judiciário

Inicialmente, cumpre esclarecer que o termo Fazenda Pública é empregado neste artigo como sinônimo de Estado em juízo, utilizando-se, portanto, da definição tratada por Cunha:

*[...] no direito Processual a expressão Fazenda Pública contém o significado de Estado em Juízo. Daí porque quando se alude à Fazenda Pública em juízo, a expressão apresenta-se como sinônimo do Estado em juízo ou do ente público em juízo, ou, ainda, da pessoa jurídica de direito público em juízo (CUNHA, 2007, p. 15).*

Para que a Fazenda Pública atue no Judiciário faz-se necessário que sejam atendidas algumas condições ou prerrogativas, já que a Administração Pública é guardiã do interesse público, devendo zelar pela sua proteção (DI PIETRO, 1991, p. 160).

Dessa forma, em face do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Fazenda Pública sofre uma série de amarras legais para a realização de acordos, o que dificulta sobremaneira a realização da mediação.

O princípio da indisponibilidade do interesse público está expressamente previsto no artigo 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/1999, e especificado no parágrafo único, com a exigência de atendimentos a fim de interesse geral, sendo vedada a renúncia destes poderes, salvo autorização em lei, *in verbis*:

**Artigo 2º** *A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:*

*[...]; II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei (BRASIL, 1999) [destaque nosso].*

Sobre o princípio da indisponibilidade Loubet leciona:

*O princípio da indisponibilidade do interesse público representa um feito ao princípio da supremacia do interesse público. Estando presente o*

*interesse público, a Administração não tem liberdade para dispô-lo, tem que proteger o interesse público. O princípio da indisponibilidade do interesse público decorre do fato de que o administrador exerce função pública (em nome e no interesse do povo). O administrador não pode abrir mão daquilo que não lhe pertence. O administrador de hoje não pode comprometer, criar entraves para a futura administração (LOUBET, 2009, p. 79).*

Contudo, apesar da inegável proteção aos interesses públicos, é importante, também, que os conflitos que envolvam o Poder Público sejam solucionados de maneira mais célere. Nesse sentido, são admitidos vários e diferentes entendimentos doutrinários.

Para Di Pietro: “na concepção do estado social, o interesse público identifica-se com a idéia de bem-comum e revestem-se, mais uma vez, de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade do ser humano” (DI PIETRO, 2010, p. 36-37). Assim, na verdade, o princípio da indisponibilidade do interesse público, convive com os direitos fundamentais do homem e não os coloca em risco.

Tanto a indisponibilidade do interesse público, quanto à supremacia do interesse público são dois institutos bastante importantes para o Direito Administrativo. Sendo a supremacia do interesse público a consagração de que os interesses coletivos devem prevalecer sobre o interesse do administrador ou da Administração Pública.

Assim, a supremacia do interesse público é pressuposto que alicerça as disciplinas do direito público, partindo de uma relação vertical do Estado com os cidadãos, diferenciando-se, dessa forma, do direito privado.

A supremacia dos interesses públicos, nada mais é do que dar prioridade a certos interesses, para que se busque a cidadania e combata a arbitrariedade remanescente de abuso do poder.

É necessário, pois, que a questão da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sejam interpretados de forma não absoluta, tendo em vista que em certa medida deve haver ponderação entre o interesse individual e o público.

Verifica-se que as prerrogativas destinadas a Fazenda Pública em juízo não se tratam de privilégios, mas de uma efetiva forma de preservar os interesses coletivos através da isonomia processual, já que esse direito derogado é meio de reduzir as diferenças entre as partes.

Contudo, faz-se necessário informar que a Fazenda Pública é apenas representante legal do interesse público, haja vista que o titular desses interesses

é sempre o Estado. Sobre o assunto, Mello leciona:

*Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos, o titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração em sentido objetivo e orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei (MELLO, 2008, p. 45).*

Porém, deve-se determinar qual o verdadeiro interesse público, sob a ótica do acesso à justiça, defendido em juízo pela Fazenda Pública. Há uma afirmação de Alvim que resume, de certo modo, uma das ideias centrais deste tópico:

*Por inexplicável incoerência, apesar de pregar contra a morosidade da Justiça, o Estado sempre demonstrou predileção pelos processos lentos, sobretudo o ordinário, tendo tanto pavor da celeridade que, sempre, busca safar-se dos provimentos rápidos, editando normas que o ponha ao largo das liminares. Em linguagem mais direta, o Estado prefere uma justiça célere para o povo, mas a mais lenta possível para si próprio, quando demandado como réu. Nos processos em que tem interesse, procura agilizar, além do necessário, o procedimento, como acontece com a cobrança de suas dívidas fiscais (ALVIM, 1997, p. 26).*

O processo legislativo é um meio indireto de materializar o interesse. Porém, para que seja considerado público precisa ser o interesse legítimo da maioria.

A finalidade do Estado é buscar o interesse legítimo da maioria, ou seja, o bem comum, o que é feito através da jurisdição. Contudo, não se pode dissociar a jurisdição da ideia de Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o Estado assumiu a responsabilidade de entregar a quem tenha razão, tudo e exatamente aquilo que este faria se exercesse com as próprias mãos o seu direito.

O processo, por sua vez, cumpre sua função com a efetivação dos direitos, como meio de entrega da tutela jurisdicional adequada, decorrente de provocação. Assim, segundo Queiroz, “processo e jurisdição são, respectivamente, condutor imediato e mediato do acesso à ordem jurídica justa” (QUEIROZ, 2013, p. 110).

Além disso, o interesse público para ser considerado indisponível deve ser primário e não meramente secundário, tendo em vista que o interesse público indisponível deve, segundo Barroso, “desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e de-

mocrático” (BARROSO, 2009, p. 71). De modo que, mesmo quando o interesse público secundário tente evitar prejuízos para os cofres públicos, o que deve ser buscado é a satisfação e o bem estar de toda a sociedade, por meio do interesse público primário, que é, de acordo com Mazzilli, o verdadeiro “interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo)” (MAZZILLI, 2002, p. 43).

Assim, o Estado, quando é ator no Judiciário, está limitado por princípios constitucionais que indicam a forma de atuação, sendo necessário que os procuradores tenham conhecimento de diversas searas jurídicas - diante da diversidade de relações jurídicas de que participa o ente estatal, as quais apresentam muitas relações, sendo vários os campos do direito que constituem o objeto dessas ações - já que não podem ter a ampla liberdade que possuem os procuradores particulares.

### 5. Métodos positivos para permitir a Fazenda Pública mediar

A Fazenda Pública encontra diversas barreiras a serem sobrepostas para ser ator participante da mediação. As principais dificuldades, para possibilitar a transação em juízo do ente estatal, são: o princípio da indisponibilidade e a visão legalista que predomina no sistema Judiciário brasileiro. Muito se defende, portanto, que a Administração Pública está impossibilitada de mediar, tendo em vista que lida com bens e interesses públicos e indisponíveis.

Contudo, é fato que não se pode ignorar que a Fazenda Pública trata com direitos de uso comum do povo e de uso especial.

Porém, esta indisponibilidade deve ser encarada de forma relativa. Sobre a mudança de comportamento que deve ser adotada pelo Poder Judiciário, Dallari leciona:

*Fundados em um antigo preconceito no sentido da necessária oposição entre o interesse público e o particular, entendem alguns que a Administração Pública em juízo não pode transigir, não pode desistir e está obrigada a prosseguir em qualquer feito, indefinidamente enquanto houver algum recurso abstratamente possível. Mas os tempos são outros. Atualmente, com base no princípio participativo, afirmado pela Constituição Federal, já se desenvolvem várias ações calcadas na colaboração, no entendimento e na soma de esforços de agentes privados e governamentais. A atividade legislativa já se desenvolve hoje em dia com ampla participação popular. Nos serviços prestados pela Administração Pública, isso é ainda mais nítido e freqüente [sic]. Diante disso, não pode o Judiciário, nas ações judiciais, simples-*

*mente vedar e proscrever qualquer entendimento, qualquer negociação, que leve à satisfação do interesse público (DALLARI, 2002, p. 15).*

Vale lembrar, por sua vez, que o que deve ser buscado pela Administração Pública é a satisfação e o bem estar de toda a sociedade.

Dessa forma, evitar a judicialização dos conflitos por meio da mediação não é uma forma de dispor do interesse público e dos seus direitos indisponíveis, mas de alcançar os mesmos, tendo em vista que os benefícios trazidos pelo meio alternativo de solução de controvérsias em análise se sobrepõem aos efeitos da morosidade judicial. Assim, concebendo a possibilidade de transacionar será possível uma resolução mais eficiente, célere e econômica.

Sobre o assunto Dallari afirma:

*[...] ao optar pela solução amigável, a Administração Pública não está necessariamente transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumento de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita ou meio mais hábil para a defesa do interesse público (DALLARI, 2002, p. 16).*

Superada as questões relativas à disponibilidade ou não do interesse público, devem-se garantir, no procedimento de mediação, como em qualquer outro meio de solução de controvérsia, os direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente, priorizando, obviamente, aqueles que satisfação a dignidade da pessoa humana, sem qualquer prejuízo para a ordem pública e o bem estar comum.

Sobre a importância de efetivar os meios alternativos de solução de conflitos Pinho explica, resumidamente, o objetivo central de todo esse artigo:

*[...] as partes deveriam ter a obrigação de demonstrar ao Juízo que tentaram, de alguma forma, buscar uma solução consensual para o conflito. Não há necessidade de uma instância prévia formal extrajudicial, como ocorre com as Comissões de Conciliação Prévias na Justiça do Trabalho, basta algum tipo de comunicação [...]; enfim, qualquer providência tomada pelo futuro demandante no sentido de demonstrar ao Juiz que o ajuizamento da ação não foi sua primeira alternativa. Estamos pregando aqui uma ampliação no conceito processual de interesse de agir, como forma de racionalizar a prestação jurisdicional e evitar a procura desnecessária pelo Poder Judiciário. Mas esta é apenas uma das facetas desta visão. A outra e, talvez, a mais importante, seja a consciência do próprio Poder Judiciário de*

*que o cumprimento de seu papel constitucional não conduz, obrigatoriamente, à intervenção em todo e qualquer conflito. Tal visão pode levar a uma dificuldade de sintonia com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, na esteira de que o juiz não pode se eximir de sua função de julgar [...]. O que deve ser esclarecido é que o fato de um jurisdicionado solicitar a prestação estatal não significa que o Poder Judiciário deva, sempre e necessariamente, ofertar uma resposta de índole impositiva, limitando-se a aplicar a lei ao caso concreto. Pode ser que o juiz entenda que aquelas partes precisem ser submetidas a uma instância conciliatória, pacificadora, antes de uma decisão técnica. E mais, num momento inicial, como é este em que se encontra o direito brasileiro, requer certa dose de postura educativa e pedagógica (PINHO, 2005, p. 20).*

A tendência quanto à possibilidade de pacificação dos conflitos através da mediação com a participação ativa da Fazenda Pública passou a ser crescente a partir da admissão da arbitragem para solucionar litígios envolvendo a Administração Pública. Assim, pode-se citar como exemplo a Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, onde seu artigo 11, inciso III, prevê a possibilidade de realização de arbitragem, dispondo:

**Artigo 11.** *O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...]*

*III - o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato (BRASIL, 2004).*

Essa tendência pacificadora de conflitos está a cada dia maior, tendo em vista que a Lei de Mediação, recentemente aprovada, traz em seu artigo 3º, a possibilidade de mediar direitos indisponíveis e transigíveis, *in verbis*:

**Artigo 3º.** *Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.*

*§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.*

*§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. (BRASIL, 2015). [destaque no nosso]*

Por sua vez, há também previsão, na Lei nº 13.140/2015, da possibilidade da mediação pública, onde os artigos 32 até o 34 informam todo o procedimento referente à composição de conflitos em que for parte a pessoa jurídica de direito público.

Além disso, também traz previsão referente ao procedimento acerca de conflitos envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações, nos artigos 35 até o 40.

Há também disposição sobre a possibilidade de efetivar a mediação como meio de solução de conflitos no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 2015, em seus artigos 165 ao 175, bem como descreve todo o procedimento da audiência de conciliação e mediação no artigo 334.

Contudo, para que seja realizada a mediação com a participação da Fazenda Pública devem ser atendidas algumas regras. Por exemplo, exige-se cortesia e isenção do magistrado, já que o juiz deve ser visto como leal colaborador na busca pela melhor solução do caso concreto.

Outra prerrogativa para que ocorra a mediação é que deve ser realizada por um Advogado Público, assistindo a Administração Pública dentro dos critérios da legalidade e devendo, conforme palavras de Brandão, “conhecer o funcionamento da administração pública a ponto de saber discernir as possibilidades e limitações de transacionar, para o cumprimento de uma obrigação ou o reconhecimento de um direito do administrado” (BRANDÃO, 2009, p. 52).

Assim, deve o advogado ter autonomia e independência funcional suficiente para exercer a defesa da ordem jurídica, garantindo os melhores resultados à Administração Pública, protegendo, para tanto, o erário e evitando gastos desnecessários.

É de grande importância a atuação do Advogado Público para a efetivação da mediação, tendo em vista que são eles que formulam propostas de acordo dentro das possibilidades legais e fáticas constadas por estes profissionais no desempenho de suas funções.

Por conta disso, é necessário que leis autorizem o Advogado Público a exercer o seu papel. Nessa senda, a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, lista as atribuições do Advogado Geral da União, elencando em seu artigo 4º, inciso VI, a permissão para transigir, *in verbis*: “Artigo 4º. São atribuições do Advogado-Geral da União: [...] VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente” (BRASIL, 1993).

A permissão dos Advogados Públicos realiza-

rem acordos existe desde o ano de 1997, com a Lei nº 9.469/1997, que foi alterada pela Lei nº 12.973, de maio de 2014, que trata sobre questões relacionadas ao parcelamento ordinário de débitos tributários, concede remissão nos casos em que especifica e institui regime tributário de transição.

A Defensoria Pública, por sua vez, também possui papel fundamental na efetivação da mediação, tendo em vista que os defensores oferecem meios de assessoramento às pessoas hipossuficientes que tenham algum impasse com o Poder Público.

A Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que trata sobre a Defensoria Pública da União, no artigo 4º, inciso II, dispõe sobre a possibilidade de defensores públicos realizarem acordos através de meios alternativos de solução de conflitos:

**Artigo 4º.** São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...];

*II - promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos (BRASIL, 1994).*

Diante do incentivo legislativo para efetivar os meios alternativos de solução de conflitos, chega-se a conclusão de que a barreira a ser sobreposta para ser efetivada a mediação é a questão cultural e política que envolve o Poder Judiciário brasileiro. A mera autorização de Lei não é suficiente para efetivar a mediação nos conflitos envolvendo a Fazenda Pública.

Assim, é importante expor o posicionamento de Amorim:

*Por mais íntegra, verdadeira, ou construtiva que seja a norma constitucional instigadora da harmonia social e da solução pacífica de controvérsias, se não houver a adequada administração de tribunais e órgãos públicos para sua realização essa norma passa a ser texto morto ou mero indicativo de hipocrisias legislativas. Isto porque, por melhor que seja a norma, um mau aplicador (ou gestor) sempre pode extinguir sua eficácia e com isso seu potencial de transformação social - em especial quando se trata de conciliação, mediação e outras formas autocompositivas de resolução de disputas (AMORIM apud AZEVEDO, 2012, p. 14).*

A mediação, portanto, traria inegáveis benefícios nos litígios envolvendo a Administração Pública, tendo em vista que selecionaria os litígios em sede judicial, já que, como afirmado, a Fazenda Pública é responsável por grande parte das demandas judiciais em curso no Poder Judiciário, justificando-se pela com-

plexidade e multiplicidade de áreas de atuação.

Dessa forma, volta-se a destacar que o real objetivo da mediação é que as partes envolvidas tenham discernimento e autoconhecimento suficiente para que decidam, de forma livre e responsável, o destino de controvérsias que só lhe dizem respeito.

Lembrando, inclusive, que a mediação é muito mais abrangente que qualquer outro método alternativo de resolução de conflitos.

Faz-se necessário frisar que enquanto os litígios perdurarem, tanto na via administrativa, como na via judicial, as relações sociais não estarão estabilizadas, gerando, assim, reflexamente, outros conflitos.

A efetivação da mediação trará não só uma melhoria da atuação administrativa, mas também uma otimização no desempenho da prestação jurisdicional.

### Considerações Finais

A partir do presente artigo, percebe-se que a busca pela celeridade e eficiência processual é de grande relevância, pois as despesas e o tempo de espera para se chegar a uma solução dos litígios não podem prejudicar a razoabilidade, devendo, por sua vez, garantir o direito fundamental de acesso à justiça.

Assim, foram demonstrados os vários benefícios trazidos pela mediação, onde o maior deles é a possibilidade do diálogo e do acordo formulado pelas próprias partes envolvidas. Não havendo, assim, interferência de um terceiro julgador, mas sim, de um terceiro que auxilia, incentiva e aproxima as partes.

Ademais, foi apresentada a dificuldade existente entre a ponderação do acesso à justiça e do tempo razoável do processo, aonde se chegou à conclusão que, para que haja uma justiça efetiva, é necessário que o fator morosidade não esteja presente, sendo, para tanto, destinado um tempo razoável diante de cada caso concreto. Chegando, inclusive, a percepção de que a justiça plenamente efetiva e célere é uma utopia jurídica, devendo ser buscada, por tanto, a proporcionalidade entre o binômio: justiça e celeridade.

Analisando, pois, a atuação da Fazenda Pública em juízo, entendendo, por sua vez Fazenda Pública como o ente estatal litigando interesses públicos, foi possível concluir, que a Administração é ator participante de diversos processos que tramitam no Poder Judiciário brasileiro. Isso se justifica pelo alto grau de complexidade e de áreas de atuação.

Assim, é importantíssimo tratar sobre o abarrotamento de lides envolvendo a Administração Pública, tendo em vista que se faz necessário um meio alternativo para solucionar tais conflitos para que assim não

seja prejudicado o acesso à justiça.

Contudo, há grande resistência para efetivar a mediação como um meio de solução de controvérsias envolvendo o ente público, já que a Fazenda Pública é responsável por resguardar os interesses coletivos, sendo estes considerados indisponíveis e impossibilitados de serem transigidos.

Nessa senda, concluiu-se que na realidade não há impossibilidade de transigir os interesses públicos, o que há é uma dificuldade em modificar toda uma cultura e uma política de resolução de conflitos através do método tradicional heterocompositivo.

Contudo, há uma forte e crescente tendência legislativa que autoriza a mediação, como por exemplo, a disposição no novo Código de Processo Civil, a Lei de Mediação, bem como, as legislações que autorizam os Advogados Públicos e os Defensores Públicos transigir.

Percebe-se, por sua vez, que atualmente já há uma discussão e uma maior aceitação acerca da efetivação de meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a Fazenda Pública. O que é bastante animador, tendo em vista que é realmente salutar tratar sobre o tema, já que se refere a uma otimização no próprio desempenho da prestação jurisdicional, ou seja, não está se falando apenas em uma melhoria da atuação administrativa.

A Fazenda Pública, portanto, pode e deve mediar, devendo ser estimulada, diante dos diversos benefícios trazidos pelo instituto. Dessa forma, é importante que a ideia venha sendo implantada nos cidadãos, pois enquanto ocorrerem litígios, as relações sociais estarão desestabilizadas, gerando outras controvérsias e tornando, assim, um ciclo infinito.

Obviamente não se pretende acabar com os litígios ou com o papel do Poder Judiciário e do magistrado, mas sim, busca-se uma solução mais satisfatória e prévia, ou seja, anterior ao direito estritamente posto, muitas vezes, sem diálogo.

Dessa forma, a utilização dos meios alternativos é um fato crescente e atual, impondo-se necessário que o Judiciário brasileiro assumira essa realidade e ajuste-se as mudanças. Deve-se, portanto, equilibrar as forças entre particulares e o Poder Público.

### Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer na reforma processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

AZEVEDO, André Gomma de. **Manual de mediação judicial**. 3. ed. Brasil: Ministério da Justiça, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Marcella Araújo da Nova. **A consensualidade e a administração pública em juízo**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 18 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm)>. Acesso em: 27 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp80.htm)>. Acesso em: 22 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 14 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 30 jun. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: SAFE, 2002.

CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5. ed. rev. ampl. a atual. São Paulo: Dialética, 2007.

DALLARI, Adilson Abreu. Viabilidade da transação entre o Poder Público e o particular. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre, ano 4, n. 13, jan./mar. 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

\_\_\_\_\_. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Novo curso de processual civil: teoria geral e processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. A Importância da Mediação para a Pacificação das Relações Sociais e Familiares. **Revista IBDFAM**. Belo Horizonte, jul. 2013.

LOUBET, Wilson. **Indisponibilidade do interesse público**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELO, José Mário Delaiti de. Análise de Instrumentos Eficazes no Combate à Morosidade Processual no Âmbito dos Juizados Especiais Cíveis no Estado de Pernambuco. **Advocatus - OAB Pernambuco**. Recife. ano 3, n. 10, abr. 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Método, 2009.

PACHÁ, Andréa; ARRUDA, Águida. Mediando Conhecimentos. Prática: Prática interdisciplinar da mediação ainda enfrenta barreiras para efetivar como ferramenta de resolução de conflitos. **Revista IBDFAM**. Belo Horizonte, jul. 2013.

PAIXÃO, George Alves da. **Mediação judicial e mediação extrajudicial: breves comentários sobre a realidade no ordenamento jurídico brasileiro**. Monografia. De Bacharelado em Direito. SOPECE, Recife, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. *In*: PRADO, Geraldo (Org.). **Acesso à justiça: efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIROZ, Raphael Augusto Sofiati. O interesse público em juízo: um tema revisitado. **Revista Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, 2013.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SERPA, Maria de Nazareth. Mediação e novas técnicas de dirimir conflitos *In*: **Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

# QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 47 E SUA CONSAGRAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NAS EXECUÇÕES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

**Tatiana Marie Baia Bittencourt**

Advogada, Pós graduada em Direito Público

## 1. NORMAS RELATIVAS A HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PREVISTAS NO ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - OAB.

Determina o artigo 22, da Lei nº 8.906/94 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, que “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”.

Vale notar que já no ano de 1994 o legislador elencou os honorários advocatícios como verba de caráter alimentar, elegendo os honorários como gênero, do qual são espécies a) os honorários convencionados; b) os honorários fixados por arbitramento judicial; e, c) os honorários de sucumbência.

Afirmou em seus parágrafos que:

*§ 1º O advogado, quando indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, tem direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB, e pagos pelo Estado.*

*§ 2º Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.*

*§ 3º Salvo estipulação em contrário, um terço dos honorários é devido no início do serviço, outro terço até a decisão de primeira instância e o restante no final.*

*§ 4º Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.*

*§ 5º O disposto neste artigo não se aplica quando se tratar de mandato outorgado por advogado para defesa em processo oriundo de ato ou omissão praticada no exercício da profissão.<sup>1</sup>*

Dada a natureza jurídica de verba alimentar, o Estatuto tentou abraçar em seus parágrafos todas as possíveis modalidades de honorários que poderiam existir, garantindo aos advogados e seus sucessores legais<sup>2</sup> a verba honorária.

Desse modo, percebemos que, de modo amplo, os honorários são fixados em duas oportunidades: os honorários estipulados em contrato particular de prestação de serviços advocatícios, os honorários de sucumbência, que são fixados pelo juiz na oportunidade em que o processo é sentenciado, os quais podem ser majorados ou minorados pelo Tribunal, quando houver recurso, ou, ainda, pelos Tribunais de Superposição; e, ainda, aqueles fixados por arbitramento pelo magistrado.

No que tange aos processos que envolvem pessoas físicas e jurídicas, a cobrança e execução da verba honorária ocorre conforme os ditames dos artigos 523 e seguintes, do Código de Processo Civil de 2015; porém, não iremos ingressar nesse mérito, por fugir ao objetivo do presente artigo.

Nas Execuções contra a Fazenda Pública, porém, a execução de honorários segue um rito diverso, fixado pelos artigos 534 e 535, para o cumprimento de sentença de obrigação de pagar contra a Fazenda Pública, e, pelo artigo 910, todos do Código de Processo Civil de 2015, no que concerne a Execução de Título Executivo Extrajudicial contra a Fazenda Pública.

<sup>1</sup> [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm), consultado em 08/07/2016.

<sup>2</sup> Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial.

§ 2º Na hipótese de falecimento ou incapacidade civil do advogado, os honorários de sucumbência, proporcionais ao trabalho realizado, são recebidos por seus sucessores ou representantes legais.

Ademais, o pagamento das verbas decorrentes de condenações contra a Fazenda Pública devem seguir as normas fixadas artigo 100, da Constituição Federal – observando-se as ADIs 4357/DF, 4425/DF, 4400/DF, 4372/DF - , nas quais o Supremo Tribunal Federal – STF declarou parcialmente inconstitucionais algumas das modificações inseridas no regime de precatórios pela Emenda Constitucional nº 62/2009.

### 1.1. DA CRIAÇÃO DE RESTRIÇÕES ILEGAIS PARA A PERCEPÇÃO DA VERBA HONORÁRIA – DA ILEGALIDADE DO RECONHECIMENTO DE FIRMA DA ASSINATURA DO AUTOR EM CONTRATO DE HONORÁRIOS PARA A RETENÇÃO DA VERBA HONORÁRIA, SEM QUE HAJA FUNDADOS INDÍCIOS DE COMETIMENTO DE CRIME, CONTRAÇÃO OU ILÍCITO CIVIL.

É muito comum na práxis jurídica o advogado firmar contrato de honorários no mesmo instrumento da procuração, tendo em vista que a lei não fixa critérios específicos para o contrato de honorários.

Desse modo, comumente na procuração constam os poderes outorgados ao causídico para atuar no processo e, em seguida, o contrato de honorários com a fixação do valor a título de honorários advocatícios contratado e/ou o percentual de honorários que será cobrado sobre o valor da condenação. Geralmente, tal contrato já vem com um item autorizando o patrono da ação a requerer no momento oportuno a retenção da verba honorária pelo juízo competente, a fim de que o autor do processo e seu advogado possam receber cada um a parcela que lhes é devida, por meio de pagamentos separados.

Assim, quando ocorre o trânsito em julgado da decisão, tratando-se de valor já liquidado, o patrono do autor requer ao juízo que seja efetuado o pagamento do crédito do autor, e, em separado, o crédito devido ao advogado, valendo lembrar, honorários contratuais e de sucumbência, por meio de retenção sobre o montante decorrente da condenação.

Ocorre que alguns juízes não efetuam a retenção dos honorários advocatícios - gênero – ou ainda, criam requisitos não previstos em lei para dificultar ou impossibilitar que a retenção dos honorários ocorra.

Alguns juízes condicionam o deferimento da retenção de honorários advocatícios a juntada de contrato de honorários com reconhecimento de firma do contratante, a fim de reter o crédito dos honorários do advogado para efetuar o pagamento em separado.

Contudo, tal requisito não tem razão de ser.

Não é verossímil que o juízo acredite que durante todo o curso do processo o advogado atuou

legitimamente em prol do cliente, atuando com diligência, comparecendo as audiências, cumprindo as determinações do juízo, e, no final do processo, na oportunidade em que o patrono do autor for receber a verba honorária decorrente de sua atuação no processo, tenha o requerimento de retenção de honorários indeferido pela ausência de reconhecimento de firma em contrato de honorários.

Ora, a lei não obriga que o contrato de honorários advocatícios seja firmado por meio de instrumento público, tampouco condiciona a veracidade e legalidade do contrato de honorários ao reconhecimento de firma da assinatura do cliente.

Aliás, não existe qualquer norma que fixe qualquer parâmetro acerca do contrato de honorários advocatícios, sendo perfeitamente lícito e válido que estes sejam fixados de forma livre, por meio de instrumento particular, sem quaisquer formalidades excessivas.

Desse modo, como vigora nas relações entre particulares a autonomia de vontade, resguardada em âmbito constitucional pelo artigo 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”, tendo o advogado do autor atuado com a diligência que se espera do causídico no processo, não é lícito que o juízo crie condições não previstas em lei, como a exigência de reconhecimento de firma da assinatura do autor do processo, para efetuar a retenção do pagamento dos honorários do advogado - quando não houver impugnação expressa acerca da autenticidade do contrato firmado.

Nesse sentido:

*RECURSO ESPECIAL Nº 403.723 - SP (2002/0000508-5) RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI*

#### RELATÓRIO

*Cuida-se de recurso especial interposto por Eunice Onofre Goulart, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. A recorrente ajuizou ação de interdição de seu esposo, por meio do advogado Carlos Eduardo Urbini, cujo pedido foi deferido. Nos próprios autos (fls. 130/131), foi requerido, conjuntamente, o levantamento de: a) valor do seguro de vida contratado pelo interditado; e b) honorários advocatícios contratados, no valor de 30% do seguro, conforme o contrato juntado, sendo que o respectivo alvará deveria ser expedido diretamente em nome do causídico. O juiz de primeiro grau de jurisdição acolheu manifestação do Parquet e indeferiu o pedido de levantamento da verba honorária. Contra esta decisão, interpôs-se agravo de instrumento, perante o Tribunal de origem, o qual negou provimento ao recurso, pelos seguintes fun-*

damentos: “Em primeiro lugar, o numerário depositado pela seguradora pertence ao interdito, ou seja, a pessoa absolutamente incapaz para os atos da vida civil, para assegurar-lhe uma vida digna, motivo porque não pode ser gasto sem maiores indagações. Depois, os representantes do Ministério Público que atuam no feito em defesa dos interesses do incapaz levantaram fundadas dúvidas, não só quanto ao montante contratado a título de honorários, como também à data do reconhecimento das firmas do contrato, muito posterior à suposta data da contratação (fls. 135). Assim, só em regular ação de cobrança é que o advogado da curadora poderá fazer valer seus eventuais direitos, já que os dispositivos legais invocados no recurso apenas estariam aptos a produzir efeitos se não houvesse interesse de incapaz.” (fls. 177/178). Interpostos embargos de declaração, estes foram rejeitados. Daí o presente recurso especial, no qual se alega ofensa ao art. 22, § 4º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) e dissídio jurisprudencial com o REsp n. 114.365. É o relatório.

VOTO Preliminarmente, anote-se que a questão federal está prequestionada e que o dissídio jurisprudencial restou demonstrado. A controvérsia diz respeito ao direito do advogado de pleitear, nos mesmos autos da ação em que atue, o recebimento dos honorários advocatícios contratados. Dispõe o art. 22, § 4º, do CPC, que: “Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.” Conforme lição de Nelson Nery Junior sobre o teor do referido dispositivo (in “Código de Processo Civil Comentado”, 5ª ed, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.699), “Caso os honorários tenham sido contratados por escrito, o advogado pode juntar o contrato aos autos e requerer do juiz que ordene seja feito o pagamento diretamente a ele, quer de quantia depositada à ordem do juízo (pedido de levantamento), quer de quantia a receber pelo seu cliente (...).” Ao interpretar a aplicação da referida norma, o STJ, afirmou, no precedente citado como paradigma (REsp n. 114.365/SP, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha), in verbis: “**Infere-se facilmente de sua simples leitura que outra não foi a intenção do legislador em assegurar ao advogado a percepção imediata dos seus honorários visto que a experiência forense demonstra ser comum o causídico sofrer a falta de reconhecimento de seus constituintes que tão atenciosos são quando da contratação dos serviços e no curso da lide, mas que nem sempre reconhecem o trabalho profissional desenvolvido, a confirmar a velha e triste regra da precária condição humana de que o dia do benefício é a véspera da ingratidão.** (...) No caso, há contrato nos autos levado pelo advogado recorrente e não há prova, pois disso sequer se cogita, de que qualquer pagamento lhe tenha sido efetuado. Nem se cuida, também, daquela outra condição prevista no § 5º de referido art. 22, que também excepciona o pagamento no

próprios autos, quando estabelece: § 5º - O disposto neste artigo não se aplica quando se tratar de mandato outorgado por advogado para defesa em processo oriundo de ato ou omissão praticada no exercício da profissão.” Com efeito, a hipótese se subsume na regra contida no mencionado § 4º. Se questão houver a ser resolvida, que logo seja no curso do processo, sem necessidade do ajuizamento de nova ação. O comando é impositivo. Evidente que em não sendo devidos, os honorários não serão pagos. De uma forma ou de outra, o fato é que se deve decidir logo.” Ainda nesse sentido, estão o REsp 209.459/SP, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ 11/06/2001 e o REsp 295.987/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 02/04/2001. Tal orientação deve ser aqui seguida, pois **foi devidamente juntado o contrato de honorários, ao ser requerido o levantamento da verba pelo advogado, e a avença não se torna inválida pelo fato de não ter sido reconhecida a firma dos contratantes na época da assinatura, uma vez que o “reconhecimento de firma” sequer é exigível**, consoante salientado no REsp 330.915/SP, Rel. Min. Felix Fischer, in verbis: “(...) **Os honorários convencionados podem ser pagos diretamente ao advogado, mediante dedução da quantia a ser recebida pela parte, se o contrato for anexado aos autos, sendo desnecessário conste do instrumento reconhecimento de firma ou assinatura de testemunhas.** (...)” Assim, as dúvidas e questões enumeradas pelo Tribunal a quo para relegar o pedido de levantamento dos honorários à ação de cobrança, deverão ser dirimidas nos próprios autos em que requerido o alvará. Forte em tais razões, dou provimento ao Recurso Especial para determinar que o juízo de primeiro grau aprecie o pedido de levantamento dos honorários advocatícios contratados, nos próprios autos em questão. É o voto.

Ementa: Processual Civil e Civil. Recurso Especial. Contrato de honorários advocatícios. Levantamento da verba. Pedido nos autos. Possibilidade. - O advogado pode requerer ao juiz, nos autos da causa em que atue, o pagamento, diretamente a ele, dos honorários contratados, descontados da quantia a ser recebida pelo cliente, desde que apresente o respectivo contrato. - As questões que digam respeito à validade e eficácia do contrato devem ser dirimidas nos próprios autos em que requerido o pagamento. - Recurso especial provido.

(REsp Nº 403.723 – SP, Relatora MINISTRA NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 14/10/2002 p. 226).

Até mesmo a determinação de juntada do contrato honorários original é dispensada, tendo em vista que a menos que haja impugnação de tal documento, o advogado pode dar fé a cópia anexada, conforme determina o artigo 412, do Código de Processo Civil de 2015, abaixo colacionado:

Art. 412. O documento particular de cuja

*autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída.*

Ora, a lei determina que, salvo a impugnação de autenticidade o documento particular é válido e perfeito, não há como desconsiderar essa premissa apenas por se tratar de contrato particular de honorários advocatícios.

Fere as prerrogativas do advogado fazer qualquer condição não prevista em lei para a retenção de seus créditos.

Aliás, o Estatuto da OAB, lei nacional, prevê em seu artigo 22, § 4º, que **“Se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já os pagou.”**

Ora, prevê a lei correlata no sentido diametralmente oposto a uma prática de alguns juízes.

Se houver fundados indícios que o advogado não foi legitimamente constituído para representar o cliente em juízo, tal fato poderá constituir, em tese, crime de estelionato ou contravenção de exercício ilegal da profissão - caso o patrono não seja profissional habilitado-, devendo o juízo encaminhar os autos ao Ministério Público para que este promova a ação penal cabível, se assim o entender.

Porém, como há norma legal expressa que obriga o juiz a determinar o pagamento direto ao advogado da verba honorária que faz jus por dedução da quantia a ser recebida pelo constituinte, e não tendo a lei fixado nenhuma formalidade ao contrato de prestação de serviços advocatícios, não sendo o caso de haver fundados indícios de prática de crimes, contravenções, atuações dolosas ou coação do cliente; não há como se criar uma “norma costumeira” determinando a juntada de contrato de honorários com firma reconhecida nas varas para condicionar a retenção de honorários de forma genérica aos advogados, criando um obstáculo a percepção da verba honorária a que fazem jus.

O juízo não pode presumir que a procuração aferida ao advogado é autêntica ao longo de todo o trâmite do processo, que, em regra, dura anos, e, na oportunidade em que irá determinar a retenção da verba honorária exigir requisito não previsto em lei, sem qualquer resquício de má-fé ou de inautenticidade do documento, apenas para dificultar ou impedir a liberação da verba alimentícia do advogado.

Em regra, se o juízo verifica a possibilidade de a procuração ser fraudulenta, é seu dever legal reme-

ter os autos ao Ministério Público, desde o início do processo, impedindo a atuação supostamente ilegal do advogado e dando a oportunidade do Membro do MP promover a competente Ação Penal.

Não há razão para proceder com restrição não prevista em lei, por mera liberalidade do juízo, e criar uma praxe costumeira sem respaldo legal, nem jurisprudencial.

## 1.2. DA PARTE QUE CONTRATA OUTRO ADVOGADO NO CURSO DO PROCESSO E SE RECUSA A PAGAR OS HONORÁRIOS CONTRATUAIS.

Em regra o autor do processo constitui um patrono para o ingresso da lide, lhe outorga procuração e assina contrato de honorários advocatícios, que, regra geral, fixam um percentual ou um valor a ser percebido pelo advogado em decorrência da condenação.

Geralmente, o processo se desenvolve normalmente, e, no final da lide, o autor e o advogado recebem os seus respectivos créditos.

Ocorre que, algumas vezes, o autor do processo revoga a procuração outorgada ao advogado inicialmente constituído ao passo que contrata novo patrono, firmando com este novo advogado nova procuração e novo contrato de honorários. Nesse sentido, cria-se um problema acerca do pagamento de honorários pactuados através do contrato originalmente firmado, posto que o cliente em regra “esquece” que firmou contrato de prestação de serviços com um advogado, que, até então, o contrato estava sendo honrado, e que, portanto, deve ser pago.

No Direito Civil que rege as relações entre particulares vigora o Princípio do “Pacta Sunt Servanda”, que determina o estrito cumprimento dos contratos, desse modo, havendo pactuação não eivada de nenhum vício, a regra é que haja o cumprimento do contrato.

Contudo, o que se observa da prática é que o cliente revoga uma, duas, três procurações, com advogados distintos, e não quer efetuar o pagamento dos honorários contratuais firmados.

Porém, preconiza o artigo 14, do Código de Ética da OAB que **“A revogação do mandato judicial por vontade do cliente não o desobriga do pagamento das verbas honorárias contratadas, bem como não retira o direito do advogado de receber o quanto lhe seja devido em eventual verba honorária de sucumbência, calculada proporcionalmente, em face do serviço efetivamente prestado.”**

Ora, se o cliente firmou contrato livremente com o advogado, não há indícios da prática de crime,

contravenção, dolo, coação, fraude, ou qualquer motivo que vici o contrato firmado entre os particulares, não há como a parte por pura liberalidade se isentar do pagamento dos honorários contratuais por ela firmados.

Exemplificando, o autor contrata um advogado para atuar no seu processo. Após isso, revoga a procuração e contrata outro, revoga de novo e contrata outro. Firmou três contratos de honorários advocatícios, que, excetuando as ressalvas supra, devem ser cumpridos.

O juízo deve determinar, inclusive, a retenção da verba honorária de cada patrono contratado, nos limites do contrato e da verba de sucumbência proporcionalmente calculada, e não isentar o autor que está atuando de má-fé do pagamento das parcelas devidas.

## 2. DO REGIME DE PAGAMENTOS PELA FAZENDA PÚBLICA PREVISTOS NO ARTIGO 100, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009 PELAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE NºS 4357/DF, 4425/DF, 4400/DF, 4372/DF E DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO DO STF.

Na sua redação originária, o artigo 100<sup>3</sup>, da Constituição Federal, tinha uma redação simples, que determinava que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em decorrência de créditos oriundos de processos judiciais deveria ser pago por meio de precatórios, em ordem cronológica, excetuando-se os créditos de natureza alimentar, *in verbis*:

*Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.*

*§ 1º - É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, data em que terão atualizados seus valores, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte.*

*§ 2º - As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito.*

A redação originária foi alterada em algumas oportunidades, através das Emendas 20/1998, 30/2000, 37/2002, e, por fim, pela Emenda Constitucional nº 62/2009, que criou uma nova sistemática acerca do pagamento de precatórios devidos pelas Fazendas Públicas. Vejamos o que diz o artigo 100<sup>4</sup> e seus parágrafos:

*Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)*

*§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).*

*§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).*

*§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).*

3 <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>, consultado em 08/07/2016.

4 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaooriginal.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaooriginal.html), consultado em 08/07/2016.

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa

devedora, a entrega de créditos em precatórios para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

Essa última alteração sofrida pelo artigo 100 da Constituição, motivou o ingresso de quatro ADI's, quais sejam, ADI 4357/DF; ADI 4425/DF; ADI 4400/DF; e, ADI 4372/D, que culminaram com a declaração de inconstitucionalidade parcial de alguns dispositivos inseridos no texto constitucional.

Vejamos brevemente o que foi decidido pelo STF em decorrência de tais ADI's<sup>5</sup>:

5 DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE INTERSTÍCIO CONSTITUCIONAL MÍNIMO ENTRE OS DOIS TURNOS DE VOTAÇÃO DE EMENDAS À LEI MAIOR (CF, ART. 60, §2º). CONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE “SUPERPREFERÊNCIA” A CREDORES DE VERBAS ALIMENTÍCIAS QUANDO

IDOSOS OU PORTADORES DE DOENÇA GRAVE. RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À PROPORCIONALIDADE. INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º). INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º, XXXV), DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT). IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT). INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICCIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). PEDIDO JULGADO PROCEDENTE EM PARTE. 1. A aprovação de emendas à Constituição não recebeu da Carta de 1988 tratamento específico quanto ao intervalo temporal mínimo entre os dois turnos de votação (CF, art. 62, §2º), de sorte que inexistente parâmetro objetivo que oriente o exame judicial do grau de solidez da vontade política de reformar a Lei Maior. A interferência judicial no âmbito do processo político, verdadeiro locus da atuação típica dos agentes do Poder Legislativo, tem de gozar de lastro forte e categórico no que prevê o texto da Constituição Federal. Inexistência de ofensa formal à Constituição brasileira. 2. Os precatórios devidos a titulares idosos ou que sejam portadores de doença grave devem submeter-se ao pagamento prioritário, até certo limite, posto metodologia que promove, com razoabilidade, a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e a proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), situando-se dentro da margem de conformação do legislador constituinte para operacionalização da novel preferência subjetiva criada pela Emenda Constitucional nº 62/2009. 3. A expressão “na data de expedição do precatório”, contida no art. 100, §2º, da CF, com redação dada pela EC nº 62/09, enquanto baliza temporal para a aplicação da preferência no pagamento de idosos, ultraja a isonomia (CF, art. 5º, caput) entre os cidadãos credores da Fazenda Pública, na medida em que discrimina, sem qualquer fundamento, aqueles que venham a alcançar a idade de sessenta anos não na data da expedição do precatório, mas sim posteriormente, enquanto pendente este e ainda não ocorrido o pagamento. 4. A compensação dos débitos da Fazenda Pública inscritos em precatórios, previsto nos §§ 9º e 10 do art. 100 da Constituição Federal, incluídos pela EC nº 62/09, embaraça a efetividade da ju-

*Foi declarada inconstitucional a expressão “na data de expedição do precatório”, contida no § 2º, do artigo 100, da Constituição, por “INVALIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA LIMITAÇÃO DA PREFERÊNCIA A IDOSOS QUE COMPLETEM 60 (SESSENTA) ANOS ATÉ A EXPEDIÇÃO DO PRECATÓRIO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA (CF, ART. 5º).”;*

*Declarou, o STF, a Inconstitucionalidade dos §§ 9º e 10, do artigo 100, por “INCONSTITUCIONALIDADE DA SISTEMÁTICA DE COMPENSAÇÃO DE DÉBITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS EM PROVEITO EXCLUSIVO DA FAZENDA PÚBLICA. EMBARAÇO À EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO (CF, ART. 5º,*

*risdição (CF, art. 5º, XXXV), desrespeita a coisa julgada material (CF, art. 5º, XXXVI), vulnera a Separação dos Poderes (CF, art. 2º) e ofende a isonomia entre o Poder Público e o particular (CF, art. 5º, caput), cânone essencial do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, caput). 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). 6. A quantificação dos juros moratórios relativos a débitos fazendários inscritos em precatórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança vulnera o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5º, caput) ao incidir sobre débitos estatais de natureza tributária, pela discriminação em detrimento da parte processual privada que, salvo expressa determinação em contrário, responde pelos juros da mora tributária à taxa de 1% ao mês em favor do Estado (ex vi do art. 161, §1º, CTN). Declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução da expressão “independentemente de sua natureza”, contida no art. 100, §12, da CF, incluído pela EC nº 62/09, para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário. 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. 8. O regime “especial” de pagamento de precatórios para Estados e Municípios criado pela EC nº 62/09, ao veicular nova moratória na quitação dos débitos judiciais da Fazenda Pública e ao impor o contingenciamento de recursos para esse fim, viola a cláusula constitucional do Estado de Direito (CF, art. 1º, caput), o princípio da Separação de Poderes (CF, art. 2º), o postulado da isonomia (CF, art. 5º), a garantia do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdiccional (CF, art. 5º, XXXV), o direito adquirido e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI). 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte.*

*(ADI 4357 / DF, Relator Min. AYRES BRITTO, Relator para Acórdão Min. LUIZ FUX, Julgamento: 14/03/2013, Tribunal Pleno, DJe-188, DIVULG 25-09-2014, PUBLIC 26-09-2014).*

*<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428>, Acórdão consultado em 08/07/2016.*

XXXV), **DESRESPEITO À COISA JULGADA MATERIAL (CF, ART. 5º XXXVI), OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E ULTRAJE À ISONOMIA ENTRE O ESTADO E O PARTICULAR (CF, ART. 1º, CAPUT, C/C ART. 5º, CAPUT)."**

*Declarou a Inconstitucionalidade da expressão "índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança", contida no § 12, do artigo 100, por "IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CF, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DOS CRÉDITOS INSCRITOS EM PRECATÓRIOS, QUANDO ORIUNDOS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CF, ART. 5º, CAPUT)."*

*Por arrastamento, declarou a inconstitucionalidade do artigo 1º-F<sup>6</sup> da Lei n.º 9.494/97, com redação dada pelo artigo 5º da Lei n.º 11.960/2009.*

*Ainda no § 12, do artigo 100, o STF também declarou a inconstitucionalidade da expressão "independentemente de sua natureza", "para determinar que, quanto aos precatórios de natureza tributária, sejam aplicados os mesmos juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário."*

*Por fim, declarou inconstitucional o § 15 e o artigo 97 do ADCT, que também foi introduzido através da EC n.º 62/2009, por "INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME ESPECIAL DE PAGAMENTO. OFENSA À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE DIREITO (CF, ART. 1º, CAPUT), AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES (CF, ART. 2º), AO POSTULADO DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, CAPUT), À GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICCIONAL (CF, ART. 5º, XXXV) E AO DIREITO*

**ADQUIRIDO E À COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI)."**

Após o julgamento, foi requerido pedido de modulação dos efeitos do julgado, tendo decidido o STF que:

**QUESTÃO DE ORDEM. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DE DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE (LEI 9.868/99, ART. 27). POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE ACOMODAÇÃO OTIMIZADA DE VALORES CONSTITUCIONAIS CONFLITANTES. PRECEDENTES DO STF. REGIME DE EXECUÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA MEDIANTE PRECATÓRIO. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/2009. EXISTÊNCIA DE RAZÕES DE SEGURANÇA JURÍDICA QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO TEMPORÁRIA DO REGIME ESPECIAL NOS TERMOS EM QUE DECIDIDO PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

1. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei n.º 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI n.º 2.240; ADI n.º 2.501; ADI n.º 2.904; ADI n.º 2.907; ADI n.º 3.022; ADI n.º 3.315; ADI n.º 3.316; ADI n.º 3.430; ADI n.º 3.458; ADI n.º 3.489; ADI n.º 3.660; ADI n.º 3.682; ADI n.º 3.689; ADI n.º 3.819; ADI n.º 4.001; ADI n.º 4.009; ADI n.º 4.029.

2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs n.º 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional n.º 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016.

3. Confere-se eficácia prospectiva à declaração de inconstitucionalidade dos seguintes aspectos da ADI, fixando como marco inicial a data de conclusão do julgamento da presente questão de ordem (25.03.2015) e mantendo-se válidos os precatórios expedidos ou pagos até esta data, a saber: (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional n.º 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) e (b) os precatórios tributários deverão observar os mesmos critérios pelos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos tributários; e (ii) ficam resguardados os precatórios expedidos, no âmbito da administração pública federal, com base nos arts.

6 Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei n.º 11.960/09)

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9494.htm), consultado em 08/07/2016.

27 das Leis nº 12.919/13 e nº 13.080/15, que fixam o IPCA-E como índice de correção monetária.

4. Quanto às formas alternativas de pagamento previstas no regime especial: (i) consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na Emenda Constitucional nº 62/2009, desde que realizados até 25.03.2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades; (ii) fica mantida a possibilidade de realização de acordos diretos, observada a ordem de preferência dos credores e de acordo com lei própria da entidade devedora, com redução máxima de 40% do valor do crédito atualizado.

5. Durante o período fixado no item 2 acima, ficam mantidas (i) a vinculação de percentuais mínimos da receita corrente líquida ao pagamento dos precatórios (art. 97, § 10, do ADCT) e (ii) as sanções para o caso de não liberação tempestiva dos recursos destinados ao pagamento de precatórios (art. 97, §10, do ADCT).

6. Delega-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que considere a apresentação de proposta normativa que discipline (i) a utilização compulsória de 50% dos recursos da conta de depósitos judiciais tributários para o pagamento de precatórios e (ii) a possibilidade de compensação de precatórios vencidos, próprios ou de terceiros, com o estoque de créditos inscritos em dívida ativa até 25.03.2015, por opção do credor do precatório.

7. Atribui-se competência ao Conselho Nacional de Justiça para que monitore e supervisione o pagamento dos precatórios pelos entes públicos na forma da presente decisão.

(ADI 4425 QO / DF - DISTRITO FEDERAL, Relator Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, Julgamento: 25/03/2015, DJe-152, DIVULG 03-08-2015, PUBLIC 04-08-2015).

### **3. DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO SOBRE EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. DESMEMBRAMENTO DA VERBA HONORÁRIA DO VALOR A SER PERCEBIDO PELO AUTOR NÃO CONFIGURA HIPÓTESE DE FRACIONAMENTO VEDADA PELO ARTIGO 100, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

Antes de o STF editar a Súmula Vinculante nº 47, o STJ já havia firmado posicionamento no sentido de que a execução independente dos valores a serem percebidos pelo autor da ação e por seu advogados não fere o artigo 100 da Constituição, por não se tratar de hipótese de fracionamento.

Entendeu o STJ, em decisão tomada em sede

de Recurso Especial Representativo de Controvérsia, que, por se tratarem de pessoas distintas com créditos de naturezas distintas, o julgador deveria os observar como litisconsortes, não incidindo, portanto, a vedação constitucional acerca do fracionamento.

Vale trazer a colação a ementa da decisão:

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N. 8/2008. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESMEMBRAMENTO DO MONTANTE PRINCIPAL SUJEITO A PRECATÓRIO. ADOÇÃO DE RITO DISTINTO (RPV). POSSIBILIDADE. DA NATUREZA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. No direito brasileiro, os honorários de qualquer espécie, inclusive os de sucumbência, pertencem ao advogado; e o contrato, a decisão e a sentença que os estabelecem são títulos executivos, que podem ser executados autonomamente, nos termos dos arts. 23 e 24, § 1º, da Lei 8.906/1994, que fixa o estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

2. A sentença definitiva, ou seja, em que apreciado o mérito da causa, constitui, basicamente, duas relações jurídicas: a do vencedor em face do vencido e a deste com o advogado da parte adversa. Na primeira relação, estará o vencido obrigado a dar, fazer ou deixar de fazer alguma coisa em favor do seu adversário processual. Na segunda, será imposto ao vencido o dever de arcar com os honorários sucumbenciais em favor dos advogados do vencedor.

3. Já na sentença terminativa, como o processo é extinto sem resolução de mérito, forma-se apenas a segunda relação, entre o advogado e a parte que deu causa ao processo, o que revela não haver acessoriedade necessária entre as duas relações. Assim, é possível que exista crédito de honorários independentemente da existência de

crédito "principal" titularizado pela parte vencedora da demanda.

4. Os honorários, portanto, constituem direito autônomo do causídico, que poderá executá-los nos próprios autos ou em ação distinta.

5. Diz-se que os honorários são créditos acessórios porque não são o bem da vida imediatamente perseguido em juízo, e não porque dependem de um crédito dito "principal". Assim, não é correto afirmar que a natureza acessória dos honorários impede que se adote procedimento distinto do que for utilizado para o crédito "principal". Art. 100, § 8º, da CF.

6. O art. 100, § 8º, da CF não proíbe, nem mesmo implicitamente, que a execução dos honorários se faça sob regime diferente daque-

**le utilizado para o crédito dito “principal”. O dispositivo tem por propósito evitar que o exequente se utilize de maneira simultânea - mediante fracionamento ou repartição do valor executado - de dois sistemas de satisfação do crédito (requisição de pequeno valor e precatório).**

7. O fracionamento vedado pela norma constitucional toma por base a titularidade do crédito. Assim, um mesmo credor não pode ter seu crédito satisfeito por RPV e precatório, simultaneamente. Nada impede, todavia, que dois ou mais credores, incluídos no polo ativo da mesma execução, possam receber seus créditos por sistemas distintos (RPV ou precatório), de acordo com o valor que couber a cada qual.

8. Sendo a execução promovida em regime de litisconsórcio ativo voluntário, a aferição do valor, para fins de submissão ao rito da RPV (art. 100, § 3º da CF/88), deve levar em conta o crédito individual de cada exequente. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ.

9. Optando o advogado por executar os honorários nos próprios autos, haverá regime de litisconsórcio ativo facultativo (já que poderiam ser executados autonomamente) com o titular do crédito dito “principal”.

10. Assim, havendo litisconsórcio ativo voluntário entre o advogado e seu cliente, a aferição do valor, para fins de submissão ao rito da RPV, deve levar em conta o crédito individual de cada exequente, nos termos da jurisprudência pacífica do STJ.

**11. O fracionamento proscrito pela regra do art. 100, § 8º, da CF ocorreria apenas se o advogado pretendesse receber seus honorários de sucumbência parte em requisição de pequeno valor e parte em precatório. Limitando-se o advogado a requerer a expedição de RPV, quando seus honorários não excederam ao teto legal, não haverá fracionamento algum da execução, mesmo que o crédito do seu cliente siga o regime de precatório. E não ocorrerá fracionamento porque assim não pode ser considerada a execução de créditos independentes, a exemplo do que acontece nas hipóteses de litisconsórcio ativo facultativo, para as quais a jurisprudência admite que o valor da execução seja considerado por credor individualmente considerado. RE 564.132/RS, submetido ao rito da repercussão geral**

12. No RE 564.132/RS, o Estado do Rio Grande do Sul insurge-se contra decisão do Tribunal de Justiça local que assegurou ao advogado do exequente o direito de requisitar os honorários de sucumbência por meio de requisição de pequeno valor, enquanto o crédito dito “principal” seguiu a sistemática dos precatórios. Esse recurso foi submetido ao rito da repercussão geral, considerando a existência de interpretações divergentes dadas ao art. 100, § 8º, da CF.

13. Em 3.12.2008, iniciou-se o julgamen-

to do apelo, tendo o relator, Ministro Eros Grau, negado provimento ao recurso, acompanhado pelos votos dos Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Carlos Ayres Brito. O Ministro Cezar Peluso abriu a divergência ao dar provimento ao recurso. Pediu vista a Ministra Ellen Gracie. Com a aposentadoria de Sua Excelência, os autos foram conclusos ao Min. Luiz Fux em 23.4.2012.

14. Há, portanto, uma maioria provisória, admitindo a execução de forma autônoma dos honorários de sucumbência mediante RPV, mesmo quando o valor “principal” seguir o regime dos precatórios.

15. Não há impedimento constitucional, ou mesmo legal, para que os honorários advocatícios, quando não excederem ao valor limite, possam ser executados mediante RPV, ainda que o crédito dito “principal” observe o regime dos precatórios. Esta é, sem dúvida, a melhor exegese para o art. 100, § 8º, da CF, e por tabela para os arts. 17, § 3º, da Lei 10.259/2001 e 128, § 1º, da Lei 8.213/1991, neste recurso apontados como malferidos.

16. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp 1347736 / RS – Recursos Repetitivos, Relator Ministro CASTRO MEIRA, Relator para o Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 15/04/2014).

#### **4. A EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 47 DO STF – E O EQUIVOCO NA INTERPRETAÇÃO DO TEOR DA SÚMULA VINCULANTE PELOS JULGADORES, QUE ACARRETA RECLAMAÇÕES EM MASSA PARA A PRESERVAÇÃO DA AUTORIDADE DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO.**

Como vimos em linhas anteriores, observa-se que a verba honorária é um gênero, do qual são espécies os honorários convencionados (contratuais), os honorários fixados por arbitramento judicial e os honorários de sucumbência.

Pois bem, no rito de pagamento de créditos decorrentes de condenações judiciais contra a Fazenda Pública, a verba honorária não se desnatura, razão pela qual deverá se observar o advogado como um credor individual da verba honorária que faz jus.

Desse modo, nas condenações contra a Fazenda Pública, terão como credores litisconsorciais o autor e o advogado, ambos credores das verbas que fazem jus, separadamente, sendo que a verba honorária poderá ser destacada do valor a ser percebido pelo autor, e, a depender do valor, ser paga por meio de

Requisição de Pequeno valor ou de Precatório, independentemente do crédito a ser percebido pelo autor, e isto não configura de forma alguma fracionamento da execução.

Consagrando tal posicionamento, o STF editou a Súmula Vinculante nº 47, abaixo trazida a colação:

**“Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza. STF. Plenário. Aprovada em 27/05/2015, DJe 01/06/2015.”**

Tal posicionamento do STF foi consagrado no Código de Processo Civil de 2015, por meio do seu artigo 85, § 14, que assim dispõe:

*Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*

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

Contudo, percebemos que a Súmula Vinculante está sendo objeto de diversas Reclamações para a preservação da autoridade do STF, em face de equívoco na interpretação da norma sumular, razão pela qual cumpre explicar detidamente o sentido da norma sumular vinculante.

Vamos supor que o valor da condenação de uma ação que tenha como ré a União foi de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), tendo o patrono da causa pactuado honorários contratuais num percentual de 20% incidente sobre o valor da condenação, e, ainda, tendo o magistrado fixado a verba sucumbencial em 10% sobre o valor da condenação (conforme o artigo 85, § 3º, inciso I, do CPC/2015)<sup>7</sup>, os valores da verba honorária (contratual e sucumbencial) deverão ser somados a fim de que o juízo possa definir se o pagamento será realizado pelo rito do precatório ou por meio de Requisição de Pequeno Valor – RPV, a depender do montante a ser efetivamente percebido pelo advogado.

Desse modo, faria jus o advogado, ao valor

<sup>7</sup> Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais). Por ser inferior a sessenta salários mínimos, o valor devido a título de honorários advocatícios deverá ser percebido pelo advogado por meio de Requisição de Pequeno Valor.

Vale notar que o valor a ser percebido pelo autor, R\$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais), ainda deverá ser pago por meio do regime de precatórios, em virtude de superar o montante de sessenta salários mínimos.

Perceba que como se tratam de credores independentes, de verbas de natureza distintas, não há qualquer fracionamento, respeitando, portanto, a norma do artigo 100, da Constituição Federal.

Incidiria na hipótese de fracionamento no caso de o advogado ter, por exemplo, um valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a receber a título de honorários (gênero), e, optasse por receber uma parte por meio de RPV e o restante por meio de precatório.

É esta a vedação constitucional, que é rechaçada pelos Tribunais e Juízos de Superposição.

Deve-se observar o advogado como um credor individual no processo e o valor por ele a ser percebido a título de honorários advocatícios, englobando contratuais, de sucumbência e por arbitramento, excluindo-se o valor a ser percebido pelo cliente, para que, enfim, se verifique se é o caso de expedição de RPV ou de Precatório apenas da verba honorária, separadamente.

Contudo, percebemos que em diversas decisões, de diferente tribunais, em todo o país, os juízes promovem o fracionamento da verba honorária, pagando em uma oportunidade os honorários de sucumbência, e, apenas retendo do valor principal a ser percebido pelo autor o valor dos honorários contratuais.

Ainda se utilizando como base o exemplo anterior, (condenação no valor de R\$ 150.000,00 – cento e cinquenta mil reais -, honorários de sucumbência no valor de R\$ 15.000,00 – quinze mil reais-, e honorários contratuais no valor de R\$ 30.000,00 – trinta mil reais), o que se observa na prática é que os juízes liberam o valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de honorários de sucumbência por meio de RPV – Requisição de Pequeno valor; e, condicionam a liberação do valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) – honorários contratuais a liberação do precatório do montante a ser percebido pelo autor.

Sob o argumento de se evitar o fracionamento do julgado, o judiciário o promove de fato, ao repartir a verba honorária em várias parcelas, algumas sendo expedidas de forma autônoma e outras condicionadas a percepção da verba do autor.

Desse modo, o judiciário descumpra a Norma Sumular Vinculante editada pelo STF e cria verdadeiro fracionamento da verba honorária, ferindo a autoridade do julgado proferido de maneira *erga omnes* pelo STF.

São inúmeros os casos de Reclamações com este teor na página de pesquisa do STF, razão pela qual apenas traremos um exemplo acerca do ocorrido, a seguir:

RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE 47. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXECUÇÃO AUTÔNOMA. POSSIBILIDADE. CARÁTER DE ACESSORIEDADE. INEXISTÊNCIA. CREDORES DIVERSOS. RECLAMAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE.

DECISÃO: (...)

*A reclamante narra que, instaurada execução de sentença em face da Fazenda Pública, requereu ao juízo expedição de RPV relativo aos honorários advocatícios contratuais e de sucumbência e precatório relativo ao débito da autora, separadamente.*

*Afirma que, inicialmente, o juízo deferiu o pleito. No entanto, a Fazenda Pública recusou-se a realizar o pagamento por meio de RPV dos honorários contratuais e requereu ao juízo que fosse expedido novo requisitório, contendo apenas os honorários de sucumbência, o que foi acolhido pelo juízo.*

*Sustenta que essa decisão proferida feriu frontalmente a Súmula Vinculante nº 47. Aduz que, da análise dos julgados que originaram o referido verbete, verifica-se que o STF pacificou a questão no sentido de que tanto os honorários incluídos na condenação (que são os honorários de sucumbência), como os destacados do montante principal (que são os contratuais, os quais o advogado requer ao juiz sua retenção) constituem-se verba de natureza alimentar, “sendo cabível a execução de honorários advocatícios, contratuais e de sucumbência, mediante RPV”.*

*Assevera que “tanto o STF quanto o STJ entendem que a execução de honorários advocatícios, contratuais e de sucumbência, devidos pela Fazenda Pública podem ser feitos por meio de Requisição de Pequeno Valor (RPV) na hipótese em que os honorários não excedam o valor limite a que se refere o artigo 100, § 3º, da Constituição Federal”.*

*Requer, ao final, seja deferida a gratuidade da justiça. No mérito, pugna pela “anulação da decisão proferida pela 4ª Vara da Fazenda Pública, determinando, ainda, a expedição do RPV relativo aos honorários advocatícios contratuais e de sucumbência autonomamente, desvinculados do débito principal”.*

*É o relatório.*

*Decido.*

*Preliminarmente, defiro a gratuidade da justiça.*

*Antes de examinar se, de fato, há desobediência à Súmula Vinculante 47, é preciso esclarecer o que ela dispõe. O aludido enunciado sumular possui a seguinte redação:*

*“Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”.*

*O verbete em questão foi aprovado na Sessão Plenária de 27/5/2015, e publicado no DJe nº 104 de 2/6/2015, a partir do julgamento RE 564.132; RE 415.950; AI 732.358 AgR; RE 470.407; RE 146.318 e RE 141.639. Colaciono, por oportuno, a ementa que recebeu o acórdão proferido no RE 564.132/RS, Rel. Min. Eros Grau, Rel. para o acórdão a Ministra Cármen Lúcia, DJe 10/2/2015:*

*“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ALEGADO FRACIONAMENTO DE EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA DE ESTADO-MEMBRO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR, A QUAL NÃO SE CONFUNDE COM O DÉBITO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE CARÁTER ACESSÓRIO. TITULARES DIVERSOS. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO AUTÔNOMO. REQUERIMENTO DESVINCULADO DA EXPEDIÇÃO DO OFÍCIO REQUISITÓRIO PRINCIPAL. VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE EXECUÇÃO PARA FRAUDAR O PAGAMENTO POR PRECATÓRIO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 100, § 8º (ORIGINARIAMENTE § 4º), DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO”.*

*No julgamento em questão, a Corte, por maioria, corroborou o entendimento de que os honorários advocatícios contratuais e de sucumbência são autônomos em relação ao crédito principal, haja vista que aqueles pertencem ao advogado, e este à parte exequente, ou seja, trata-se de créditos que pertencem a titulares diversos. Essa autonomia, inclusive, está prevista na Lei 8.906/1994, verbis:*

*“Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor. Art. 24. A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos e constituem crédito privilegiado na falência, concordata, concurso de credores, insolvência civil e liquidação extrajudicial. § 1º A execução dos honorários pode ser promovida nos mesmos autos da ação em que*

tenha atuado o advogado, se assim lhe convier”.

Também foi ratificada a natureza de prestação alimentícia dos honorários devidos aos profissionais liberais do direito, uma vez que constituem a contraprestação ao trabalho prestado por tais profissionais, que deles se utilizam para a sua manutenção, assim como salários e vencimentos, que possuem a natureza jurídica de verba alimentar.

Assentou-se, nesse contexto, que assiste ao advogado o direito de requisitar sua execução destacada do crédito principal, procedimento que, diante da existência de mais de um titular do direito, não implica fracionamento da execução contra a Fazenda Pública, que é vedado pelo art. 100, § 8º, (na redação conferida pela EC nº 62/2009) da Constituição Federal. Rememoro, por oportuno, o que consignou o saudoso Ministro Menezes Direito na ocasião:

“ficaria contraditório admitirmos que a verba é autônoma, que há uma verba alimentícia, e não autorizarmos o fracionamento, na medida em que, destacadamente, o credor dos honorários advocatícios é diferente do credor do principal. O argumento de que seria acessório não vale, porque, na realidade, a assessoriedade só existiria se houvesse a mesma titulação, e a titulação é diversa”.

Diante desse quadro, razão assiste ao reclamante quando alega que a decisão hostilizada violou a Súmula Vinculante 47. A ilustrar essa assertiva, transcrevo trecho do ato reclamado:

“De início, observo que a matéria aqui discutida é de ordem pública, não estando preclusa sua apreciação. Quanto ao mérito, a citada Súmula Vinculante nº 47 cuidou de fixar apenas a natureza alimentar dos honorários advocatícios, com o consequente benefício na ordem de pagamento para as verbas desta natureza, não se verificando em seu texto qualquer decisão no sentido de pagamento em separado de valores. Neste passo, em que pese a decisão da Reclamação acostada, entendo que o pagamento dos honorários contratuais deva se dar no mesmo momento do pagamento do precatório da parte autora. Com efeito, apenas os honorários sucumbenciais são objeto da condenação, enquanto os contratuais apresentam natureza de obrigação civil entre a parte e seu Procurador. Neste passo, a possibilidade de destaque do seu valor, quando do pagamento do montante ao constituinte serve apenas de garantia ao advogado, mas não tem o condão de transformar a Fazenda Pública em devedora da obrigação civil”.

**Verifica-se, pois, que o juízo reclamado, ao afirmar que o pagamento dos honorários contratuais deva se dar somente no momento do pagamento do precatório da parte autora, divergiu da orientação firmada por este Tribunal na linha de que assiste ao advogado o direito de requerer, em separado, a execução dos honorários contratuais e de sucumbência – verbas que lhe pertencem e que possuem natureza alimentar – haja vista a inexistência de**

**assessoriedade em relação ao crédito principal e, ainda, a circunstância de ser titularizado por credor diverso do titular da verba principal.**

*Ex positis, julgo procedente esta Reclamação, para cassar o ato reclamado, com base no art. 161, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.*

Publique-se. Int..

Brasília, 25 de novembro de 2015.

Ministro LUIZ FUX

Relator

(RECLAMAÇÃO 22.399- PE, Relator Ministro Luiz Fux, DJE nº 241, divulgado em 27/11/2015).

## 5. DO PAGAMENTO DE PARCELA INCONTROVERSA DO JULGADO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA.

No regime do Código de Processo Civil de 1973, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o autor deveria promover os cálculos de liquidação do julgado (no caso de sentença ilíquida), e, ato contínuo, promover a citação da Fazenda Pública para oferecer Embargos a Execução, a teor do que determinava o artigo 730 e seguinte do Código de Processo Civil/1973, *in verbis*:

*Da Execução Contra a Fazenda Pública*

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras: (Vide Lei nº 8.213, de 1991) (Vide Lei nº 9.469, de 1997) (Vide Lei nº 9.494, de 1997)

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

Ocorre que em muitas oportunidades, a Fazenda Pública promovia apenas Embargos a Execução de parte do valor liquidado, restando, portanto, incontroverso, o restante do valor.

Por exemplo: Numa condenação de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a Fazenda Pública apenas impugnava por meio de Embargos a Execução

o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Deste modo, restavam incontroversos o valor de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais).

Ocorre que muitos advogados perceberam que este valor incontroverso ficava “aguardando” o trânsito em julgado do valor embargado para que, no final de todo o novo processo dos Embargos, fosse, enfim, expedido o precatório relativo a todo o montante.

Muitos advogados, então, se insurgiram contra essa “espera” desnecessária para a expedição dos precatórios referentes ao valor incontroverso, tendo em vista que eram efetivamente devidos pela Fazenda Pública e não haveria mais possibilidade do não pagamento.

A Fazenda Pública, por sua vez, alegou que não seria possível o pagamento dos valores incontroversos antes do trânsito em julgado dos Embargos, tendo em vista que tal caso perfazeria hipótese de fracionamento dos precatórios, incorrendo na vedação imposta pelo artigo 100, da Constituição Federal.

O caso foi decidido pelo STJ, que firmou posicionamento no sentido de não haver nenhum óbice para a expedição do precatório do valor incontroverso, inclusive, com destaque dos honorários advocatícios. Vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. REAJUSTE DE 28,86%. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AUTORIZAÇÃO PARA O PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO QUANTO À PARTE INCONTROVERSA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. COMPENSAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS §§ 9º E 10º DO ART. 100 DA CF/88. EC N. 62/2009. ADIN 4.357/DF. MODULAÇÃO DOS EFEITOS: VALIDADE DAS COMPENSAÇÕES PREVISTAS NA EC N.62/2009 REALIZADAS ATÉ 25/3/2015.

1. *Discute-se nos autos a possibilidade de prosseguimento da*

*execução e levantamento dos valores incontroversos quando pendente discussão acerca de compensação em recursos dirigidos às instâncias superiores que não são dotados de efeito suspensivo.*

2. **O Superior Tribunal de Justiça já analisou a possibilidade de expedição de precatório da parte incontroversa e firmou posicionamento no sentido de que a execução da parcela da dívida não impugnada pelo ente público deve ter regular prosseguimento, ausente, em consequência, óbice à expedição de precatório.**

3. *Os precedentes desta Corte pontuam que a pendência de apreciação de embargos de declaração opostos contra acórdãos cujo julgamento se deu sob rito dos recursos repetitivos, repercussão geral ou ADI não implica direito ao sobrestamento*

*de recursos no âmbito do STJ.*

4. *Como a própria agravante reconhece, o STF, em sede da ADIN 4357/DF, deliberou majoritariamente pela inconstitucionalidade dos §§ 9º e 10 do art. 100 da CF/88, introduzidos no texto da Carta Magna pela Emenda Constitucional n. 62/2009.*

5. *Na sessão plenária de 25.3.2015, o plenário do STF concluiu a modulação dos efeitos da referida declaração de inconstitucionalidade e consignou que “consideram-se válidas as compensações, os leilões e os pagamentos à vista por ordem crescente de crédito previstos na EC 62/09, desde que realizados até 25/3/2015, data a partir da qual não será possível a quitação de precatórios por tais modalidades;”.*

*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg nos EDcl no REsp 1497627 / PR, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 20/04/2015).*

**AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EMBARGOS NOS QUAIS SE ALEGA APENAS EXCESSO DE EXECUÇÃO. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO DO VALOR INCONTROVERSO, COM DESTAQUE DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.**

1. **Opostos embargos à execução impugnando apenas os cálculos apresentados pelos exequentes, admite-se a expedição de precatório correspondente à parte incontroversa, com destaque dos honorários advocatícios contratuais.**

2. *Agravo regimental a que se nega provimento.*

*(AgRg no ExeMS 7497 / DF, Relator Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 04/03/2015).*

Ocorre que o Código de Processo Civil de 1973 foi expressamente revogado com a edição do Código de Processo Civil de 2015, que teve uma *vacatio legis* de um ano, passando a entrar em vigor no dia 18 de março de 2016.

Com o novo Código, adotou-se nova sistemática acerca das execuções contra a Fazenda Pública.

Passou-se a adotar como regra, nas Ações Judiciais, o cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, previsto nos artigos 534 e 535<sup>8</sup>, do

8 DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PELA FAZENDA PÚBLICA

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser

CPC/2015; mantendo o procedimento dos Embargos

à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

I - o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;

II - o índice de correção monetária adotado;

III - os juros aplicados e as respectivas taxas;

IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI - a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

§ 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113.

§ 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

§ 1º A alegação de impedimento ou suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148.

§ 2º Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição.

§ 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

I - expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;

II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após

a Execução apenas para a execução de títulos executivos extrajudiciais contrários a Fazenda Pública, a teor do que determina o artigo 910º, que usa, no que couber, também as disposições do 534 e 535, também do novo CPC.

Desse modo, indo ao encontro do posicionamento firmado pelo STJ, o Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, previu, expressamente, a hipótese de expedição de precatório/Requisição de pequeno valor – RPV - do valor incontroverso, *in verbis*:

*Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:*

(...)

*§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.*

Desse modo, não só não há qualquer óbice para o pagamento por meio de precatório/RPV de parcela incontroversa da condenação, como é imperioso que assim seja feito; e, após o trânsito em julgado da impugnação ou dos Embargos a Execução, a depender da modalidade de execução, a expedição de precatório/RPV complementar, se for o caso.

## BIBLIOGRAFIA

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm), consultado em 08/07/2016.

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>, consultado em 08/07/2016.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), consultado em

o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

## 9 DA EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Art. 910. Na execução fundada em título extrajudicial, a Fazenda Pública será citada para opor embargos em 30 (trinta) dias.

§ 1º Não opostos embargos ou transitada em julgado a decisão que os rejeitar, expedir-se-á precatório ou requisição de pequeno valor em favor do exequente, observando-se o disposto no art. 100 da Constituição Federal.

§ 2º Nos embargos, a Fazenda Pública poderá alegar qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.

§ 3º Aplica-se a este Capítulo, no que couber, o disposto nos artigos 534 e 535.

08/07/2016.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6812428> , Acórdão consultado em 08/07/2016.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4425%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4425%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/b3l6thk>, consultado em 08/07/2016.

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34759011&num\\_registro=201202102740&data=20140415&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=34759011&num_registro=201202102740&data=20140415&tipo=5&formato=PDF), consultado em 08/07/2016.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=2504>, consultado em 08/07/2016.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm), consultado em 08/07/2016.

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4879656>, consultado em 08/07/2016.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm), consultado em 08/07/2016.

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=341719&num\\_registro=200200005085&data=20021014&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=341719&num_registro=200200005085&data=20021014&tipo=5&formato=PDF), consultado em 08/07/2016.

## INCIDENTE DE SUBSTITUIÇÃO DO RÉU E SEUS PRINCIPAIS DESDOBRAMENTOS NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

### **Gilmar de Araújo Pimenta**

Advogado, Conselheiro da OAB Subseção Caruaru – PE; Presidente da Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas da OAB Subseção Caruaru – PE; Delegado da Escola Superior da Advocacia – ESA/PE.

### **Ranieri Coelho Benjamin da Silva Júnior**

Advogado, Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Civil; Membro do Instituto dos Advogados de Pernambuco – IAP; Conselheiro da OAB Subseção Caruaru – PE; Presidente da Comissão Especial de Acolhimento aos Novos Advogados da OAB Subseção Caruaru – PE.

A Lei nº 13.105/2015 nasceu, conforme se denota de sua exposição de motivos, dotada de cinco objetivos precípuos, vejamos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia com os preceitos da Constituição da República, numa verdadeira constitucionalização do Direito Processual Civil; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente a realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal, dando maior fluidez ao processo; 4) permitir o máximo rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado, buscando uma decisão de mérito, sempre que possível; e, finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, maior coesão.

Desta feita, devemos ter claro que o Códice Processual nascido em 2015 não traz para a sociedade e o labor jurídico apenas atualização daquela norma positivada em 1973. Temos aqui o nascimento de uma nova ordem Processual pátria, que, apesar de independente, tem em sua essência diversos institutos processuais já estabelecidos, os quais são, em muitas oportunidades, aperfeiçoados.

O novo sistema processual civil brasileiro busca, como uma de suas principais características, o máximo aproveitamento do processo, favorecendo decisões práticas e especialmente a realização de mérito, em obediência ao recém-integrado princípio da primazia pela decisão de mérito, o qual é extraído da segunda parte do artigo 4º da Lei Instrumental em

vigência.

Esse princípio tem por objetivo deixar claro que a decisão de mérito é prioritária à decisão que não enfrenta o mérito. Sua incidência, sobretudo, por se tratar de norma fundamental do Processo Civil, é muito clara ao longo de todo o Código. De toda sorte, traduzindo a norma em poucas palavras: o juiz só não vai julgar o mérito se realmente existir defeito que não permita correção ou, caso haja essa possibilidade, a parte mantenha-se inerte, depois de instada a se manifestar (MEDINA, José Miguel Garcia, 2016).

Há no corpo do Código diversas passagens expressas que concretizam essa observância da necessidade de o Processo se encerrar com uma decisão de mérito, sempre que possível for.

Uma das normas que atuam neste sentido é a da Substituição do Réu insculpida no *caput* do artigo 338 do Código de Processo Civil.

Apesar de ser nominada como “substituição”, uma vez que o artigo 338 não trata de legitimação extraordinária, pois esta é a hipótese delineada no parágrafo único do artigo 18

- que prevê a Substituição Processual, tais institutos não podem ser tratados ou compreendidos de forma idêntica, pois são completamente distintos, apesar de, como dito, utilizarem a mesma nomenclatura.

Registramos aqui que houve um pedacinho do legislador ao usar o termo “substituição” no artigo 338, sendo de melhor técnica a utilização de um vocábulo diverso e sinônimo no idioma pátrio – tal como “permuta” ou “troca” – deixando essa expressão (substituição) tão somente para aquela hipótese do

artigo 18 - a de legitimação extraordinária, evitando com isso problemas didáticos e interpretativos. Não há sentido para o legislador utilizar termos idênticos para institutos que em nada se confundem, numa transgressão à melhor técnica legislativa.

Para fins deste trabalho, registrada a crítica ao termo utilizado, para não destoar da legislação processual e trazer ainda mais confusão ao leitor, decidimos por tratar a hipótese do artigo 338 tão somente por “substituição” – incidente de substituição do réu, cujo objetivo deste ensaio, independentemente do vocábulo adotado, é trazer um entendimento mais acurado e concatenado de suas vicissitudes e implicações na marcha processual. Pouco importa o nome para fins de estudo – voltemos nossas atenções ao instituto propriamente falando.

Segundo o permissivo em discussão, após estabelecida a tríade processual, sobrevivendo alegação do réu de não ser parte legítima ou o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz intimará o autor para que possa alterar a petição inicial, substituindo a parte demandada, caso entenda mais adequado à satisfação do direito pleiteado, reconhecendo assim seu equívoco quando do ajuizamento da ação.

Aqui está nítida a homenagem ao objetivo elencado no item 4 da exposição de motivos do Códex, de sempre buscar decisão de mérito, em detrimento à sentença sem sua análise, pautado os atos na boa-fé processual, seguindo um modelo cooperativo ou participativo de processo (MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de, 2016).

Observemos que o máximo aproveitamento do feito anda de braços dados com o direito dos litigantes a uma sentença de mérito efetiva e justa, mediante cooperação de todos os sujeitos do processo, normas principiológicas do Sistema Processual inaugurado pela Lei nº 13.105/2015, as quais são extraídas principalmente dos seus artigos 4º e 6º, mas encontram-se entranhadas em todo o Código.

Apesar das poucas similitudes, os regramentos trazidos não só pelo artigo 338, mas também pelo artigo 339, são novidades que surgiram ao passo que foi extinta a confusa intervenção de terceiro denominada “nomeação à autoria”, segundo a qual, em síntese apertadíssima, atribuía ao réu que se alegava parte ilegítima o dever de indicar quem seria o legitimado *ad causam* (ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Arakem de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão, 2016).

A nomeação à autoria, que dependia de dupla aceitação, não ampliava subjetivamente a demanda, mas tão somente permitia alteração no polo passivo,

situação que se repete pelo regramento do incidente de substituição do réu, contido no citado artigo 338 (em que pese a possibilidade de ampliação, trazida pelo artigo 339, §2º).

Enfim, temos que foi imposto ao magistrado, quando verificar na peça contestatória a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*, antes de dar impulso ao feito, intimar a parte autora, facultando-lhe a substituição do réu, ou seja, o novo sistema processual obriga ao juízo um enfrentamento de forma sumária de questão impeditiva da análise do mérito da lide em face do réu originário (aquele cuja lide fora inicialmente proposta). O feito deve aguardar enquanto que o autor decida pela substituição ou não do réu originário, na forma inicialmente proposta. Sua inércia caracterizará recusa tácita à substituição, devendo permanecer a composição subjetiva originária.

Verifica-se neste íterim nítida observância ao princípio da primazia do julgamento de mérito e economia processual, na medida em que é conferido ao autor adequar sua demanda, caso veja pertinência.

Destaque-se que a marcha processual fica condicionada a uma escolha do autor, depois de instado sobre arguição de ilegitimidade passiva e a possibilidade de substituição do réu, que pode optar entre quatro posicionamentos diferentes.

Seguindo uma ordem didática em relação ao estudo dos efeitos processuais e o proposto para o presente trabalho, temos que o autor pode adotar as medidas abaixo analisadas.

A primeira delas é a rejeição da possibilidade da substituição do réu e prosseguimento do feito contra o réu originário, por ato comissivo do autor, permanecendo a formação processual intacta quando à composição das partes – manutenção da triangulação processual da maneira proposta.

Pode, ainda, o autor manter-se inerte frente à intimação que lhe faculta a substituição do réu, deixando transcorrer *in albis* o prazo que lhe foi conferido, de 15 dias, caracterizando, portanto, rejeição tácita à substituição (ato omissivo indicando a recusa) – também não há alteração da peça póstica.

No caso das duas outras hipóteses se impõe a alteração da petição inicial, pois será criado litisconsórcio passivo ulterior, ampliando subjetivamente a demanda - sendo mantido no polo passivo o réu originário, ou ainda poderá o autor incluir na lide, em substituição daquele, o réu ora indicado, tudo por previsão expressa dos artigos 338, *caput* e 339, *caput* e § 2º, do Código de Processo Civil.

Em suma: quando for caso de concretização positiva do incidente de substituição do réu haverá alteração da petição inicial, seja para aumentar a quan-

tidade de réus, seja para substituir o réu originário.

Neste ponto merece destaque a situação na qual o réu originário se alega parte ilegítima, mas não sabe – ao menos assim informa ao juízo, quem seria o sujeito passivo da relação jurídica discutida.

Verificamos, aqui, que nascem alguns questionamentos lógicos não enfrentados pelo legislador, os quais decorrem ou da omissão do réu originário ou da discordância do autor quanto ao terceiro por aquele indicado, influenciando sobremaneira no modo de se encarar a formação do litisconsórcio ulterior, figura jamais enfrentada ordinariamente pela legislação processual comum.

Analisando os artigos 338 e 339, bem como seus parágrafos, da Lei 13.105/2015, é perceptível que ao autor é facultado incluir no polo passivo o sujeito indicado pelo réu, seja em sua substituição ou acrescentando o indicado como litisconsorte passivo, alterando assim a petição inicial, como acima delineado.

Ocorre que o autor pode entender pela modificação do réu originário ou ampliação subjetiva da lide, incluindo na tríade processual terceira pessoa não trazida pelo réu ou ainda cumulando um litisconsorte indicado pelo réu originário com outro terceiro que porventura o autor entendeu, posteriormente, também ser legitimado.

Neste caso, mesmo diante da literalidade dos artigos que tratam do incidente de substituição do réu, entendemos que o autor não está adstrito à pessoa que o réu indicou, podendo substituí-lo por outro réu não indicado, ou, ainda, formar litisconsórcio passivo entre o réu originário e o terceiro, bem como entre os indicados pelo réu originário e um novo legitimado, no modo de ver do autor.

A questão seria esdrúxula caso a norma não seja assim interpretada, pois o autor poderia aceitar a parte indicada pelo réu originário, tanto para substituí-lo como para formar litisconsórcio passivo ulterior com o próprio réu, mas não poderia, contudo, em não havendo a indicação – ou a não concordância com o indicado, substituir o réu originário ou ampliar subjetivamente a lide, trazendo terceira pessoa para compô-la no polo passivo.

Interpretar os textos então discutidos de modo a flexibilizar as hipóteses como ora foi proposto, dota às regras do incidente de substituição do réu a lógica das normas fundamentais do novo sistema processual civil, inaugurado pela Lei 13.105/2015, especialmente àquelas que tratam da boa-fé processual, do maior aproveitamento dos atos praticados, da primazia por uma decisão de mérito, enfim, da desburocratização do processo civil.

Segundo regra do artigo 338 do Código de

Processo Civil, ao ser instado sobre a ilegitimidade passiva alegada pelo réu originário, conforme acima apresentado, o autor pode simplesmente optar por manter intacta a petição inicial – seja por ato omissivo ou por ato comissivo, sendo-lhe facultado ainda alterá-la – substituindo o réu ou ampliando o polo passivo.

No caso de aceitação do autor por uma das possibilidades de alteração da petição inicial, entendemos que, em regra, cabe ao juiz tão somente homologar a vontade das partes, especialmente por atenção aos seus anseios processuais, o que difere das intervenções de terceiros do Código já revogado, as quais sofriam controle do magistrado, especialmente no que diz respeito às condições da ação, as quais não mais existem. Como legitimidade passiva não é pressuposto de admissibilidade do processo, por força do artigo 17, Lei 13.105/2015, não cabe interferência do Estado-Juiz quanto ao mérito da decisão de substituição e/ou ampliação subjetiva.

Apesar de não constar no rol exemplificativo dos doze primeiros artigos do Código de Processo Civil, é também norma fundamental do processo civil o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo (DIDIER JR, Fredie, 2016).

Identificamos a realização, nos dispositivos objetos maiores deste ensaio, a concretização da citada norma.

O autorregramento da vontade das partes está pulverizado por todo o Código, sendo, inclusive, um de seus pilares.

Para ser devido, o processo, não pode ser considerado um ambiente hostil ao exercício da livre vontade das partes, ou seja, não cabe ao magistrado interferir na decisão do autor e réu quanto à alteração da petição inicial, nos casos de incidente de substituição, limitando sua atuação na homologação desse negócio processual que é a substituição do réu originário.

Cabe às partes regularem a própria vida. Este poder decorre da autonomia privada e da sua liberdade processual. Não há sentido que autor e réu não possam decidir questões meramente processuais que apenas os atingem, pois o processo não pode conter restrições irrazoáveis ao autorregramento de suas vontades – não pode o processo ser tratado como um meio em si em estaque ao interesse negociado das partes, pois resta superada a ideia de que este é irrelevante.

Enfim, devemos lembrar que a nova sistemática processual homenageia a autocomposição, estruturando o Código de modo a sempre permitir que as partes decidam acerca dos norteadores processuais que melhor lhes convir, sem substituição de suas von-

tades pelo Judiciário.

Ora, há, além da previsão de uma série de negócios processuais típicos, como o incidente de substituição do réu, também é consagrada uma cláusula geral de negociação processual, permitindo que as partes formulem qualquer acordo sobre o processo.

Merecem destaques as situações já trabalhadas alguns parágrafos acima, nas quais o autor decide pela alteração ou ampliação subjetiva sem que, contudo, opte por aceitar o então terceiro como sendo a pessoa indicada pelo réu originário, ou ainda, quando este for silente.

O autor, entendemos, não está vinculado à omissão do réu quanto a quem seria o legitimado passivo, tampouco àquele que o réu originário indicar para compor a lide, podendo trazer ao processo um terceiro não referendado pelo réu originário, seja para substituí-lo, seja para formar litisconsórcio entre o réu originário e terceiro por ele não indicado, ou, ainda,

para criar litisconsórcio passivo entre o réu originário, terceiro trazido por este e, porque não, terceiro indicado, neste momento, pelo autor.

Nas situações do parágrafo supra, não nos parece que haja plenamente um negócio processual, pois o autor apenas aceitou, dentre o que foi proposto pelo réu originário, sua retirada do processo ou formação do litisconsórcio, desprezando a pessoa por ele indicada, quando esta existir.

Aqui entendemos que a decisão do juiz em aceitar esse terceiro, em ambas as situações, tem carga decisória, pois mitiga parcialmente a intenção do réu originário, que poderia ter interesse no ingresso do terceiro que ele trouxe, podendo reverberar sobre si os efeitos desse processo, *v.g.* como em ações regressivas.

Urge ainda consignar que, segundo a parte final do *caput* do artigo 339, do Código de Processo Civil, o terceiro tem sua indicação dispensada pelo réu originário, quando este não tiver conhecimento de quem seria o legitimado passivo, ou seja, pode haver a situação onde o réu originário indique pessoa para compor a lide, bem como, há também hipótese em que esta indicação não ocorra, estando resguardado o réu originário, como dito, de responsabilização civil nesta situação.

Cabe ao réu originário, quer seja pelas conjecturas fáticas e de direito intrínsecas e objetivas da relação jurídica discutida, bem como em elementos que detém capacidade probatória – facilmente identificados pelo magistrado quando da leitura da preliminar de ilegitimidade passiva, obrigatoriamente realizar a indicação do substituído, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta dessa indicação, podendo

ainda restar caracterizada litigância de má-fé, com base no artigo 80, especificamente, dentre os quais destacamos os incisos IV e V, do Código de Processo Civil. É defeso ao réu simplesmente negar conhecimento de quem seria o legitimado, em confronto com sua defesa, esta demonstrando de maneira bastante razoável que o réu teria sim plenas condições de indicar o legitimado. Nesta situação, sem dúvidas, caberá reparação, caso haja dano.

Não subsiste na ordem processual vigente a alegação vazia de ilegitimidade passiva, bem como referida afirmativa, quando a atividade diretamente ligada ao objeto da lide seja exclusivamente exercida pelo réu originário, *v.g.* inserção de dados cadastrais em lista de inadimplentes.

Existe para o réu o dever de indicar o terceiro, especialmente pelo modelo cooperativo que norteia toda a legislação processual civil ordinária. A boa-fé processual deve ser sempre observada.

Como visto, as previsões ora discutidas, apesar de certas omissões legislativas, são muito bem vindas e estão em perfeita sintonia com os objetivos 1 e 2 da exposição de motivos do Código de Processo Civil vigente, estando alinhadas ainda com princípio da cooperação, corolário da boa-fé.

Entretanto, referido normativo do artigo 338 não tem somente louros, permitindo sobre o mesmo tecermos mais algumas críticas, especialmente na porção final de seu parágrafo único, quando trata da fixação dos honorários advocatícios de sucumbência devidos ao advogado do réu excluído por substituição.

Analisando atentamente o artigo 338 e seu parágrafo único, resta claro que a substituição processual impõe ao Estado-Juiz manifestação expressa, permitindo e, se for o caso, recebendo a alteração da petição inicial, ato que implica na exclusão do réu primeiramente demandado, por falta de legitimidade. É um incidente de substituição mediante aditamento à inicial sem que, contudo, haja amplitude subjetiva da demanda, pois, como dito, é caso de substituição, alteração, troca, do componente do polo passivo. É um direito de troca que depende, após manifestação do réu e concordância do autor, de um ato do juiz (DIDIER JR, Fredie, 2016).

Referida manifestação judicial dar-se-á por intermédio de sentença, posto que a exclusão do réu substituído implica, obrigatoriamente, em extinção do feito em relação ao mesmo, ou seja, a triangulação processual previamente instaurada tem de ser finalizada e o único meio previsto para isso no Código de Processo Civil é a sentença – ao menos no que diz respeito ao réu excluído, por inteligência dos artigos 203, §1º e 316, do Código de Processo Civil, haja vista se

tratar de decisão pautada na falta de legitimidade *ad causam*, esta inequívoca, pois reconhecida por ambas as partes, em especial atenção ao novel princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, como dito, norma fundamental não elencada artigos próprios do Código, mas sua existência é inegável (DIDIER JR, Fredie, 2016).

No que pertine à sentença de procedência por ato volitivo do réu, analisando os conceitos jurídicos já existentes e trazidos para a nova sistemática processual, identificamos a Desistência, a Renúncia e o Reconhecimento do Pedido como causas que obrigam o desistente, renunciante e reconhecedor ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, por inteligência do artigo 90 do Código.

Antes de adentrarmos especificamente nesta análise, precisamos identificar a natureza jurídica do incidente de substituição do réu, pois somente a partir dessa identificação é que seremos capazes de entender o tipo de manifestação do Estado-Juiz e os seus respectivos efeitos em relação ao réu substituído e sua saída do processo em que já havia contestado.

Esta análise deve partir da adequação de conceitos já existentes à nova sistemática processual, e através dela alcançaremos o entendimento das inflexões da substituição do réu no processo e o porquê da crítica citada (além da léxica).

Saliente-se, ainda, que referida sentença tem por característica ser formadora de Coisa Julgada Processual em face do réu originário/substituído, pois reconhece ilegitimidade passiva, sendo dotada de conteúdo misto, vez que deve trazer expresso acolhimento da substituição e determinação de citação do réu substituto (tendo para este verdadeira natureza de despacho inicial, no qual devem ser observadas todas as normas atinentes).

Mas estaria a sentença do incidente de substituição fundada em desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido ou somente por simples ilegitimidade passiva?

Tendo a substituição do réu identificada sua natureza jurídica seguindo-se o conceito de desistência, percebemos que a mesma implicaria numa sentença sem resolução de mérito, nos termos do artigo 485, VIII, do Código de Processo Civil.

Apesar de exigir o aceite expresso do réu, conforme lição do § 4º do mesmo artigo 485, entendendo-se que o ato de indicação do novo réu se assemelha a este aceite, temos que a substituição do réu aproximar-se-ia ao instituto da desistência, pois a alegação de ilegitimidade do réu originário, aliada a alteração da petição inicial, constando novo réu (quando indicado pelo réu originário), supre qualquer ato autori-

zativo daquele.

Aproximar o instituto da substituição do réu com o da desistência não resolve todos os questionamentos, pois, nem sempre haverá aceite do réu originário, haja vista ser plenamente possível que o réu substituto não tenha sido indicado pelo réu substituído, como nos casos de omissão ou de discordância do autor quanto à pessoa indicada.

Não cremos que a substituição do réu tenha natureza jurídica de renúncia, pois, se assim fosse, teríamos uma sentença com resolução meritória (artigo 487, inciso III, alínea “C”), posto que o autor não abdica de qualquer direito que fomenta a lide, apenas acolhe a proposição magistral que lhe faculta, para assegurar o máximo aproveitamento do processo com resolução meritória.

Por fim, temos a situação jurídico-fática do reconhecimento do pedido, a qual não detém aparência de ser aquela cuja natureza jurídica mais se aproxima da substituição do réu, vez que o autor ao patrocinar a alteração do demandado não reconhece qualquer pedido deduzido na contestação em si ou implicitamente, há apenas o reconhecimento de que a lide deverá prosseguir contra pessoa diversa daquela inicialmente intentada – ou ainda formando litisconsórcio entre o réu originário e o terceiro trazido aos autos, ou seja, há tão somente o reconhecimento de se tratar o réu originário de parte ilegítima ou de que faltou mais alguém para compor subjetivamente a lide.

Temos, portanto, que a natureza jurídica da substituição do réu tem nascedouro mais parecido ao da desistência – apesar das nuances que as distanciam e evitam sua confusão. Mesmo se tratando de uma sentença sem resolução do mérito (artigo 485, VI), referida decisão traz nítida segurança jurídica ao réu substituído, vez que não haverá contra si a propositura da mesma lide de forma perene, posto inexistir vício a ser sanado (artigo 486, § 1º parte final), revelando coisa julgada processual.

Há aqui a necessidade de um diálogo doutrinário mais aprofundado, vez que inexistente previsão expressa no atual Código de Processo Civil sobre a natureza jurídica da substituição do réu, remetendo-nos aos institutos acima tratados, pois apesar de identificarmos o mesmo com natureza jurídica assemelhada à da desistência, entendemos que se trata de técnica processual completamente nova, logicamente não podendo ser estudada de forma simplória e utilizando-se de conceitos de outras entidades processuais, inclusive aquelas que não foram abarcadas na nova sistemática processual.

De todos os institutos processuais em si, o que mais está relacionado ao incidente de substituição do

réu é o da nomeação à autoria, que não mais consta na atual sistemática brasileira, como dito alhures. Analisar a substituição do réu a partir da extinta nomeação à autoria é inconcebível diante da estrutura do novo Código de Processo Civil, pautada na cooperação, boa-fé e autorregramento da vontade das partes, especialmente.

No que interessa a este trabalho, é perceptível que, tendo a substituição do réu natureza de desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido, atos comissivos do autor, haverá sentença. No primeiro caso, sem análise de mérito, nos outros dois, com seu enfrentamento, contudo, em todas as hipóteses, quanto à fixação dos honorários advocatícios de sucumbência, a regra geral do artigo 85 do Código de Processo Civil é seguida, com fixação ordinária entre 10% e 20%. Em todos os casos o mínimo de 10% é respeitado, independentemente do grau de cognição ou desenvolvimento processual alcançado.

Outrossim, não podemos deixar de censurar referido dispositivo, vez que o mesmo não tem a devida regulamentação e individualização de sua amplitude, bem como surge com a possibilidade de ser completamente esvaziado através da inclusão de litisconsorte quando da alteração da petição inicial, por força do artigo 339, § 2º, do Lei Instrumental, ou seja, ao autor cabe substituir o réu, acrescentar novo réu ou insistir na demanda como fora inicialmente proposta.

Tendo em vista que mesmo o autor se utilizando da prerrogativa delimitada no citado §2º do artigo 339 – ampliando subjetivamente a lide e mantendo o réu originário, recai ainda sobre si a possibilidade de, em face do réu originário, ser reconhecida, em sentença, a ilegitimidade dele como parte (artigo 485, VI), surgindo uma decisão sem resolução de mérito contra o autor, que será condenado no pagamento de honorários ao advogado do vencedor (*in casu*, réu originário), segundo disciplina do artigo 85, § 2º, ou seja, segue a regra geral, cuja atribuição mínima é de 10%.

Além do mais, nas hipóteses de substituição do réu originário por terceiro indicado na contestação, ou trazido pelo autor para ampliar a lide ou ainda substituí-lo, a situação é a mesma quanto à verba de sucumbência devida ao advogado do vencedor. Em saindo o autor vencido, por ilegitimidade *ad causam* passiva, a condenação em honorários de sucumbência terá de seguir os parâmetros gerais do Código, não havendo nenhuma especialidade.

Aqui reside nossa maior crítica ao instituto analisado, em específico ao parágrafo único do artigo 338, que, sem qualquer lógica plausível ou aceitável, excepciona a regra do § 2º do artigo 85, do *Codex*, fixando honorários de sucumbência, ordinariamente,

entre 03% e 05% do valor da causa.

Ora, o advogado do réu originário não produzirá trabalho fundado tão somente na alegação de ilegitimidade, ofertando ao autor a possibilidade de substituí-lo. A lógica e a vivência jurídica apontam para sentido oposto.

Cabe ao réu oferecer contestação completa (colatório do artigo 336 e 337), com juntada de documentos e impugnação especificada para todas as alegações do autor (MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de, 2016). Caso contrário, em não sendo aceita a tese de ilegitimidade, o réu seria sumariamente condenado, em linhas gerais, diante de sua revelia quanto à matéria de fato. Basta o autor não concordar com a substituição que a posição do réu seria de extrema fragilidade, logo, o trabalho de seu advogado deve ser completo, enfrentando todas as questões que lhe foram postas.

Portanto, o múnus desenvolvido pelo advogado se assemelha a maioria das causas cíveis que tramitam no Judiciário brasileiro, principalmente agora quando a audiência de tentativa de conciliação passou a ser o primeiro ato. Caso o processo não demande audiência de instrução e julgamento, por exemplo, seria, de logo, sentenciado, evidenciando a necessidade de trabalho aprofundado por parte do advogado do réu.

Além disso, nas mais diversas hipóteses de extinção do feito sem análise do mérito, depois de instaurada a lide em face do réu, ou ainda em julgamentos imediatos, o autor, caso seja sucumbente, será condenado no pagamento dos respectivos honorários, seguindo a regra geral do §2º do artigo 85, logo, não há justificativa para que nas hipóteses de aceitação de substituição do réu, seja o autor, que ingressou erroneamente com ação, ao menos em face de parte ilegítima ou contra qual inexistia interesse processual, condenado a pagar ínfimos honorários, sendo beneficiado com seu erro, em prejuízo do réu que não deveria estar naquele processo, desestimulando e desvalorizando o trabalho do advogado.

Ademais, o próprio legislador dá tratamento isonômico dentro desta gritante e injustificada desigualdade. Falamos agora da parte final do tão criticado parágrafo único do artigo 338, que, nos casos onde a fixação de honorários for irrisória, a regra geral do artigo 85,

§8º, do Código Adjetivo, deve ser utilizada (a qual reporta-se aos critérios de fixação da verba honorária ínsita na regra geral), ou seja, para determinada hipótese se dá caráter extraordinário quanto à verba de sucumbência e, sem lógica, ordinariamente se utiliza de caminho diverso.

Enfim, a regra geral da fixação é especial e há nesta regra excepcional alusão ao seguimento da regra geral. Poderia, a nosso ver, o legislador ter simplificado, deixando de diferenciar o tratamento dos honorários de sucumbência neste incidente.

Saliente-se, ainda, que a normatização inserida no artigo 85 trata-se de regra geral que impõe ao vencido o pagamento de honorários ao advogado do vencedor, com obrigação de ser observado o parâmetro mínimo de 10% e máximo de 20% (inteligência de seu § 2º), e são devidos de forma cumulativa em todas as fases e movimentos da marcha processual (consecutório de seu § 1º).

De outra sorte, o artigo 337, XI, impõe que, antes de discutido o mérito, o advogado, quando da confecção da contestação, ataque exatamente o elemento chave autorizador da substituição do réu – a ilegitimidade passiva, como dito, em sede de preliminar, evidenciando, portanto, a necessidade de uma defesa completa, desincumbindo-se o réu originário do ônus da impugnação especificada.

Temos, assim, claro que ao patrocinar a substituição do réu o autor acolheu a tese desenvolvida na contestação, não havendo motivos para fixação de ínfimos percentual de honorário em decorrência de seu erro, pois há no próprio Código inúmeros casos de extinção do processo com trabalho muito menor, entretanto, a atribuição de percentual de honorários sucumbenciais segue a regra geral, revelando gritante violação à isonomia, pois nada justifica tratamento processual tão diferenciado.

### Bibliografia

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Arakem de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Comentário ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016;

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2016;

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016;

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; FIGUEIREDO FILHO, Eduardo Augusto Madruga de. *Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2016.

# BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NO CPC/15: PRECLUSÃO, AGRAVO DE INSTRUMENTO E APELAÇÃO.

## Luciana Dubeux Beltrão Alves

Mestranda em Processo e Hermenêutica (UNICAP). Especialista em Alta formação em justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos (Universidade de Pisa, Itália) e em Direito Civil e Empresarial (UFPE). Membro da ANNEP e ABDPro. Membro do Grupo de Pesquisa Processo e Hermenêutica. Assessora de desembargador no TJPE. Coordenadora de Processo Civil da ESA-OAB/PE e Professora da Faculdade Joaquim Nabuco.

## Bruna Braga da Silveira

Doutoranda em Processo Civil (USP). Mestre em Direitos Difusos e Coletivos (PUC-SP). Especialista em Processo Civil (ESA-PA). Membro do IBPD e do CEAPRO. Assessora de desembargador no TJSP. Professora da Faculdade Escola Paulista de Direito EPD.

### 1. Introdução

O presente artigo tem por objeto tecer breves considerações acerca da recorribilidade das decisões interlocutórias na novel legislação processual.

Para tanto, traçará linhas gerais acerca do instituto da preclusão, que permeia todo o assunto; posteriormente, abordará sucintamente o histórico da recorribilidade das interlocutórias nas nossas legislações, para então explicar o atual sistema com o CPC/15 tratando especificamente da preclusão e sua conformação no agravo e na apelação contra decisão interlocutória não agravável, para, finalmente, fazer uma análise crítica acerca das escolhas do legislador e seu possível impacto no sistema processual.

### 2. Breves considerações sobre a preclusão e o histórico da recorribilidade das interlocutórias.

Apesar de não haver na doutrina um consenso acerca da natureza jurídica da preclusão<sup>1</sup> ou de seu al-

cance<sup>2</sup> – temas que não serão por nós aprofundados dada a limitação do objeto aqui proposto –, adota-se aqui a ideia geral de preclusão enquanto mecanismo de limitação da atividades dos sujeitos no processo<sup>3</sup>, inerente à ideia de formalismo processual<sup>4</sup> e da decor-

edição com notas de Enrico Tulio Liebman, trad. da 2ª edição italiana J. Guimarães Menegale, São Paulo, Saraiva, 1945, pp. 220-221.

Ressalte-se haver quem negue a existência da espécie preclusão consumativa (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008), bem como doutrina mais recente acrescenta uma nova espécie, denominada de preclusão punitiva, que decorreria da prática de ilícitos caducificantes, cuja sanção é a perda de uma situação jurídica ativa (DIDIER JUNIOR, Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 167).

Para maior aprofundamento no dissenso acerca da natureza jurídica da preclusão, ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, especialmente os capítulos 3 e 4.

2 Fala-se aqui em alcance em sentido subjetivo, quem é alcançado pela preclusão, se apenas as partes ou se também o juiz, tema controverso na doutrina. Exemplificativamente, ver LOPES, João Batista. *Breves considerações sobre o instituto da preclusão*. *Revista de Processo*, vol. 23/1981, p. 45-60, Jul - Set/1981. Ao invés de falar em preclusão para o juiz, Heitor Sica prefere tratar da preclusão em duas categorias: preclusão dirigida à atividade processual das partes e preclusão sobre questões resolvidas no curso do processo (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008).

3 Essa a premissa adotada por Sica, a de que: “todo sistema processual deve, em alguma medida, restringir a atividade das partes e limitar a revisão das decisões incidentais” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 52).

4 A ideia de formalismo processual aqui é utilizada na concepção do saudoso Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, para quem “o formalismo processual contém, portanto, a própria ideia de processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedi-

1 O mais famoso estudo sobre o tema foi feito por Chiovenda, que definiu a preclusão enquanto “a perda, ou extinção, ou consumação de uma faculdade processual que sofre pelo fato: a) ou de não se haver observado a ordem prescrita em lei ao uso de seu exercício, como os prazos peremptórios, ou a sucessão legal das atividades e das exceções; b) ou de se haver realizado uma atividade incompatível com o exercício da faculdade, como a propositura de uma exceção incompatível com outra, ou a realização de um ato incompatível com a intenção de impugnar uma sentença; c) ou de já se haver validamente exercido a faculdade (consumação propriamente dita)”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 3, 1a

rente necessidade de organização da marcha processual, evitando contramarchas.

Essa necessidade de caminhar do processo condiciona a atividade tanto das partes – que são obrigadas, pelo princípio da eventualidade, a deduzir na primeira oportunidade em que falam nos autos todos os argumentos de que dispõem – quanto do juiz – pois o processo é organizado em fases, não sendo permitido ao juiz, em regra, redecidir questões já decididas, exceto se por intermédio do juízo de retratação.

**É essa a relação direta entre preclusão e recorribilidade das interlocutórias: não recorrida a questão decidida, esta torna-se preclusa, tornando-se irrecorribel pelas partes e, conseqüentemente, imutável – salvo exceções legais<sup>5</sup>.**

A limitação à atividades dos sujeitos processuais, pela preclusão, visa especialmente o desenvolvimento/caminhar do processo, e sua maior rigidez ou flexibilidade está intimamente relacionada às escolhas do sistema processual ligadas ao equilíbrio e prestígio de valores caros ao processo civil: celeridade processual, segurança jurídica e justiça das decisões<sup>6</sup>.

Em suma, são três os modelos possíveis de recorribilidade das questões decididas no curso do processo<sup>7</sup>: i) negar a impugnação das decisões interlocutórias, reservando ao recurso contra a decisão final a acumulação da impugnação de todas as decisões anteriormente tomadas; ii) possibilitar a impugnação imediata e em separado de cada uma das decisões interlocutórias, possibilitando a revisão do decidido conforme o processo vai avançando; e uma solução intermediária, que consiste em iii) discriminar dentre as decisões interlocutórias aquelas que reclamam pronto exame daquelas que podem aguardar mais tempo, criando regras distintas de impugnabilidade.

mento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário” (...), colocando a preclusão enquanto elemento do formalismo, pois “a ameaça de preclusão constitui princípio fundamental da organização do processo, sem o qual nenhum procedimento teria fim” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 28/29 e 228).

- 5 Excepciona-se da preclusão para o juiz as questões de ordem pública. Há autores que defendem, ainda, não haver preclusão em questão probatória, em decorrência dos poderes instrutórios do juiz.
- 6 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das interlocutórias e reformas processuais: novos horizontes do agravo retido*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Nelson Nery Jr. (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. 1.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 8, p. 161-230.
- 7 Conforme BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 485.

A maior restrição à recorribilidade das interlocutórias pela legislação vem acompanhada do desejo de maior celeridade processual, reservando a impugnação dessas decisões quando da impugnação da sentença (apesar de, dessa forma, assumir o risco de, caso reformada a questão impugnada, gerar grande atraso na marcha do processo em caso de necessidade de repetição de atos praticados). Por outro lado, a ampla recorribilidade instantânea das interlocutórias prestigia a justiça da decisão, pois possibilita o pronto questionamento da decisão, com a possibilidade de sua correção imediata, se for o caso. Conjuntamente a isso, prestigia também a segurança jurídica, pois a recorribilidade instantânea das interlocutórias vem, em regra, acompanhado de um sistema rígido de preclusão, de maneira que não recorrida ou rejeitado o recurso, a questão torna-se, em regra, imutável e não pode ser reapreciada.

Essa é uma zona de permanente tensão, o que explica, ao menos em parte – sempre considerando que ambos os sistemas possuem vantagens e desvantagens<sup>8</sup> –, a razão de tanta modificação na recorribilidade das interlocutórias em nossa legislação. Ter em mente um panorama da evolução legislativa do tema, com os problemas enfrentados e as soluções ventiladas, ajuda sobremaneira a compreender de onde viemos e onde pretendemos chegar.

Para demonstrar essas indas e vindas, e levando em conta o objeto do presente texto, deixaremos de lado a origem portuguesa do agravo<sup>9</sup>, que remete ao século XIII e XIV, e olharemos a partir do Código de Processo Civil de 1939.

Na legislação processual de 1939, que adotou o modelo intermediário de impugnação das interlocu-

8 Sobre as vantagens e desvantagens, ensina José Carlos Barbosa Moreira: “Ambos os regimes têm suas vantagens e desvantagens. O primeiro [negar a possibilidade de impugnar em separado qualquer interlocutória] decerto evita as perturbações, delongas e despesas que a reiterada interposição de recursos, com o conseqüente processamento, geralmente acarreta para a marcha do feito; o segundo [tornar desde logo recorríveis as interlocutórias] abre margem a esse grave inconveniente, mas, em compensação, ensina a correção rápida de erros suscetíveis, em certos casos, de causar danos que já não poderiam ser reparados, ou que dificilmente o seriam, se se tivesse de aguardar o término no procedimento de primeiro grau para denunciá-los”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 485.

9 Para um aprofundamento na origem histórica do agravo, ver: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 481-189; e os por ele citados: BUZAID, Alfredo. *Do agravo de petição*. 2.ª ed. São Paulo, 1956, p. 34 e ss; LOBO DA COSTA, Moacyr. *Origem do agravo no auto do processo*, Rio de Janeiro, 1974, p. 23 e ss. Ver, também, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4.ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 25-102; SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das Interlocutórias e Sistema de Preclusões no Novo CPC*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 11, p. 22-66, 2015.

tórias, havia três modalidades de agravo: i) de instrumento, previsto para impugnar as decisões taxativamente listadas no art. 842<sup>10</sup>; ii) no auto do processo, para impugnar as decisões exaustivamente enumeradas pelo art. 851; e o iii) agravo de petição, previsto, a grosso modo, para impugnar as decisões terminativas<sup>11</sup>. As decisões que não se enquadrassem na tipologia acima, eram irrecuráveis, e há notícias de que contra elas não era rara a impetração de mandado de segurança e correição parcial.

Ciente dos problemas enfrentados, o anteprojeto do Código de 1973 (anteprojeto Buzaid) pretendia modificar o cenário anterior radicalmente, prevendo a possibilidade de interposição de agravo de instrumento em face de todas as decisões interlocutórias. Eis a justificativa do então Ministro de Estado da Justiça, Alfredo Buzaid, constante da Exposição de Motivos:

*“O outro ponto é o da irrecurbilidade, em separado, das interlocutórias. A aplicação deste princípio entre nós provou que os litigantes, impacientes de qualquer demora no julgamento do recurso, acabaram por engendrar esdrúxulas formas de impugnação. Podem ser lembradas, a título de exemplo, a correição parcial e o mandado de segurança. Não sendo possível modificar a natureza das coisas, o projeto preferiu admitir o agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias. É mais uma exceção. O projeto introduziu para ser fiel à realidade da prática nacional”<sup>12</sup>.*

Após o trâmite legislativo, o projeto aprovado e entrado em vigor acabou por prever, além do agravo de instrumento, o agravo no auto do processo (depois nomeado agravo retido). De todo modo, restou mantida a ampla recorribilidade em separado das decisões interlocutórias, prevendo a interposição de agravo (de instrumento ou no auto do processo, à escolha do recorrente) de todas as interlocutórias.

Essa escolha não pareceu solucionar todos os problemas, pois a interposição do agravo de instrumento, apesar de não suspender o curso do processo, continuava lenta e complexa, perante o juízo de primeiro grau, e parecia especialmente desajustada como remédio para as hipóteses de urgência. Além disso, não pôs fim à impetração de mandados de segurança como se pretendia, pois estes continuavam sendo

manejados buscando a suspensão da eficácia da decisão agravada<sup>13</sup>. Fato é que, após a radical mudança da forma de recorribilidade das interlocutórias pelo CPC/73, o agravo foi objeto de inúmeras reformas<sup>14</sup>.

A primeira (Lei nº 9.139/95) buscou corrigir o problema causado pela interposição perante o juízo de primeiro grau e a formação do instrumento pelo cartório, bem como o problema da enxurrada de mandados de segurança para atribuição de efeito suspensivo, prevendo a interposição do agravo de instrumento diretamente perante o Tribunal, com a formação do instrumento de responsabilidade da parte, bem como atribuiu poderes ao relator para a concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

A reforma parece ter sido positiva, contudo, trouxe consigo o aumento exponencial do número de agravos interpostos, congestionando os tribunais e fazendo iniciar clamor por nova reforma<sup>15</sup>. Parece que a partir de então, passou-se a ser buscar, principalmente, a limitação do número de agravo de instrumento interpostos, que pareciam atrapalhar o bom andamento das Cortes e faziam pensar sobre o acerto ou desacerto da escolha legislativa pela ampla recorribilidade em separado das interlocutórias<sup>16</sup>.

A segunda reforma veio em 2001, com a Lei nº 10.352/01, que ampliou o cabimento de agravo retido, tendência timidamente iniciada na reforma precedente, tornando obrigatória a interposição de

13 Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 487.

14 Como já ressaltado, pela limitação do objeto de estudo, não nos aprofundaremos em todas as minúcias das reformas, remetendo o leitor interessado a outros trabalhos, exemplificativamente: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 4. ed. São Paulo: RT, 2006.

15 Nesse sentido bradou João Batista Lopes: “Não se pode deixar de reconhecer que a alteração do regime do agravo de instrumento já representou um avanço, uma vez que o procedimento anteriormente adotado era notoriamente burocrático e ultrapassado. Entretanto, o aumento excessivo do número de agravos vem gerando, ao menos nas grandes capitais, verdadeiro estrangulamento nas pautas dos tribunais”. LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa? *Revista de Processo*, v. 105, p. 128-138, Jan-Mar/2002.

16 Nesse sentido: “Proposta mais razoável é a enumeração taxativa das hipóteses que comportariam o agravo, *ad instar* do que ocorria com o agravo no auto do processo do Código de 1939. Entretanto, a indicação, em *numerus clausus*, das decisões recorríveis poderia deixar de fora situações dignas de proteção não previstas pelo legislador. Daí por que se afigurar mais conveniente e adequado alterar o regime do agravo para se adotar, como regra geral, a forma retida e, nos casos de urgência, a interposição perante o órgão de segundo grau”. LOPES, João Batista. Efetividade do processo e reforma do Código de Processo Civil: como explicar o paradoxo processo moderno – Justiça morosa? *Revista de Processo*, v. 105, p. 128-138, Jan-Mar/2002.

10 Eram dezesseis as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento.

11 NORONHA, Carlos Silveira. *Do agravo de instrumento*. 3 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 45.

12 Capítulo IV, seção II, item 15 da Exposição de Motivos. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 10 abr. 2016.

agravo retido das decisões proferidas em audiência de instrução, bem como atribuindo ao relator o poder de converter o agravo de instrumento em retido (art. 527, II, CPC/73) quando o provimento jurisdicional não fosse urgente e não houvesse perigo de dano. Diferentemente da primeira reforma, essa não parece ter rendido bons frutos.

Prova disso é que logo em 2005 sobreveio nova reforma (Lei nº 11.187/05), com reforço da tentativa de limitar a interposição de agravo de instrumento, dessa vez tornando obrigatória a sua conversão em agravo retido pelo relator, “salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa” (art. 527, II, CPC/73). Além disso, acabou-se com a possibilidade de interposição de agravo interno da decisão de conversão<sup>17</sup>.

Essa foi a última adequação da sistemática da recorribilidade das interlocutórias no CPC/73. Mesmo com todas as alterações, não parece ter solucionado todos os problemas<sup>18</sup>, tanto que o Código de Processo Civil 2015, desde suas primeiras versões já visava a modificação do sistema de recorribilidade das interlocutórias, o que veio a se consagrar com a promulgação da Lei nº 13.105/15.

Passa-se, agora, à explanação do atual sistema, para, ao final, traçarmos alguns comentários críticos.

### 3. O sistema de recorribilidade de interlocutórias no CPC/15

O CPC/2015 manteve a opção de taxatividade das hipóteses recursais, elencando expressamente em seu art. 994 o cabimento dos seguintes recursos, quais sejam: 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.

É de se notar a não contemplação dos recursos de agravo retido, bem como dos embargos infringentes na novel legislação processual. O agravo retido, uma vez interposto e independentemente de preparo, era registrado nos autos e impedia a preclusão, vindo

a ser processado e julgado pelo tribunal caso não houvesse retratação imediata do juízo de primeiro grau e desde que a parte recorrida o reiterasse a fim de que o tribunal, quando do julgamento da apelação, dele conhecesse.

Cabe ainda ressaltar que apenas os atos judiciais que se constituem em sentenças, decisões interlocutórias e acórdãos estão sujeitos a recurso, excluídos os meros despachos. Portanto, todas as interlocutórias são passíveis de recurso, mas nem todas são recorríveis de imediato, tendo em vista que o cabimento do agravo de instrumento encontra-se disciplinado em *numerus clausus*, consignando a tipificação da matéria que estará disposta a recepcionar o recurso em tela.

Posto isto, observa-se que segundo o art. 1.015 do CPC/2015, em não estando emoldurada nas hipóteses legais<sup>19</sup>, o manejo recursal frente às interlocutórias deverá ser objeto de apelação, devendo o apelante ou apelado, portanto, em sede das razões ou contrarrazões da própria apelação, especificar o conteúdo do *decisum* interlocutório que quer seja enfrentado antes da análise do mérito da apelação interposta, a fim de que o Tribunal dele conheça primeiro, em conformidade com o que reza o art. 1.009 do CPC/2015.

O conteúdo do § 1.º do art. 1.009 do CPC/2015 foi elaborado para o Código de Processo Civil de 2015, mas com as ideias ainda no Código de Processo Civil de 1973. Restou modificada a estrutura de impugnação das decisões interlocutórias, dando ensejo a coexistência de interlocutórias agraváveis e não agraváveis. Desta forma, para o sistema do Código de Processo Civil de 2015, haverá decisões interlocutórias não agraváveis, mas ainda assim recorríveis, só que em momento diferido.

Com a extinção do agravo retido, a apelação passa a ser o recurso adequado para impugnar tudo o que restar decidido no curso da fase de conhecimento, desde que não cabível agravo de instrumento nos moldes do art. 1.015 CPC/15. A irrecorribilidade das decisões interlocutórias não se aplica às fases de liquidação e de cumprimento da sentença, tão pouco ao processo de execução de título extrajudicial. Nestas hipóteses, toda e qualquer decisão interlocutória é passível de agravo de instrumento. Também cabe agravo de instrumento em face de qualquer decisão interlocutória proferida em processo de inventário, em con-

17 Isso, contudo, não acabou com a impugnação dessa decisão de conversão, pois houve quem impetrasse mandado de segurança. Exemplificativamente, ver, no STJ, RMS 30269/RJ.

18 Para algumas das razões pelas quais a reforma pode não ter dado certo, ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das Interlocutórias e Sistema de Preclusões no Novo CPC*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 11, p. 22-66, 2015.

19 Hipóteses estas que são as previstas nos incisos do art. 1.015, bem como os “outros casos previstos em lei”, nos termos do inciso XIII, exemplificativamente: i) as decisões nos termos do art. 485 ou 487 que disserem respeito apenas a parcela do processo (art. 354 CPC/15), como por exemplo a decisão que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção (enunciado nº 154 FPPC); ii) a decisão que recebe a inicial de ação de improbidade administrativa (art. 17, § 10 da Lei nº 8.439/92).

formidade com o parágrafo único, do art. 1.015, do CPC/2015.

As inovações nos recursos de apelação e agravo de instrumento, bem como a supressão do agravo retido, refletem diretamente no sistema de recorribilidade das interlocutórias porque possibilitam a postergação da preclusão das questões decididas no curso do processo, só cabendo conforme o art. 1.015 do CPC/2015 o agravo de instrumento em face das hipóteses taxativas para a sua interposição. Das demais questões que não as taxativamente elencadas, nenhuma ação precisa ser praticada pela parte imediatamente, reservando para a apelação ou contrarrazões a eventual impugnação.

Assim, por exemplo, *i*) questões de incompetência relativa; *ii*) questões sobre a produção de provas, *iii*) questões anexas à petição inicial, como ato que determina o valor da causa, *iv*) ato que estabelece valores em sede de avaliação de bens na penhora, para fins de levantamento de garantia e cálculo de imposto de transmissão; *v*) a decisão do juiz que não homologa a celebração dos negócios jurídicos processuais, que não estão contempladas no rol taxativo do art. 1.015 CPC/2015, não são agraváveis. E, caso não impugnadas em preliminar de apelação ou nas contrarrazões, precluirão.

Em contrapartida, o art. 278 do CPC/2015<sup>20</sup> determina que a nulidade deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Quereria este dispositivo legal exigir o “protesto” imediato da decisão não agravável, para afastar a preclusão? Parece-nos que não. E isso porque a regra do art. 1.019 é especial em relação à regra geral do art. 278, e não exige qualquer forma específica ou ressalva para possibilitar a impugnação da questão (não impugnável por agravo de instrumento) em apelação ou contrarrazões, afastando expressa-

mente a ocorrência da preclusão<sup>21 22</sup>. Aliás, ressalte-se que a exigência de protesto chegou a constar, durante o processo legislativo, no substitutivo da Câmara dos Deputados<sup>23</sup>, mas foi retirado e a legislação aprovada sem tal exigência.

Assim, diante da nova sistemática processual o recurso de apelação não se prestará apenas para impugnar as questões decididas na sentença, mas também para impugnar todas as questões decididas durante a fase de conhecimento das quais não caiba agravo de instrumento (art. 1.009, § 1º, CPC/15).

Essa nova sistemática de recorribilidade das interlocutórias trouxe algumas mudanças no sistema de preclusões. Inicialmente, nota-se o diferimento do momento da preclusão de questões não agraváveis: antes precluía imediatamente caso não interposto agravo

21 Nesse sentido, Heitor Sica: “E nem se diga que a necessidade do “protesto anti-preclusivo” decorreria do art. 278, *caput*, pois se trata de norma geral, aplicável às nulidades não cognoscíveis de ofício, e que não sobrevive à norma especial do art. 1.009, par. ún., segundo a qual a eventual nulidade de uma decisão interlocutória não agravável pode ser atacada em apelação ou contrarrazões de apelação, independentemente de qualquer formalidade e com expressa ressalva quanto à inexistência de preclusão até então. O ataque a essas decisões interlocutórias irrecorríveis em sede de apelação ou contrarrazões é o comportamento previsto expressamente pelo sistema, de tal modo que não se podem considerar legítimas quaisquer expectativas do adversário de que esse poder não será exercido no momento oportuno. Não há expectativas legítimas *contra legem*”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das Interlocutórias e Sistema de Preclusões no Novo CPC. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 11, p. 22-66, 2015.

No mesmo sentido Teresa Wambier ao comentar o art. 278 CPC/15: “Estes vícios devem ser apontados justamente no recurso de apelação ou nas contrarrazões. Se não o forem, ter-se-á perdido a oportunidade de impugna-lo ocorrendo, assim, a preclusão”. E ao comentar o art. 1.009, “Não há mais essa preclusão, nem o agravo retido e nem há exigência de protesto, em lugar do agravo retido, como requisito para ser possível a devolução na apelação e nas contrarrazões”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) [et al.]. *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2016, p. 279 e 1.599.

22 Apesar de não falar em protesto, mas defendendo a necessidade de a parte suscitar imediatamente, na primeira oportunidade que falar nos autos, a invalidade de decisão interlocutória sob pena de preclusão, Didier e Cunha, in verbis: “proferida uma interlocutória não agravável que contenha algum vício, cabe à parte suscitá-lo na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de preclusão (art. 278 CPC). Se suscitar, poderá impugná-la na apelação. Se não suscitar, a matéria estará preclusa, não podendo constar da apelação”. DIDIER JR, Fredie. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 13. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 227.

23 O art. 1022, § 2º do Substitutivo (redação de 09.10.2013) exigia prévia apresentação de protesto específico contra a decisão no primeiro momento em que coubesse à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

20 Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no *caput* às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.

(de instrumento ou retido); na nova sistemática, apenas precluem caso não suscitadas em apelação ou contrarrazões. Não alterou a recorribilidade da decisão (continuam recorríveis todas as interlocutórias), mas alterou o momento da impugnação (antes imediatamente via agravo retido, agora em apelação ou contrarrazões) e, conseqüentemente, o momento da ocorrência da preclusão quando comparado com a interlocutória não agravada no sistema de 73<sup>24</sup>.

Também houve sutil alteração na preclusão para o juiz, ou seja, do seu poder de rever decisões proferidas. Essa modificação decorre do fim do agravo retido, que suprimiu do juiz a possibilidade de fazer uso do juízo de retratação, tornando mais forte o caráter preclusivo do sistema nesse particular. Manteve-se, de resto, o sistema anterior<sup>25</sup> e a regra geral de impossibilidade de o juiz rever livremente suas decisões<sup>26</sup>.

Conforme tratado anteriormente, da propositura da ação até a sentença são emitidos diversos pronunciamentos, denominados decisões interlocutórias, que não são apresentadas em bloco, como a sentença, mas que “se apresentam progressivamente e conforme as variantes do procedimento”<sup>27</sup>. Esta opção legislativa de restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias tem como escopo evidenciar a oralidade do procedimento comum, aproximando-se da regra da “*final decision*” do direito estadunidense (pela qual apenas a sentença final é apelável, nada obstante as várias exceções existentes), cuja proximidade com o processo civil romano clássico é notória.<sup>28</sup>

Não são raras as vezes em que os juízes exageram na compreensão da jurisdição como afirmação de direitos, proclamando que os provimentos que antecedem a sentença não conterão nem mesmo julgamento, porque se pressupõe que o juiz somente estará autorizado a julgar quando puder revelar a “vontade da lei”. Tudo o que fizer antes, não importa quão trágicas sejam as conseqüências e seu provimento, haverá de dizer respeito apenas ao processo, não ao *direito material* que, para a doutrina, ter-se-á conservado íntegro, ainda que, sob o ponto de vista *fático*, resulte inteiramente destruído.<sup>29</sup>

Entretanto, de acordo com o oportuno destaque, Araken de Assis<sup>30</sup> registra que a possibilidade de se recorrer de todas as decisões interlocutórias proferidas no curso do processo de conhecimento não se preocupa com a celeridade processual e “o agravo de instrumento realmente disseminou-se, qual praga incontrolável, contra todo e qualquer ato de primeiro grau”. Como essas, havia muitas outras críticas ao sistema de recorribilidade das interlocutórias no sistema do CPC/73, sempre calcadas em celeridade processual.

Parece ter CPC/15 abraçado essas críticas, passando a indicar quais são as decisões passíveis de agravo de instrumento, eliminando a preclusão imediata das decisões insuscetíveis de impugnação autônoma, que deverão ser suscitadas nas razões ou contrarrazões de apelação. Ao menos em teoria, parece ser um regime mais racional, mas só a prática revelará seus efeitos para conter a propensão das partes em impugnar todos os atos decisórios do primeiro grau<sup>31</sup> (no tópico final, faremos uma análise mais crítica do ponto, abordando experiências passadas e os riscos decorrentes da nova sistemática).

Em tomada hodierna voltada especificamente aos recursos no NCPC, Vinicius Lemos defende que o rol do art. 1.015 do CPC/2015 é taxativo e confere “maiores poderes” ao juízo singular na condução da instrução processual.<sup>32</sup>

24 Em sentido contrário, defendendo que não houve modificação no sistema de preclusão para as partes: “O sistema continua a ser conotado pela mesma carga preclusiva dirigida à atividade processual das partes – que estão sujeitas ao ônus de recorrer para evitar que uma sobre uma questão incidente recaia preclusão – apenas lhes conferindo um prazo de impugnação maior, conforme há tempos reconhece a doutrina que se dedicou ao estudo do sistema recursal dos Juizados Especiais” processual (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das Interlocutórias e Sistema de Preclusões no Novo CPC. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 11, p. 22-66, 2015).

25 Para um maior aprofundamento no sistema de preclusões, ver, especificamente, o capítulo 8, “preclusão sobre questões resolvidas no curso do processo”, de SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 180-265.

26 Em sendo a preclusão para o juiz ligada à preclusão para as partes (pois, em regra, se as partes não impugnam a decisão não possibilitam o juiz de retratação pelo magistrado), o juiz só pode rever questões já decididas quando se tratarem de questões sobre as quais o juiz possa decidir de ofício (como questões ligadas aos pressupostos processuais e sua regularidade formal, condições da ação, questões atinentes à matéria probatória – art. 337, § 5º CPC/15), ou nos casos em que a lei afaste, expressamente, a preclusão.

27 ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*, 6. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: RT, 2014, p. 502.

28 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. Mitidiero, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, v. II. São Paulo: RT, 2015, p. 527.

29 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia*, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 144.

30 WAMBIER, *op. cit.*, p. 509.

31 ASSIS, *op. cit.*, p. 510.

32 “Ao limitar o agravo de instrumento na fase de conhecimento, o momento mais importante do contraditório, em onze possibilidades que teriam mais urgência e impossibilidade de se esperar a apelação, deixou-se diversas possibilidades recursais de lado, atrelando-as para a sentença e, conseqüentemente, para a apelação. O rol taxativo limita as partes, concedendo poderes maiores ao juízo de primeiro grau que pode preferir decisões que durante a instrução processual não podem ser atacadas por recursos, naquele momento. Não vislumbro o agravo de instrumento como um mal intenso ao processo civil na prática do dia a dia dos tribunais para

Por outro lado, Leonardo Cunha e Fredie Didier Jr., defendem que a taxatividade imposta pelo legislador da CPC/2015 pode ser interpretada extensivamente como “*um rol de tipos de decisão agravável, a admitir a interpretação extensiva? Parece-nos que sim.*”<sup>33</sup>

Assim, ao que parece, a taxatividade do rol do cabimento do agravo de instrumento ou preclusão diferida de algumas matérias no curso no processo de conhecimento já traz inúmeras discussões e posicionamentos completamente divergentes [e.g., *i*) o rol do art. 1015, do CPC/2015 é realmente taxativo?; *ii*) o rol do art. 1015, do CPC/2015 pode ser interpretado extensivamente? e *iii*) cabe analogia para se interpretar o rol do art. 1015, do CPC/2015?; *iv*) é possível a utilização do Mandado de Segurança para se combater as decisões interlocutórias?].

Há, como acima dito, modificação de pequena monta sobre a preclusão referente à decisão interlocutória não agravável e também não houve grande alteração quanto às demais preclusões. A verdade é que o novo *codex* reduziu o tamanho da preclusão como técnica, principalmente pela eliminação do agravo retido.

A mitigação da aplicação da técnica preclusiva não significa que não haverá mais preclusões na fase instrutória, a tendência é a de que a instrução se prolongue, o que justifica que o juiz dirigirá o processo conforme as disposições do Novo CPC, incumbindo-lhe ao longo da instrução, dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade e certeza à tutela da pretensão e do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório (substancial) e a ampla defesa.

#### 4. Alguns apontamentos críticos

Pretendeu-se, nas linhas acima, explicar, ainda que sucintamente, como era a recorribilidade das

que a reforma da codificação lhe atacasse com tamanha ênfase. Acho que a manutenção do agravo nas questões de grave lesão ou difícil reparação não seria de todo mal, porém com a mudança realizada, as questões do processo que não estejam no rol taxativo imposto no artigo 1015, terão de esperar a formação da sentença para serem impugnáveis, o que somente na prática poderemos analisar como funcional ou não.” (LEMONS, Vinicius Silva, *Recursos e processos nos tribunais no novo CPC*, São Paulo, Editora Lexia, 2015, p. 176).

33 CUNHA, Leonardo Carneiro da. DIDIER JR, Fredie, *Apelação contra decisão interlocutória não agravável: a apelação do vencido e a apelação do subordinada do vencedor*, Revista de Processo 2015, março, Repró, 241. Revista dos Tribunais, p. 232.

interlocutórias nas legislações processuais anteriores e como ficou delineada no atual sistema recursal, buscando demonstrar os problemas enfrentados no passado e as medidas adotadas para sua solução para, por meio de um olhar em perspectiva, tentarmos tecer alguns comentários acerca do novo sistema adotado.

O modelo escolhido pelo legislador de 1939 foi um modelo intermediário de recorribilidade das interlocutórias, na medida em que previa a recorribilidade imediata por agravo de instrumento das decisões previstas em um rol legal, a recorribilidade por agravo no auto do processo (similar ao agravo retido do CPC/73) das decisões também previstas em rol, e a irrecorribilidade das demais decisões. Ao que a história nos mostra, os problemas enfrentados, à época, diziam respeito, prioritariamente, aos sucedâneos recursais utilizados para impugnar as interlocutórias irrecorribíveis, como o mandado de segurança e a correção parcial.

E foi esse cenário que o CPC/73 visou alterar: ao prever a ampla recorribilidade imediata e em separado das decisões interlocutórias, pretendeu acabar com o problema da impetração excessiva de mandados de segurança e das “esdrúxulas formas” para impugnação de decisões irrecorribíveis. Para isso, apostou na ampla recorribilidade das interlocutórias. Todas as interlocutórias passaram, então, a ser agraváveis por instrumento.

A legislação de 1973 passou por inúmeras mudanças visando ajustar o procedimento de interposição do agravo e, posteriormente, até seu cabimento foi reformado (quando restringiu as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento e ampliou o agravo retido). O que estava por detrás dessas mudanças, o tempo todo, era, além da busca por celeridade processual, a necessidade de lidar com a sobrecarga dos Tribunais diante do crescimento considerável do número de agravos, que proliferou sobremaneira após a simplificação do procedimento com a reforma de 1995<sup>34</sup>.

Contudo, fato é que as reformas não obtiveram o êxito esperado na redução de recursos<sup>35 36</sup>. E o

34 Tratando da multiplicação do número de agravos após a reforma recursal de 1995, ver CARMONA, Carlos Alberto. O sistema recursal brasileiro – breve análise crítica. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini. NERY JR, Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos*, v.3, São Paulo: RT, 2000, p.41.

35 Para possíveis causas de não se ter alcançado o sucesso desejado, ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das Interlocutórias e Sistema de Preclusões no Novo CPC*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 11, p. 22-66, 2015.

36 Para um panorama das reformas processuais, ver

problema da sobrecarga dos Tribunais apenas aumentou com o passar dos anos, atingindo patamares sem precedentes no mundo<sup>37</sup>. Nesse cenário é que nasceu o novo Código de Processo Civil, que trouxe em sua exposição de motivos o claro propósito de “resolver problemas” pela simplificação do sistema recursal. E, no tocante ao objeto do presente trabalho<sup>38</sup>, os problemas mais alarmantes eram, sem dúvidas, o excesso de agravos de instrumento e o tempo de duração dos processos. A concepção reinante, talvez fruto do senso comum, era de que a obstrução e morosidade do Judiciário estariam fortemente ligadas ao número de recursos interpostos durante o curso da ação<sup>39</sup> 40.

E para lidar com isso, como já visto acima, o CPC/15 trouxe, dentre outras mudanças e mais uma vez, a modificação do sistema de recorribilidade das interlocutórias, com o cabimento de agravo de instrumento apenas em hipóteses taxativamente previstas (art. 1.015 CPC/15) e o fim do agravo retido, deixando a impugnação das decisões não recorríveis por agravo para a apelação ou contrarrazões à apelação.

O ponto que se quer ressaltar aqui é: será que a atribuição da morosidade do Judiciário aos recursos

foi um diagnóstico correto? A modificação do sistema de recorribilidade das interlocutórias é medida adequada para tratar esse problema? Para verificar o acerto do diagnóstico e do tratamento é indispensável identificar os gargalos do processo. Pode mesmo a morosidade ser atribuída aos recursos?

A pesquisa “Análise da gestão e funcionamento dos Cartórios Judiciais”<sup>41</sup>, do CEBEPEJ e FGV e coordenada por Paulo Eduardo Alves da Silva, demonstrou que o que mais influencia o tempo total do processo em primeiro grau, e que pode ser ajustado<sup>42</sup>, é o chamado “tempo morto” em cartório, definido como o tempo em que não se praticam atos necessários à solução do litígio e que, portanto, poderiam ser eliminados.

Verificou-se que o tempo que o processo fica parado em cartório é grande em relação ao tempo total de processamento, girando entre 80% a 95% nos cartórios estudados. Dessa rotina no cartório, os tempos de “publicação” (de 51,4% a 69,3% - em média, de 25 a 50 dias entre o retorno na conclusão e a publicação<sup>43</sup>) e de “juntada” (7% a 38,8% do tempo total) são os mais relevantes. Verificou-se, também, que a utilização de recursos para reforma de decisões proferidas em primeira instância não foi muito frequente.

Isso nos demonstra que grande parte do tempo do processo em primeiro grau está ligada à rotina dos cartórios judiciais (e sua organização), e não necessariamente, como quiseram fazer parecer, à quantidade de recursos previstos e interpostos, bem como seu processamento. Segundo se depreende da pesquisa, a mera alteração nos procedimentos e prazos processuais sem a correspondente e necessária modernização dos sistemas de gestão dos cartórios judiciais trará pouco impacto sobre a duração do processo. Espera-se que a longo prazo a informatização e o processo digital deem resultados mais visíveis, pois atualmente a mudança não foi capaz de alterar o panorama nacionalmente<sup>44</sup>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da reforma. São Paulo, Malheiros, 2002.*

37 Apenas exemplificativamente, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2015, do CNJ: “Em 2014, a Justiça Estadual iniciou com um **estoque de 57,2 milhões de processos**. Mesmo com crescimento da produtividade dos magistrados (variação de 0,6% no IPM) e dos servidores (variação de 1,6% no IPS-Jud), estima-se que ao final de 2014 o estoque ainda cresça em 0,5%. Isso porque, mesmo com aumento de 2,6% no total de processos baixados, que atingiu cerca de 19,9 milhões de processos em 2014, não foi possível dar vazão equivalente à de processos ingressados, que foi de 20,1 milhões no último ano”. Além disso, observou-se o aumento do acervo processual “pois os casos pendentes (57,2 milhões) crescem continuamente desde 2009 e, atualmente, equivalem a quase o triplo dos casos novos (20,1 milhões) e dos processos baixados (19,9 milhões)”. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 15.abr.2016.

38 Restringe-se, aqui, o limite da análise pois, obviamente, haviam vários outros grandes e sérios problemas a serem tratados pelo novo código, como a questão da previsibilidade e coerência das decisões judiciais, objeto do sistema de precedentes.

39 Demonstração da ligação feita entre morosidade da justiça e a interposição de recursos é a recente “PEC dos Recursos” (PEC 209/12), proposta pelo então Presidente do STF, Min. Cezar Peluso, visando a antecipação do trânsito em julgado dos comandos judiciais para a decisão de segunda instância, em nada alterando o trânsito a admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

40 Exemplificativamente, matéria veiculada na Revista IstoÉ sobre o então projeto do novo CPC, onde se afirmava que “Esse festival de recursos faz com que processos fiquem, em muitos casos, por décadas apenas na primeira instância”, sugerindo que o novo CPC trabalharia nessa frente com a redução de recursos ([http://www.istoec.com.br/reportagens/51783\\_POR+UMA+JUSTICA+MAIS+AGIL](http://www.istoec.com.br/reportagens/51783_POR+UMA+JUSTICA+MAIS+AGIL)). Acesso em 15 abr. 2016).

41 Pesquisa realizada sob apoio e coordenação do Ministério da Justiça, por meio da Secretaria de Reforma do Judiciário (MJ/SRJ) e realizada por uma equipe interdisciplinar formada por professores e pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) e da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (EDES/FGV). 2007. Disponível em <http://www.cebepej.org.br/admin/arquivos/flcc3700cc65aa58b931ce098fc220b7.pdf>. Acesso em 15 abr. 2016.

42 Isso porque, claramente, há tempos que são necessários e não podem ser suprimidos. Há outros, como o tempo morto, que pode ser suprimido e, ainda, aqueles que, apesar de necessários, podem ser otimizados.

43 Verificou-se, ainda, que esse tempo não condiz com a baixa frequência de publicação de decisões nos processos, de 5,9 a 9,2 publicações por processo analisado.

44 Acerca da informatização, a pesquisa constatou que “em três dos quatro cartórios estudados, o sistema representou duplicação do serviço do registro de an-

Não se está aqui querendo dizer que a modificação da recorribilidade não surtirá nenhum efeito no tempo do processo, mas apenas que se deixou de lado, esquecida, uma relevante causa<sup>45</sup>. Aliás, a pesquisa demonstra que apesar de produzir grande impacto na morosidade do processo, o cartório é “invisível” enquanto ator do sistema de justiça<sup>46</sup>, sendo negligenciado nas reformas processuais.

À par disso, e olhando para o novo sistema de recorribilidade, percebe-se que se voltou, de alguma forma, para o sistema existente na legislação de 1939, com um rol taxativo de decisões agraváveis (Apenas a título de curiosidade: o rol de cabimento do agravo de instrumento em 1939 tinha dezessete hipóteses (art. 842), enquanto que o de 2015 prevê onze hipóteses).

E a história nos mostra que a limitação da recorribilidade por meio da taxatividade não impede, efetivamente, a impugnação da decisão. Não havendo recurso previsto, outras formas de impugnação serão encontradas, como a impetração de mandado de segurança, com efeito muitas vezes mais perverso do que o do recurso em si, pois possui prazo decadencial de 120 dias para a sua impetração (muito mais extenso que o prazo do agravo), tem possibilidade de sustentação oral, traz a exigência de intimação da autoridade coatora (juiz prolator da decisão atacada) e de citação pessoal da parte contrária enquanto litisconsorte necessário, prevê a oitiva do Ministério Público, além de possibilitar a interposição de recurso ordinário ao STJ em face de acórdão denegatório da segurança.

Corremos o risco, com o novo sistema, da proliferação de impetração de mandados de segurança em

damento dos processos. Por não saber operar ou por simplesmente não confiar no sistema informatizado, o cartório não abandona o tradicional registro feito nas fichas de cartolina” (fls. 45). Por ter sido concluída em 2007, a pesquisa não chega a abordar o processo eletrônico. Contudo, é sabido que o “processo eletrônico” não é propriamente eletrônico, mas na maioria das vezes ao invés de autos digitais temos autos digitalizados, que conserva muitas das rotinas do processo de papel.

45 No mesmo sentido, de que a morosidade estaria mais ligada à falta de estrutura física e material para dar conta do número de demandas do que ao sistema de recorribilidade: FRANCISCO, Gabriela Kazue Ferreira Eberhardt. *Recorribilidade excepcional das decisões interlocutórias e efetividade da tutela jurisdicional*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

46 Relata a pesquisa: “É provável que a influência dos cartórios da distribuição de justiça também não seja considerada pelo administrador da justiça e pela lei. Embora seja o responsável último pela organização dos cartórios judiciais, o Tribunal de Justiça é, para os funcionários dos cartórios estudados, uma entidade abstrata e distante. E quanto ao legislador, ele não considerou as rotinas de cartório ao disciplinar os procedimentos judiciais e, mais recentemente, ignorou o papel dos cartórios ao promover a reforma do Poder Judiciário” (fls. 29).

face das decisões não previstas no rol taxativo. Nesse ponto, precisas as palavras de Sica:

“Ou seja, é possível (e até provável) que acabe triunfado, pela via do mandado de segurança contra a decisão interlocutória irrecorrível, a mesma tese que o STJ acabou acolhendo quando examinava a legalidade da conversão do agravo de instrumento em retido, isto é, que não seria aceitável postergar para a fase de apelação o reexame de decisão com “efeitos imediatos e irreversíveis, sob pena de tornar a via recursal inócua” (AgRg nos EDcl no REsp 1115445/DF, 1ª Turma, j. 11/05/2010, rel. Min. Luiz Fux)<sup>47</sup>.”

É certo, porém, que quanto mais interlocutórias proferidas, mais teremos chance de serem interpostos recursos em face delas. Assim, a concentração de atividades processuais diminui a interposição de recursos. Ou, em outras palavras, quanto mais concentrado o procedimento, menos a recorribilidade das interlocutórias é um problema a ser enfrentado.

E nesse particular, parece ter o CPC/15 avançado, pois concentrou fortemente a postulação do réu na contestação, acabando com várias alegações que no sistema anterior deveriam ser feitas em separado. Agora, são necessariamente alegáveis em contestação a incorreção do valor da causa (art. 337, III), a impugnação ao benefício da justiça gratuita (art. 337, XIII), a incompetência relativa (art. 337, II), além da denunciação da lide e o chamamento ao processo (art. 131).

Consequência disso é uma decisão concentrada para sua apreciação, a decisão de saneamento e organização do processo, nos termos do art. 357 CPC/15. Portanto, concentrada a apreciação dessas questões em uma única decisão, evita-se o risco de interposição de múltiplos recursos durante a fase postulatória (o que, não raro, acontecia no CPC/73 quando da impugnação ao valor da causa e da justiça gratuita, por exemplo)<sup>48</sup>.

47 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Recorribilidade das Interlocutórias e Sistema de Preclusões no Novo CPC*. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 11, p. 22-66, 2015.

48 Nesse particular, interessante a crítica de Heitor Sica, no sentido de certa incoerência no sistema, pois das questões resolvidas na decisão de saneamento e organização, algumas são agraváveis e outras não. Daí que “Embora formalmente concentradas em uma única decisão, nem todas as matérias serão passíveis de recurso imediato; algumas ficarão à espera de eventual questionamento em apelação ou contrarrazões de apelação. Essa constatação expõe uma certa contradição do modelo procedimental e recursal construído pelo CPC de 2015. Entendo que, se o tribunal já terá de toda forma o trabalho de julgar um agravo de instrumento, seria mais lógico que já examinasse todas as demais questões resolvidas pela mesma decisão. Trata-se, contudo, de proposição de *lege ferenda*, que não encontra abrigo à

Por fim, outro ponto a ser notado é que o CPC/15, apesar de limitar a recorribilidade da interlocutória em primeiro grau, limitando o cabimento do agravo de instrumento, paradoxalmente ampliou, sem limites, a recorribilidade das interlocutórias proferidas pelo relator em segundo grau (art. 1.021 CPC/15). E aqui fica uma provocação: se a intenção era reduzir o número de recursos e a morosidade do processo, até que ponto o sistema adotado foi coerente?

A preclusão acelera a marcha processual, moldando os julgamentos, preservando a sequência válida e lógica os atos processuais. Representa limitação ao agir das partes no processo, impondo ordem e celeridade ao procedimento principalmente para se galgar com êxito a duração razoável do processo.

A técnica da preclusão é escolha política e pode definir sua aplicação em maior ou menor intensidade, tornando o processo mais ou menos célere, impondo uma maior ou menor rigidez na ordem entre as sucessivas atividades que o compõem, tudo dependendo dos valores a serem perseguidos prioritariamente pelo ordenamento processual de regência de uma determinada sociedade, em um dado estágio cultural.

Por fim, concluímos que as alterações incrementadas na *novel* legislação processual são, em linhas gerais, realmente positivas, não excluindo a preclusão do sistema mesmo porque a preclusão consolidou-se como relevante técnica processual processual, mas sim diminuindo os seus préstimos em questões pontuais oportunas como: a) a supressão do agravo retido, deixando de ser preclusivas as decisões interlocutórias de menor gravidade; b) a diminuição do tamanho da preclusão na fase instrutória.

luz do art. 1.009, §1º. (op. cit).

# O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

## Bernardo Morelli Bernardes

Advogado, sócio do escritório Ferro, Macedo & Morelli Advogados associados, Pós-graduação lato sensu, nível especialização em Direito Patrimonial Privado – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ; Pós-graduação lato sensu, nível especialização, LL.M em Direito: Empresarial da FGV DIREITO RIO.

### INTRODUÇÃO

Breves comentários acerca da responsabilidade patrimonial

A responsabilidade patrimonial é a base de sustentação do sistema jurisdicional executivo, atribuindo ao patrimônio do devedor (ou de terceiro responsável) a garantia do cumprimento das obrigações contraídas, na hipótese de não adimplidas espontaneamente. Seria, segundo destacada doutrina, “o estado de sujeição do patrimônio do devedor, ou de terceiros responsáveis (cf. art. 790 do CPC), à providências executivas voltadas à satisfação da prestação devida. Seria a sujeição potencial e genérica de seu patrimônio<sup>1</sup>.”

Para além da discussão entre as teorias dualista e unitarista sobre a distinção entre obrigação e responsabilidade, parte-se, para os objetivos do presente trabalho, da aceitação de que há duas situações jurídicas distintas - dívida e responsabilidade -, que nem sempre são titularizadas pelo mesmo sujeito, motivo pelo qual se pode observar como autônomas as figuras do devedor e do responsável.

A partir de tal constatação, identificam-se dois tipos de responsabilidades patrimonial: a primária e a secundária<sup>2</sup>.

No primeiro caso, os bens do próprio devedor obrigado é que suportarão a execução, conforme pre-

visão dos artigos 789 e 790, I, III e V, do Novo CPC<sup>3</sup>.

Já a responsabilidade patrimonial secundária é configurada quando o patrimônio de terceiro não obrigado é objeto da ação executiva estatal, à exemplo das situações previstas nos artigos 790, II e IV do NCPC, isto é, sobre o patrimônio do sócio ou do cônjuge.

Sabe-se que a regra é de que a sociedade responda com seu próprio patrimônio, dissociado e independente do de seus instituidores, pelas obrigações por ela contraída. Entretanto, há algumas exceções, que por sua natureza, confirmam a regra.

A primeira se refere à “sociedade em comum” (art. 986 do Código Civil), a quem o ordenamento estabelece um regime de responsabilização do patrimônio dos sócios, de forma solidária e ilimitada, pelas obrigações sociais (art. 990 do Código Civil).

A segunda exceção à regra de ser a sociedade a única responsável pelos débitos sociais são aquelas em que, por imposição legal, o patrimônio dos sócios responde pelas obrigações da organização, característica de alguns tipos societários, à exemplo das sociedades cooperativas (art. 1.095, §2º, do Código Civil); as so-

<sup>3</sup> Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;  
II - do sócio, nos termos da lei;  
III - do devedor, ainda que em poder de terceiros;  
IV - do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida;

V - alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;

VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores;

VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

<sup>1</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4, p. 321. *Apud* DIDIER JR., Fredie e outros. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 259

<sup>2</sup> LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de execução**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 95-96. *Apud* DIDIER JR., Fredie e outros. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5, p. 268

iedades simples; as sociedades em nome coletivo (art. 1.039 do Código Civil); as sociedades em comandita simples (art. 1.045, do Código Civil) dentre outras previsões, alheias ao objeto do presente.

A terceira e última exceção diz respeito à desconsideração da personalidade jurídica de sociedade que, embora regularmente constituída, apresente desvio de finalidade ou abuso, provocando o afastamento temporário do véu corporativo a fim de se atingir o patrimônio pessoal dos sócios, que se tornam responsáveis pessoais pelos débitos contraídos sob o manto da ilicitude. Esta é a que nos importa.

Nestas hipóteses, atribui-se responsabilidade direta e primária ao sócio, que, apesar de não ter contraído ele próprio a obrigação, responderá por esta e, sendo aceito o pedido de integralização, por meio do Incidente de Desconsideração Personalidade Jurídica, passará a ser devedor / executado na demanda executiva.

Michel Ferro e Silva, acertadamente, sobre a diferenciação entre a responsabilização dos sócios quando desconsiderada a personalidade jurídica e quando ocorrida em razão do art. 790, II, do NCPC, diz que “a grande diferença entre as duas hipóteses reside no fato de que a prevista no art. 592, II, do CPC [hoje, art. 790, II, do NCPC] é de responsabilidade patrimonial *secundária*, ou seja, o patrimônio do sócio somente será atingido caso inexistam bens que componham o patrimônio da sociedade, sendo-lhe lícito invocar o benefício de ordem assegurado no art. 596, do CPC [atual art. art. 795, §1º, do NCPC].<sup>4</sup>”

A responsabilização dos sócios por obrigações contraídas pela empresa, portanto, na hipótese da desconsideração da personalidade jurídica, em nada se relaciona ao inciso II do art. 790 do CPC, uma vez que a *disregard* somente será aplicada nos casos de abuso ou desvio de finalidade da personalidade jurídica, tal qual punição pelo ato ilícito. É, portanto, caso de responsabilidade patrimonial primária.

Por esta razão, inaplicáveis, nos casos em que reconhecido o ilícito e decretada a desconsideração da personalidade jurídica, o benefício de ordem previsto pelo art. 795, §1º, do CPC.

Para precisa delimitação das diferenças entre os casos em que a própria lei atribui a responsabilidade dos sócios – como o é o art. 795, II, CPC –, e as hipóteses de aplicação da *Disregard Doctrine*, Humberto

Theodoro Jr.:

“Na verdade, não se pode falar em desconsideração da personalidade jurídica, quando pela lei existe uma previsão expressa de responsabilidade do sócio. Em tal caso, a obrigação é originalmente do sócio, mesmo que tenha praticado o ato na gestão social. A teoria da *disregard* não foi concebida visando a esse tipo de responsabilidade solidária ou direta, mas para aqueles casos em que a pessoa jurídica se apresenta como um obstáculo a ocultar os verdadeiros sujeitos do ato fraudulentamente praticado em nome da sociedade, mas em proveito pessoal do sócio. Se o sócio ou controlador, pelos atos de gestão, se apresentam, por regra legal, como responsáveis pelo prejuízo acarretado à pessoa jurídica ou a terceiros, não há lugar para desconsideração alguma. Justamente por se considerar a personalidade da sociedade é que ela poderá cobrar a indenização do prejuízo que lhe causou o mau administrador. (...) Para se cogitar da desconsideração é preciso que o sócio não possa ser alcançado senão “afastando-se o véu” da personalidade jurídica. O negócio tem de ser camuflado de tal modo que não se chegue ordinariamente à responsabilidade do sócio.<sup>5</sup>”

Sobre a *Disregard Doctrine*, suas hipóteses de reconhecimento e decretação e o novo procedimento para isso estabelecido pelo Novo Código de Processo Civil tratar-se-á nas próximas linhas.

## A CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A *DISREGARD DOCTRINE*

### Personalidade jurídica e finalidade

Apoiando-nos na extensa pesquisa de Suzy Koury<sup>6</sup>, autora de uma das principais obras sobre o assunto, pode-se dividir as posições doutrinária acerca da natureza das pessoas jurídicas em dois grandes grupos: i) os que as consideram como entes reais, as quais o ordenamento jurídico tão somente reconhece a personalidade e ii) outro que defende serem as pessoas jurídicas uma construção do sistema jurídico elaboradas com vistas à consecução de objetivos práticos.

Em que pese nem mesmo dentro dos grupos organizados pela autora haver unicidade de pensamentos – o que não nos cabe analisar, sob pena de

5 THEODORO Jr., Humberto. **Partes e terceiros na execução**. O processo civil no liminar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 266.

6 KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica: Disregard Doctrine e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 17.

4 SILVA, Michel Ferro e. O Projeto do Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BASTOS, Antônio Adonias. **Execução e Cautelar**: Salvador, Jus Podivm, 2012, p. 415.

desvio do objetivo do presente -, deixando de lado as justificações para a criação (ou legitimação), ambas as teorias convergem no momento em que percebem ser a finalidade da pessoa jurídica a mesma, isto é, a viabilização de objetivos práticos, limitando, por sua criação, a responsabilidade de seus criadores e conferindo à nova pessoa autonomia patrimonial.

Nesse sentido, a pessoa jurídica passa a ter personalidade distinta de seus criadores (sócios), desprezando-se destes e assumindo compromissos e obrigações em seu nome próprio, garantindo-os com seu próprio patrimônio e passando a ser titular de direitos também próprios.

O mais moderno entendimento acerca dos objetivos da personalização jurídica da empresa – restringir-se-á o estudo às sociedades empresariais -, consideram que não só a criação da pessoa jurídica deve visar aos objetivos lícitos, como também sua operacionalização e atividade no tempo deve sempre observar os limites legais, não se admitindo sua utilização para fins diversos dos previstos pela legislação.

Neste ponto, preciosas são as lições de Fabio Konder Comparato, para quem todo e qualquer instituto jurídico desempenha uma função. Para o doutrinador, a função é a “atuação própria de alguém ou de algo num sistema, isto é, num conjunto coordenado de partes em relação a um fim ou objetivo.”<sup>7</sup>

Depreende-se, portanto, que a função de um instituto é atingir determinado objetivo em consonância com o ordenamento, utilizando-se, para isso, de uma forma também compatível com ele.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr.:

*“A chamada função social da pessoa jurídica (função social da empresa) é corolário da função social da propriedade. Se assim é, o caráter de instrumentalidade implica o condicionamento do instituto ao pressuposto do atingimento do fim jurídico a que se destina. Qualquer desvio ou abuso deve dar margem para a aplicação da sanção contida na desconsideração da personalidade jurídica, segundo a doutrina brasileira.”<sup>8</sup>*

Em relação à pessoa jurídica, em suma, tem-se que sua função é o apartamento de seu centro de interesses do de seus criadores, adquirindo autonomia necessária ao desenvolvimento das atividades econô-

micas e sociais a que se propõe, limitando as responsabilidades e obrigações dos agentes que lhe deram origem.

Como exceção que confirma a regra, há situações em que se observa o desvio da função da personalidade jurídica, utilizada para o atingimento de objetivos contrários à finalidade do instituto. Tullio Ascarelli<sup>9</sup> observa que a existência de uma sociedade não pode servir para alcançar um escopo ilícito; a existência de uma sociedade não pode servir para burlar as normas e as obrigações que dizem respeito aos seus sócios; a existência de uma coligação de sociedades não pode servir para burlar normas e as obrigações que dizem respeito a uma das sociedades coligadas.

Suzy Koury, em já clássica definição:

*“Não obstante, todas as considerações aqui desenvolvidas sugerem-nos, salvo melhor análise, a aceitação do ponto de vista de que a Disregard Doctrine consiste em subestimar os efeitos da personificação jurídica, em casos concretos, mas, ao mesmo tempo, penetrar em sua estrutura formal, verificando-lhe o substrato, a fim de impedir que, delas se utilizado, simulações e fraudes alcancem suas finalidades, como também para solucionar todos os outros casos em que o respeito à forma societária levaria a soluções contrárias à sua função e aos princípios consagrados pelo ordenamento jurídico.”<sup>10</sup>*

Há, nestes casos, em razão do desvio de finalidade da pessoa jurídica, caracterização de utilização indireta das sociedades, isto é, a utilização da forma (pessoa jurídica) para o atingimento de fins que não são aqueles fins típicos previstos pelo legislador.

Na prática, utiliza-se de uma das principais características da pessoa jurídica - que é a distinção entre o patrimônio da empresa e dos seus sócios, e o aproveitamento dos esforços conjuntos -, para a obtenção de fins atípicos, ilegais e egoísticos, na contração da previsão legislativa para o instrumento.

Alardeados com tal desvio de função da personalidade jurídica, doutrina e jurisprudência passaram a desenvolver mecanismos para evitá-lo ou reprimi-lo, caminhando em direção às teorias de desconsideração da personalidade jurídica, sendo reconhecido ao direito norte americano o papel de pioneiro na aplica-

7 COMPARATO, Fabio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 283.

8 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1., 17a Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 517.

9 ASCARELLI, Tullio. **Questões a respeito das sociedades coligadas**. *Apud* KOURY, op. cit. p. 82.

10 KOURY, op. cit., p. 85

ção de tal instituto<sup>11</sup>.

### A Disregard Doctrine

Conhecido por diferentes expressões como *lifting (to lift) the corporate veil*, *piercing the corporate veil* e *cracking open the corporate shell*, no já citado vanguardista direito americano (e inglês) e em nosso ordenamento como desconsideração da pessoa (ou personalidade) jurídica, bem como a já popularizada *Disregard Doctrine*, todas guardam no afastamento (ainda que provisório) da proteção conferida pela personalidade jurídica seu ponto comum, atingindo-se diretamente seus sócios, partindo-se sempre do pressuposto de desvio de finalidade do instituto da personalidade jurídica das sociedades.

Rubens Requião, pioneiro sobre o tema, aduz que:

*“Se a personalidade jurídica constitui uma criação da lei, como concessão do Estado à realização de um fim, nada mais procedente do que se reconhecer no Estado, através de sua justiça, a faculdade de verificar se o direito concedido está sendo adequadamente usado. A personalidade jurídica passa a ser considerada doutrinariamente um direito relativo, permitindo ao juiz penetrar no véu da personalidade para coibir os abusos ou condenar a fraude através de seu uso<sup>12</sup>.”*

Não é demais lembrar que a desconsideração da personalidade jurídica é episódica. Não se busca, de pleno, a invalidade da sociedade, mas sim, a ineficácia da autonomia processual para um caso determinado e específico<sup>13</sup>.

No direito pátrio, há diversas hipóteses positivas, de direito material, que preveem situações em que será a personalidade jurídica desconsiderada em razão de abuso ou desvio de finalidade.

O principal deles é o art. 50 do Código Civil de 2002, que, por sua importância, merece a transcrição:

*“Art. 50. Em caso de abuso da personali-*

11 Reporta-se, como traz KOURY, que o primeiro caso de desconsideração da personalidade jurídica de uma corporação ocorrera em 1809, no caso *Bank of United States v. Deveaux*. Op. cit. p. 67

12 REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)**. Revsta dos Tribunais. São Paulo:RT, 1969, n.410, p. 15.

13 Cf. BRUSCHI, Gilberto. **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 33;

*dade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”*

Este dispositivo é a regra geral de aplicação da teoria da desconsideração, desde que não haja previsão legislativa específica.

Trazendo à baila, ainda que muito brevemente, a conhecida doutrina que separa a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em maior e menor, cabe-nos demonstrar a escolha da teoria maior como a regra, consubstanciada no referido dispositivo legal, não obstante outras previsões, à exemplo do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor<sup>14</sup>; o art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional<sup>15</sup>; o art. 34 da Lei Antitruste (Lei 12.529/2011)<sup>16</sup> e o art. 14 da Lei 12.846/2013<sup>17</sup>.

A teoria maior da desconsideração exige, como já dito, a ocorrência de utilização abusiva ou fraudulenta da personalidade jurídica como pressuposto

14 Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

15 “Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária”

16 “Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

17 Art. 14. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa.

de sua aplicação. Em contraponto, a teoria menor é aplicada a partir da percepção de que o patrimônio da sociedade não será suficiente para a garantia das obrigações por ela contraída, autorizando, então, a invasão ao patrimônio do sócio.

Perceba-se que para a teoria menor, é prescindível a constatação da ocorrência de qualquer conduta abusiva ou fraudulenta dos sócios, bastando que se perceba que o patrimônio social não bastará ao adimplemento das obrigações. Busca-se, portanto, dividir os riscos empresariais entre seus sócios.

Privilegiando um ambiente de maior segurança jurídica e de desenvolvimento das relações sociais e econômicas, o ordenamento nacional relegou à teoria menor, papel de aplicação reduzida, restrita a situações em que o respeito à personalidade jurídica é afastado em exame de ponderação com direitos de maior carga valorativa.

São os casos da aplicação da teoria menor no Direito do Consumidor (art. 28, §5º, do CDC<sup>18</sup>) e no Direito Ambiental (Lei 9.605/98 – art. 4º<sup>19</sup>), os quais são os principais - posto que não únicos -, exemplos positivados de utilização da teoria menor.

Percebe-se que tais dispositivos não exigem o desvio ou abuso de finalidade da personalidade jurídica como requisito para sua desconsideração, bastando a impossibilidade ou dificuldade de adimplemento da obrigação pela empresa.

Em relação a entendimento jurisprudencial, não se pode deixar de falar da aplicação da teoria menor no âmbito da Justiça do Trabalho, para quem o caráter alimentar das verbas laborais, aliados a distribuição de riscos ao empregador, justificam a desnecessidade de se investigar o mau uso da personalidade jurídica para que seja esta desconsiderada<sup>20</sup>.

18 “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

19 “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

20 À exemplo: “RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. POSSIBILIDADE DIANTE DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. Na esfera trabalhista, entende-se que os bens particulares dos sócios das empresas executadas devem responder pela satisfação dos débitos trabalhistas. Trata-se da aplicação do disposto no artigo 592, II, do CPC, e da

Ainda que as teorias adotadas por diplomas diversos possam variar entre si para o afastamento temporário e pontual da personalidade jurídica, e ainda que tal afastamento provoque modificação no polo passivo da relação obrigacional, alterando-o ou ampliando-o<sup>21</sup> a reponsabilidade patrimonial no plano processual, até o advento da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que trouxe a nós o Novo Código de Processo Civil, não havia qualquer regramento acerca do procedimento a se seguir na hipótese de se reconhecer a incidência de uma das hipóteses de afastamento temporário da personalidade jurídica.

O que se via era sempre a decretação da desconsideração da pessoa jurídica quando observadas as hipóteses de direito material (como as já listadas), ou mesmo quando assim entendia o magistrado, partindo-se, então, ao ataque direto ao patrimônio dos sócios da empresa desconsiderada, sem que houvesse previsibilidade no procedimento a ser seguido.

Sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, na hipótese da pessoa afetada pela desconsideração não concordar com as premissas que levaram a cabo o levantamento do véu corporativo, deveria esta mover ação própria, a fim de demonstrar suas razões, sempre partindo de uma situação desfavorável a que se chegou sem oportunizar o direito de defesa ampla.

O que fez o Novo Código de Processo Civil foi sistematizar, sob a forma de um incidente específico, aninhado entre as hipóteses de intervenções de terceiro, o procedimento formal a ser respeitado caso sejam observadas as hipóteses materiais autorizadoras da desconsideração, sendo norteados pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

teoria da desconsideração da personalidade jurídica, esta derivada diretamente do -caput- do art. 2º da CLT (empregador como ente empresarial ao invés de pessoa) e do princípio justrabalhista especial da despersonalização da figura jurídica do empregador. Está claro, portanto, que, não obstante a pessoa jurídica se distinga de seus membros, admite a ordem jurídica, em certos casos, a responsabilização do sócio pelas dívidas societárias. Assim, se é permitido que, na fase de execução, possa o sócio ser incluído na lide para fins de responsabilização pela dívida apurada, com muito mais razão deve-se aceitar sua presença na lide desde a fase de conhecimento, em que poderá se valer mais amplamente do direito ao contraditório. Contudo, o sócio não responde solidariamente pelas dívidas sociais trabalhistas, mas em caráter subsidiário, dependendo sua execução da frustração do procedimento executório perfilado contra a sociedade, na forma do -caput- do art. 596 do CPC.” RR - 125640-94.2007.5.05.0004 Data de Julgamento: 30/03/2011, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19/04/2011.

21 Aqui, faz-se referência à teoria de Marçal Justen Filho, melhor trabalhada alhures.

## O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INAUGURADO PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### Aspectos Gerais

Ainda que a teoria da *Disregard Doctrine*, já citada, venha sendo desenvolvida há tempos por nossa doutrina e jurisprudência, a falta do regramento procedimental para sua aplicação na prática, acabava por resultar em sua não efetivação ou mesmo em sua errônea utilização.

A fim de estabelecer o marco disciplinador da aplicação da teoria na prática processual, a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, trouxe, em seus artigos 133 a 137, o novel instituto do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica – IDPJ, que será detalhadamente estudado nas linhas a seguir.

A análise topográfica mostra que o IDPJ, como será chamado por vezes neste trabalho, foi incluído como uma nova modalidade de intervenção de terceiros, no Capítulo IV, do Título III – Da Intervenção de Terceiros -, o que indica a “opção pela sujeição patrimonial do sócio apenas após a sua integração à relação processual, sendo-lhe assegurado o efetivo poder de influência na prestação jurisdicional”<sup>22</sup>.

A localização do Incidente demonstra a preocupação do legislador em assegurar o sócio (ou a empresa, no caso de desconsideração inversa) como terceiro em relação ao processo que somente será integralizado ao mesmo após a citação, tendo início a fase de manifestação e produção de provas para, então, haver decisão do juiz, que, sendo a favor da desconsideração, autorizaria a invasão ao patrimônio particular do sócio.

A instauração do incidente pode se dar em qualquer das fases do processo, seja durante o processo de conhecimento, de cumprimento de sentença ou de execução (art. 134)<sup>23</sup>, sendo provocado pelo requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo (art. 133)<sup>24</sup>. Em que

22 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. e FONSECA, Maria Silva. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica do Novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER Jr., Fredie. **Coleção Novo CPC, Doutrina Seleccionada**, v. 1: Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 955.

23 Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

24 “Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.”

pese não haver previsão expressa, entende-se que é dispensável a participação do MP quando não seja hipótese de intervenção obrigatória<sup>25</sup>.

Não é permitida, porém, a instauração por iniciativa do magistrado. Neste ponto, a crítica de Michel Ferro e Silva, para quem:

“Melhor seria que o legislador também tivesse permitido a instauração por iniciativa do magistrado, na qualidade de reitor do processo, e a fim de assegurar a efetividade de sua decisão judicial, notadamente naquelas hipóteses que envolvam relações de consumo”<sup>26</sup>.

Ainda em relação às partes, a legitimidade passiva merece alguma atenção. O art. 135 diz que “o sócio ou a pessoa jurídica será citado para [...]”. Não nos resta dúvida, portanto, que a pessoa, seja ela física ou jurídica, que terá sua esfera de direitos potencialmente afetada pela desconsideração (normal ou reversa) é que será citada para integralizar o polo passivo do incidente.

Entretanto, como fica a situação da empresa ou do sócio contra quem originalmente foi movida a ação executiva? Será substituído pelo sócio ou sociedade atingidos pela desconsideração? A eles se juntará, formando verdadeiro litisconsórcio passivo, da instauração do Incidente em diante?

A nosso ver, a aplicação da *Disregard*, configurada por qualquer das razões de direito material que seja, somente provoca uma mutação aditiva no polo passivo da ação, isto é, acrescentando à empresa ré a figura do sócio, que será responsável solidário pela obrigação contraída pela companhia, em abuso ou desvio de finalidade, abrindo-se caminho para a invasão de seu patrimônio.

Entretanto, para que se analise a questão com maior profundidade, há que se considerar a visão tripartite dos graus de desconsideração, de Marçal Justen Filho<sup>27</sup>, transpondo-a ao plano processual.

O autor olha para o fenômeno da desconsideração por meio de três diferentes graus, dividindo-a em mínima, média e máxima, conforme o grau de abuso

25 “É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 129.” Enunciado N. 123 do III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, realizado nos dias 25 a 27 de abril de 2014, no Rio de Janeiro.

26 SILVA, Michel Ferro e. Op. cit. p. 13.

27 JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1987, p. 61.

da personalidade, o que provocará efeitos processuais diferentes.

Na primeira hipótese, de nível mínimo, o que ocorre, em verdade, é a responsabilização subsidiária dos sócios por débitos da sociedade, prescindindo de atos abusivos pessoalmente imputáveis, pois que fundamentada na insuficiência patrimonial da pessoa jurídica, razão pela qual à empresa somam-se os sócios no polo passivo. A teoria menor da desconsideração, já trabalhada, é que se assemelha a esta.

Já os graus médio e máximo, referem-se à teoria maior da desconsideração, na qual há a abusividade na conduta do sócio.

Na primeira, de grau médio, há a ampliação da sujeição passiva, com a inclusão do sócio como responsável solidário, ao lado da sociedade, vez que a desconsideração, nesta hipótese, é justificada pela confusão entre os interesses a pessoa jurídica e a física.

Por fim, no grau máximo, tendo em vista a utilização fraudulenta da personalidade jurídica, desvia-se a pretensão executiva da sociedade, buscando-se atingir tão somente o patrimônio do sócio que agiu egoisticamente, recaindo a responsabilidade inteiramente sobre ele, sendo excluída a empresa, que é substituída pelo sócio no polo passivo.

Portanto, de acordo com tal entendimento doutrinário, conclui-se que a mutação do polo passivo, após a resolução de IDPJ, dependerá do direito material que fundamentou o pedido de desconsideração, podendo ocorrer tanto a ampliação – hipótese considerada quando se observar a ocorrência de situações fáticas de grau mínimo, havendo responsabilidade subsidiária, e média, em que haverá responsabilidade solidária -, quanto a substituição, nas hipóteses em que se observar a desconsideração máxima, que provocará a exclusão da empresa ou sócio originalmente obrigado e a inclusão do sócio ou da empresa a quem se julgou a titularidade do ato de abuso.

Há, entretanto, autores que defendam que a empresa jamais perderia a legitimidade passiva, não interessando o grau de abuso na utilização da personalidade jurídica.

Já tendo sido nosso posicionamento adiantado pela adição do sócio (ou empresa) ao polo passivo a partir da decretação da desconsideração da personalidade jurídica ao ser reconhecida a ocorrência das hipóteses que a embasam, tem-se por privilegiada a efetividade do processo e a maior chance de satisfação do direito postulado.

A manutenção da empresa como ré, mesmo que observados atos isolados de seu sócio ou administrador, é mais uma forma de se garantir a satisfação executiva, relegando a uma eventual ação própria a

responsabilização do sócio ou administrador perante a própria empresa.

Não obstante, o alargamento do polo passivo com a inclusão do sócio não implicaria em ameaça à celeridade processual, uma vez que à empresa desconsiderada não seria reconhecida legitimidade recursal da decisão que decretar a desconsideração, dentro do IDPJ, uma vez que ausente interesse. Não se pode esquecer que a empresa – ré originária -, não participa efetivamente do Incidente, sendo somente intimada da decisão que suspende o processo principal até que se resolva o incidental. É, sim, parte no processo original, e, como tal, parte na fase executiva<sup>28</sup>.

Ao formular o pedido de instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica ao juiz de primeiro grau ou ao relator, no Tribunal, o requerente deverá, desde logo, trazer a fundamentação de seu pedido, indicando, de forma clara, a ocorrência de quaisquer das situações de direito material que autorizariam a desconsideração da pessoa jurídica, nos termos do §4º, do art. 134.<sup>29</sup>

Nos termos do art. 134 e parágrafos, instaurado o Incidente, o distribuidor será imediatamente comunicado, para que proceda às anotações cabíveis<sup>30</sup>, suspendendo-se o processo principal<sup>31</sup>.

Cabe destacar a possibilidade de haver a concessão de tutela provisória baseada na urgência (art. 300), caso haja motivos que levem a crer ser prejudicada a satisfação futura do direito a ser reconhecido pelo IDPJ, sendo consubstanciada, por exemplo, na hipótese em que se percebe estar sendo esvaziado o patrimônio da empresa.

Na hipótese do pedido de desconsideração ser formulado na inicial, cabe a ressalva de não haver suspensão do processo, nos termos do art. 134, §2º e §3º. Em verdade, na hipótese em que a desconsideração da personalidade for requerida juntamente com a exordial, não haverá, de fato, a necessidade da instauração do IDPJ, pois que a figura melhor se amolda a um litisconsórcio<sup>32</sup>, ainda que formulado à título sucessivo,

28 Em sentido contrário ao defendido, há decisão do STJ (REsp n. 1.421.464-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. Em 24.04.2015).

29 “§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.”

30 § 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

31 § 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

32 “Há litisconsórcio passivo facultativo quando requerida a desconsideração da personalidade jurídica, juntamente com outro pedido formulado na petição inicial

alternativo ou eventual, permitindo ao sócio, incluído desde o princípio como parte, o direito de defesa amplo, não só no âmbito do pedido de desconsideração como na própria matéria de fato alegada pelo autor.

Nesse sentido, é o Enunciado N. 248 do FPPC, que diz que: “Quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, incumbe ao sócio ou à pessoa jurídica, na contestação, impugnar não somente a própria desconsideração, mas também os demais pontos da causa.”

Em relação à formação do litisconsórcio, é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, para quem:

*“Já se vê, portanto, que nem o litisconsórcio eventual, nem o alternativo, repugnam à nossa ordem jurídico-processual. Por mais de um caminho, chega-se à conclusão que é lícito ampliar a potencialidade do processo, para a tutela jurisdicional mais rápida, econômica e coerente de cômulo dessa espécie.”*<sup>33</sup>

Fredie Didier Jr., também no mesmo sentido:

*“[...] O litisconsórcio eventual, aplicado à hipótese em comento, permite atacar o patrimônio pessoal dos sócios, apenas e tão somente, se for impossível liquidar o débito por intermédio do capital social da pessoa jurídica. Ora, na medida em que se poderá desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade empresária – e, conseqüentemente, se instaurando a busca no patrimônio dos seus sócios de bens para a satisfação da obrigação –, nada mais razoável, assim, que sejam citados, ab ovo, os sócios ou outra sociedade do mesmo grupo, já que com a desconsideração, poderão ser tomadas medidas que acarretem a excussão dos seus patrimônios para a satisfação das pretensões de direito material postas em juízo.”*<sup>34</sup>

Assim, incluído desde o início o sócio como parte – e não terceiro, portanto –, caberá ao autor trazer aos autos os fundamentos e provas que justifiquem a responsabilização do sócio por débitos da sociedade, e, caso convencido o juiz, após a defesa ampla do réu e desenvolvida a fase de conhecimento, passará a ser o sócio incluído na condenação, junto da sociedade, permitindo-se, com isso, o acesso ao seu patrimônio. Não se tratará de hipótese de aplicação do IDPJ,

ou incidentalmente no processo em curso.” Enunciado N. 125 do FPPC.

<sup>33</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 393.

<sup>34</sup> DIDIER Jr., Fredie. *Regras Processuais no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 12

portanto.

## Procedimento

O regramento do procedimento a ser seguido no Incidente de Desconsideração aduz que, após o pedido de instauração do IDPJ, o sócio (ou a empresa, no caso do art. 133, §2º), será citado pessoalmente, conforme exige o art. 242<sup>35</sup>, para se manifestar e requerer a produção das provas que entender cabíveis no prazo de quinze dias<sup>36</sup>.

O ato de citação adquire especial relevância não só por ser o momento de integralização do terceiro como parte, mas também por ser o marco a partir do qual, procedente a desconsideração, considera-se fraude à execução a alienação ou oneração de bens do patrimônio do sócio ou da própria empresa, sendo o ato ineficaz em relação ao autor da ação (art. 137, do CPC<sup>37</sup>).

A configuração da fraude à execução permitirá a invasão ao patrimônio de terceiro adquirente dos bens do sócio ou da sociedade a qual foi desconsiderada, desde que o ato de oneração ou alienação tiver ocorrido após a citação do sócio ou da empresa, no seio do IDPJ, nos termos do art. 792, §3º, do CPC, que diz:

*Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:*

*[...]*

*§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar. (destacamos)*

A interpretação da parte final do transcrito no parágrafo terceiro merece especial atenção em razão de sua redação defeituosa, uma vez que da leitura mais simples, depreende-se que o marco para a configuração da fraude será a citação da empresa a qual a personalidade pretende ser desconsiderada, o que não é verdadeiro.

Admitir que o marco a partir do qual qualquer alienação ou oneração seja considerada em fraude seja

<sup>35</sup> “Art. 242. A citação será pessoal, podendo, no entanto, ser feita na pessoa do representante legal ou do procurador do réu, do executado ou do interessado”.

<sup>36</sup> “Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

<sup>37</sup> Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

a citação da personalidade (física ou jurídica) que se pretende desconstituir, é admitir que a esfera de direitos de um terceiro, como um sócio, seja afetada antes mesmo de sua integralização aos autos e consequente possibilidade de defesa, direção absolutamente oposta ao espírito do Novo Código de Processo Civil e mesmo aos princípios constitucionais aplicáveis ao processo.

A citação a qual o artigo faz referência deve ser aquela do art. 135, do CPC, ou seja, do sócio ou da pessoa jurídica que se pretende responsabilizar pelo débito, e não da sociedade ou da pessoa física que se quer desconstituir. Eduardo Talamini, no mesmo sentido:

*“A regra precisa ser interpretada em conformidade com a Constituição. Um caminho para tanto reside em reconhecer que, quando há descon sideração da personalidade jurídica, mesmo em sua modalidade tradicional (em que o sócio responde pelas dívidas da sociedade, como se essa não existisse), sempre as duas esferas de personalidade são rompidas. Sempre se sai de uma esfera de personalidade para entrar-se na outra. Rompe-se uma delas ao sair e a outra ao entrar. Nesse sentido, mesmo na descon sideração tradicional, não há exagero em afirmar que a personalidade autônoma do sócio também é descon siderada (e não apenas a da sociedade): ambas são tratadas como uma coisa só; ambas são descon sideradas. Logo, pode-se assim reconhecer que o art. 792, § 3o, está a referir-se sempre à citação daquele que será atingido pela descon sideração (o sócio, na descon sideração tradicional; a sociedade, na descon sideração “invertida”).”*<sup>38</sup>

A própria previsão de comunicação ao distribuidor para anotações devidas feita pelo art. 134, §1º, ratifica este entendimento, vez que o registro feito pelo órgão de distribuição, em nome daquele a que se pretende desconstituir a pessoa, torna pública a existência do Incidente, não permitindo ao adquirente de bens do patrimônio no Incidente envolvido alegue desconhecimento ou mesmo boa-fé.

Cabe, inclusive, a lembrança de que a previsão de fraude à execução e consequente ineficácia, em relação ao requerente, da oneração ou alienação de bem após a citação em Incidente de Descon sideração de

Personalidade Jurídica julgado procedente, provocará debate acerca da necessidade de revisão ou readequação do enunciado n. 375 de Súmula, do Superior Tribunal de Justiça, que diz que “o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente”. Exigindo a própria lei o registro do Incidente pelo órgão de distribuição, não haverá que se falar em registro da penhora, tampouco em ausência ou não de má-fé.

Após a instrução, será o Incidente resolvido por meio de decisão interlocutória, recorrível por meio de agravo de instrumento - na hipótese de ser a decisão de primeiro grau -, e, caso exarada por desembargador, em juízo monocrático, agravo interno, conforme previsão expressa do art. 136 e seu parágrafo único<sup>39</sup> e do art. 1.015, IV.<sup>40</sup>

Michel Ferro e Silva faz importante ressalva acerca da decisão interlocutória que define o Incidente, lembrando tratar-se de “decisão de conteúdo definitivo apta a transitar em julgado e suscetível de eventual ação rescisória<sup>41</sup>”, advogando o entendimento de ser esta uma das hipóteses reconhecidas pela doutrina como uma decisão interlocutória de mérito, apta a produzir coisa julgada material<sup>42</sup>.

Após o trânsito em julgado da decisão do IDPJ, portanto, há a formação de um título executivo judicial com duplo efeito: constitutivo, em relação aos atos praticados irregularmente, e condenatório, impondo ao sócio (ou à sociedade) a obrigação e a responsabilidade. Este passa, portanto, a ser considerado responsável direto e primeiro pelo débito anteriormente contraído em nome da sociedade.

Ainda que o Capítulo IV, que traz o IDPJ, não trate disto, é pacífico o entendimento de que, constituído o título, tem-se início a fase de cumprimento de sentença que atribuiu ao sócio (ou à empresa) a obri-

<sup>39</sup> “Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.”

<sup>40</sup> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...] IV - incidente de descon sideração da personalidade jurídica;

<sup>41</sup> SILVA, Michel Ferro e. **O Incidente de Descon sideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER, Fredie. **Coleção Novo CPC, Doutrina Seleccionada**, v. 1: Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 978

<sup>42</sup> No mesmo sentido, DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. V.2. Salvador: Jus PODIVM, 2011, p. 458-9 e ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa Julgada Progressiva e Resolução Parcial de Mérito**. Curitiba: 2007, pp. 329-30.

<sup>38</sup> TALAMINI, Eduardo. Incidente de Descon sideração da Personalidade Jurídica. Portal Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049+Incidente+de+descon sideracao+de+personalidade+juridica>, acessado dia 23.05.2016, às 19:34h.

gação de pagar, fazendo-se referência ao rito previsto pelo art. 523<sup>43</sup>, isto é, à intimação do executado – agora aquele que teve sua personalidade desconsiderada –, para pagar em 15 (quinze) dias, sob pena de multa e honorários e expedição de mandado de penhora e avaliação.

Não o fazendo, o art. 525<sup>44</sup> abre prazo de mais quinze dias para que o executado apresente impugnação, podendo, com isso, alegar todas as matérias listadas no rol de incisos do artigo referido, inclusive aquelas referentes ao próprio título e à obrigação demandada originalmente<sup>45</sup>.

É mesmo óbvio que se possibilite ao executado alegar tais matérias em defesa, uma vez que este somente passou a integralizar a ação após a admissão e procedência do Incidente de Desconsideração da Pessoa Jurídica, e, dentro do Incidente, só lhe fora permitido defender-se sobre a existência de pressupostos necessários à desconsideração, e não sobre o mérito do crédito cobrado.

Não obstante, havendo a necessidade de se assegurar o resultado útil do processo e do receio de que o tempo o prejudique, nada obsta a concessão de me-

43 Art. 523. No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

§ 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.

§ 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

44 Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II - ilegitimidade de parte;

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;

V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença.

45 Cf. SILVA, Michel Ferro e. Op. cit. p. x; e KLIPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias. **Manual de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 1.301.

dida de urgência, nos termos do art. 300. Equilibra-se, assim, o direito do executado à ampla defesa e do exequente à satisfação de seu crédito.

## APLICAÇÃO DO IDPJ A OUTROS DIPLOMAS

O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e o direito tributário

Desde a publicação da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que trouxe o Novo Código de Processo Civil, há intensa discussão acerca da aplicação de alguns de seus novel institutos aos mais variados ramos do direito, e na seara tributária não é diferente.

Antes de se adentrar na análise de compatibilidade entre o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e os aspectos tributários, é necessário que se façam breves comentários acerca da diferenciação entre a responsabilidade já abordada neste trabalho e a responsabilidade tributária, fenômenos diferentes entre si.

Em linhas muito gerais, tem-se que a sujeição passiva tributária é dividida em direta e indireta, sendo a primeira aquela em que se observa a relação direta do sujeito com o fato impositivo, passando a ser tido como contribuinte, nos termos do art. 121, parágrafo único, I, do CTN; e a indireta, como aquela em que se atribui responsabilidade àquele que, sem possuir a condição de contribuinte, recebe o ônus de assumir ou cuidar da obrigação tributária, à teor do inciso II do parágrafo único do mesmo art. 121. Para compreensão, transcreve-se o texto legal:

*“Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.*

*Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:*

*I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;*

*II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.*

Importante que se frise que não é lícito ao legislador atribuir responsabilidade a pessoa totalmente alheia ao fato gerador da obrigação, conforme uma leitura desatenta do inciso II poderia levar a crer. Basta que se perceba o art. 128, do CTN, para que se perceba ser necessário o mínimo de ligação entre a pessoa a

ser responsabilizada e o fato gerador da obrigação. *In verbis*:

*“Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”.*

Obviamente, observa-se uma intensidade muito menor do vínculo entre o responsável e o fato gerador da obrigação, pois, quanto maior este o é, mais próximo se está da figura do contribuinte, e não do responsável. Ainda que em menor grau, a ligação é imprescindível para que haja responsabilização, bem como o é a previsão legal expressa. Sem lei, não há que se falar em pessoa responsável pela obrigação.

Dito isto, sabe-se que uma terceira pessoa poderá, então, ser considerada responsável pela obrigação, a partir do momento em que se observa o vínculo jurídico entre a pessoa por lei designada como responsável e o sujeito ativo do tributo.

Há a classificação da responsabilidade tributária em “por substituição” (art. 128, CTN) ou “por transferência”, sendo esta última subdividida em i) responsabilidade dos sucessores (art. 129 a 133, CTN); ii) responsabilidade de terceiros (art. 134 e 135, CTN); iii) responsabilidade por infração (art. 136 a 138, CTN).

Por não se tratar o presente trabalho de análise exaustiva das hipóteses de responsabilidade tributária, aproveitamo-nos, para a nossa finalidade, da ideia de que a possibilidade de responsabilização de um terceiro será possível, desde que prevista em lei, que o terceiro tenha, em menor grau que seja, ligação com o fato gerador da obrigação, e desde que sejam observadas, no plano fático, a ocorrência de um evento.

*“Assim, somente é possível estabelecer um vínculo de responsabilidade por meio de um intérprete credenciado pelo sistema normativo que irá realizar, por meio da linguagem, a imputação normativa que resultará na norma individual e concreta de responsabilidade”<sup>46</sup>*

Claro que a imputação, além dos critérios já

mencionados, deverá obedecer aos ditames do devido processo administrativo e, a depender do caso, do processo judicial. Será, em regra, administrativa a atividade, quando o fato descrito em lei como hipótese de regra de responsabilidade do sócio ocorra antes da constituição do crédito tributário, sendo, neste caso, a autoridade fiscal a responsável pela constatação da hipótese legal no caso concreto, nos termos do art. 142, do CTN.

Já na hipótese da constatação da ocorrência, no plano fático, de hipótese legal apta a responsabilizar terceiro pela obrigação tributária já definitivamente constituída, não haverá outro caminho que não a atividade jurisdicional. Admitir que a Fazenda Pública possa estabelecer vínculo de responsabilidade entre um terceiro e a obrigação, após a constituição definitiva desta e transcurso do processo administrativo, sem que haja provas nova, inscrevendo o nome do alegado responsável na certidão de dívida ativa, é fazer dos princípios constitucionais do contraditório de da ampla defesa tábula rasa.

É neste campo - de estabelecimento de responsabilidade a um terceiro após a constituição definitiva do crédito, ou seja, por meio de atividade jurisdicional -, que se estudará a aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica inaugurado pelo Novo Código de Processo Civil.

Deve-se constatar, de plano, que o conjunto de regras previstas pelo NCPC, em seus arts. 133 a 137, é de natureza iminentemente processual, sem qualquer estabelecimento de aspectos materiais, portanto.

Esta opção do legislador em somente tratar de regras procedimentais fica clara quando se observa a redação do parágrafo primeiro, do art. 133, do CPC, que diz que “O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei”, bem como o parágrafo quarto, do art. 134, que diz que “O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.”

Vê-se, com isso, que o legislador ampliou consideravelmente o leque de aplicação do novel instituto, tendo delegado às regras de direito material – dos mais variados diplomas –, o regramento acerca das premissas que autorizariam a desconsideração da personalidade jurídica, regulamentando, entretanto, a forma processual como esta deverá se desdobrar.

Voltando-se à análise no âmbito do Direito Tributário, tem-se que o Incidente de Desconsideração da Personalidade representaria importante instrumento de incorporação do responsável ao processo, garantindo-lhe o inafastável direito ao contraditório e à ampla defesa e, ao mesmo tempo, conferindo legiti-

<sup>46</sup> QUEIROZ, Mary Elbe. SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de. **O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015 e a responsabilidade tributária: primeiras impressões.** In: **Novo CPC e o processo tributário.** Antonio Carlos F. de Souza Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha. (coord). São Paulo: FocoFiscal, 2015. pp. 260

midade à imputação de responsabilidade pela Fazenda Pública a um terceiro mesmo após a constituição definitiva do crédito tributário.

Ainda que se saiba que, a rigor, a imputação de responsabilidade tributária não constitua, em essência, desconsideração da personalidade jurídica, sabe-se que seus efeitos são exatamente os mesmos, pois impossível não se considerar que medida que atribua a sócio, pessoa física, vinculação a uma obrigação tributária da pessoa jurídica não seja idêntica à própria desconsideração.

Inclusive, não só se percebe a plena aplicação do IDPJ ao direito tributário como também se observa uma relação perfeita de completude entre o diploma tributário e o instituto de processo, pois que há muito se observava a ilegítima – ainda que por vezes cancelada pelo Judiciário –, inclusão de um terceiro, tido por responsável, ao processo de execução fiscal, por meio da tenebrosa prática de inclusão do nome deste na Certidão da Dívida Ativa<sup>47</sup>, isto é, em momento posterior à constituição definitiva do crédito, sem que se oportunizasse o direito de defesa no âmbito administrativo – garantido pelo art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988 –, o terceiro é tragado ao polo passivo da execução e deve, ainda, provar a inoccorrência dos fatos alegados pela Fazenda para a sua inclusão junto ao contribuinte originário.

Nesse sentido, José Rogério Cruz e Tucci<sup>48</sup>:

*“No que se refere ao princípio do contraditório, é de assinalar-se que o objetivo precípua da Comissão de Juristas que elaborou o respectivo Anteprojeto do CPC veio revelado na própria exposição de motivos, ao ser enfatizado, como todas as letras, que “A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”. Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório [...]” (destacamos)*

<sup>47</sup> Destaca-se, por absurda, a Portaria PGFN N. 180/2010, que permite a constituição de vínculo de responsabilidade entre o terceiro e a obrigação sem nenhum contraditório.

<sup>48</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Supremacia da garantia do contraditório no novo Código de Processo Civil**. In: Revista Consultor Jurídico. São Paulo: 28.04.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-abr-28/paradoxo-corte-supremacia-garantia-contraditorio-cpc](http://www.conjur.com.br/2015-abr-28/paradoxo-corte-supremacia-garantia-contraditorio-cpc)

A aplicação do Incidente ao “processo tributário” tornaria ao lugar às garantias fundamentais, oportunizando a um terceiro, tido por responsável, o contraditório e a ampla defesa, bem como atribuindo à Fazenda seu papel de provar a ocorrência dos fatos autorizadores da inclusão de um terceiro ao polo passivo, nos termos do art. 134, §4º, do CPC, corrigindo a curiosa situação de inversão do ônus da prova “automática”, hoje, inclusive, consubstanciada no enunciado n. 435 de Súmula do Superior Tribunal de Justiça<sup>49</sup>.

Entretanto, em relação ao art. 137 do CPC/15, não se pode admitir sua aplicação em matéria tributária, uma vez que os arts. 185 e 185-A, do Código Tributário Nacional tratam exaustivamente sobre a questão da fraude à execução, dando regramento próprio ao instituto, devendo ser aplicado em sua literalidade.

Superada a questão da aplicação do IDPJ no âmbito do Direito Tributário, há que se debater algumas questões levantadas em relação à compatibilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Execução Fiscal.

A Lei 6.830/1980 rege a cobrança pela via executiva da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dispõe sobre procedimentos relacionados à cobrança e à defesa do contribuinte/responsável. Entretanto, esta não o faz de forma exaustiva e, por isso, estabelece em seu art. 1º a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Pela importância, transcreve-se a regra:

*Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil. (destacamos)*

Portanto, como resultado da regra de subsidiariedade na aplicação, a execução fiscal será regida pela Lei 6.830/80, que é lei específica, cabendo a aplicação do Código de Processo Civil onde não haja previsão expressa em sentido contrário na LEF e desde que não haja incompatibilidade ou conflito entre a norma geral do CPC e a especial.

Importante destacar que o artigo referido trata de Código de Processo Civil, e não à lei vigente à época (CPC de 1973), o que autoriza a aplicação subsidiária

<sup>49</sup> Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

(Súmula 435, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/04/2010, DJe 13/05/2010)

das normas gerais previstas pelo Código de Processo Civil de 2015.

Ao analisar-se a Lei de Execuções Fiscais, percebe-se que não há nenhum regramento acerca da forma processual que deve ser observada na hipótese de redirecionamento da execução ao sócio da pessoa jurídica executada. Esta ausência, inclusive, é a principal causa de termos hoje verdadeira bagunça no que tange à responsabilização de sócios por dívidas de suas empresas. O vácuo legislativo germinou a criatividade do judiciário, que passou a agir como verdadeiro legislador positivo, estabelecendo, inclusive, inversão do ônus da prova em casos que tratem sobre redirecionamento, conforme se vê a partir da já citada Súmula 435 do STJ.

Felizmente, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica inaugurado pela Lei 13.105/2015 trata exatamente do procedimento que a LEF ignorou, estabelecendo critérios processuais que deverão, necessariamente, ser observados.

Para Doutrina:

*“seria salutar que o próprio enunciado N. 435 da Súmula do STJ seja revisto, pois não se pode redirecionar uma execução fiscal para o sócio-gerente com base em uma presunção, quando a legislação processual determina procedimento específico que garante a ampla defesa e o contraditório<sup>50</sup>”*

A aplicação do IDPJ na execução fiscal não encontra, portanto, qualquer óbice em nenhum dispositivo da LEF, inclusive porque não trata de nenhum aspecto material, indicando expressamente que os pressupostos para a desconsideração deverão ser tratados pela lei específica, neste caso, ao próprio Código Tributário Nacional.

Presentes, portanto, os requisitos e condições previstas pelo CTN para fins de responsabilização dos sócios, administradores ou terceiros, bem como observadas também eventuais regras matérias de direito societário, deve o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica ser aplicado na execução fiscal, somente podendo ser imputada a responsabilidade tributária ao sócio após a conclusão, precedente, do IDPJ.

Em conclusão, o IDPJ é plenamente aplicável aos casos de imputação de responsabilidade tributária em razão de fatos ocorridos após a constituição do crédito tributário e, durante a execução fiscal, não é só cabível, posto que obrigatório, em razão do caráter

subsidiário do CPC e por trazer regramento anteriormente ausente, estabilizando a segurança jurídica e garantindo a aplicação dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Ressalva-se, entretanto, a impossibilidade de aplicação da hipótese trazida pelo art. 137, do CPC, vez que totalmente disciplinada pelo CTN.

#### O Incidente De Desconsideração da Personalidade Jurídica e a Justiça do Trabalho

Considerando-se que a Consolidação das Leis Trabalhistas traz verdadeiro sistema de normas que regulamenta a tramitação de processos que envolvam matérias relativas à relação de trabalho, apresentando princípios próprios e por vezes, únicos, houve, inicialmente, alguma celeuma em torno da aplicação de alguns institutos do Novo Código de Processo Civil, ainda que os art. 769<sup>51</sup>, da CLT, preveja a aplicação do código de processo “comum” à justiça obreira, no que não for incompatível, bem como a regra geral do art. 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei 4.657/42).

A fim de que haja perfeita compatibilidade entre o novo código e as leis trabalhistas, necessário que se faça sempre um cotejo não só entre seus dispositivos, mas, principalmente, pela observância da compatibilidade dos princípios e finalidades pretendidos por ambos os diplomas.

Desta feita, o sagrado princípio da garantia do contraditório e da ampla defesa, norteador de todo o NCPC, deve se compatibilizar com os princípios da celeridade, da oralidade e da concentração de atos processuais no Processo do Trabalho, bem como deve se amoldar as peculiaridades pensadas pelo ordenamento para que seja priorizado o crédito do trabalhador, por sua natureza alimentar.

A recepção da doutrina e jurisprudência trabalhista ao Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica previsto pelos arts. 134 a 137, do CPC, foi exemplo da interpretação integrativa e do diálogo das fontes que deveria permear todo o sistema, uma vez que, tão logo vigente o NCPC, o Tribunal Pleno do Superior Tribunal de Justiça editou, por meio da Resolução 203, de 15 de março de 2016, a Instrução Normativa N. 39, dispondo, de forma exaustiva, sobre a aplicabilidade e inaplicabilidade de normas do Código de Processo Civil de 2015 ao Processo do Trabalho.

<sup>51</sup> Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

<sup>50</sup> QUEIROZ, Mary Elbe. SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de. Op. cit. p. 264

No que tange ao objetivo deste trabalho, assim diz o art. 6º da IN/39:

*Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878)*

Percebe-se, de pronto, que o texto da Instrução Normativa traz importante diferença em relação ao texto do art. 133, do CPC, qual seja, há referência expressa à possibilidade do IDPJ ser instaurado de ofício, na fase de execução, conforme dita o art. 878, da CLT, o que já se viu não ser possível, por expressa ausência de previsão legal, no CPC.

Os incisos do parágrafo primeiro do referido artigo 6º, trazem os recursos cabíveis da decisão interlocutória que decide o Incidente, conforme a fase em que este foi instaurado. Na hipótese de ter ocorrido durante a fase cognitiva (inciso I), não há recurso, *a priori*, em razão da característica irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, §1º, da CLT; tendo sido instaurado durante a execução, instrui o inciso II, do §1º, do art. 6º, da IN 39, que o recurso cabível é o agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; em hipótese de IDPJ instaurado originalmente no tribunal, diz o inciso III, cabe agravo interno;

Encerra-se as regras acerca da aplicação do IDPJ no processo do trabalho com a previsão do parágrafo segundo, do art. 6º, aduzindo que a “instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC”.

## CONCLUSÃO

Ainda que o afastamento temporário da proteção conferida pela personalidade jurídica seja casuístico, como visto, e carecedor do preenchimento das regras de direito material previstas nos mais variados diplomas (à exemplo da CLT, do CDC, CTN e Lei 9.605/98), era necessário o estabelecimento de um rito procedimental a ser necessariamente observado, uma vez que este vácuo acabou por facilitar condições para o desenvolvimento de um procedimento estabelecido conforme o caso, o que vinha ferindo de morte a previsibilidade e a segurança jurídica, relegando aos Tribunais a tarefa de organizar o procedimento a ser observado nos casos em que se requeresse o atingimento do patrimônio de sócio.

O advento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto pelos arts. 133 a 137, trouxe a garantia do contraditório e da ampla defesa, constitucionalmente previstos, para dentro do processo e, em especial, para dentro da esfera de direitos do terceiro, que passou a contar com a chance de defesa antes de ver expropriados bens de seu patrimônio por divídiadas contraídas por outrem.

Sendo um instituto de direito processual, somente tratando de regras procedimentais, deverá o Incidente de Desconsideração ser aplicado sempre que presentes os pressupostos de desconsideração ou afastamento da personalidade jurídica previstos por cada uma das legislações materiais correspondentes, seguindo-se então, o ritual previsto pelos arts. 134 a 137 do CPC/2015, desde que não traga procedimentos incompatíveis com o diploma material.

Há a possibilidade de análise da aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica em algumas outras matérias, tais como no Direito do Consumidor, no Direito Falimentar e no Direito Ambiental. Entretanto, para que não se estenda demasiadamente o escopo do presente trabalho, é possível que se estude a aplicação do IDPJ em outros diplomas a partir da regra geral, ou seja, utilizando o procedimento inaugurado pelo NCPC, instaurado a partir da percepção de uma das situações de direito material previstas no diploma em que se apoia.

Como exemplo, traz-se uma situação posta pelo microsistema do Direito do Consumidor. O art. 28 do CDC, diz que:

*“Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.*

*§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.*

*§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.*

*§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.*

*§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”*

Percebe-se, da simples leitura, que há algumas diferenças entre a lei específica (CDC) e a norma geral do CPC, o que, de maneira alguma inviabilizaria a aplicação do Incidente. Pelo contrário, é a partir do estudo de situações como esta que demonstram a versatilidade e astúcia com que foi pensado o IDPJ pelo legislador.

Inicialmente, do caput extrai-se a informação de que o juiz poderá, de ofício, “desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade”. Da mesma forma como ocorre na Justiça Trabalhista, como visto, também quando aplicado em demandas que envolvam direitos do consumidor, o juiz poderá, de ofício, instaurar o Incidente a partir da constatação das hipóteses matérias previstas no art. 28, do CDC.

Entretanto, instaurado o IDPJ, seguir-se-á o trâmite previsto pelo CPC, a partir do art. 134.

Da mesma forma ocorrerá quando se tratar de outros ramos do direito. Observada a ocorrência material da hipótese prevista pelo diploma para a desconsideração da personalidade jurídica, deve-se, necessariamente, seguir o rito procedimental dos arts. 133 a 137, do CPC. Observada eventual incompatibilidade – como se mostrou no exemplo do Código de Defesa do Consumidor e da Consolidação das Leis Trabalhistas, no que tange à possibilidade de instauração do IDPJ pelo próprio juiz -, aplica-se a norma específica, somente no que couber.

Conclui-se, portanto, que deve o IDPJ ser aplicado a todos os ramos do direito, conforme defendemos neste trabalho, com a ressalva de dever ser respeitadas eventuais peculiaridades procedimentais previstas, eventualmente, dentro de um diploma específico, como, exemplificadamente, a não aplicação do regramento relativo à fraude à execução (art. 137) ao processo executivo fiscal ou a possibilidade de instauração do incidente de ofício, à teor do art. 878, da CLT e art. 28, do CDC.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Coisa Julgada Progressiva e Resolução Parcial de Mérito**. Curitiba: Juruá, 2007.

ASCARELLI, Tullio. **Questões a respeito das sociedades coligadas**. *Apud* KOURY, op. cit. p. 85

COMPARATO, Fabio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

DIDIER JR., Fredie. **Regras Processuais no Códio Civil**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual**

**Civil**. V.2. Salvador: Jus PODIVM, 2011.

DIDIER JR., Fredie e outros. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 5.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1., 17a Ed., Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 4.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Litiscônórcio**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREIRE, Alexandre. e MARQUES, Alexandre Albuquerque. In STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva. 1a ed, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro**. São Paulo: RT, 1987.

KLIPEL, Rodrigo; BASTOS, Antônio Adonias . **Manual de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica: Disregard Doctrine e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de execução**. 4a ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. e FONSECA, Maria Silva. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER, Fredie. **Coleção Novo CPC, Doutrina Selecionada**, v. 1: Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2015.

QUEIROZ, Mary Elbe. SOUZA JÚNIOR, Antonio Carlos F. de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015 e a responsabilidade tributária: primeiras impressões. In: **Novo CPC e o processo tributário**. Antonio Carlos F. de Souza Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha. (coord). São Paulo: FocoFiscal, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica (Disregard Doctrine)**. *Revsta dos Tribunais*. São Paulo:RT, 1969, n.410.

BRUSCHI, Gilberto. **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, Michel Ferro e. O Projeto do Novo Código de Processo Civil e o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BASTOS, Antônio Adonias. **Execução e Cautelar**: Salvador, Jus Podium,

2012.

SILVA, Michel Ferro e. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie. **Coleção Novo CPC, Doutrina Seleccionada**, v. 1: Parte Geral. Salvador: Juspodivm, 2015.

TALAMINI, Eduardo. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. In. Portal Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234997,11049+Incidente+de+desconsideracao+de+personalidade+juridica>, acessado dia 23.05.2016, às 19:34h.

THEODORO Jr., Humberto. **Partes e terceiros na execução**. O processo civil no liminar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Supremacia da garantia do contraditório no novo Código de Processo Civil**. In: Revista Consultor Jurídico. São Paulo: 28.04.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-abr-28/paradoxo-corte-supremacia-garantia-contraditorio-cpc](http://www.conjur.com.br/2015-abr-28/paradoxo-corte-supremacia-garantia-contraditorio-cpc).

# O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DE PERSONALIDADE JURÍDICA PREVISTA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICAÇÃO EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL NO CASO DO ARTIGO 135 DO CÓDIGO DE TRIBUTÁRIO NACIONAL.

## Gustavo Machado

Advogado. Procurador do Município do Recife. Presidente da Associação dos Procuradores do Município do Recife – APMR. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela ESA/PE e pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP.

### 1. Introdução

Com o advento do novo Código de Processo Civil - NCPC, Lei nº. 13.105/2015, importantes e significativas mudanças dar-se-ão nas execuções fiscais, na medida em que o artigo 1º, da Lei nº. 6.830/80, preconiza a aplicação subsidiária do Diploma Processual Civil aos feitos executivos fazendários.

No particular, o que, por ora, interessa é examinar, ainda que de forma sucinta, a novel figura do incidente de desconconsideração de personalidade jurídica prevista nos dispositivos 133 *usque* 137 do Código de Processo Civil e seu reflexo nas execuções fiscais.

É dizer: o denominado incidente aplica-se ou não às execuções fiscais em relação aos pedidos de redirecionamento para os sócios formulados pela Fazenda Pública, com fundamento no artigo 135, do Código Tributário Nacional?

Primeiramente, ressalte-se que, não fosse bastante o mencionado artigo 1º, da Lei de Execução Fiscal na direção da aplicação subsidiária do CPC, o dispositivo 134 novo Código de Processo Civil, determina que “O incidente de desconconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial”.

Nessa toada, estando a execução fiscal lastreada em um título executivo extrajudicial, no caso, Certidão de Dívida Ativa - CDA, dúvidas não restam no que concerne ao cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nos processos executivos fazendários.

Contudo, uma leitura açodada poder-se-ia levar à conclusão de que, em todos os pedidos de redirecionamento da execução fiscal para os sócios, seria medida de rigor o incidente de desconconsideração de personalidade jurídica. Em absoluto isso não procede.

Com efeito, haverá situação em que o referido

incidente será obrigatório, mas, em outra, será totalmente despicendo. Esse texto discute exatamente essa diferença.

### 2. A desconconsideração da personalidade jurídica e o artigo 135 do código tributário nacional

Preambularmente, impõe-se fazer três brevíssimas pontuações.

1. Sublinhe-se que o NCPC, ao prever o incidente de desconconsideração de personalidade jurídica, não criou uma nova espécie de desconconsideração de personalidade.

Como lei instrumental que é, o NCPC apenas instituiu mecanismo de concretização das espécies de desconconsideração de personalidade já existentes na legislação brasileira. Nesse viés, Fredie Didier Júnior<sup>1</sup> escreve que: “Corretamente, o CPC não cuidou das hipóteses de desconconsideração, que serão definidas em lei específica (art. 133, § 1º, CPC). O CPC apenas regula o modo de aplicar-se a sanção da desconconsideração da personalidade jurídica no processo”.

Logo, o incidente de desconconsideração de personalidade jurídica nada mais que é uma forma de intervenção de terceiro, na medida em que, através dele, tem-se a tentativa de inserir uma terceira pessoa no processo para fins de, sob o crivo do devido processo legal, torná-lo parte e imputar-lhe responsabilidade patrimonial<sup>2</sup>.

2. Assim, infere-se que a previsão legal do incidente de desconconsideração de personalidade jurídica veio sufragar entendimento do Superior Tribunal de Justiça e de parte da doutrina na direção da desnecessidade de propositura de ação de conhecimento para

1 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 17 ed.. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 514.

2 DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 17 ed.. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 514.

tal fim, bastando, para tanto, de um procedimento<sup>3</sup>.

Nessa senda, os seguintes julgados da Colenda Corte Superior de Justiça:

*[...] 1. Segundo a jurisprudência do STJ, a descon sideração da personalidade jurídica, como incidente processual, pode ser decretada sem a prévia citação dos sócios atingidos, aos quais se garante o exercício postergado ou diferido do contraditório e da ampla defesa. Precedentes de ambas as Turmas que integram a Segunda Seção do STJ. [...]*<sup>4</sup>.

*[...] 1. Tribunal de origem adotou entendimento em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior que “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” [...]*<sup>5</sup>.

3. Por fim, nos termos dos artigos 135 e 136 do NCPC, formulado e instaurado o incidente de descon sideração de personalidade jurídica, o sócio será citado para, no lapso temporal de 15 dias, se defender, requerendo as provas que entender cabíveis, de modo que, tão logo concluída a instrução, o incidente será solucionado por decisão interlocutória.

Assim, agora, para fins de descon siderar a personalidade jurídica, é essencial que haja o devido processo legal, oportunizando-se ao sócio, através da ampla defesa e do contraditório, demonstrar que não estão presentes os requisitos legais autorizadores da sanção episódica da descon sideração, podendo, por óbvio, requerer as provas que entender adequadas.

Com essa previsão da imprescindibilidade da efetivação do contraditório antes de se determinar a descon sideração da personalidade jurídica, supera-se polêmica existente tanto em seara doutrinária quanto em sede jurisprudencial em relação ao momento

do contraditório – antes da descon sideração – o contraditório tradicional, ou se depois – o contraditório diferido mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade.

Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>6</sup> pondera que:

*O tema não era tranquilo no Superior Tribunal de Justiça, havendo decisões decretando a nulidade de decisões de descon sideração da personalidade jurídica proferidas sem a observância do contraditório tradicional (STJ, 4 Turma, RMS 29.697/RS, rel. Min. Raul Araújo, j. 23.04.2013, Dje 01.08.2013), enquanto que outras admitiam o contraditório diferido (STJ, 4 Turma REsp 686.112/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 08.04.2008, Dje 28.04.2008).*

Malgrado, isso não quer dizer que não se possa, se for o caso, excepcionalmente, deferir medidas urgentes sem prévia ciência do sócio visando garantir a sua responsabilidade patrimonial através de medidas constritivas.

Com efeito, o que o NCPC impõe é que, em regra, o sócio tem o direito se manifestar, no prazo de 15 dias, acerca da descon sideração da personalidade jurídica antes da prolação da decisão. Porém, presentes os requisitos autorizadores, o magistrado pode deferir a tutela provisória<sup>7</sup>.

Feitas essas considerações, urge adentrar no cerne em si da problemática, qual seja, aplica-se o incidente de descon sideração de personalidade jurídica a todos os pedidos de redirecionamento da execução fiscal para o sócio? A resposta, tal como afirmado logo no início deste texto, há de ser peremptoriamente negativa. Somente através de uma leitura apressada chegar-se-ia conclusão diversa. Senão vejamos.

A primeira observação que faz é que o Código Tributário Nacional não trata do instituto da descon sideração da personalidade jurídica propriamente dito.

O CTN cuida, em seu artigo 135, inciso III, da responsabilidade pessoal dos sócios que, na condição de diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, praticarem atos com excessos de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto.

3 NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 142.

4 AgRg no REsp 1523930/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015.

5 AgRg no REsp 1125501/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 24/04/2015.

6 NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 144.

7 CUNHA, LEONARDO CARNEIRO DA. A Fazenda pública em juízo. 13 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 415/416. NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 145.

É o caso de se imputar responsabilidade direta e pessoal daqueles sócios em relação ao crédito tributário quando esse for resultante de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei ou dos atos constitutivos.

Assim, não está em discussão e nem se cogita da sanção episódica de desconsiderar a personalidade jurídica. A personalidade jurídica da pessoa jurídica continua hígida e não se afastam, ainda que pontual como no desconsideração, as autonomia e responsabilidade patrimoniais. No caso do aludido dispositivo do CTN, responsabiliza-se direta e pessoalmente os sócios que ostentam o *status* de diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas, por dívida tributária decorrente de atos cometidos com excesso de poderes ou infração da lei ou dos atos constitutivos. Há, pois, um ato ilícito praticado por aquele sócio.

Vale dizer, são dois institutos diferentes e que não se confundem.

Em sendo assim, para além da distinção necessária entre a responsabilidade direta e pessoal do sócio no caso disciplinado no artigo 135, inciso III, do CTN, e a desconsideração da personalidade jurídica, resta saber se se aplica o incidente previsto no NCPC aos pedidos de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente formulado pela Fazenda Pública, considerando o que dispõe o artigo 134 do dito diploma processual civil.

Leonardo Carneiro da Cunha entende que, ainda que situação do artigo 135, inciso III, do CTN, não se cuide, segundo visto, de um caso de desconsideração de personalidade jurídica, deve-se aplicar o incidente preconizado no NCPC, isso porque:

*o aludido incidente é uma forma intervenção de terceiro, que, como todas elas, tem por finalidade fazer com que um terceiro passe a atuar no processo, adquirindo a condição de parte. Para que passe a ter responsabilidade e sofra as consequências disso, é preciso que se assegure o contraditório ao terceiro para, somente então, passar a inseri-lo como parte, sobretudo quando se está diante de um processo de execução<sup>8</sup>.*

Com efeito, como dito, o NCPC não criou uma nova forma de desconsideração da personalidade jurídica, nem tampouco ampliou ou restringiu o seu cabimento, mas, sim, limitou-se a prever uma nova modalidade de intervenção de terceiro, consagrando o devido processo legal.

Deste modo, sendo uma norma instrumental que visa operacionalizar, a partir do contraditório e da ampla defesa, a responsabilização patrimonial do sócio-gerente, não há razão para afastar a aplicação do artigo 133, o qual determina a aplicação do incidente de desconsideração na execução fundada em título extrajudicial, como é o caso da execução fiscal.

É dizer, a responsabilidade do sócio-gerente permaneça intacta e sem nenhuma modificação tal como disciplinada no dispositivo 135, inciso III, do CTN, de sorte que o NCPC prevê apenas, e tão-somente, um instrumento de aplicação prática do princípio constitucional do devido processo legal, oportunizando ao terceiro (sócio-gerente) ampla defesa e contraditório.

De mais a mais, infere-se que o cabimento do incidente da desconsideração nas execuções fiscais não causa prejuízo algum ao Poder Público no que concerne à responsabilização patrimonial sócio que ostenta a condição de diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica.

E aqui, é salutar fazer-se duas distinções relativas ao procedimento para instrumentalizar a responsabilidade do sócio na situação prevista no artigo 135, do CTN.

A primeira, é quando houver na certidão de dívida ativa os nomes dos sócios-gerentes como co-responsáveis, tem-se que não será necessário instaurar o incidente de desconsideração.

Isso porque, sendo a certidão de dívida ativa um ato administrativo, nos termos do artigo 3º, da LEF, goza de presunção de certeza e liquidez, pelo que a Fazenda Pública pode requerer o redirecionamento da execução fiscal para os respectivos sócios cujos nomes constem na CDA como co-responsáveis

Nessa situação, incumbem aos referidos sócios o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, vale dizer, que não ocorreram atos de excesso de poderes ou infração da lei ou dos atos constitutivos.

E, aqui, uma anotação importante se impõe: como ônus da prova no sentido da demonstração da inexistência da responsabilidade tributária cabe ao sócio-gerente, ilidindo a presunção relativa de certeza e liquidez da CDA, infere-se que o meio de defesa são os embargos à execução, eis porque se exige dilação probatória.

Não cabe, portanto, a exceção de pré-executividade, já que, nos termos da súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

8 CUNHA, LEONARDO CARNEIRO DA. A Fazenda pública em juízo. 13 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 413.

Aliás, ressalte-se, no particular, que o Superior Tribunal de Justiça consolidou esse entendimento em sede de recursos repetitivos no REsp 1104900/ES e no REsp 1110925/SP:

[...] 1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos “com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos”.

2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, o exame da responsabilidade dos representantes da empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento [...]<sup>9</sup>.

[..]1. A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória.

2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução [...]<sup>10</sup>.

Por fim, calha assinalar que nem se cogite que o posicionamento firmado pela descencessidade de instauração do incidente de descon sideração viola o devido processo legal. Em absoluto não há qualquer ofensa à ampla defesa e ao contraditório, porquanto tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o Supremo Tribunal Federal, entendem que é imprescindível que tenha havido, por ocasião do processo administrativo fiscal, a notificação do sócio-gerente, assegurando-se o direito à defesa contra a constituição do crédito tributário.

Ou seja, o devido processo legal foi observado e garantido ao sócio-gerente quando do processo administrativo tributário. Nesse viés, tal como se afirmou, seguem decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

[...]1. Embargos de divergência pelos quais se busca dirimir dissenso pretoriano acerca da possibilidade de alteração do sujeito passivo da execução fiscal, mediante emenda da CDA, para cobrar daquele a quem a lei imputa a condição de co-responsável da exação.

2. Caso em que a Fazenda municipal constituiu o crédito tributário de ISS apenas contra a empresa construtora (PLANEL) e tão somente contra ela ingressou com a execução fiscal. Somente depois de frustradas as tentativas de citação dessa empresa, no curso da execução, permitiu-se, com base em legislação municipal que prevê hipótese de co-responsabilidade, a inclusão da empresa tomadora do serviço (SCANIA) no polo passivo da execução mediante simples emenda da Certidão de Dívida Ativa.

3. Independentemente de a lei contemplar mais de um responsável pelo adimplemento de uma mesma obrigação tributária, cabe ao fisco, no ato de lançamento, identificar contra qual(is) sujeito(s) passivo(s) ele promoverá a cobrança do tributo, nos termos do art. 121 combinado com o art. 142, ambos do CTN, garantindo-se, assim, ao(s) devedor(es) imputado(s) o direito à apresentação de defesa administrativa contra a constituição do crédito. Por essa razão, não é permitido substituir a CDA para alterar o polo passivo da execução contra quem não foi dada oportunidade de impugnar o lançamento, sob pena de violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, também assegurados constitucional-

9 REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009

10 REsp 1110925/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO

ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009.

mente perante a instância administrativa [...]¹¹.

*Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE CORRETA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA POR ERRO DA AUTORIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc). Porém, no caso em exame, houve oportunidade de impugnação integral da constituição do crédito tributário, não obstante os lapsos de linguagem da autoridade fiscal. Assim, embora o acórdão recorrido tenha errado ao afirmar ser o responsável tributário estranho ao processo administrativo (motivação e fundamentação são requisitos de validade de qualquer ato administrativo plenamente vinculado), bem como ao concluir ser possível redirecionar ao responsável tributário a ação de execução fiscal, independentemente de ele ter figurado no processo administrativo ou da inserção de seu nome na certidão de dívida ativa (Fls. 853), o lapso resume-se à declaração lateral (obiter dictum) completamente irrelevante ao desate do litígio. Agravo regimental ao qual se nega provimento.*¹²

Por outro lado e como decorrência do asseverado acima, denota-se que o incidente de descon sideração da personalidade jurídica será compulsório quando o nome do sócio não estiver expresso na CDA.

Ora, quando a CDA não contiver o nome do sócio-gerente, não lhe foi assegurado devido processo legal quando do lançamento do crédito tributário, de sorte que, em sendo assim, deve ser observado em seara judicial.

Nesse diapasão, incumbe a Entidade Pública o ônus da prova de que o sócio-gerente praticou atos com excesso de poderes ou infração da lei, do contrato social ou do estatuto, nos termos do artigo 135, do CTN.

11 EREsp 1115649/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2010, DJe 08/11/2010).

12 RE 608426 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-204 DIVULG 21-10-2011 PUBLIC 24-10-2011 EMENT VOL-02613-02 PP-00356 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 629-633.

Deste modo, cabendo à Fazenda Pública o ônus da prova, deve, pois, ao fazer o pedido de redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente, valer-se do incidente de descon sideração disciplinado no NCPC, citando-se o sócio para manifestar-se no lapso temporal de 15 dias.

Sem sombra de dúvida, a observância do dito incidente assegura o respeito à ampla defesa e ao contraditório, ao mesmo tempo em que não desnatura e nem descaracteriza, em absolutamente nada, a responsabilidade do sócio-gerente preconizada no artigo 135 do CNT, porquanto apenas se instrumentaliza a responsabilidade patrimonial do aludido sócio.

Na toada do texto, Leonardo Carneiro da Cunha leciona¹³:

Assim, estando o nome do sócio, administrador ou diretor na CDA, a execução fiscal pode ser, sem maiores exigências, contra ele proposta. Na hipótese de não estar seu nome na CDA, poderá haver o redirecionamento, desde que instaurado o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, no qual não de ser comprovados os elementos da sua responsabilidade direta, ou os da descon sideração propriamente dita, a depender do caso posto a julgamento.

### Conclusão

Do fim ao cabo e à mingua de conclusão, fazendo as devidas distinções pertinentes a estarem ou não os nomes dos sócios diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica expressos como responsáveis na CDA, tem-se que o incidente de descon sideração de personalidade jurídica disciplinado no novo Código de Processo Civil de 2015 é cabível nos pedidos de redirecionamento para os sócios formulados pela Fazenda Pública fundados no artigo 135, do Código Tributário Nacional.

### Referências

AgRg no REsp 1523930/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015.

AgRg no REsp 1125501/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 24/04/2015.

CUNHA, LEONARDO CARNEIRO DA. A

13 CUNHA, LEONARDO CARNEIRO DA. A Fazenda pública em juízo. 13 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 417.

Fazenda pública em juízo. 13 ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 17 ed.. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

REsp 1115649/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2010, DJe 08/11/2010.

NEVES, DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO. Novo código de processo civil – Lei 13.105/2015. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

RE 608426 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-204 DIVULG 21-10-2011 PUBLIC 24-10-2011 EMENT VOL-02613-02 PP-00356 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 629-633.

REsp 1104900/ES, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/03/2009, DJe 01/04/2009.

REsp 1110925/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/04/2009, DJe 04/05/2009.

# BREVE ANÁLISE SOBRE A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE: DA PROCÉDURE DE RÉFÉRÉ ÀS LACUNAS DO CPC/15.

## Lorena Braga d'Almeida Guedes

Mestranda em Direito na linha de Processo e Hermenêutica pela Universidade Católica de Pernambuco. Graduada pela Universidade Católica de Pernambuco. Pesquisadora vinculada ao Grupo de Pesquisa Processo, Tecnologia e Hermenêutica/CAPES/UNICAP. É advogada e atua em Consultoria Jurídica e gestão processual cível. É professora e coordenadora de Direito Processual Civil na Escola Superior de Advocacia de Pernambuco – OAB-ESA/PE. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro.

### 1. Introdução

Desde as reformas ao Código de processo civil de 1973, o CPC/73, em vigor até 17 de março de 2016, a processualística brasileira tem buscado viabilizar a efetividade jurisdicional, havendo por principal objetivo a concretização dos direitos que tenham sido reconhecidos no âmbito do Poder Judiciário.

Dentre os mecanismos propostos pelo legislador estão as técnicas antecipatórias e as tutelas diferenciadas que servem de instrumentos aos procedimentos especiais mais ágeis que, ou asseguram e resguardam outro direito ou promovem a oportuna antecipação do pleito aduzido na ação. Essas diferentes funções são providas, respectivamente, por duas espécies de tutela de urgência: tutela cautelar e tutela antecipada.

O livro V da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, o CPC/15, é dedicado às tutelas provisórias e tem sido alvo de críticas que versam desde as escolhas terminológicas às eficácias das decisões antecipatórias. Com imersão nessa turva ambiência, onde o manejo das técnicas antecipatórias está eivado de questionamentos - ainda sem muitas respostas precisas - a produção acadêmica incumbe-se em projetar a almejada “luz no fim do túnel” a fim de que os institutos possam ser recepcionados com o esperado afimco sem dispensar alguma dosagem de otimismo.

O regime geral das tutelas provisórias (artigos 294 a 299), o regime geral das tutelas de urgência (artigos 300 a 302) e a tratativa sobre cada uma de suas espécies (art. 303 a 311) são objetos do livro V do CPC/15, conforme já mencionamos. No entanto, em razão da limitação temática necessária ao presente ensaio, abordaremos apenas os assuntos que se ocupam com a tutela de urgência antecipada, prevista nos

artigos 303<sup>1</sup> e 304<sup>2</sup> do aludido código.

1 A fim de que o leitor possa acompanhar as reflexões que serão expostas, trouxemos a integral dicção do referido artigo, *in verbis*: “**Art. 303.** Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo. § 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo: I - o autor deverá aditar a petição inicial, com a complementação de sua argumentação, a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final, em 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior que o juiz fixar; II - o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou de mediação na forma do art. 334; III - não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335. § 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito. § 3º O aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo dar-se-á nos mesmos autos, sem incidência de novas custas processuais. § 4º Na petição inicial a que se refere o caput deste artigo, o autor terá de indicar o valor da causa, que deve levar em consideração o pedido de tutela final. § 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo. § 6º Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito”.

2 Oportunamente, trouxemos a integral dicção do referido artigo, *in verbis*: “**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. § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput. § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º. § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º. § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo”.

Para alcançarmos os fins aqui propostos, inicialmente abordaremos os aspectos gerais das tutelas de urgência no referido diploma legal; em um segundo momento faremos uma sucinta exposição a respeito das influências do direito francês sobre o instituto ora analisado; em seguida, no quarto ponto, o ensaio se debruçará a respeito dos requisitos exigidos para a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente; e, ao final, serão expostas algumas reflexões com relação à natureza dos efeitos da decisão provisória que, eventualmente, torne-se estável pela incidência do mencionado art. 304 do CPC/15.

## 2. Aspectos gerais sobre as tutelas de urgência.

Antes mesmo de adentrar no tema ora aventado, são pertinentes alguns registros. Observem, então.

Aqueles que se propõem a abordar os temas inseridos no livro V do CPC/15 não têm deixado passar a crítica que versa sobre o título escolhido pelo legislador: *tutelas provisórias*. Isso porque o Código usa a referida titulação para apontá-las como gênero do qual considera espécies a tutela de urgência antecipada, a tutela de urgência cautelar e a tutela da evidência.

Esta última, prevista no art. 311<sup>3</sup> do referido diploma processual, trata-se da técnica antecipatória que prescinde do requisito da urgência, fundando-se apenas na alta probabilidade do direito alegado.

No entanto, acerca da tutela da evidência, em outra oportunidade nos posicionamos em sentido diverso, pois “entendemos que é possível identificar um elemento de urgência na tutela da evidência. Isto porque a urgência aqui não está ligada ao direito aduzido na demanda, mas se refere ao direito a um processo justo.”<sup>4</sup>

3 Nos termos do referido artigo: “**Art. 311.** A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.”

4 Sobre o tema, conferir: GUEDES, Lorena B. d’Almeida. **A tutela da evidência fundada nos precedentes judiciais**. In: Eduardo da Fonseca Costa; Mateus Costa Pereira; Roberto Campos Gouveia Filho. (Org.) Coleção Grandes Temas do novo CPC, v. 6: Tutela Provisória. 1ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. , p. 447-468.

Essencialmente cabe considerarmos que, em nosso sistema jurídico, o Estado exerce a jurisdição por meio de duas formas primárias: a cognição, que aponta ou esclarece a vontade concreta da lei diante da situação litigiosa; e a execução, que torna efetiva (real) essa mesma vontade. Nesse sentido, Humberto Theodoro Jr. esclarece que entre a interposição da demanda e a providência satisfativa do direito de ação (sentença ou ato executivo) medeia necessariamente um certo espaço de tempo, que pode ser maior ou menor conforme a natureza do procedimento e a complexidade do caso concreto.<sup>5</sup> Cumpre observar que a atuação jurisdicional e os mecanismos e instrumentos a serem usados pelo magistrado ou pelas partes são responsáveis pela adequação do caso concreto ao procedimento escolhido.

Como exemplo, o tradicional processo cautelar caberia quando a relação material posta em juízo carecesse uma atuação ágil, ora com o escopo de acautelar o provimento final do bem jurídico tutelado; ora simplesmente visando a proteção de outro direito. Para Calamandrei, “a ação cautelar quer assegurar antecipadamente, na prática, o mais eficaz rendimento”.<sup>6</sup>

O processo cautelar, referindo-nos à antiga sistemática vigente no CPC/73, delineou uma nova face da jurisdição, por vezes considerado um *tertium genus*, porque comportava, a um só tempo, as funções do processo de conhecimento e do processo de execução, havendo em destaque o escopo da prevenção.<sup>7</sup>

Para Luiz Guilherme Marinoni, a medida cautelar assegura uma situação jurídica tutelável, ou seja, uma situação jurídica a ser tutelada através do chamado processo principal.<sup>8</sup> O magistrado oferece a segurança da integridade do bem jurídico amparável para que, adentrando no trâmite do processo principal, seja possível concretizar o que foi pedido.

Ainda sob o olhar da tradicional doutrina que versa sobre o tema, Piero Calamandrei esclarece que a medida cautelar destina-se a dar tempo à Justiça para

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 349.

6 CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil: segundo o novo código : estudos de direito civil**. 2.ed. Tradução: Douglas Dias Ferreira. Campinas, SP: Bookseller, 2003 p. 137.

7 Nessa passagem Humberto Theodoro Jr. cita, inteligentemente, as palavras de Buzaid na “exposição de motivos”, 1972, nº11. O autor ainda ensina: “enquanto o processo principal (de cognição ou execução) busca a composição da lide, o processo cautelar contenta-se em outorgar situação provisória de segurança para os interesses dos litigantes”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., p. 350.

8 MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo cautelar**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. p. 25.

cumprir eficazmente sua obra.<sup>9</sup> Desse modo, o Juízo, quando verificada a necessidade de prestação da medida cautelar, deve tomar as providências necessárias à segurança do bem da vida tutelado.

De outro lado, a tutela antecipada satisfativa – outra espécie do gênero tutelas de urgência – é o instituto que permite ao jurisdicionado alcançar o bem jurídico da vida em momento anterior ao que ordinariamente alcançaria. A referida medida era prevista no art. 273 do CPC/73, que elencava as os requisitos e as hipóteses de cabimento.<sup>10</sup>

Embora já nos pareça observação habitual, convém destacar que o referido tema é inerente ao princípio da razoável duração do processo. Nessa perspectiva – em que a demora do processo é elemento de potencial dano às partes-, Marinoni bem aponta que “se o processo é um instrumento ético, que não pode impor um dano à parte que tem razão, beneficiando a parte que não a tem, é inevitável que ele seja dotado de um mecanismo de antecipação da tutela”. Além disso, ao considerarmos que a espera de uma das partes, seja pela concessão ou pela revogação da medida de urgência, pode causar prejuízos imensuráveis. Assim o mesmo autor conclui que promover a tutela de forma antecipada “nada mais é do que uma técnica que permite a distribuição racional do tempo do processo”.<sup>11</sup>

Diferentemente da tutela cautelar que apenas assegura a integridade de um bem jurídico tutelável, a tutela antecipada satisfaz, total ou em parte, a pretensão aduzida na demanda.

Como já mencionado na introdução, o CPC/15 instituiu um regime jurídico único para as tutelas de urgência. No entanto, como resultado, temos bons e

maus reflexos.

A título de exemplo, é positiva a unificação dos regimes uma vez que consolidou o posicionamento que se referia aos requisitos gerais para concessão das medidas de urgência. O caput do art. 300 prevê que “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.” Consideramos que a alteração apontada facilita o manejo das tutelas de urgência, posto que fundadas nos mesmos requisitos gerais.

De outro lado, o requisito do “perigo de dano”, elencado no diploma legal, deverá ser interpretado com maior amplitude. Quanto a isso, salientamos: a tutela antecipada satisfativa serve à proteção que se refere não apenas sobre dano, mas também sobre o ilícito (*exempli gratia*: tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito – 497, parágrafo único do CPC/15<sup>12</sup>). A respeito do equívoco, Marinoni propõe que amplie-mos o requisito elencado, de modo que passemos a nos referir ao “perigo da demora”.<sup>13</sup>

Outro aspecto relevante sobre o regime das tutelas de urgência está no possível requerimento em caráter antecedente, além do requerimento incidental. Ou seja, com o CPC/15 é possível que a petição de tutela de urgência seja distribuída, antes de instituído um processo, ou protocolada incidentalmente em uma ação em curso.

A aludida previsão vigente no art. 294<sup>14</sup> incide sobre os artigos 303 e 304 e resultam na possibilidade de haver o requerimento e a concessão da tutela antecipada (satisfativa) antecedente. A parte final do presente trabalho, tomando por base a previsão do art. 304, versará sobre a chamada estabilização da tutela antecipada requerida nos moldes do art. 303.

Eis que alcançamos o cerne do nosso trabalho, mas antes de verticalizarmos a abordagem sobre tema, o tópico seguinte apresenta-se como um convite para que bebamos um pouco do direito processual francês.

9 CALAMANDREI, Piero. Op. cit., p. 138.

10 Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. § 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. §3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. § 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento. § 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso. §7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

11 MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória e Julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**, 5. ed. rev., atual. e ampl. da obra Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p.23.

12 *In verbis*: “art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.”

13 MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 313.

14 *In verbis*: “Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.”

### 3. Os influxos da *procédure de référé*<sup>15</sup> francês na autonomização das tutelas de urgência do CPC/15.

As incompreensões que pairam sobre a estabilização dos efeitos da tutela antecipada satisfativa concedida em caráter antecedente nos levam aos primeiros passos do instituto, transportando-nos ao processo civil francês.

Ao enxergar o procedimento, como é articulado em sua origem, talvez entendamos que a “novidade” do nosso CPC/15 merece ser recebida com mais entusiasmo. Assim, propomos, a seguir, um breve apanhado histórico sobre o instituto do *référé* no âmbito do processo civil francês.

A ideia de autonomização da tutela de urgência remonta à história do processo civil francês, onde há a chamada *procédure de référé*, que é o conjunto de instrumentos voltados à efetivação das tutelas de urgência no *Code de procédure civile français*.

Inicialmente, é necessário que observemos como os franceses projetam suas atenções ao direito processual civil. Isso porque, diferentemente do que acontece no Brasil, “na França, o Processo Civil é considerado pela maioria dos aplicadores do Direito como inferior ao Direito material, a maioria não o tratando como Direito Processual Civil”. Além disso, lá, “as regras processuais são objeto de decretos e não de leis, portanto, de competência do Poder Executivo”<sup>16</sup>.

O presente ensaio limita-se a apontar três principais momentos, não pretendendo esgotar os conhecimentos sobre a história do processo civil francês: o primeiro trata da própria edição do Código de Processo Civil, em 1806; o segundo refere-se aos quatro decretos que, incorporados ao *Ancien Code de Procédure Civile*, formaram o *Nouveau Code de Procédure Civile*, em 1976, assim chamado até 2007; e o terceiro, em 2016, no qual, contemporâneo ao nosso CPC/15, foi instituído um Novo Código de Processo Civil.<sup>17</sup>

O instituto do *référé* nasceu em Paris, em resultado das práticas de um Tenente local e foi regulamentado pelo “l’edit royal de janvier 1685”, ou seja, sua primeira regulamentação surgiu a partir de um decreto, e, posteriormente, o antigo código de processo francês abarcou o instituto, nos artigos 806 a 812

(CPC 1806).<sup>18</sup>

Ao se debruçar a sobre os temas do instituto francês que se assemelha ao nosso procedimento de tutela antecipada antecedente, o jurista francês Paul Coche sugere que levemos em consideração em primeiro lugar a celeridade, para que depois pensemos na urgência. Assim, para o autor, “depois da celeridade, a urgência. Assim, passaremos naturalmente pelo estudo da matéria sumária acerca das medidas de *référé*”<sup>19</sup>

A concessão de provisórias atípicas por não estarem previstas pelo direito material, podem ser concedidas pelo juiz do *référé*, de que é expressivo exemplo a provisão alimentar de uma anciã que, vítima de um acidente rodoviário, há seis anos aguardava a decisão na jurisdição comum. Como o direito da vítima, segundo a avaliação do Presidente do Tribunal de Paris, não era “seriamente contestável”, concedeu-lhe o magistrado a pensão alimentar que, como facilmente se imagina, deve ter sido irreversível, mesmo que a demanda indenizatória viesse, afinal, a ser julgada improcedente. Estava-se, pois, ante um exemplo típico de prestação de tutela jurisdicional *satisfativa antecipada*. E definitiva.<sup>20</sup>

O escopo do *référé* está em possibilitar que decisões provisórias sejam efetivadas por meio de um procedimento simplificado e célere. Os dispositivos que regulamentam o referido procedimento no *Nouveau Code de Procédure Civile* estão em várias seções do diploma, mas expressam, sistematicamente, o interesse pela autonomia da medida provisória quando não houver interesse (ou, de outro lado, houver inércia) das partes em exaurir a cognição sobre o objeto litigioso.<sup>21</sup>

O *référé* é excepcional mesmo nos casos de urgência, especialmente pela dificuldade atribuída à eficácia da tutela fundada em cognição sumária. Trata-se de um procedimento oral e simplificado no qual há um juiz com competência específica para julgar e ordenar medidas provisórias de naturezas diversas.

Por essa razão, os franceses afirmam que o juiz do *référé* é um juiz único, e é, em regra, o presidente do

18 VINCENT, Jean. GUINCHARD, Serge. **Procédure civile**. Paris: Librairie Dalloz. 1981. p. 176.

19 Nas palavras do autor: “Après la célérité, l’urgence. Ainsi passe-t-on naturellement de l’étude de la matière sommaire à celle des *référés*.” CUCHE, Paul. **Petit traité de procédure civile et commerciale**. Paris: Librairie Dalloz. p. 407.

20 SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 6.

21 O *Nouveau Code de Procédure Civile* (2016) versa sobre as *référé* expressamente nos seguintes artigos: 484 a 492-1; 808 a 811; 848 a 850; 872 a 873-1; 893 a 896; 956 a 957.

15 O termo *procédure* significa “procedimento” e, em francês, é um substantivo feminino.

16 MARQUES, Luiz Guilherme. O processo Civil francês. In: Revista Emerj, digital, v. 13, nº 49, p. 80-139, 2010. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista49/revista49\\_sumario.htm](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/revista49_sumario.htm)>. Acesso em: 20 de abr. de 2016. p. 81-82.

17 MARQUES, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 83.

*tribunal civil*. No entanto, é possível que o juiz ao qual é atribuído o dever de julgar os processos de *référé*, delegue a tarefa ao chamado *vice-président*, que, neste caso, deve ser escolhido o juiz mais velho do âmbito de jurisdição do *référé*.<sup>22</sup>

Há ainda a possibilidade de um juiz de tribunal deferir a medida de *référé* no momento em que vislumbrar o preenchimento dos requisitos de cabimento quando a medida não se contraponha à matéria de contestação. A referida previsão encontra-se no artigo 848 do *Nouveau Code de Procédure Civile*<sup>23</sup>, *in verbis*:

Em todos os casos de urgência, o juiz do tribunal de instância pode, dentro dos limites de sua competência, ordenar provisoriamente todas as medidas que não se contraponham a uma contestação séria ou que justifiquem a existência de uma disputa.

Outra semelhança aparente está em que as medidas de urgência não possuem caráter taxativo, assim como acontece no Processo Civil Brasileiro:

As “*référé*” são inominadas, vale dizer, o juiz provê em *référé*, podendo determinar medidas de conservação, de reposição e até de superação de obstáculos à execução de sentença, toda vez que haja urgência e ausência de contestação séria (o que equivale ao “*fumus boni juris*”).<sup>24</sup>

Pela breve exposição que trouxemos até agora, temos que o instituto previsto nos mencionados artigos 303 e 304 do CPC/15 remonta à ideia historicamente preconizada, em especial, no direito francês. Dessarte, voltemos ao diploma brasileiro.

#### 4. Dos requisitos para a estabilização da eficácia da tutela concedida em caráter antecedente.

Como visto no tópico que versou sobre os aspectos gerais das tutelas de urgência, o CPC/15 unificou o regime jurídico das tutelas antecipadas (satisfativas) e das tutelas cautelares. No entanto, mantiveram-se conservadas as suas peculiaridades, em razão da própria natureza do direito a que se referem: ora a pretensão está na provisoriedade, ora na temporariedade.

O artigo 303 CPC/15 prevê o cabimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente quando a urgência for contemporânea à propositura

da ação; havendo a referida hipótese, concede ao autor a faculdade de elaborar uma petição inicial sucinta, com os elementos que o diploma legal apontou como obrigatórios.

Em uma análise panorâmica, temos que os requisitos de cabimento da tutela antecipada nos moldes do art. 303 (CPC/15) são: 1. a urgência contemporânea à propositura da ação; 2. O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Sobre a indicação do requisito que se refere à demonstração de “risco ao resultado útil do processo”, salientamos que, embora se trate de elemento tradicionalmente relacionado ao cabimento das medidas cautelares, enquadram-se, no art. 303, às hipóteses que versam sobre as medidas satisfativas, pois estão vinculados ao procedimento que viabilizou a referida concessão provisória.<sup>25</sup>

Em seguida, os parágrafos do art. 303 ocupam-se do trâmite procedimental após a distribuição da petição de tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

É oportuno observarmos que a referida petição é, mesmo em formatação sucinta, uma peça que visa a propositura de ação. Nesse sentido devemos levar em consideração a incidência dos dispositivos que tratam da petição inicial, especificamente os artigos 319 e 320 do CPC/15, no que forem pertinentes ao procedimento provisório.

Como fora observado acerca dos influxos do direito francês a respeito da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, vejamos o que menciona Antônio de Moura, *in verbis*:

A opção brasileira tem clara inspiração no direito francês e no direito italiano. A França, com o *référé*, é

25 Nesse sentido, bem apontam Eduardo José da Fonseca Costa, Roberto Campos Gouveia Filho e Ravi Peixoto, *in verbis*: “Além disso, não será estabilizável a decisão antecipatória de tutela pelo que ele é, mas sim pelo modo como foi processualizada. Em rigor, para ser estabilizável, a decisão antecipatória haverá de ter se submetido ao procedimento do art. 303, CPC/15, independentemente de, na prática, ela ter função satisfativa ou cautelar. Se o caso é de verdadeira cautelar, como as cauções por dano iminente (art. 1.280, CC, por exemplo), mas ela foi recepcionada como pedido de concessão de tutela satisfativa, pelo rito do mencionado artigo, ela, presentes os pressupostos, será estabilizada. Do contrário, uma verdadeira medida satisfativa, como a sustação de protesto (que consiste na eficácia mandamental da sentença com carga declaratória de inexistência de dívida), se processualizada pelo rito cautelar antecedente dos arts. 300 e segs., CPC/15, não poderá ser estabilizada. A estabilização está, pois, no meio processual, e não na essência da ação processualizada em si.” COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “**A estabilização e a imutabilidade das Eficácias Antecipadas**”; Justificando; disponível em: <http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>; acesso em: 04/01/2016.

22 CUCHE, Paul. Op. cit., p. 407.

23 Artigo 848 do *Nouveau Code de Procédure Civile* (2016): “Dans tous les cas d’urgence, le juge du tribunal d’instance peut, dans les limites de sa compétence, ordonner en *référé* toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l’existence d’un différend.”

24 MARQUES, Luis Guilherme. Op. cit., p. 120.

o principal objeto de comparação quando o assunto é a previsão de processos satisfativos autônomos e abreviados. Os franceses, sobretudo a partir da prática, perceberam que a sumariedade do procedimento não é geradora de instabilidade, pelo contrário, muitas vezes a atribuição de estabilidade às decisões provisórias satisfaz completamente as partes no plano fático.<sup>26</sup>

Ainda no art. 303, os parágrafos expõem o trâmite procedimental para quando houver deferimento do pleito antecipatório (§§ 1º a 5º) e também nos casos em que o juiz não vislumbrar o preenchimento dos requisitos para a concessão (§ 6º).

Mantendo-nos dentro da proposta ora fixada – qual seja, apreciar a estabilização da tutela antecipada antecedente – sigamos ao polêmico art. 304 do CPC/15. Nesse sentido, a tutela concedida nos moldes previstos no art. 303 poderá se tornar estável nos casos em que for preenchido o único requisito elencado no caput do art. 304: a não interposição do respectivo recurso.

O requisito exigido para que a decisão se torne estável é, a princípio, a inércia do réu quanto à utilização do instrumento apto à impugnação da decisão que concedeu a tutela antecipada requerida em caráter antecedente. Contudo, não é tão simples quanto parece.

A doutrina tem trazido inúmeras provocações em relação ao alcance do termo escolhido pelo legislador, pois há quem defenda a interpretação *lato sensu* do termo “recurso” a que se refere o diploma legal<sup>27</sup>. De outro lado, há quem opte pela estrita abrangência semântica, indicando apenas o recurso de agravo de instrumento como única ferramenta apta a impedir a estabilização da demanda provisória<sup>28</sup>.

A controvérsia doutrinária merece atenção. Previamente devemos compreender o escopo da aludida previsão legal para que depois possamos olhar na direção mais acertada.

Nesse sentido, defendemos que o propósito da estabilização está em oferecer às partes a faculdade de não avançar com a cognição exauriente sobre o objeto

litigioso. Assim, não há que falar em ônus, punição, sanção. Consideremos, sobretudo, a interpretação teleológica do fenômeno. Para tanto, qualquer das soluções para as dúvidas sobre a estabilização devem tomar como premissa o interesse, ou não, da parte em avançar para superar a cognição sumária, bem como a consequente condução do trâmite processual à ampla cognição, de modo a alcançar o que pode ser chamado de cognição exauriente.

Assim, tomando por premissa o referido interesse das partes, resolveríamos parte das dúvidas suscitadas, e nos restaria definir qual seria o termo final para oportunizar as manifestações do autor e do réu acerca da estabilização.

Saliente-se, nesse sentido, não importaria qual a natureza da peça que se destina à impugnação das alegações de fato trazidas no pleito provisório. A relevância concentrar-se-ia na vontade dela extraída. Cautelarmente, registre-se, entretanto, que não propomos o completo abandono ao formalismo no processo, tampouco a desconsideração dos juízos de admissibilidade, de validade e ou de legalidade necessários aos atos praticados no âmbito do processo.

Em outros termos, nos moldes ora apresentados, o agravo de instrumento – conhecido, ou não –, a contestação ou qualquer outra ferramenta demonstre resistência à estabilização, deveria revestir-se de aptidão para impedir a estabilização da decisão provisória que resulta dos artigos 303 e 304 do CPC/15.

Nesse sentido, oportuno é o apontamento de Érico Andrade e Dierle Nunes, *in verbis*:

Aqui surge um ponto interessante: a estabilização decorreria só da falta de apresentação do recurso, como indica a literalidade do art. 304 do novo CPC, ou se poderia estender a perspectiva em razão, por exemplo, de apresentação de pedido de suspensão de liminar previsto em lei especial (como é o caso de suspensão de liminar prevista nas Leis 8.437/92 e 9.494/97) ou de reclamação (art. 988, novo CPC)?<sup>29</sup>

Sobre a desnecessidade de haver a admissibilidade do referido recurso, Fredie Didier manifesta-se no sentido de que:

Embora o art. 304 do CPC fale apenas em não interposição de recurso, a inércia que se exige para a estabilização da tutela antecipada vai além disso: é necessário que o réu não se tenha valido de recurso nem

26 CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização.** Disponível em: <[https://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_tutela\\_antecipada\\_antecedente\\_tentativa\\_de\\_sistematiza%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o)> Acesso em: 02 de abr. de 2016.

27 Nesse sentido, conferir: MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., 2015. p. 316-318.

28 Esclarecendo: em encontro do Fórum Permanente de Processualistas civis, tivemos a oportunidade de debater sobre o tema e, na ocasião, o professor Alexandre Freitas Câmara defendeu a referida estrita abrangência do termo “recurso” previsto no art. 304 do CPC/15.

29 NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada.** MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4, p. 69-102.

de nenhum outro meio de impugnação da decisão.<sup>30</sup>

Assim, defendemos que o instrumento apto a constituir o obstáculo à estabilização da tutela antecipada antecedente deve se concentrar na manifestação processual das partes a respeito do interesse em conhecer com os atributos da cognição exauriente, o objeto litigioso, sem restringir a aferição do interesse em se insurgir apenas contra a apreciação do juiz acerca dos requisitos autorizadores da medida provisória.<sup>31</sup> Ressaltamos que a proposta ora apresentada não libera as partes da observância aos prazos processuais estabelecidos para a prática dos atos que sirvam ao impedimento da estabilização. Assim, manifestação de vontade direcionada ao impedimento da estabilização deve estar acompanhada do requisito da tempestividade.

### 5. A natureza dos efeitos da decisão estabilizada nos moldes do art. 304 do CPC/15.

Ao final do art. 304, o § 6º nos leva a outro aspecto polêmico do procedimento ora analisado - a natureza dos efeitos resultantes da estabilização:

“A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.”

Daí surgem mais questionamentos, dentre os quais, pontuamos três que interessam à proposta do presente ensaio: se a decisão se torna imutável, porque não faz coisa julgada? É possível tornar indiscutível uma decisão fundada em cognição sumária? Qual a natureza da eficácia da tutela antecipada antecedente?

Lembramos que este breve ensaio não comportaria a completa verticalização sobre tais temas, mas oferecemos, aqui, algumas provocações, para além da tímida pretensão de expor algumas reflexões.

A tradicional percepção acerca do instituto da coisa julgada naturalmente provoca certa resistência naqueles que se deparam com o art. 303. Isso porque a imutabilidade da decisão é elemento comumente

presente no conceito e nos efeitos da impossibilidade de se rediscutir a matéria que tenha sido alcançada pela coisa julgada. Assim, a receptividade de um instituto, a primeira vista, similar ao que já temos, tende a comparações que nos levariam, inevitavelmente, a equívocos insanáveis<sup>32</sup>.

Aceitemos, então, que o CPC/15 propõe a recepção de um novo paradigma! Embora não devamos abandonar, nunca, os bons e velhos pilares do processo civil – sobretudo no que tange os temas das tutelas de urgência – precisamos projetar um novo olhar sobre os nossos institutos processuais.

Nesse sentido, sob o enfoque de Eduardo José da Fonseca Costa, Roberto Campos Gouveia Filho e Ravi Peixoto:

A existência da coisa julgada teria por base o afastamento da relação entre coisa julgada material e a cognição exauriente, que não se adequaria ao CPC/2015. Como a coisa julgada seria tão somente o fenômeno que impede a (re)propositura de demandas que tenham por objetivo modificar anterior julgamento de mérito, este poderia ser encaixado na situação da tutela provisória não impugnada no período de dois anos.<sup>33</sup>

No entanto, ainda sobre a estabilização prevista no art. 304 do CPC/15, os referidos autores alertam que:

Não há qualquer indicação de que essa estabilização poderia se transformar em coisa julgada material após passados os dois anos da ação de revisão. A discussão, de fato, não deve passar pela (in)existência de cognição exauriente, uma vez que nada impediria que o legislador impusesse a produção da coisa julgada material nesse procedimento.<sup>34</sup>

É oportuna a lembrança da influência do direito francês sobre o instituto ora analisado, uma vez que o nosso diploma de processo civil propõe a autonomização de um procedimento que, sob a égide do CPC/73, era visto, exclusivamente, como parte acessória da demanda, sem vida própria. Assim, ao nos aproximar da *procédure de référé*, tivemos a oportunidade de adotar um novo instrumento para nos auxiliar a equalizar a celeridade, a urgência e a segurança jurídica.

30 DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador, JusPodivm, v. 2, 2015. p. 621.

31 Ademais, somam-se à observação aqui apresentada, as palavras de Antônio de Moura, nos seguintes termos: não se exige um processo principal exatamente porque não é o mérito que é perseguido no pedido de tutela provisória, as partes contentam-se com uma situação fática que estabiliza-se. CAVALCANTI CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura. Op. cit..

32 Sobre o tema, é pertinente colacionar os esclarecimentos de Eduardo José da Fonseca Costa, Roberto Campos Gouveia Filho e Ravi Peixoto: “Ocorre que, ante o trânsito em julgado (que integraliza o suporte fático da sentença: integralizar no sentido de atribuir algo a outro), exsurtem efeitos jurídicos específicos. Está-se, aqui, portanto, no âmbito da eficácia da coisa julgada, da qual são elementos a coisa julgada formal e a coisa julgada material. Ambas projetam uma indiscutibilidade (= característica daquilo que não pode ser discutido).” COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. Op. cit.

33 Ibidem

34 Ibidem

## Conclusão

O CPC/15 promoveu a autonomização das tutelas de urgência ao importar o instituto do *référé*, possibilitando que tanto o requerimento quanto a concessão da medida urgente aconteçam antes mesmo da tramitação do processo principal.

Foi possível destacar que o escopo do *référé* - paradigma do qual não podemos fugir em razão da originalidade - tem, em primeiro lugar, a preocupação com a efetividade da decisão jurisdicional, elevando a celeridade a um nível de relevância que supera a própria urgência.

Com a referida importação, alcançamos algumas soluções, tal como a autonomia das medidas provisória e temporária; a intensificação da força executiva das medidas de urgência; a celeridade no procedimento de concessão das medidas urgentes.

De outro lado, também nos deparamos com lacunas nas previsões legais e com consequentes controvérsias e instabilidade na doutrina processual.

Com a pretensão de esclarecer alguns aspectos trazidos ao presente ensaio, apresentados alguns dos polêmicos questionamentos sobre o tema, e defendemos: 1. Que o escopo do instituto previsto nos artigos 303 e 304 do CPC/15 é facultar às partes o interesse pela cognição exauriente do objeto litigioso da demanda, premissa que transforma o olhar sobre o procedimento ora analisado; 2. Para que não incidam os efeitos da estabilização sobre a decisão provisória, basta que uma das partes tenha se insurgido contra a aludida estabilidade, usando, para este fim, qualquer dos instrumentos processuais disponíveis à impugnação dos efeitos que resultem da aludida previsão legal.

## Referências

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil: segundo o novo código : estudos de direito civil**. 2.ed. Tradução: Douglas Dias Ferreira. Campinas, SP: Bookseller, 2003.

CAVALCANTI NETO, Antonio de Moura. **Estabilização da tutela antecipada antecedente: tentativa de sistematização**. Disponível em: <[https://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o\\_da\\_tutela\\_antecipada\\_antecedente\\_tentativa\\_de\\_sistematiza%C3%A7%C3%A3o](https://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o)> Acesso em: 02 de abr. de 2016.

COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEIXOTO, Ravi; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. “A estabilização e a imutabilidade das Eficácias Antecipadas”; Justificando; disponível em:

<http://justificando.com/2015/10/16/a-estabilizacao-e-a-imutabilidade-das-eficacias-antecipadas/>; acesso em: 04/01/2016.

CUCHE, Paul. **Petit traité de procédure civile et commerciale**. Paris: Librairie Dalloz.

DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador, JusPodivm, v. 2, 2015.

GUEDES, Lorena B. d’Almeida. **A tutela da evidência fundada nos precedentes judiciais**. In: Eduardo da Fonseca Costa; Mateus Costa Pereira; Roberto Campos Gouveia Filho. (Org.) Coleção Grandes Temas do novo CPC, v. 6: Tutela Provisória. 1ed.Salvador: JusPodivm, 2016, v. , p. 447-468.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Processo cautelar**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

\_\_\_\_\_. **Tutela antecipatória e Julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda**, 5. ed. rev., atual. e ampl. da obra Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MARQUES, Luiz Guilherme. O processo Civil francês. In: Revista Emerj, digital, v. 13, nº 49, p. 80-139, 2010. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista49/revista49\\_sumario.htm](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista49/revista49_sumario.htm)>. Acesso em: 20 de abr. de 2016.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. **Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o mistério da ausência de formação da coisa julgada**. MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (coord.). Doutrina Seleccionada: Procedimentos Especiais, Tutela Provisória e Direito Transitório. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 4.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: processo de execução e processo cautelar**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VINCENT, Jean. GUINCHARD, Serge. **Procédure civile**. Paris: Librairie Dalloz. 1981.

# O JUIZ PODE SE RETRATAR DA SENTENÇA PROFERIDA? O CASO DA APELAÇÃO INTEMPESTIVA E A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PARA O SEU JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

## Rosalina Freitas Martins de Sousa

Doutoranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Especialista em Direito Privado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE. Graduada em Direito e em Administração de Empresas. Assessora Técnica Judiciária de Desembargador de Tribunal de Justiça de Pernambuco. Professora de Direito Processual Civil no Estado de Pernambuco, em cursos de graduação e pós graduação.

### 1. Introdução: delimitando o objeto do presente texto

O CPC/2015, na esteira do que previa o CPC/1973, traz a regra da inalterabilidade da sentença, segundo a qual, publicada a sentença, o juiz não pode dela se retratar. Mesmo que a parte insatisfeita interponha o correspondente recurso de apelação, atacando a sentença proferida, não pode o magistrado, em todo e qualquer caso, dela se retratar. A missão de reanalisar a sentença cabe ao tribunal.

Sob a égide do CPC/1973, o magistrado, acaso interposto recurso de apelação pela parte insatisfeita, estava autorizado a se retratar da sentença proferida em dois casos: quando indeferisse a petição inicial (art. 296) e quando julgasse pela improcedência liminar do pedido (art. 285-A).

O CPC/2015 ampliou as hipóteses em que o juiz pode se retratar da sentença proferida. Além das hipóteses que já eram previstas, passou o diploma em vigor a admitir que, interposto recurso de apelação, o juiz, ao tomar conhecimento das razões recursais, pode se retratar em todos os casos de extinção do processo sem resolução de mérito. Ampliaram-se, portanto, as hipóteses de exercício do juízo de retratação da sentença proferida.

Por outro lado, com o advento do CPC/2015, as regras relacionadas à admissibilidade da apelação também restaram modificadas.

Quando vigorava o CPC/1973, a apelação era interposta perante o juízo de primeiro grau, a quem cabia realizar o juízo prévio de admissibilidade do recurso. Presentes os requisitos de admissibilidade, o magistrado declarava os efeitos em que recebia o apelo, e, depois de providenciada a intimação da parte apelada para responder ao recurso interposto,

encaminhava os autos para o tribunal, que, antes de apreciar o mérito recursal, fazia um novo juízo de admissibilidade.

Verificando o magistrado de primeiro grau, por exemplo, logo num primeiro momento, que a apelação não tinha sido interposta no prazo legal, caberia a ele inadmiti-la, por ausência do requisito objetivo da tempestividade. Por outro lado, presentes os requisitos de admissibilidade, podia o juiz de primeiro grau, nas hipóteses expressamente previstas (indeferimento da inicial e improcedência liminar), se retratar da sentença proferida. A possibilidade de retratação da sentença coincidia com o momento em que o magistrado realizava o juízo de admissibilidade do apelo.

No CPC/2015, não há mais a repartição do juízo de admissibilidade da apelação. O órgão que proferiu a decisão, não mais exercerá a admissibilidade, nos termos do art. 1.010, §3º.

O recurso continua sendo endereçado ao órgão *a quo*, mas ele não fará a admissibilidade, se limitando a processar a irresignação, com a intimação da parte contrária para ofertar contrarrazões. Em seguida, os autos são encaminhados ao tribunal, a quem competirá o juízo de admissibilidade do recurso interposto.

Diante desse desenho normativo, alguns questionamentos surgem. Poderia o juiz de primeiro grau se retratar da sentença, mesmo verificando que o apelo está intempestivo? Já que, no novo diploma, não será o magistrado de primeiro grau que realizará a admissibilidade do apelo, como compatibilizar as regras que permitem ao juiz a retratação da sentença com as regras relacionadas à admissibilidade da apelação? É preciso que o recurso de apelação interposto seja tempestivo para que o magistrado de primeiro grau possa se retratar da sentença proferida?

É com base nas perguntas formuladas que se irá

tratar das hipóteses em que o juiz de primeiro grau pode se retratar da sentença proferida e do novo regime de processamento do recurso de apelação, para, ao final, responder aos questionamentos formulados.

## 2. A regra da inalterabilidade e os casos em que o magistrado pode se retratar da sentença proferida

O CPC/2015, na esteira do que previa o CPC/1973, consagrou a regra da inalterabilidade da sentença. De acordo com o seu art. 494<sup>1</sup>, depois de publicada a sentença, não pode o magistrado alterá-la ou dela se retratar.

De fato, a possibilidade de o juiz se retratar de sentença já proferida, depois de ela ganhar existência jurídica, deve ser vista com certa reserva, sob pena de causar prejuízos à própria prestação jurisdicional. Trata-se de “veto à revogação da própria sentença”<sup>2</sup>, constituindo hipótese de “preclusão consumativa para o juiz”<sup>3</sup>.

Não obstante a regra seja a inalterabilidade, em algumas situações, é permitido que o juiz se retrate da sentença anteriormente prolatada.

A propósito, considera-se de grande valia conhecer o significado gramatical do termo “retratar”, pelo que se socorre, para este fim, dos verbetes do vocábulo constante do dicionário organizado por Aurélio Buarque de Holanda:

Retratar. [Do lat. *retractare*, ‘puxar para trás’.] V. t. d. 1. Retirar (o que se disse); dar como não dito: *A justiça obrigará os caluniadores a retratarem as acusações*. 2. Tornar a tratar (um assunto): *Não retrataremos propostas estudadas e recusadas*. P. 3. Retirar o que disse; desdizer-se: *O acusador retratou-se*. 4. Confessar que errou, que procedeu mal: *O orgulhoso jamais se retrata*. [Pres. subj.: *retrate, retrates, retrate, retratemos, retrateis, retratem*. Cf. *retráteis*, pl. de *retrátil*.]<sup>4</sup>

Em alguns casos, portanto, o magistrado pode “puxar para trás”; pode “dar como não dito”; pode “tornar a tratar” da sentença anteriormente proferida;

1 CPC/2015, art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexistências materiais ou erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.

2 MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 444.

3 Idem, *ibidem*.

4 HOLANDA, Aurélio Buarque de. Novo dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro, 2. ed., 1986, p. 1502.

pode, enfim, “desdizer-se”.

Sob a égide do CPC/1973, o magistrado podia se retratar da sentença de indeferimento da petição inicial, nos termos do art. 296<sup>5</sup> e daquela prolatada nos casos de improcedência liminar, escorada no art. 285-A<sup>6</sup>. Para cada um dos casos, tinha-se um procedimento distinto no processamento de eventual recurso de apelação interposto.

Tanto no CPC/1973, quanto no CPC/2015, o indeferimento da petição inicial encerra hipótese de extinção do processo sem resolução de mérito (CPC/1973, art. 267, I e CPC/2015, art. 485, I). Por outro lado, ao julgar com base no art. 285-A do CPC/1973, que corresponde ao art. 332 do CPC/2015, o magistrado extingue o processo com resolução meritória, já que decide pela improcedência do pedido do autor (CPC/1973, art. 269, I e CPC/2015, art. 487, I).

Fora dessas hipóteses, pelo menos enquanto vigorava o CPC/1973, interposto o recurso de apelação para atacar a sentença proferida, não se abria a possibilidade do exercício do juízo de retratação pelo órgão judicial, cabendo ao magistrado tão somente realizar o juízo prévio de admissibilidade do apelo, declarar seus efeitos, e, depois de providenciada a intimação da parte apelada para responder ao recurso interposto, se assim fosse o caso, encaminhar os autos para o Tribunal, tudo na conformidade do art. 518 do CPC/1973<sup>7</sup>.

O Superior Tribunal de Justiça, sob a vigência do CPC/1973, também entendia que o juízo de retratação da sentença apenas tinha lugar nos casos de indeferimento da inicial, na forma do art. 296 do CPC; ou improcedência liminar, nos termos do art. 285-A do CPC<sup>8</sup>.

5 CPC/1973. Art. 296. Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultado ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, reformar sua decisão. Parágrafo único. Não sendo reformada a decisão, os autos serão imediatamente encaminhados ao tribunal competente.

6 CPC/1973. Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

7 CPC/1973, Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder. § 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. § 2º Apresentada a resposta, é facultado ao juiz, em cinco dias, o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso.

8 A esse respeito, conferir o inteiro teor dos seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no AREsp 598.395/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 26/06/2015; AgRg no AREsp 290.919/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 21/03/2013, DJe 09/05/2013.

### 3. O CPC/2015 e a ampliação das hipóteses em que o magistrado pode se retratar da sentença proferida.

Como se disse acima, o CPC/2015 mantém, em seu art. 494, a regra da inalterabilidade da sentença, tal como prevista no art. 463 do CPC/1973. Continua também permitindo a retratação da sentença que indeferir a petição inicial (art. 331, que corresponde ao art. 296 do CPC/1973) e daquela que julgar pela improcedência liminar do pedido, nos termos do art. 332, correspondente ao art. 285-A do CPC/1973. Mas, para além disso, o diploma processual em vigor, desde que interposto recurso de apelação, autoriza a retratação de todas as sentenças de extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do seu art. 485, § 7º.

O CPC/2015, portanto, amplia, sobremaneira, as hipóteses em que o juiz pode se retratar da sentença proferida, já que, além do indeferimento da inicial e da improcedência liminar, como já previstos no CPC/1973, também considera possível o exercício do juízo de retratação nos casos em que o magistrado extingue o processo sem resolução de mérito, nas seguintes hipóteses: a) quando o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; b) quando o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias, por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir; c) quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; d) quando se reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; e) quando se verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; f) quando for acolhida a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; g) quando for homologada a desistência da ação; h) quando, em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e, i) nos demais casos prescritos no Código.

E a ampliação do rol de hipóteses em que pode ser exercido o juízo de retratação tem uma razão de ser. As regras processuais que regem o processo civil

brasileiro devem balizar-se pelo primado da análise do mérito. O juiz, sempre que possível, deve superar vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção. Essa é a norma que deve ser extraída do texto previsto no art. 4º do CPC/2015, segundo o qual, “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”<sup>10</sup>.

Nesse passo, extinto o processo sem resolução de mérito, a apelação interposta pelo autor confere ao juiz a possibilidade de se retratar, no prazo de cinco dias (CPC/2015, art. 487, § 7º), com vistas ao julgamento do mérito.

É oportuno registrar que, sob a égide do CPC/1973, o procedimento previsto para o recurso de apelação interposto com base no art. 296 do CPC/1973 (caso de indeferimento da petição inicial), apresentava três características, quais sejam: 1) não havia contrarrazões; 2) o juiz podia retratar-se; e, 3) no julgamento pelo tribunal, dispensava revisor, nos termos do art. 551 do CPC/1973, §3º<sup>11</sup>.

O CPC/2015 implementou mudanças em relação a esse ponto. Interposta apelação da sentença que indeferiu a petição inicial, diferentemente do que ocorria sob a vigência do Código Buzaid, deve o juiz determinar a citação do réu para responder ao recurso, nos termos do art. 331, §1º. Alterando em relação ao CPC de 1973, o diploma em vigor determina a citação do réu para, querendo, ofertar contrarrazões ao recurso. O magistrado, no entanto, continua podendo exercer o juízo de retratação, conforme previsto no § 7º do art. 485 do CPC/2015.

Por outro lado, quando extinguiu o processo com base no art. 285-A do CPC/1973, eventualmente interposta a apelação, o juiz: 1) poderia se retratar da sentença proferida; 2) não exercida a retratação pelo magistrado, o réu seria citado para responder ao recurso; e, 3) aportando no tribunal, a apelação, além do relator, se submeteria à revisão no tribunal.

No CPC/2015 o regime é diverso, conforme se verifica do Art. 332, §4º, que estabelece o regramento para o caso de sentença de improcedência liminar do pedido: “Se houver retratação, o juiz determinará o

9 CPC/2015, Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I – indeferir a petição inicial; II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes; III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias; IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; V – reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; VIII – homologar a desistência da ação; IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e X – nos demais casos prescritos neste Código. § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

10 A respeito do princípio da primazia do julgamento do mérito, conferir a coluna “OPINIÃO - 49”, disponível no site do professor Leonardo Carneiro da Cunha. Disponível em: <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinioao/opinioao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>. Acesso em 27 dez. 2015.

11 CPC/1973, Art. 551. Tratando-se de apelação, de embargos infringentes e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor. § 1º Será revisor o juiz que se seguir ao relator na ordem descendente de antiguidade. § 2º O revisor aporá nos autos o seu «visto», cabendo-lhe pedir dia para julgamento. § 3º Nos recursos interpostos nas causas de procedimentos sumários, de despejo e nos casos de indeferimento liminar da petição inicial, não haverá revisor.

prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.”

O CPC/2015, portanto, unifica o regime: em todas as sentenças através das quais o juiz declara a extinção do processo sem resolução de mérito<sup>12</sup> será possível a retratação. Também é permitida a retratação no caso de improcedência liminar (extinção com resolução de mérito): o juiz poderá se retratar da sentença proferida. Nas hipóteses de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar, em não havendo juízo de retratação da sentença, imprescindível a citação do réu para responder ao recurso. Haverá, pois, prazo para o réu, querendo, apresentar suas contrarrazões ao recurso interposto. E tem mais: o CPC/2015, para todos os casos, aboliu a figura do revisor.

Fixadas essas linhas basilares, cumpre analisar as mudanças relativas à admissibilidade do recurso de apelação, de modo a verificar como se dará eventual retratação da sentença e se tal expediente seria permitido caso a apelação fosse intempestivamente oferecida.

#### **4. O regime de admissibilidade da apelação no CPC/2015: o controle da admissibilidade da apelação será feito exclusivamente pelo órgão *ad quem***

Quando vigorava o CPC/1973, a apelação era interposta perante o juízo de primeiro grau, a quem caberia, nos termos do art. 518, realizar o juízo prévio de admissibilidade do recurso.

Presentes os requisitos de admissibilidade, o magistrado declarava os efeitos em que recebia o apelo, e, depois de providenciada a intimação da parte apelada para responder ao recurso interposto, encaminhava os autos para o Tribunal, tudo na conformidade do art. 518 do CPC/1973.

Verificando o magistrado de primeiro grau, por exemplo, que a apelação não tinha sido interposta dentro do quinquídio legal<sup>13</sup>, caberia ao órgão julgador inadmiti-la, por ausência do requisito objetivo da tempestividade.

12 O juiz deve envidar esforços para não extinguir o processo sem resolução de mérito. Deve, aplicando o princípio da primazia do julgamento do mérito, concretizar regras que afastam vícios, que superam irregularidades, que permitem a análise do mérito.

13 CPC/1973, art. 508. Na apelação, nos embargos infringentes, no recurso ordinário, no recurso especial, no recurso extraordinário e nos embargos de divergência, o prazo para interpor e para responder é de 15 (quinze) dias. No CPC/2015: Art. 1.003. § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

Ainda nos termos do CPC/1973, especificamente na parte final do art. 522, da decisão que inadmitisse o apelo, poderia a parte inconformada interpor o recurso de agravo de instrumento.

No CPC/2015, não mais há essa repartição do juízo de admissibilidade da apelação, em juízo de admissibilidade provisório, levado a efeito pelo juízo *a quo*, e juízo de admissibilidade definitivo, feito pelo juízo *ad quem*. O órgão que proferiu a decisão, não mais exercerá a admissibilidade, nos termos do art. 1.010, §3º<sup>14</sup>.

O recurso continua sendo endereçado ao órgão *a quo*, mas ele não fará a admissibilidade, se limitando a processar a irresignação, com a intimação da parte contrária para ofertar contrarrazões. Em seguida, os autos são encaminhados ao tribunal, a quem competirá o juízo de admissibilidade do recurso interposto.

Acaso o órgão *a quo* exerça a admissibilidade, estará ele usurpando da competência do tribunal, e, portanto, estará sujeito à reclamação constitucional.

De fato, com a entrada em vigor do CPC/2015, o magistrado de primeiro grau perdeu a competência para exercer juízo de admissibilidade da apelação. A apreciação dos requisitos de admissibilidade do recurso passou a ser de competência exclusiva do tribunal.

É justamente pelo fato de o juiz não ter mais competência para tratar de nenhum pedido referente ao apelo interposto, que o CPC/2015 previu em seu texto que:

Art. 1.012, §3º - O pedido de concessão de efeito suspensivo nas hipóteses do § 1º poderá ser formulado por requerimento dirigido ao: I – tribunal, no período compreendido entre a interposição da apelação e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-la (esse pleito pode ser formulado por medida cautelar ou simples pedido); II – relator, se já distribuída a apelação.”

Considerando, no entanto, que de acordo com o CPC/2015, o controle da admissibilidade da apelação será feito exclusivamente pelo órgão *ad quem*, incumbindo seu exame, em primeiro lugar, ao relator (a quem cabe, monocraticamente, negar seguimento a recursos inadmissíveis, nos termos do art. 932, III

14 CPC/2015. Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà: I – os nomes e a qualificação das partes; II – a exposição do fato e do direito; III – as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade; IV – o pedido de nova decisão. § 1º O apelado será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias. § 2º Se o apelado interpuser apelação adesiva, o juiz intimará o apelante para apresentar contrarrazões. § 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

do CPC/2015), e, posteriormente, ao órgão colegiado, tem-se que não mais será possível ao juiz de primeiro grau fazer um controle da tempestividade da apelação.

E aí está justamente o ponto crucial do presente texto: 1) considerando que, de acordo com o CPC/2015, a apelação continua sendo interposta perante o juiz de primeiro grau; 2) considerando que, nos termos do novo diploma, o juiz de primeiro grau não mais fará o juízo de admissibilidade da apelação, sob pena de usurpação de competência; 3) considerando a possibilidade de o magistrado *a quo*, nas hipóteses legalmente previstas, se retratar da sentença proferida, tendo o CPC/2015, inclusive, ampliado as hipóteses em que essas situações podem ocorrer, indaga-se: pode o magistrado se retratar mesmo quando verificar que a apelação está intempestiva?

### 5. Conclusão: a impossibilidade de o juiz se retratar da sentença quando intempestivo o recurso de apelação

Conforme analisado, tendo sido proferida sentença de extinção do processo sem resolução de mérito ou nos casos de improcedência liminar do pedido, a interposição de recurso de apelação torna possível o exercício do juízo de retratação pelo magistrado de primeiro grau.

Também como analisado anteriormente, de acordo com o CPC/2015, o controle da admissibilidade da apelação será feito exclusivamente pelo órgão *ad quem*, incumbindo seu exame, em primeiro lugar, ao relator (a quem cabe, monocraticamente, negar seguimento a recursos inadmissíveis, nos termos do art. 932, III do CPC/2015), e, posteriormente, ao órgão colegiado. Não mais será possível ao juiz de primeiro grau fazer um controle da admissibilidade da apelação.

No entanto, mesmo não mais estando autorizado decidir a respeito da admissibilidade da apelação, deve o magistrado verificar se o recurso fora interposto tempestivamente.

Nesse sentido é o entendimento da doutrina:

Da sentença que extingue o processo sem resolução do mérito cabe apelação. Essa apelação possui um efeito peculiar: permite o juízo de retratação, pelo órgão jurisdicional, no prazo de cinco dias (art. 485, §7º, CPC). e já estiver no processo, o réu tem o direito de apresentar contrarrazões à apelação; nesse caso, não pode o juiz retratar-se sem antes ouvir o réu (art. 9º, CPC). O juiz não tem competência para proceder ao juízo de admissibilidade da apelação – função exclusiva do tribunal. Mas o juiz não pode retratar-se,

se a apelação for intempestiva – estaria, nesse caso, revendo uma decisão transitada em julgado. Diante de apelação intempestiva, o juiz deve limitar-se a não retratar-se (a intempestividade da apelação pode ser o único fundamento da decisão de não retratação) e remeter a apelação ao tribunal, a quem compete decidir pelo não conhecimento do recurso, se for o caso. O juiz não tem competência para inadmitir a apelação, frise-se.<sup>15</sup>

O tempo do ato processual é circunstância exterior ao ato em si, e, por isso, não condiciona sua regular constituição, mas sim seus efeitos. Assim, não é correto tornar o tempo como requisito de validade de forma do ato, mas, sim, como fator de sua eficácia<sup>16</sup>. Também não é correto entender que ato praticado fora do prazo é ato inexistente<sup>17</sup>.

Ato intempestivo é, em princípio, ato ineficaz<sup>18</sup>. Quando fixados os prazos, sob pena de preclusão temporal, seu decurso torna absolutamente inúteis os atos realizados depois.

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que uma apelação interposta intempestivamente, não abrirá a possibilidade do juízo de retratação.

A legislação prevê apenas que a parte interessada provoque o magistrado por apelação contra a sentença proferida, sendo que este tem a faculdade de se retratar da sentença já prolatada e dar prosseguimento regular ao feito. Ainda que não seja expresso o pedido nas razões de apelação ou na petição de interposição do recurso, o magistrado pode realizar a retratação, por ser esta uma sua faculdade. A não utilização da faculdade de retratação da sentença acarretará o prosseguimento do recurso de apelação da parte interessada.

Entretanto, se está-se diante de ato ineficaz, porque exercido o ato de recorrer fora do prazo, não há se falar na possibilidade de se retratar da sentença, já que é através do recurso – então considerado intempestivo – que essa faculdade se torna possível. Essa lógica se aplica tanto no CPC/1973 como no CPC/2015.

A intempestividade, portanto, é um vício capaz de levar à inadmissibilidade do recurso que se reputa absolutamente insanável e, pois, se a apelação tiver sido interposta fora do prazo previsto, reputa-

15 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. Bahia: Juspodivm. 2015, p. 709.

16 MARTINS, Sandro Gilbert. Processo, procedimento e ato processual. O plano da eficácia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 111.

17 GONÇALVES, Aroldo Plínio. Nulidades do processo. Rio de Janeiro: Aide, 2000, p. 75.

18 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. II, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 608.

-se já transitada em julgado a sentença. Assim, sendo intempestiva a apelação, não há se falar em juízo de retratação da sentença.

A lamentar, apenas, não se ter autorizado o juízo de primeiro grau a fazer um controle da tempestividade da apelação (que ele não pode fazer nem os casos em que exerce juízo de retratação, limitando-se, nesta hipótese, a afirmar que deixa de se retratar por ser intempestivo o recurso, mas ainda assim, determinando a remessa dos autos ao tribunal). Nos termos do que consta do CPC, apelações manifestamente intempestivas – muitas vezes interpostas com finalidade exclusivamente protelatória – poderão via a ser oferecidas, caso em que não poderá o juízo de primeiro grau deixar de recebê-las, só sendo permitido ao relator, no tribunal de segunda instância, proferir juízo negativo de admissibilidade.<sup>19</sup>

A propósito, sobre essa exata questão, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC aprovou o enunciado nº 293, vazado nos seguintes termos: “(arts. 331, 332, § 3º, 1.010, § 3º) Se considerar intempestiva a apelação contra sentença que indefere a petição inicial ou julga liminarmente improcedente o pedido, não pode o juízo *a quo* retratar-se.”<sup>20</sup>

Por todo o exposto, algumas conclusões podem ser lançadas, em resposta às perguntas formuladas na introdução do presente artigo:

1) Na realidade do CPC/2015, pode o juiz de primeiro grau se retratar da sentença mesmo verificando que o apelo está intempestivo?

Verificando a intempestividade do apelo, mesmo que fosse o caso de se retratar, não poderia o magistrado assim proceder, sob pena de infringir a coisa julgada. A apelação interposta intempestivamente é ato ineficaz. Por outro lado, como também não lhe é permitido realizar um juízo prévio de admissibilidade, compete ao juiz, impedido que está de exercer o juízo de retratação, ante a intempestividade do recurso, se limitar a encaminhar os autos ao Tribunal.

2) Já que no CPC/2015 não mais incumbirá ao magistrado *a quo* realizar a admissibilidade do apelo, como compatibilizar a possibilidade de retratação da sentença com a intempestividade do recurso?

A questão relaciona-se apenas ao momento processual de realização do juízo de retratação, se concomitante – ou não – à admissibilidade do recurso.

Sob a égide do CPC/1973, a possibilidade de retratação coincidia com o momento em que o magistrado estaria realizando o juízo de admissibilidade do apelo. No CPC/2015, por outro lado, o magistrado não mais cuidará de decidir a respeito dos requisitos de admissibilidade da apelação, incumbência reservada, agora, ao tribunal. Vislumbrando a possibilidade de se retratar da sentença proferida, o magistrado deve, antes de qualquer coisa, averiguar sua tempestividade. Verificando que o recurso fora interposto fora do prazo previsto, deve se limitar a afirmar que deixa de se retratar por ser intempestivo o recurso, mas, ainda assim, determina a remessa dos autos ao tribunal.

## Referências

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 12 ed. Bahia: Juspodivm. 2014.

\_\_\_\_\_. **Princípio da primazia do julgamento do mérito**. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-49-principio-da-primazia-do-julgamento-do-merito/>>. Acesso em 27 dez 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 17 ed. Bahia: Juspodivm. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. II, São Paulo: Malheiros, 2001.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira 1986.

MARTINS, Sandro Gilbert. **Processo, procedimento e ato processual**. O plano da eficácia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

19 CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 513.

20 Disponível em <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf> Acesso em 06 mar. 2016.

## O CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHECE A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PELA FAZENDA PÚBLICA NO CPC/2015

### Marco Aurélio Ventura Peixoto

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília - UNB. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro. Associado Fundador da ANNEP - Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo. Professor Honorário da Escola Superior de Advocacia – ESA-OAB/PE. Professor de Direito Processual Civil da Graduação da Faculdade Estácio do Recife e das Pós-Graduações da Faculdade Estácio do Recife, Facesf e Espaço Jurídico. Advogado da União. Vice Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia – ESA-OAB/PE.

### Renata Cortez Vieira Peixoto

Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP e Especialista em Direito Processual Civil (2005) pela mesma Universidade. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo - ANNEP. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual - ABDPro. Professora de Direito Processual Civil da Graduação do Centro Universitário Maurício de Nassau - UNINASSAU e das Pós-Graduações da UNINASSAU, Faculdade Estácio do Recife, Facesf e Espaço Jurídico. Professora da Escola Superior de Advocacia de Pernambuco - ESA-PE. Assessora Técnica Judiciária de Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE. Idealizadora do site [inteiroteor.com.br](http://inteiroteor.com.br).

### 1. Introdução

Dentre as prerrogativas processuais inerentes à atuação da Fazenda Pública<sup>1</sup> em juízo, destaca-se o regime próprio das execuções para pagamento de quantia certa contra os entes que a compõem.

E não poderia ser diferente, tendo em conta as particularidades que envolvem as pessoas jurídicas de direito público, que não suportariam se submeter ao mesmo procedimento aplicável às execuções comuns.

Se a execução se caracteriza, basicamente, pela invasão legítima e forçada sobre o patrimônio do devedor, a fim de lhe retirar bens com o objetivo de fazer valer um direito pré-afirmado em título judicial ou extrajudicial, por inúmeras razões – mas notadamente por serem públicos os bens que compõem o acervo patrimonial da Fazenda Pública – não se poderia co-

gitar de sua apreensão, penhora e expropriação, com vistas à satisfação de seus credores.

Estão instalados nos bens pertencentes à Fazenda Pública não apenas os órgãos, mas também escolas, creches, postos de saúde, hospitais, delegacias, dentre outros, de modo que a própria continuidade dos serviços públicos disponibilizados à população restaria ameaçada caso houvesse a sujeição ao rito comum das execuções.

No entanto, ainda que se considere o interesse público como elemento justificador de um regime diferenciado para as execuções contra a Fazenda Pública, não são poucas as críticas advindas dos mais diversos setores em relação a tal prerrogativa. A maioria das críticas reside exatamente no regime de pagamento dos débitos judiciais da Fazenda Pública, feito mediante precatórios, conforme prescrição do art. 100 da Constituição Federal, e que geram, não raras vezes, um atraso ainda maior na efetiva prestação jurisdicional.

A execução contra a Fazenda Pública, prevista no Código de Processo Civil de 1973 em seus arts. 730 e 731, não restou esquecida no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015).

1 No presente artigo, entende-se que a expressão Fazenda Pública abrange: a) os entes da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); b) as autarquias e fundações públicas, exceto, quanto às primeiras, se exercerem atividade privada (econômica); c) as empresas públicas e as sociedades de economia mista, se desempenharem serviço público próprio do Estado; d) as agências reguladoras; e) os consórcios criados sob a forma de associações públicas; f) e os conselhos de fiscalização profissional.

Em tal lei, dita espécie de execução continua com regime próprio e diferenciado, mas há algumas modificações pontuais importantes, notadamente no tocante à efetivação dos títulos judiciais, que não mais se fará por meio de processo autônomo, mas mediante cumprimento de sentença, como etapa posterior ao término da fase de conhecimento.

Buscar-se-á, portanto, no artigo presente, discurrir sobre os aspectos atinentes ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, discutindo-se as questões doutrinárias e jurisprudenciais relevantes sobre o tema e, fundamentalmente, analisando-se o cenário que se desenha com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

## 2. Razões justificadoras do regime próprio e diferenciado para a execução contra a Fazenda Pública.

A Constituição Federal de 1969 já apresentava previsão específica para os pagamentos devidos pela Fazenda Pública em seus variados níveis, nos termos abaixo:

*Art. 117. Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, estadual ou municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos extra-orçamentários abertos para esse fim.*

*§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento dos seus débitos constantes de precatórios judiciais, apresentados até primeiro de julho.*

*§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente. Caberá ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor preterido no seu direito de precedência, ouvido o chefe do Ministério Público, o sequestro da quantia necessária à satisfação do débito.*

Não foi diferente a preocupação do constituinte de 1988. No texto atual, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública devem se limitar ao teto previsto nos respectivos orçamentos aprovados pelo Poder Legislativo. Desse modo, tais débitos somente podem ser saldados se o montante devido estiver previamente incluído no orçamento do respectivo órgão. Assim, a Constituição Federal de 1988 estatuiu dita prescrição

no art. 100, de modo ainda mais específico.

Evidentemente, em atenção ao mandamento constitucional, existente, como visto, já na Constituição anterior, o legislador processual precisava estabelecer, como de fato o fez, regime próprio e diferenciado para as execuções movidas contra a Fazenda Pública. E isso restou tratado nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil de 1973<sup>2</sup>, assim como nos arts. 531 e 532 do novo CPC, que serão mais adiante tratados.

As regras próprias indicadas na legislação processual para a execução contra a Fazenda Pública decorrem de sua situação peculiar, pondo-se em relevo, nos dizeres de Leonardo Carneiro da Cunha, a própria instrumentalidade do processo, na medida em que as exigências de direito material na disciplina das relações jurídicas que envolvem a Fazenda Pública influenciam e ditam as regras processuais<sup>3</sup>.

Aponta-se, portanto, a causa desse procedimento especial no regime dos bens de domínio nacional e do patrimônio administrativo<sup>4</sup>. Assim, não há por que se pensar em invasão do patrimônio e constrição imediata dos bens públicos.

Se nos termos da legislação civil e administrativa, os bens de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, há de se compreender também por impenhoráveis. Por seu turno, os bens públicos dominicais, que são aqueles integrantes do patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, previstos no art. 99, inciso III, do Código Civil, e os das pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado, indicados no art. 99, parágrafo único do mesmo diploma, apesar de alienáveis, não são passíveis de penhora, já que cabe apenas à lei a sua desafetação e a autorização para alienação.

Dessa forma, tal impenhorabilidade torna a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública completamente distinta da execução comum, na qual se penhoram e se expropriam bens do devedor, via

2 Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

3 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 321.

4 DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. **Sobre o sequestro constitucional**. In **Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva**. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 14.

adjudicação, alienação por iniciativa particular, alienação em hasta pública ou usufruto de bem móvel ou imóvel, com vistas à satisfação do crédito<sup>5</sup>.

Em verdade, esse regime peculiar é mais uma das prerrogativas processuais inerentes à atuação da Fazenda Pública em juízo. É bem sabido que não são poucas as críticas por vezes ácidas da doutrina em relação ao tratamento diferenciado. É de se convir que não se deve encarar prerrogativas conferidas pela Constituição ou por lei como privilégios, já que há uma razão de ser, que é exatamente a proteção do interesse público primário, sendo razoável e atendendo plenamente ao interesse público<sup>6</sup>.

Depreende-se, pois, que as prescrições constitucionais e legais atinentes ao regime especial para a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública nada mais fazem senão proteger o próprio cidadão. Por um lado, a impossibilidade de penhora/construção imediata dos bens públicos impede prejuízos à continuidade dos serviços públicos eventualmente prestados. De outra sorte, o regime de pagamento por precatórios protege o orçamento do respectivo ente e, por via de consequência, a própria execução das políticas públicas.

### 3. A inaplicabilidade do regime de cumprimento de sentença quanto às obrigações de pagar no que concerne à Fazenda Pública na vigência do CPC de 1973.

As decisões condenatórias de pagar quantia demandavam a propositura de uma ação autônoma executiva até a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, que, finalmente, introduziu no CPC/73 o modelo do cumprimento de sentença, tornando o processo *sincrético*: havendo sentença condenatória de pagar quantia, desnecessária a instauração de um processo de execução após o trânsito em julgado; ao término da fase de conhecimento, será iniciada a *fase executiva ou satisfativa*, de modo que haverá um único processo com diversas fases em seu bojo.

A partir de então, inúmeras modificações foram empreendidas na execução/cumprimento de sentença, com o fito de tornar o procedimento mais célere e efetivo, conduzido para a concreta satisfação do direito do credor, a exemplo da penhora *on line* e

a possibilidade de averbação de certidão comprobatória do ajuizamento da execução nos registros dos bens sujeitos à penhora.

Se, de um lado, tais mudanças em nada solucionaram o grave problema das execuções de pagar quando o devedor, além de inadimplente, não tem patrimônio suficiente para saldar suas dívidas, de outro, no que tange ao devedor solvente, é certo que se tornou muito mais simplificado o caminho para a satisfação do direito de crédito do exequente, que dispõe de diversos instrumentos, inclusive preventivos, para alcançar esse desiderato.

Não fazia mais nenhum sentido exigir-se a propositura de uma ação de execução ao final do processo de conhecimento, após o trânsito em julgado da condenação, para fins de cumprimento da obrigação de pagar constante do título.

A exigência de uma nova demanda executiva retardava a prestação jurisdicional – ante a própria distância temporal entre a definição do direito e a sua concretização – e permitia o uso de novos artificios pelo devedor para evitar a submissão ao comando sentencial, a exemplo dos obstáculos diuturnamente enfrentados pelo Poder Judiciário para a realização da citação no processo executivo, quando o sujeito já havia sido citado no processo de conhecimento<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> A Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº 3253/2004, que deu ensejo à Lei nº 11.232/2005, reconhecendo essas dificuldades, expressava as razões da reforma legislativa nos seguintes termos: “(...) É tempo, já agora, de passarmos do pensamento à ação em tema de melhoria dos procedimentos executivos. A execução permanece o ‘calcanhar de Aquiles’ do processo. Nada mais difícil, com frequência, do que impor no mundo dos fatos os preceitos abstratamente formulados no mundo do direito. Com efeito: após o longo contraditório no processo de conhecimento, ultrapassados todos os percalços, vencidos os sucessivos recursos, sofridos os prejuízos decorrentes da demora (quando menos o ‘damno marginale in senso stretto’ de que nos fala ÍTALO ANDOLINA), O demandante logra obter alfin a prestação jurisdicional definitiva, com o trânsito em julgado da condenação da parte adversa. Recebe então a parte vitoriosa, de imediato, sem tardança maior, o ‘bem da vida’ a que tem direito? Triste engano: a sentença condenatória é título executivo, mas não se reveste de preponderante eficácia executiva. Se o vencido não se dispõe a cumprir a sentença, haverá iniciar o processo de execução, efetuar nova citação, sujeitar-se à contrariedade do executado mediante ‘embargos’, com sentença e a possibilidade de novos e sucessivos recursos. Tudo superado, só então o credor poderá iniciar os atos executórios propriamente ditos, com a expropriação do bem penhorado, o que não raro propicia mais incidentes e agravos. (...) A dicotomia atualmente existente adverte a doutrina, importa a paralisação da prestação jurisdicional logo após a sentença e a complicada instauração de um novo procedimento, para que o vencedor possa finalmente tentar impor ao vencido o comando soberano contido no decisório judicial. Há, destarte, um longo intervalo entre a definição do direito subjetivo lesado e sua necessária restauração, isso por pura imposição do sistema procedimental, sem nenhuma justificativa,

5 DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1034.

6 PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. *A Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil*. In ADONIAS, Antonio; DIDIER JR., Fredie (coordenadores). *Projeto do Novo Código de Processo Civil - 2ª série. Estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos*. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2012, pp. 511/512.

A adoção do procedimento de cumprimento de sentença, então, relativamente às obrigações de pagar, transformando a efetivação das decisões correspondentes em uma fase do processo, posterior ao término da fase de conhecimento, completou o ciclo de reformas destinadas à modificação das técnicas executivas do sistema processual civil brasileiro.

Desde então, a ação de execução continua a ser utilizada no que tange aos títulos executivos extrajudiciais. O cumprimento das decisões condenatórias, porém, qualquer que seja a natureza da obrigação respectiva (fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar), perfaz-se como etapa do processo, posterior ao encerramento da fase de conhecimento.

Em razão da existência de procedimento específico no CPC de 1973 para a execução de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública, em seus arts. 730 e 731, prevaleceu, após a vigência da Lei nº 11.232/2005, a tese da inaplicabilidade da técnica executiva do cumprimento de sentença aos entes que a compõem.

Nesse teor é o escólio de Humberto Theodoro Júnior<sup>8</sup>, que afirma:

*“Embora a abolição da ação de execução de sentença separada da ação condenatória tenha sido adotada como regra para o sistema renovado do Código de Processo Civil, o antigo sistema dual foi preservado para as ações que busquem impor o adimplemento de prestações de quantia certa ao Poder Público”.*

No mesmo sentido são os ensinamentos de Araken de Assis<sup>9</sup>, Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>10</sup> e Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>11</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart<sup>12</sup> afirmam que o procedimento terá início por petição inicial ou requerimento, conforme se trate de ação de execução ou de cumprimento de sentença, mas sempre para que a Fazenda ofereça embargos à

quer que de ordem lógica, quer teórica, quer de ordem prática (...). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=158523>, capturado em 03.02.2015.

8 **Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência.** Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 397.

9 ASSIS, Araken de. **Manual da execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1098/1099.

10 **Manual de Direito Processual Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 814.

11 **A Fazenda Pública em Juízo.** São Paulo: Dialética, 2014, p. 322/323.

12 **Curso de Processo Civil.** Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 404

execução no prazo de 30 dias. Admitem, portanto, que a condenação do Poder Público por sentença pode até dar origem a uma fase executiva, mas a defesa se perfaz mediante a propositura de embargos, de modo que seria também inviável a incidência das regras relativas ao cumprimento de sentença à Fazenda Pública.

Na jurisprudência do STJ, a matéria também se pacificou no sentido de que não se aplicam as regras previstas nos arts. 475-J e seguintes do CPC de 1973 à Fazenda Pública<sup>13</sup>, por se tratar de procedimento especial e em função da sistemática dos precatórios.

4. Atuação inicial do exequente e do magistrado no cumprimento da sentença contra a Fazenda Pública de acordo com o novo CPC

O novo Código de Processo Civil, a despeito do pensamento majoritário explanado no tópico anterior, terminou por adotar a sistemática do cumprimento de sentença no que atine às obrigações de pagar quantia certa contra a Fazenda Pública.

O procedimento é denominado *cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública* e está previsto nos arts. 534 e 535 do novo CPC, que dispõem:

*Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:*

*I – o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;*

*II – o índice de correção monetária adotado;*

*III – os juros aplicados e as respectivas taxas;*

*IV – o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;*

*V – a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;*

*VI – a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.*

*§ 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113.*

*§ 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se*

13 “(...) Não se aplica, à hipótese, o decidido no EREsp. 765.105/TO, uma vez que não incidem as disposições concernentes ao cumprimento de sentença nas execuções por quantia certa, dada a existência de rito próprio para a Fazenda Pública (art. 730 do CPC). (...)”. AgRg no Ag 1366461/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 14/11/2011

aplica à Fazenda Pública.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;

II – ilegitimidade de parte;

III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

IV – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

§ 1º A alegação de impedimento ou suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148.

§ 2º Quando se alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante do título, cumprirá à executada declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição.

§ 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada:

I – expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal;

II – por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente.

§ 4º Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento.

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

§ 6º No caso do § 5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados

no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

A modificação da técnica executiva – de ação de execução para cumprimento de sentença de pagar quantia – revela mais um elogiável avanço da legislação prestes a vigorar.

Independentemente das peculiaridades que envolvem a Fazenda Pública em juízo e dos cuidados constitucionais e legais que devem ser observados no que se refere ao pagamento de seus débitos, nada impede que a efetivação das decisões condenatórias das obrigações de pagar proferidas contra o Poder Público se dê mediante processo sincrético, ou seja, por intermédio de uma fase executiva, iniciada após o termo da fase de conhecimento, desde que respeitadas as restrições existentes e que são plenamente justificáveis, em função da inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos e do princípio da continuidade dos serviços de mesma natureza.

Nesse passo, deve-se chamar a atenção para a circunstância de que a execução especial contra a Fazenda Pública, estabelecida pelo legislador processual, abarca tão somente as suas dívidas pecuniárias, sejam elas decorrentes de títulos executivos judiciais ou extrajudiciais.

De outra sorte, outros títulos possuídos em face da Fazenda Pública não estão sujeitos a esse regime diferenciado, de modo que as execuções para cumprimento de obrigações de fazer, não fazer e de entregar coisa se submetem aos mesmos ditames existentes para os particulares, com a execução se fazendo nos próprios autos, quando decorrentes de títulos judiciais.

Ademais, não há que se falar também em procedimento próprio quando a Fazenda for credora dos particulares, ressalvados evidentemente os casos sujeitos à execução fiscal.

Iniciando-se a análise dos dispositivos supra referidos, cumpre destacar que, para que se instaure a fase executiva, necessário que se esteja diante de sentença líquida, sob pena de nulidade.

Em caso de eventual iliquidez do título judicial formado contra a Fazenda Pública, ob-

viamente não será possível o pleito de cumprimento da sentença, porquanto será imprescindível a sua prévia liquidação, certamente por meio de uma fase processual.

Nada obstante a orientação majoritária acerca da inaplicabilidade do procedimento de cumprimento de sentença contra a Fazenda de acordo com as regras previstas no CPC de 1973, a doutrina sempre reconheceu, a partir a entrada em vigor da Lei nº 11.232/2005, a possibilidade da liquidação de sentença ser promovida por meio de fase do processo, sendo descabida, portanto, a propositura de demanda autônoma.

Por todos, é de se trazer a lição de Leonardo Carneiro da Cunha sobre a questão<sup>14</sup>:

*“A liquidação da sentença proferida contra a Fazenda Pública deverá – seguindo-se a nova sistemática do art. 475-A do CPC – ser iniciada por requerimento, vindo a Fazenda Pública a ser apenas intimada na pessoa do procurador que atua nos autos, e não mais citada, para responder à liquidação. Ainda que a apelação interposta contra a sentença tenha o duplo efeito, poderá ser iniciada a liquidação da sentença (CPC, 475-A, parágrafo 2º)”*

No novo CPC, foi obviamente mantida a liquidação de sentença como fase do processo, prevista nos arts. 509 a 512, nas modalidades por arbitramento e pelo procedimento comum (antiga liquidação por artigos).

Interessante notar que a liquidação poderá ser requerida não apenas pelo credor, mas também pelo devedor, de modo que, sendo condenada, a Fazenda Pública poderá solicitar o início da fase de liquidação, não havendo necessidade de aguardar a iniciativa do credor, atitude que certamente se adequa aos princípios da colaboração e da razoável duração do processo, que abrange a fase satisfativa, insertos nos arts. 4º e 6º do novo Código.

Da mesma forma, continua sendo possível a liquidação antes do trânsito em julgado da decisão, na pendência de recurso, independentemente dos efeitos em que recebido, devendo tramitar em autos apartados no juízo de origem (art. 512 do novo CPC).

Esse permissivo também pode ser utilizado em face da Fazenda Pública, porquanto o trânsito em julgado exigido pela Constituição pertine tão somente à expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor, não se aplicando às fases anteriores

de liquidação de sentença e de execução provisória<sup>15</sup>.

Dependendo a apuração do valor exequendo apenas de cálculos aritméticos, o procedimento não é de liquidação, mas de cumprimento de sentença, o que não é novidade, ante o disposto no art. 475-B do CPC de 1973. As demais regras relacionadas a essa matéria é que foram corretamente deslocadas para o título relativo ao cumprimento de sentença no novo Código (art. 524, §§1º a 5º), as quais também se aplicam à Fazenda.

O início do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública depende de requerimento do credor, como também acontece em relação aos demais devedores.

Trata-se de requerimento apresentado por meio de petição simples, estabelecendo o novo Código, como requisito, tão somente a apresentação do demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, ou seja, a memória de cálculos, que deverá conter os mesmos elementos exigidos para o cumprimento de sentença contra os demais devedores<sup>16</sup>: a) o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente; b) o índice de correção monetária adotado; c) os juros aplicados e as respectivas taxas; d) o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados; e) a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso; e f) a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

O único dado que não será informado na memória de cálculos que instruirá o pedido de cumprimento de sentença contra a Fazenda é o previsto no art. 524, inciso VII do novo Código, qual seja, “a indicação dos bens passíveis de penhora, sempre que possível”, o qual não foi reproduzido no art. 534 pela óbvia razão da inalienabilidade dos bens públicos – e sua consequente impenhorabilidade – que torna o procedimento executório contra o Poder Público absolutamente diferenciado.

Seria desnecessária a reprodução do art. 524 no capítulo referente ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública no novo CPC. Bastaria a menção à aplicabilidade do art. 524, incisos I a VI ao procedimento sob comento, embora nenhuma consequência prática relevante resulte dessa disposição repetitiva.

Ainda sobre o demonstrativo de créditos, deve-se abrir um parêntese para tratar de uma

<sup>15</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2014, p.324.

<sup>16</sup> Contidos no art. 524 do novo CPC e reproduzidos no art. 534.

<sup>14</sup> **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2014, p. 324

dificuldade muito peculiar à Fazenda Pública em juízo, vivenciada nessa fase inicial do cumprimento da sentença.

Não raras vezes, perde-se muito tempo no momento imediatamente anterior à execução, já após o trânsito em julgado, por não dispor o exequente de elementos bastantes para o cálculo e conseqüente apresentação da memória, estabelecendo-se muitas idas e vindas do processo, com o juiz intimando a Fazenda Pública ao fornecimento de fichas financeiras ou outros elementos capazes de possibilitar a elaboração dos cálculos pelo exequente.

Evidente que a Fazenda, na condição de devedora, tem sim o dever de colaborar com a condução do feito, apresentando os elementos necessários à confecção da conta, cabendo para tanto a requisição judicial, no exercício do seu poder de império<sup>17</sup>. No entanto, isso não pode representar a transferência do ônus de feitura dos cálculos à parte devedora.

Registre-se que alguns juízes chegam ao ponto de, em procedimento absolutamente desprovido de fundamentação legal, determinar a inversão do rito, ordenando que, antes de tudo, a Fazenda Pública forneça seus cálculos para só aí o exequente concordar ou não, isto é, retira o ônus do próprio exequente, o que não é nem um pouco razoável.

Desse modo, o rito adequado é que o credor, munido de título judicial líquido, requeira o cumprimento do julgado, instruindo o pedido com o demonstrativo de débito atualizado. Essa é a posição que predomina na jurisprudência, notadamente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça<sup>18</sup>.

Se houver mais de um exequente, determina o art. 534, §1º que cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo de créditos, podendo

17 PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 434.

18 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/STJ. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PROCESSO DE CONHECIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO. SÚMULA N. 150/STF, POR ANALOGIA. TÍTULO ILÍQUIDO. NECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO. MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS. JUNTADA DAS FICHAS FINANCEIRAS NÃO OBSTA A CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL.

(...)

4. Nos casos em que não se faz necessária a liquidação da sentença, mas apenas a realização de meros cálculos aritméticos, como na espécie (acórdão à fl. 389 e-STJ), com a juntada das fichas financeiras do servidor, cabe ao credor instruir a execução/cumprimento da sentença com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

(...)

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.

(REsp 1283297/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 13/10/2011)

o magistrado aplicar as regras previstas no art. 113, §§1º e 2º do Código, que tratam da limitação do litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes quando houver risco de comprometimento da rápida solução do litígio e de embaraços à defesa ou ao cumprimento da sentença. O requerimento interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que terá reinício a partir da intimação da decisão que o analisar.

Perceba-se que o novo estatuto processual de forma expressa admite a limitação do litisconsórcio multitudinário na execução e na liquidação de sentença. Não há previsão similar no CPC de 1973, embora na jurisprudência do STJ seja possível encontrar julgado em que se reputou viável tal restrição na fase executiva, embora temporalmente vinculada ao término do prazo de defesa do devedor, como também ocorre na fase de conhecimento. Da leitura da ementa não é possível perceber que se trata de pedido formulado na execução, razão pela qual se transcreve trecho do voto condutor do acórdão, em que a matéria foi apreciada:

*“(...) A partir das considerações tecidas, cumpre apreciar a alegação do Recorrente quanto à possibilidade de limitação litisconsorcial em sede de execução.*

*Nesse contexto, impende salientar que, ainda que se admitisse a possibilidade de impugnação ao litisconsórcio em sede de execução, a mencionada recusa teria que ser pleiteada nos termos do art. 46, parágrafo único, do Estatuto Processual Civil, o que não ocorreu na hipótese dos autos.*

*Com efeito, constata-se que o Estado do Espírito Santo formulou o pedido de limitação litisconsorcial quando já exaurido o prazo para o oferecimento dos embargos. Por conseguinte, a referida pretensão não poderia ser julgada procedente, uma vez que, a teor do art. 46, parágrafo único, do Código de Processo Civil, a impugnação do litisconsórcio deve ser realizada dentro do prazo para a defesa, sob pena de preclusão.” (REsp 402.447/ES, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 08/05/2006, p. 267).*

Seguindo-se a mesma linha de raciocínio, tratando-se da Fazenda Pública, o pedido deve ser formulado até o encerramento do prazo para apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença, que é de 30 dias.

Não se olvide que a limitação aqui mencionada pode também ser determinada pelo juiz de ofício, de modo que a matéria não se submete à preclusão. O efeito da interrupção do prazo de defesa (*in casu*, da impugnação) é que somente incidirá se o

pleito for formulado tempestivamente pela Fazenda<sup>19</sup>.

Nas execuções comuns, nos termos do art. 475-J do CPC de 1973, o não pagamento voluntário da condenação acarreta a incidência de multa no percentual de 10%, que será acrescida ao montante da execução.

Se a doutrina majoritária entende que o modelo de cumprimento de sentença não se amolda às execuções contra a Fazenda Pública de acordo com as disposições do CPC de 1973, mostra-se também inadequada, *a priori*, a imposição da pré-falada multa. A jurisprudência do STJ é pacífica a esse respeito<sup>20</sup>.

O novo CPC reproduz a regra contida no sobredito art. 475-J, em seu art. 523, §1º, e acrescenta que haverá também honorários advocatícios no percentual de 10% na fase de cumprimento de sentença.

Com a alteração procedimental das execuções contra a Fazenda Pública, adotando-se a técnica do cumprimento de sentença quanto às obrigações de pagar quantia, certamente haveria discussões sobre a aplicabilidade da multa do art. 523, §1º.

Para eliminar qualquer dúvida a esse respeito, o art. 534, §2º veda a imposição da sanção supramencionada à Fazenda Pública.

A regra tem sua razão de ser. Ao contrário dos devedores em geral, a Fazenda Pública não pode se desvincular das normas constitucionais que tratam dos precatórios e das requisições de pequeno valor, de modo que o pagamento de seus débitos deve observar estritamente os critérios definidos na

Constituição.

Ora, se os pagamentos devidos pela Fazenda, nos termos do art. 100 da Constituição, devem ser feitos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios – sem falar nas filas específicas para os créditos privilegiados – não haveria como as pessoas jurídicas de direito público realizarem o cumprimento voluntário da execução no prazo definido pelo art. 523 do novo CPC (15 dias).

No que concerne às requisições de pequeno valor, cujo adimplemento é realizado diretamente, deve haver cumprimento voluntário da condenação pela Fazenda Pública, no entanto, há um prazo legal diferenciado e certo para satisfação da obrigação: dois meses, conforme o art. 535, §3º, II do novo Código.

Se a própria legislação reconhece que o pagamento das requisições de pequeno valor deve ser empreendido em dois meses, não teria o menor cabimento punir a Fazenda Pública pelo não cumprimento voluntário da obrigação em espaço de tempo inferior (15 dias).

Por isso, andou bem o legislador ao proibir a imposição da multa por descumprimento voluntário da sentença condenatória de pagar quantia contida no art. 523, §1º do novo CPC às pessoas jurídicas de direito público.

Entretanto, nas execuções de pequeno valor, mais adequado seria incidir a multa. Não pela escusa de pagamento voluntário em 15 dias – prazo definido para os devedores em geral – mas pelo descumprimento espontâneo dentro dos 2 meses definidos no art. 535, §3º, II. Se é possível a satisfação voluntária, o Poder Público, tal qual os particulares, também deveria ser sancionado em caso de inadimplemento.

Como se disse linhas atrás, além da multa, o art. 523, §1º também determina a incidência de honorários advocatícios na fase executiva, no percentual de 10% e o art. 534, §2º coibiu tão somente a aplicação da multa em face do Poder Público, não os honorários.

Assim, parece acertado o cabimento de honorários de advogado na fase de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública.

Sobre o tema, imprescindível tratar do art. 1º-D da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que estabelece que não serão devidos honorários pela Fazenda nas execuções não embargadas.

Apesar das inúmeras críticas doutri-

19 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 188.

20 PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE. PRECATÓRIO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 100 DA CF/88. JUROS DE MORA. ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97. PRECLUSÃO E COISA JULGADA. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 283/STF.

1. A despeito de a condenação referir-se à verba de natureza alimentar (proventos/pensões), a execução contra a Fazenda Pública deve seguir o rito do art. 730 do CPC, por tratar de execução de quantia certa. É que o art. 100 da Constituição Federal não excepcionou a verba alimentícia do regime dos precatórios, antes, apenas lhe atribuiu preferência sobre os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º do referido dispositivo legal (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

2. Não há que se falar em incidência da multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC em sede de execução contra a Fazenda Pública, visto que não é possível exigir que Fisco pague o débito nos 15 dias de que trata o dispositivo supra, eis que o pagamento do débito alimentar será realizado na ordem preferencial de precatórios dessa natureza.

(...)

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 1201255/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010) (Grifo nosso)

nárias acerca do dispositivo em tela, inclusive a respeito de sua duvidosa constitucionalidade, o Supremo considerou constitucional a Medida Provisória 2.180-35/2001, dando-lhe, porém, interpretação conforme a Constituição para restringir sua aplicação às execuções submetidas ao regime de precatórios, excluindo-a daquelas que ensejem pagamento por meio de requisição de pequeno valor. O acórdão, do Pleno do STF, restou assim ementado:

*“I. Recurso extraordinário: alínea “b”: devolução de toda a questão de constitucionalidade da lei, sem limitação aos pontos aventados na decisão recorrida. Precedente (RE 298.694, Pl. 6.8.2003, Pertence, DJ 23.04.2004). II. Controle incidente de inconstitucionalidade e o papel do Supremo Tribunal Federal. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de “guarda da Constituição” - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. SE 5.206-Agr; MS 20.505). III. Medida provisória: requisitos de relevância e urgência: questão relativa à execução mediante precatório, disciplinada pelo artigo 100 e parágrafos da Constituição: caracterização de situação relevante de urgência legislativa. IV. Fazenda Pública: execução não embargada: honorários de advogado: constitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal, com interpretação conforme ao art. 1º-D da L. 9.494/97, na redação que lhe foi dada pela MPr 2.180-35/2001, de modo a reduzir-lhe a aplicação à hipótese de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (C. Pr. Civil, art. 730), excluídos os casos de pagamento de obrigações definidos em lei como de pequeno valor (CF/88, art. 100, § 3º)”. (RE 420816, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2004, DJ 10-12-2006 PP-00050 EMENT VOL-02255-04 PP-00722) (grifo nosso).*

A justificativa do privilégio contido no art. 1º-D da Medida Provisória 2.180-35/2001, segundo Araken de Assis<sup>21</sup>, o que também se pode extrair das discussões levadas a efeito no julgamento do RE 420816/STF, seria a circunstância de que, “no procedimento especial, a executada não pode solver a obrigação, espontaneamente, e mostra-se imperativo instaurar a execução, ensejando a requisição do pagamento”.

Em outras palavras, a execução de pagar quantia contra a Fazenda, quando exigível a expedição de precatório, não ocorre em função da mora, do inadimplemento do devedor, mas da obriga-

toriedade de expedição de precatórios. Assim, sendo inevitável a execução nesses casos e não sendo possível o cumprimento voluntário da condenação, não haveria que se falar em honorários de advogado nas execuções não embargadas, porquanto inexistente a sucumbência.

Lado outro, no caso das execuções em que o pagamento deve ser feito por requisição de pequeno valor, assentou a Suprema Corte o entendimento no sentido de que pode haver descumprimento voluntário do pagamento, de modo que, ainda que não embargadas, nessas execuções serão cabíveis os honorários advocatícios<sup>22</sup>.

Com a adoção da técnica executiva do cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública, a defesa não mais se denomina embargos, mas impugnação. O tempo dirá, mas certamente a interpretação jurisprudencial será no sentido de que o art. 1º-D da Medida Provisória 2.180-35/2001 se estenderá às execuções não impugnadas, mantendo-se a exceção no tocante às requisições de pequeno valor.

Feitas tais considerações, é certo que, apresentado o requerimento pelo credor, ao magistrado singular cumpre adotar duas atitudes básicas. A primeira, caso se depare com vício insanável, passível de conhecimento de ofício, pode reconhecer a nulidade do título, como ocorre, por exemplo, diante da ausência de liquidez.

Destaque-se, no entanto, que à luz do art. 10 do novo Código, o juiz não mais poderá proferir as chamadas “decisões-surpresa”, ou seja, aquelas levadas a efeito “com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Assim é que, mesmo diante de vício insanável passível de reconhecimento *ex officio*, vislumbrada pelo juiz na fase de cumprimento de sentença contra a Fazenda, deverá anunciar essa possibilidade às partes, intimando-as a se pronunciarem em prazo razoável, a fim de que possam, exercendo o contraditório em sua plenitude, influir na decisão a ser tomada.

Por outro lado, a atitude mais comum será mesmo a de ordenar então a intimação da Fazenda, na pessoa de seu representante judicial, para impugnar a execução no prazo de trinta dias. Essa intimação pode

22 Importante colacionar a advertência de Araken de Assis (In: **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1106): “(...) o STF não admite o fracionamento da execução de sentença coletiva para o efeito de cabimento de honorários. Admissível que seja a execução individual, cabem honorários, consoante a Súmula 345 do STJ: ‘São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas’”.

ser feita por carga, remessa ou meio eletrônico.

Aspecto relevante que distingue essa espécie das execuções comuns é que a intimação se dá, como visto, para apresentar impugnação, e não para pagar a dívida ou garantir o juízo. Não se poderia cogitar de intimação para pagar a dívida, porque ainda que pretendesse assim o fazer, o ente estatal precisaria respeitar os ditames constitucionais, relativamente à expedição de precatórios. E não se há que falar em garantia de juízo em função da já citada presunção de solvência e da impenhorabilidade dos bens públicos.

Considerando-se as disposições dos arts. 730 e 731 do CPC/73, que tornam necessária a propositura de ação executiva contra a Fazenda, prevaleceu a orientação de que não se aplica ao Poder Público, neste momento inicial, a prerrogativa de prazo estabelecida pelo art. 188 do CPC, por constituírem processo novo, cujo prazo não pode ser assimilado ao regime dos processos já instaurados<sup>23</sup>. Assim, não haveria que se proceder à contagem em quádruplo para o oferecimento de embargos, inclusive por não possuírem estes natureza de contestação, mas sim de ação.

Pela nova sistemática, não há mais processo novo na execução de títulos judiciais contra a Fazenda. Há continuação do feito com a instauração de uma nova fase, a de cumprimento de sentença, sendo a Fazenda intimada para impugnar a execução em 30 dias. Daí porque se poderia cogitar da prerrogativa de contagem dos prazos em dobro, agora prevista no art. 183 do novo CPC.

Contudo, o próprio art. 183, em seu §2º, tratou de expurgar essa ideia, ao dispor acertadamente que “não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público”.

Havendo, pois, prazo específico para a impugnação definido pela lei (30 dias), não há benefício da contagem em dobro na espécie em prol da Fazenda.

### 5. A tipologia e o procedimento das defesas da Fazenda Pública na fase de cumprimento de sentença no novo CPC e suas distinções em relação ao CPC/73

Conforme as regras do CPC de 1973, como é cediço, a Fazenda Pública pode se contrapor à execução de pagar quantia por meio da interposição de embargos, no prazo de 30 dias.

Os embargos têm natureza jurídica de ação, de modo que deve ser confeccionada petição

inicial, com a observância dos requisitos contidos nos arts. 282 e 283 do CPC.

Questão que desperta debate é quanto à atribuição ou não de efeito suspensivo aos embargos da Fazenda Pública. Ocorre que, na sistemática anterior à Lei n. 11.382/2006, os embargos à execução, independentemente de serem do particular ou da Fazenda, por si só tinham o condão de suspender o feito executivo.

A Lei n. 11.382/2006 previu, no seu art. 739-A, que os embargos não têm efeito suspensivo, ao passo em que o §1º do mesmo artigo indicou que o juiz pode, mediante requerimento do embargante, até atribuir esse efeito, desde que relevantes os fundamentos e se convença de que o prosseguimento da execução possa causar grave dano de difícil ou incerta reparação ao executado, e desde que também a execução esteja garantida por penhora, depósito ou caução.

Levando-se em conta que as execuções movidas contra a Fazenda não apresentam as figuras da penhora, do depósito ou da caução, restou o questionamento na doutrina e na jurisprudência, quanto à persistência ou não do efeito suspensivo automático quando o ente público embargar a execução.

A doutrina se dividia quanto ao tema. Marinoni, por exemplo defendia o entendimento de que, em princípio, poderá o juiz autorizar o prosseguimento da execução contra a Fazenda Pública, expedindo-se de imediato o precatório<sup>24</sup>. Já Leonardo Carneiro da Cunha, de outra sorte, sustentava que os embargos opostos pela Fazenda Pública devem, forçosamente, ser recebidos no efeito suspensivo, pois, enquanto não se tornar incontroverso ou definitivo o valor cobrado, não há como se expedir o precatório ou a requisição de pagamento<sup>25</sup>.

De fato, apesar da modificação do art. 739 do CPC de 1973 e da inserção do art. 739-A, que expurga a regra geral do efeito suspensivo dos embargos, em função da sistemática dos precatórios e das requisições de pequeno valor, entende-se que tal modalidade de defesa, apresentada pela Fazenda Pública, deve ser dotada de suspensividade.

Como bem defendem Rodrigo Klippel e Antonio Adonias Bastos, se o legislador quisesse retirar a prerrogativa de suspensão da execução, teria ele deixado prevalecer o regramento da impugnação e dos embargos opostos pelo particular, sem

24 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, v. 3 – Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 395.

25 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 329.

23 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil, v. 3 – Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 394.

um rito específico para a Fazenda<sup>26</sup>.

O raciocínio exposto acima é muito feliz. Se o legislador manteve, mesmo com as reformas decorrentes da terceira onda de mudanças por que passou o CPC, o rito especial do art. 730, e sabendo que a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor somente se dará se o ente concordar com os cálculos ou não embargar, tem-se como inevitável conclusão que uma vez feita a opção pelos embargos, o precatório ou a RPV não haverão de ser expedidos antes do deslinde daqueles.

Essa é, inclusive, a orientação mais recente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Observe-se o seguinte trecho de julgado:

*“(...) nas Execuções propostas contra a Fazenda Pública, a oposição de embargos gera efeito suspensivo, pois a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor depende do prévio trânsito em julgado, de sorte que somente pode ser determinado o pagamento se não houver mais qualquer discussão quanto ao valor executado. (...)”* (AgRg no REsp 1264564/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011)

Assim, os embargos opostos pela Fazenda, a despeito da regra geral imposta aos demais devedores, são dotados de efeito suspensivo. Se não há penhora, obviamente não há que se falar em garantia do juízo para fins de propositura dos embargos pelo Poder Público.

Sendo a execução contra a Fazenda movida por título judicial, há de se ter em consideração que os embargos levarão em conta a regra do art. 741 do CPC, que elenca as matérias argúveis nos embargos à execução de títulos judiciais, dentre as quais se incluem a falta ou nulidade de citação, a inexigibilidade do título e o excesso de execução. Além disso, podem ser utilizados nas famosas situações de “coisa julgada inconstitucional”, isto é, quando o título estiver fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou quando fundado em aplicação ou interpretação de lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal, a teor do disposto no parágrafo único do mesmo art. 741.

Apresentados os embargos, será o exequente intimado a se manifestar em 15 dias, nos termos do art. 740 do CPC de 1973. Havendo necessidade, o juiz designará instrução; caso contrário, julga-

rá antecipadamente a lide.

Por terem natureza jurídica de ação, os embargos são encerrados por sentença, sendo, portanto, recorríveis por meio de apelação. Considerando-se a mesma justificativa apresentada para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos opostos pela Fazenda – necessidade de trânsito em julgado da decisão para expedição de precatórios e requisições de pequeno valor – o apelo deverá ser recebido no efeito duplo, não havendo incidência do art. 520, V do CPC de 1973<sup>27</sup>.

Caso a Fazenda Pública não logre êxito, em primeiro grau, com seus embargos à execução, não há que se falar em remessa necessária, porque não se enquadra em nenhuma das situações do art. 475 do CPC – registre-se que não se está lidando com sentença desfavorável em processo de conhecimento.

Além dos embargos, pode a Fazenda fazer uso da objeção e da exceção de pré-executividade<sup>28</sup>.

É sabido que a exceção/objeção de pré-executividade, não obstante a ausência de previsão legal, é meio bastante frequente no cotidiano forense, como mecanismo apto para que o devedor, fundado em questões de ordem pública, provoque o magistrado a conhecer de matérias que deveria ter reconhecido de ofício, além de questões que, embora não cognoscíveis *ex officio*, podem ser alegadas pelo executado por meio da exceção em referência, por estar munido de prova pré-constituída.

Nas execuções comuns, mesmo com as mudanças advindas das Leis n.ºs 11.232/2005 e 11.382/2006, ainda esse instrumento é deveras utilizado pelos devedores, até mesmo em função de que não demanda custas – diferente dos embargos – e não exige prévia garantia do juízo<sup>29</sup>.

27 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 332.

28 Por não ser objeto do presente estudo, não haverá maiores incursões a respeito da nomenclatura mais adequada para essa espécie de defesa na execução, embora não se desconheça que tecnicamente, considerando-se o seu objeto – arguição de matérias cognoscíveis de ofício – o termo mais adequado seja objeção e não exceção de pré-executividade. Além disso, não se pode olvidar que a doutrina e a jurisprudência admitem que matérias não passíveis de conhecimento *ex officio* sejam também arguidas na execução, agora sim, por meio de exceção de pré-executividade. A esse respeito, leciona Daniel Amorim Assumpção Neves (In: **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1145): “Conclusivamente, existem atualmente duas defesas atípicas e incidentais à execução: a) *objeção de pré-executividade* (ou não executividade), por meio da qual o executado alega matéria de ordem pública referente à inexistência de condições formais necessárias à continuidade da execução; b) *exceção de pré-executividade* (ou não executividade), por meio da qual o executado, em poder de prova pré-constituída, alega matéria que o juiz não pode conhecer de ofício, que segundo a previsão legal deveria ser alegada em sede de embargos à execução”.

29 É importante ressaltar que a Lei n. 11.382/2006 retirou a necessidade de prévia garantia do juízo para o oferecimento de embargos de devedor nas execuções comuns. No entanto, como a penhora é requisito

26 KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 1474.

No caso das execuções movidas em face da Fazenda Pública, a objeção/exceção de pré-executividade se revela com utilização das mais raras. Antes mesmo das mudanças legislativas citadas no parágrafo anterior, não se tinha – e nem poderia se ter – a penhora como requisito de admissão dos embargos do ente público.

Assim, não havendo a necessidade da prévia constrição para que se embargue a execução, não se cogita em utilizar a exceção de pré-executividade enquanto houver prazo para a propositura de defesa típica<sup>30</sup>.

Desse modo, as raras situações em que se verifica a utilização da objeção/exceção de pré-executividade, por parte da Fazenda Pública, remontam quase sempre à perda do prazo para oferecimento dos embargos ou a quando a nulidade é tão visível<sup>31</sup> que não se justifica o cumprimento das formalidades legais ao oferecimento de embargos.

Assim é que, enquanto vigorar o CPC de 1973, a Fazenda pode se utilizar de duas defesas na execução por quantia certa: os embargos e a objeção/exceção de pré-executividade (essa com menor frequência).

No novo CPC, como apontado inúmeras vezes no presente ensaio, não há mais ação executiva e sim cumprimento de sentença de pagar quantia contra a Fazenda Pública. Desse modo, não faria mais sentido a manutenção dos embargos como modalidade de defesa, razão pela qual a impugnação passou a ser o instrumento por meio do qual a Fazenda pode se opor ao pedido de efetivação da decisão condenatória de pagar transitada em julgado.

A defesa típica da Fazenda Pública na fase de cumprimento de sentença de pagar quantia passa a ser a impugnação, que apresenta a maioria das características encontradas na mesma modalidade de reação do executado inerente às execuções de sentença de pagar relacionadas a devedores comuns.

Em primeiro lugar, a impugnação tem natureza jurídica de incidente processual<sup>32</sup>, uma

para que se busque a atribuição de efeito suspensivo, a objeção/exceção de pré-executividade, que inclusive não demanda custas, continua a ser bastante utilizada em tais procedimentos. Além disso, no cumprimento de sentença, sedimentou-se o entendimento segundo o qual há necessidade de garantia do juízo para fins de apresentação da impugnação, de modo que o referido instrumento de defesa continua a ter utilidade.

30 KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 1479.

31 Pode-se apontar, como exemplo, a situação em que há ausência de título ou que o credor deixou de cumprir com os requisitos necessários à instrução do pedido de execução.

32 ASSIS, Araken. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1352; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p.

vez que não há formação de nova relação jurídica processual. A impugnação tramita nos próprios autos em que instaurada a fase de cumprimento de sentença, como continuação do procedimento.

Em função de sua natureza incidental, deve ser apresentada por meio de simples petição, evidenciando-se absolutamente desnecessário o preenchimento de requisitos formais rígidos para a sua confecção.

A única exigência relativa à impugnação concerne à alegação de excesso de execução pela Fazenda. Nesse caso, caber-lhe-á “declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de não conhecimento da arguição” (art. 535, §2º do novo CPC).

Suscitando, pois, excesso de execução, a Fazenda deve indicar o montante que reputa exato, devendo, para tanto, apresentar memória de cálculos, a nosso ver, de acordo com as mesmas exigências contidas no art. 534.

O CPC de 1973 não contém qualquer norma sobre o tema, motivo pelo qual instaurou-se divergência acerca da exigibilidade ou não da apresentação do demonstrativo de débito pela Fazenda quando alega excesso de execução.

O Superior Tribunal de Justiça tem inúmeros julgados que consagram a exigibilidade da memória de cálculos quando os embargos da Fazenda Pública versarem sobre excesso de execução, como demonstra o aresto abaixo:

*PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. EMBARGOS DE DEVEDOR. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO. APRESENTAÇÃO DE MEMÓRIA DE CÁLCULO. NECESSIDADE. ART. 739-A, § 5º, DO CPC. APLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.*

(...)

3. “Fundados os embargos à execução contra a Fazenda Pública no excesso de execução, é dever do embargante apresentar, ao tempo da inicial, a memória discriminada de cálculos, sob pena de rejeição.

*Aplicabilidade do artigo 739-A, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil”. (AgRg no REsp 1.175.064/PR, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, DJe 17.5.2010).*

(...)

*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg nos EDcl no REsp 1226551/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA*

TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 20/06/2011)

Do exposto, tem-se que o Poder Público deverá, caso seja fundamento da impugnação o excesso de execução, apresentar o demonstrativo discriminado e atualizado do crédito com os valores e os critérios estabelecidos pelo art. 534, sob pena de não conhecimento da alegação, ressaltando-se que se for esse o único fundamento da impugnação e não for apresentada a memória de cálculos, a referida modalidade de defesa deverá ser indeferida.

Nada mudou no tocante à exigência constitucional de trânsito em julgado para fins de expedição de precatórios e de requisições de pequeno valor, motivo pelo qual, apresentada a impugnação, incidirá o efeito suspensivo no tocante a esses atos executivos.

A esse respeito, cumpre trazer à colação as ponderações de Cláudia Aparecida Cimardi<sup>33</sup>:

*“(...) a impugnação é o instrumento hábil para a devedora Fazenda Pública pretender a declaração ou a desconstituição do título judicial, razão pela qual, enquanto pendente, afasta a definitividade da dívida, para fins de expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor. Tanto é assim que o art. 520, § 2o, do PLS 166/2010 [agora art. 535, §3o do Projeto já aprovado pelo Senado] estabelece que somente com a rejeição das arguições apresentadas pela executada a ordem de pagamento poderá ser expedida”. (grifo nosso)*

A autora chama a atenção para a circunstância de que, a rigor, sequer se deve falar em efeito suspensivo, posto que “(...) a definitividade reclamada pelo texto constitucional para a expedição do precatório traz como consequência inafastável o sobrestamento do trâmite do procedimento dessa execução de procedimento especial”<sup>34</sup>.

Embora assista-lhe razão – até mesmo porque não há alternativa para o exequente evitar esse sobrestamento da fase executiva gerado pela apresentação da impugnação pela Fazenda – considerando-se que a doutrina e a jurisprudência atuais reportam-se a essa impossibilidade de realização dos atos

pertinentes à expedição de precatórios e requisições de pequeno valor como *efeito suspensivo* dos embargos, acredita-se que, com a vigência do novo Código, será mantida a mesma terminologia no que se refere à impugnação.

Mais uma vez, deve-se apenas referir que não cabe falar em garantia do juízo, ante a inexistência de penhora na execução contra a Fazenda Pública.

As matérias arguíveis em sede de impugnação estão previstas nos incisos e parágrafos do art. 535 do novo CPC, cujo rol deverá ser considerado taxativo<sup>35</sup>: I – falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia; II – ilegitimidade de parte; III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação; IV – excesso de execução ou cumulação indevida de execuções; V – incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução; VI – qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

Tratam-se das mesmas questões contidas no art. 525, §1º, com algumas pequenas modificações. Primeiro, houve exclusão do inciso IV, que se reporta à penhora, inexistente nas execuções contra a Fazenda Pública.

Quanto à alegação de causas modificativas ou extintivas da obrigação, quanto aos devedores comuns, o art. 525, §1º, inciso VII dispõe que devem ser elas *posteriores à sentença*; o art. 535, VI, por seu turno, determina que as causas *sejam ulteriores ao trânsito em julgado da sentença*, o que se justifica em virtude da regra constitucional impositiva a respeito da exigência do trânsito em julgado da condenação para efeito de expedição de precatórios e requisições de pequeno valor.

O §1º apenas consigna que a alegação de impedimento ou suspeição não deve ser levada a efeito no bojo da impugnação, devendo observar o procedimento previsto nos arts. 146 e 148, que demanda elaboração de petição específica, dirigida ao juiz do processo, que tramitará, em caso de recusa, em autos apartados, tendo, portanto, natureza incidental. Não há qualquer especificidade no tocante à Fazenda Pública, vez que o dispositivo trata-se de reprodução

33 A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do CPC. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242886/000923094.pdf?sequence=1>, capturado em 15.01.2015.

34 CIMARDI, Cláudia Aparecida. A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do CPC. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242886/000923094.pdf?sequence=1>, capturado em 15.01.2015.

35 Se o rol de matérias impugnáveis relativo ao cumprimento de sentença contra os devedores comuns é reputado taxativo, também o será o concernente à impugnação oferecida pela Fazenda Pública. Sobre a taxatividade, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (In: **Curso de processo civil, v. 3: execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 297) esclarecem que “o elenco apresentado nesse rol não impede - nem poderia impedir - a alegação de objeções, desde que posteriores ao trânsito em julgado da sentença.

do art. 525, §2º do Código.

Os parágrafos 5º a 8º do art. 535 cuidam da hipótese de coisa julgada inconstitucional, já consagrada no CPC de 1973, reputando inexigível a obrigação

*“reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso”.*

O novo Código tratou com bastante especificidade da questão, positivando algumas orientações um tanto polêmicas na doutrina e na jurisprudência. O tema é complexo e certamente será alvo de inúmeras críticas doutrinárias, entre processualistas e constitucionalistas.

Em primeiro lugar, o §5º admite que a decisão do Supremo pode ser proferida em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Apesar de haver divergência sobre o tema<sup>36</sup>, o próprio STF tem conferido efeito *ultra partes* e caráter expansivo às decisões declaratórias de inconstitucionalidade em controle difuso<sup>37</sup>, o que nos permite concluir que a norma mostra-se alinhada à orientação da referida Corte Superior.

O mesmo se diga quanto à possibilidade de modulação dos efeitos da decisão no tempo, admitida pela própria Lei 9.868, de 10.11.1999, em seu art. 27<sup>38</sup>.

Acolhendo posicionamento dou-

36 CUNHA, A **Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 350. Considera que a decisão pode ter sido resultado de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, desde que a decisão tenha sido proferida pelo Pleno; Araken de Assis (p. 1280), por seu turno, entende que, em caso de controle difuso, somente incidiria a norma se houvesse resolução do Senado suspendendo a vigência da lei ou ato normativo.

37 Reclamação. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do STF no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito *ultra partes* da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente. (Rcl 4335, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 20/03/2014, DJe-208 DIVULG 21-10-2014 PUBLIC 22-10-2014 EMENT VOL-02752-01 PP-00001)

38 Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

trinário majoritário, mas não uníssono<sup>39</sup>, o §7º condiciona a incidência do §5º às decisões do Supremo proferidas antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

No que se refere ao §8º, no entanto, que trata da decisão proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda e determina que caberá ação rescisória, **cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo**, tem-se que a matéria não foi pacificada sequer no âmbito do próprio STF. Explica-se.

No Recurso Extraordinário nº 730.462, o Supremo reconheceu a repercussão geral sobre a questão “relativa à eficácia temporal de sentença transitada em julgado fundada em norma supervenientemente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado”<sup>40</sup>, porém o mérito do recurso ainda não foi julgado.

O fato é que o Relator, Ministro Teori Albino Zavascki<sup>41</sup>, em seu voto, manifestou-se contrariamente ao disposto no referido §8º, fazendo as seguintes ponderações:

*“(...) Pode ocorrer e, no caso, isso ocorreu que, quando do advento da decisão do STF na ação de controle concentrado, declarando a inconstitucionalidade, já tenham transcorrido mais de dois anos desde o trânsito em julgado da sentença em contrário, proferida em demanda concreta. Em tal ocorrendo, o esgotamento do prazo decadencial inviabiliza a própria ação rescisória, ficando referida sentença, conseqüentemente, insuscetível de ser rescindida por efeito da decisão em controle concentrado.*

(...)

*No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão (...).”*

Tendo o Supremo a palavra final acerca da adequação das leis e atos normativos à

39 CUNHA, A **Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 351 e 352.

40 RE 730462 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 29/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014

41 RE 730462 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 29/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2014 PUBLIC 25-06-2014

Constituição da República, não nos parece da melhor técnica o legislador infraconstitucional tentar impor uma interpretação que ainda seria objeto de análise e definição pela Corte Maior, ainda mais porquanto já reconhecida a repercussão geral. A constitucionalidade do dispositivo em referência provavelmente será questionada.

Apesar da omissão legislativa, considerando-se a exigência de contraditório, atravessada nos autos a impugnação, será o exequente intimado a se manifestar em 15 dias, aplicando-se subsidiariamente o art. 920, I do novo CPC.

O mesmo dispositivo deve ser aplicado em relação às demais etapas do incidente: se o magistrado considerar necessária, designará audiência e realizará a instrução; caso contrário, proferirá decisão.

Apesar da natureza incidental da impugnação, a decisão que a encerra poderá ter natureza interlocutória ou de sentença, devendo-se verificar seu conteúdo para identificar se encerra ou não a fase executiva: na hipótese afirmativa, haverá sentença; caso contrário, ter-se-á decisão interlocutória.

Na primeira hipótese, o recurso cabível será a apelação, que terá, em face dos mesmos fundamentos já mencionados quanto aos embargos opostos pela Fazenda Pública conforme regras do CPC de 1973, efeito duplo (devolutivo e suspensivo).

Se a decisão for interlocutória, as partes poderão manejar agravo de instrumento, em função do disposto no art. 1.015, parágrafo único do novo CPC<sup>42</sup>.

Na fase de cumprimento de sentença, também é possível à Fazenda Pública a utilização da objeção/exceção de pré-executividade.

Inobstante, havendo agora cumprimento de sentença nas obrigações de pagar e definida a impugnação como instrumento de defesa, que tem requisitos bastante simplórios para seu oferecimento em juízo, além da inexistência de penhora ou qualquer outra forma de garantia do juízo, será ainda mais incomum e desnecessária a apresentação de exceção ou objeção de pré-executividade pela Fazenda Pública.

Não é despidendo referir que se entende parcialmente aplicável ao Poder Público o art. 525, §11 do novo CPC, que encerra a seguinte regra:

*“As questões relativas a fato superveniente ao fim do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos*

42 Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

*executivos subsequentes, podem ser arguidas pelo executado por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato”.*

Como não há penhora nem avaliação, quanto à Fazenda Pública, considera-se que é possível a arguição de questões relativas a fato superveniente ao fim do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relacionadas aos atos executivos subsequentes (no caso, expedição de precatórios e requisições de pequeno valor), por meio de petição simples, no prazo de 15 dias, contado da ciência do fato ou intimação do ato.

## 6. Possibilidade de execução provisória de títulos judiciais contra a Fazenda Pública

Não obstante o posicionamento de alguns autores, como Humberto Theodoro Júnior<sup>43</sup> e Leonardo José Carneiro da Cunha<sup>44</sup>, para quem, nos moldes do art. 730 do CPC, a execução somente será possível com base em sentença transitada em julgado, o posicionamento jurisprudencial vem evoluindo aos poucos, no sentido da admissibilidade, em certas situações, da execução provisória de títulos judiciais por quantia certa contra a Fazenda Pública.

Há razões óbvias para não se imaginar a execução provisória como regra, sob pena de risco de comprometimento ao Erário, porque a inscrição em precatório geraria a obrigação de pagamento, por parte do ente público. E imaginar o pagamento feito, com a posterior reversão da decisão, faria com que a Fazenda Pública tivesse que buscar, por outros meios, a devolução dos valores recebidos indevidamente. Estar-se-ia, pois, diante de medida satisfativa e praticamente irreversível.

É de se registrar que é admitido em nossos tribunais a execução provisória de outras obrigações, como ocorre com as obrigações de fazer, por exemplo. Não é raro que um servidor que teve seu di-

43 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 376.

44 Segundo o referido autor (In: *A Fazenda Pública em juízo*. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 391), a partir da Emenda Constitucional nº 30/2000, tornou-se inviável a execução provisória contra a Fazenda Pública, em função da “circunstância de que, uma vez inscrito o correlato precatório, o crédito passa a integrar o orçamento respectivo, devendo ter uma única destinação, qual seja, o efetivo pagamento à parte favorecida”. Daí porque a exigência do prévio trânsito em julgado da condenação.

reito a uma gratificação de desempenho reconhecida no processo de conhecimento, promova a execução provisória da decisão relativamente à obrigação de fazer, restando pendente do trânsito em julgado apenas a obrigação de pagar as parcelas pretéritas.

O STJ entende possível, por exemplo, a execução provisória dos títulos executivos judiciais quando ajuizada antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 30/2000, bem como que a execução seja iniciada até a fase de embargos, como se depreende do precedente abaixo:

*PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. AJUIZAMENTO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 30/2000. POSSIBILIDADE.*

*1. A Emenda Constitucional nº 30 deu nova redação ao §1º do art. 100 da Constituição para estabelecer, como pressuposto da expedição de precatório ou da requisição do pagamento de débito de pequeno valor de responsabilidade da Fazenda Pública, o trânsito em julgado da respectiva sentença.*

*2. Há de se entender que, após a Emenda 30, limitou-se o âmbito dos atos executivos, mas não foi inteiramente extinta a execução provisória. Nada impede que se promova, na pendência de recurso com efeito apenas devolutivo, a liquidação da sentença, e que a execução (provisória) seja processada até a fase dos embargos (CPC, art. 730, primeira parte) ficando suspensa, daí em diante, até o trânsito em julgado do título executivo, se os embargos não forem opostos, ou forem rejeitados.*

*3. Em relação às execuções provisórias iniciadas antes da edição da Emenda 30, não há a exigência do trânsito em julgado como condição para expedição de precatório. Precedente: RESP 331.460/SP, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.11.20003.*

*4. Recurso especial a que se nega provimento. (Resp 702264/SP, STJ, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.12.2005)*

Outro posicionamento interessante do mesmo STJ, já mais recente, foi quanto ao cabimento da execução provisória contra a Fazenda Pública, quando o trânsito em julgado do título executivo judicial carecer do julgamento de recurso interposto apenas pelo exequente, pois isso revelaria a incontrovérsia da dívida. Confira-se o precedente:

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E*

*PROCESSO CIVIL. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO PENDENTE DO JULGAMENTO DE RECURSO INTERPOSTO EXCLUSIVAMENTE PELO EXEQUENTE. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INOVAÇÃO RECURSAL EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.*

*1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem asseverado ser cabível o ajuizamento de execução provisória contra a Fazenda Pública quando o trânsito em julgado do título executivo judicial carecer do julgamento de recurso interposto exclusivamente pelo exequente.*

*(...)*

*3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1072941/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 17/11/2011)*

De uma forma ou de outra, é importante que os tribunais pátrios ajam com bastante ponderação na evolução de sua jurisprudência em relação às execuções provisórias. Se uma obrigação de fazer, como a inclusão de um autor em folha de pagamento, se revela mais simples de desfazer, ainda que não seja tão fácil reaver valores recebidos indevidamente durante o cumprimento de tal obrigação numa execução provisória, não é tarefa fácil a reversão de uma obrigação de pagar. Caso houvesse a admissão indiscriminada da execução provisória para as obrigações de pagar, o planejamento orçamentário e a execução de políticas públicas por Municípios, Estados, Distrito Federal e pela União restariam seriamente comprometidos.

Apesar disso, é certo que o § 4º do art. 535 do novo CPC expressamente autoriza a execução de valores incontroversos contra a Fazenda Pública, ao tratar da impugnação parcial e da possibilidade de cumprimento imediato da parcela não questionada pela executada.

A questão, que já foi alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, encontra-se sedimentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que admite a execução de parcelas incontroversas contra a Fazenda Pública, como se pode constatar do aresto abaixo transcrito:

*PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA CONTRA A FAZENDA*

PÚBLICA. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE PARCELA INCONTROVERSA. APELAÇÃO RECEBIDA NO DUPLO EFEITO. DISCUSSÃO SOBRE A PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A solução integral da divergência, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. É possível a execução provisória contra a Fazenda Pública com o sistema de precatórios, desde que se trate de quantia incontestável.

3. O Tribunal de origem consignou que não há falar em valores incontroversos sobre os quais deva prosseguir a execução de sentença, visto que nos Embargos à Execução a União alega a prescrição da execução, matéria de defesa que, se procedente, fulminará toda a execução.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 368.378/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 07/10/2013)

O novo Código, portanto, apenas positiva orientação jurisprudencial já firme no Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

De qualquer sorte, deve-se corrigir o equívoco do Superior Tribunal de Justiça de reputar tal execução como *provisória*. Se há valores incontroversos, a execução respectiva somente pode ser *definitiva* e não *provisória*.

Quando há alegação de prescrição como matéria de defesa na impugnação, que pode fulminar toda a execução, torna-se inviável a execução de eventuais valores não questionados pela Fazenda, porquanto, nesse caso, tratar-se-ia de verdadeira execução provisória, inadmitida pelo sistema de precatórios previsto no art. 100 da Constituição. Há inúmeras decisões nesse sentido no Superior Tribunal de Justiça, como visto no julgado anteriormente citado.

## 7. Conclusão

Em razão da garantia constitucional prevista no art. 100, os pagamentos devidos pelos entes componentes da Fazenda Pública são feitos na ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Como decorrência desse mandamento da Carta Maior, há regramento peculiar na legislação proces-

sual civil para as situações em que a Fazenda Pública for executada para o pagamento de quantia certa.

Muito já se discutiu na doutrina e na jurisprudência acerca das específicas prerrogativas que as pessoas jurídicas de direito público possuem quando atuam perante o Poder Judiciário. Como não poderia deixar de ser, e de acordo com o que foi visto e afirmado, não são poucos os críticos ao regime diferenciado que a Fazenda Pública possui quando figura no polo passivo de uma execução para pagamento de quantia certa.

A existência de um rito específico para que a Fazenda Pública figure como executada nas obrigações de pagar quantia certa se justifica, dentre outros aspectos, pela necessidade de se possibilitar previsão orçamentária – evitando surpresas desagradáveis com determinadas condenações – e, em última análise, para que não se prejudique o planejamento e a execução das políticas públicas.

Não se poderia querer aplicar às execuções movidas contra a Fazenda o mesmo procedimento que se tem para as execuções comuns, em que o executado é citado para pagar, sob pena de invasão patrimonial para garantir o crédito do exequente. Não se trata, pois, de um particular com risco de insolvência, que demande garantia do juízo, nem mesmo são os bens públicos passíveis de penhora e conseguinte alienação para satisfazer o credor.

Ao longo do presente, foram analisados alguns dos aspectos mais polêmicos atinentes aos processos de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, buscando-se cuidar da evolução do pensamento doutrinário e da construção jurisprudencial.

A Constituição sofreu significativas alterações no regime de pagamento dos precatórios, como fruto das Emendas Constitucionais n. 30/2000 e 62/2009, que igualmente, especialmente a última, suscitaram inúmeros debates, até mesmo quanto à constitucionalidade de alguns dos seus dispositivos. Segundo se viu, previsões de prazos prolongados e forma específica para pagamento de precatórios, com vinculação à receita líquida, ou mesmo de compensação de débitos do exequente para com a Fazenda Pública, despertaram a ira da Ordem dos Advogados do Brasil e de associações representativas da magistratura e do Ministério Público, que motivaram intensas discussões junto ao Supremo Tribunal Federal, e que acabaram parcialmente derrubadas por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

O tema da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública ganha contornos mais acentuados com a edição do novo Código de Processo

Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, publicada no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015). Em tal diploma, a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública mereceu atenção especial, com alterações bastante significativas, notadamente em relação aos títulos judiciais.

No ainda vigente CPC, a execução de sentença de pagar quantia contra as pessoas jurídicas de direito público demanda a propositura de ação autônoma, com a citação da Fazenda para embargar no prazo de 30 dias.

Apesar de todas as vantagens da técnica de cumprimento de sentença relativamente aos devedores comuns advindas com a edição da Lei nº 11.232/2005, a doutrina e a jurisprudência consideravam inaplicáveis as regras correspondentes à Fazenda Pública, face à existência de procedimento executivo específico no CPC de 1973, em seus arts. 730 e 731, e em função das exigências constitucionais relacionadas à expedição de precatórios e requisições de pequeno valor.

Não há dúvidas de que a inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos e, bem assim, o princípio da continuidade dos serviços de mesma natureza tornam indispensável o estabelecimento rito executivo próprio e diferenciado contra o Poder Público, que atenda aos comandos constitucionais pertinentes ao pagamento dos seus débitos, mas isso não pode ser utilizado como argumento impeditivo para a adoção do processo sincrético para fins de efetivação da decisões condenatórias das obrigações de pagar proferidas contra a Fazenda.

O sistema processual precisa ser coeso e harmônico, razão pela qual não faz o menor sentido a manutenção de técnicas executivas diferenciadas para sentenças de uma mesma natureza (condenatória de pagar quantia), ainda que os devedores sejam distintos e que haja peculiaridades procedimentais a serem atendidas, como decorrência de regras constitucionais ou legais.

Daí porque o novo Código de Processo Civil promove, enfim, a modificação da sistemática executiva em face da Fazenda Pública – de *ação de execução* para *fase de cumprimento de sentença* de pagar quantia – sem que isso implique qualquer violação às normas constitucionais relativas aos precatórios e às requisições de pequeno valor.

O cumprimento de sentença de pagar quantia contra as pessoas jurídicas de direito público, portanto, perfaz-se como as execuções em geral da mesma natureza: por meio de uma fase executiva, que se inicia após o trânsito em julgado da fase de conhecimento.

O início da execução depende de requerimento do credor, que deve apresentar de-

monstrativo discriminado e atualizado do crédito, e a Fazenda será intimada para impugnar a execução no prazo de 30 dias.

Como se vê, não há mais petição inicial, citação e embargos; o procedimento foi simplificado e adaptado à sistemática geral das execuções, tornando-o mais célere e, certamente, mais efetivo.

O art. 534, §2º do novo CPC veda a imposição da multa pelo não cumprimento voluntário da condenação à Fazenda Pública. De fato, se os débitos do Poder Público, conforme o art. 100 da Constituição, devem ser feitos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios, não há que se falar em cumprimento voluntário da condenação no prazo de 15 dias (art. 523 do CPC/2015). Mesmo em relação às requisições de pequeno valor, o novo CPC determina que seu pagamento seja efetuado no prazo de dois meses, motivo pelo qual seria também inviável o cumprimento voluntário no prazo do art. 523.

Apesar disso, especificamente quanto às execuções de pequeno valor, considerando que seu pagamento deve ser realizado voluntariamente, mais adequado e eficaz seria incidir a multa pelo descumprimento espontâneo dentro dos 2 meses definidos pelo art. 535, §3º, II do novo CPC, equiparando-se a Fazenda aos demais devedores ao menos no que pertine à incidência de uma sanção pecuniária em face do descumprimento voluntário da obrigação.

Importante ressaltar que o art. 534, §2º vedou tão somente a aplicação da multa em face do Poder Público, não os honorários, que serão cabíveis na fase de cumprimento de sentença, com a ressalva de que, no tocante às execuções não embargadas/impugnadas, não serão devidos honorários, nos termos do art. 1º-D da Lei 9.494/1997.

Essa exceção não se aplica às requisições de pequeno valor, conforme já decidido pelo STF, porquanto, nessa modalidade executiva, pode haver descumprimento voluntário do pagamento, diversamente do que ocorre nas execuções que demandam expedição de precatório, nas quais não há vontade de inadimplir. Assim, tratando-se de cumprimento de sentença de pagar cujo montante autorize o adimplemento por meio de requisições de pequeno valor, haverá incidência de honorários advocatícios, haja ou não impugnação por parte da Fazenda.

Para fins de expedição de precatórios e de requisições de pequeno valor, a Constituição estabelece a necessidade de trânsito em julgado da condenação, de modo que, oferecida a impugnação, esses atos executivos não serão praticados, havendo, destarte, efeito suspensivo.

No que concerne à impugnação, o rol de matérias arguíveis é considerado taxativo e não há maiores distinções no que se refere às execuções comuns, devendo-se destacar dois pontos apenas: a) se a Fazenda alegar excesso de execução, deverá apresentar o demonstrativo discriminado e atualizado do crédito com os valores e os critérios estabelecidos pelo art. 534, sob pena de não conhecimento da alegação; b) as causas modificativas ou extintivas da obrigação, segundo o art. 535, VI do novo CPC, devem ser *ulteriores* ao trânsito em julgado da sentença, o que se afigura compatível com o disposto no art. 100 da Constituição.

Na fase de cumprimento de sentença, é também possível o manejo pela Fazenda Pública da objeção/exceção de pré-executividade. Entrementes, considerando-se a simplicidade da impugnação e a inexistência de penhora ou outra forma de garantia do juízo, certamente será bastante incomum e desnecessária a apresentação de exceção ou objeção de pré-executividade pelo Poder Público.

Considera-se parcialmente aplicável o art. 525, §11 do novo CPC à fase de cumprimento de sentença de pagar contra a Fazenda, mostrando-se viável a suscitação de questões relativas a fato superveniente após o final do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relacionadas aos atos executivos subsequentes (expedição de precatórios e requisições de pequeno valor), por meio de petição simples, no prazo de 15 dias, contado da ciência do fato ou intimação do ato.

O novo CPC nada dispõe a respeito, mas a regra continua sendo o não cabimento da execução provisória relativa às obrigações de pagar quantia contra a Fazenda Pública, embora a jurisprudência do STJ venha a admitindo, em algumas hipóteses, tais como: a) execuções ajuizadas antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 30/2000; b) início da execução provisória e a prática dos atos executivos até a fase dos embargos (a partir da entrada em vigor do novo CPC, até a impugnação); c) quando o trânsito em julgado do título executivo judicial carecer do julgamento de recurso interposto apenas pelo exequente, ante a incontroversia da dívida.

O § 4º do art. 535 do novo CPC permite a execução de valores incontroversos contra a Fazenda Pública, ao tratar da impugnação parcial e da possibilidade de cumprimento imediato da parcela não questionada pela executada, abarcando posicionamento jurisprudencial já pacificado no STJ, embora, nesse caso, entenda-se que não se trata de execução provisória, mas definitiva.

Finalmente, deve-se consignar que,

no tocante às demais etapas procedimentais da execução de título judicial contra a Fazenda Pública concernentes à expedição de precatórios e requisições de pequeno valor, na edição do novo CPC, o Congresso Nacional manteve-se sensível à manutenção do regime específico, em respeito ao mandamento constitucional acerca do tema, que propicia segurança jurídica aos entes e, por que não dizer, resguarda o próprio cidadão, destinatário maior da atuação dos recursos públicos.

## 8. Bibliografia

- ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013
- CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A execução contra a Fazenda Pública no Projeto do CPC**. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242886/000923094.pdf?sequence=1>, capturado em 15.01.2015.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 5. Ed. São Paulo: Dialética, 2014.
- DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. **Sobre o sequestro constitucional**. In **Estudos em homenagem ao Prof. Ovídio A. Baptista da Silva**. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- KLIPPEL, Rodrigo; BASTOS, Antonio Adonias. **Manual de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil, v. 3 – Execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **A Fazenda Pública no Novo Código de Processo Civil**. In ADONIAS, Antonio; DIDIER JR., Fredie (coordenadores). **Projeto do Novo Código de Processo Civil - 2ª série. Estudos em homenagem a José Joaquim Calmon de Passos**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2012, pp. 503/526.
- PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em Juízo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: processo de execução e cumprimento de sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2013

## PRINCIPAIS INOVAÇÕES DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

### Alexandre Soares Bartilotti

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco. Professor Assistente da UPE - Universidade de Pernambuco. Membro do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da ABDPro - Associação Brasileira de Direito Processual. Membro Fundador da ANNEP - Associação Norte Nordeste dos Professores de Processo. Advogado.

#### 1. Generalidades sobre o recurso de agravo de instrumento.

O novo código de processo civil (NCPC) promoveu grande modificação na sistemática recursal relativa às decisões interlocutórias proferidas pelo juiz de primeiro grau. No Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) proferida uma decisão interlocutória pelo juiz de primeiro grau, o recurso cabível era o recurso de agravo. Este recurso possuía dois tipos de procedimentos: o agravo interposto na modalidade retido nos próprios autos, como regra, e o agravo na modalidade de instrumento, na hipótese da decisão interlocutória inadmitir o recurso de apelação, ou se pronunciar a respeito dos efeitos em que a apelação será recepcionada, ou ainda ocasionar ao recorrente uma lesão grave ou de difícil reparação. O agravo de instrumento era interposto diretamente no tribunal para posicionamento imediato daquele órgão, ao contrário do que acontecia na modalidade retida, pois como o próprio nome diz, a discussão ficava retida nos autos, até que sobrevenha o recurso de apelação, e caso ainda houvesse interesse recursal a discussão era levada ao tribunal de “carona” nas razões de apelação ou nas contrarrazões.

Esta sistemática recursal tem um nítido propósito de evitar que a todo o momento o tribunal tenha que se pronunciar sobre as decisões interlocutórias tomadas pelo juiz ao longo de todo o processo. A identificação do problema é de fácil percepção, pois na condução do processo durante todas as suas fases, várias decisões interlocutórias são proferidas pelo juiz monocrático, decisões estas recorríveis na modalidade de instrumento, caso se apresentem as hipóteses legalmente previstas. A solução pensada pelo legislador de 73 poderia atingir o seu objetivo se não fosse a previsão do agravo de instrumento quando a decisão for “susceptível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”. Tal hipótese é um verdadeiro “cheque em

branco”, pois praticamente qualquer situação pode, no campo da argumentação, ser caracterizada como um dano iminente viabilizando inúmeros agravos de instrumentos e conseqüentemente um congestionamento nos tribunais ordinários.

No intuito de minimizar tal situação, o novo legislador muda a sistemática recursal das decisões interlocutórias do juiz de primeiro grau. De pronto, destaca-se a retirada do agravo retido. Tal figura recursal não mais existe. Assim, proferida uma decisão interlocutória ela é agravável ou não agravável. O artigo 1.015 do NCPC contempla um rol taxativo de quais decisões serão atacadas pelo recurso de agravo de instrumento. A decisão não elencada no referido rol classifica-se como não agravável e contra ela o recurso cabível será a apelação ou as contrarrazões de apelação. A seguir passo a analisar estas modificações.

#### 2. Compreendendo o art. 1.015 do NCPC.

Como já mencionado acima, a substancial alteração do regime da recorribilidade das decisões interlocutórias está no rol taxativo de decisões atacáveis por agravo de instrumento. Caso a decisão não se insira neste rol, não existirá momentaneamente qualquer figura recursal para a parte se insurgir contra aquela decisão. Importante de imediato destacar que esta sistemática se aplica ao processo de conhecimento. Tratando-se de decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, na fase de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário, as decisões interlocutórias serão atacadas pelo agravo de instrumento, conforme estabelece o parágrafo único do art. 1.015 do NCPC, se obviamente se revestirem de cunho decisório capaz de gerar sucumbência a uma das partes.

Nesta nova sistemática, o NCPC põe fim ao agravo retido. No CPC/73 as decisões interlocutórias em regra eram atacadas pelo agravo retido. A princi-

pal função do agravo retido seria evitar a preclusão da decisão interlocutória, pois caso não se interpusesse o referido recurso, a discussão estaria preclusa. Assim, uma vez interposto o agravo retido, evitar-se-ia a preclusão; permitiria ao juiz monocrático o exercício da retratação; e caso não houvesse retratação, a questão objeto de impugnação pelo agravo retido seria reiterada em preliminar de apelação ou contrarrazões. A discussão pegaria uma “carona” no recurso derradeiro, a apelação, caso ainda remanescesse interesse recursal ao agravante.

Na sistemática do CPC/2015, conforme estabelece o art. 1009, §1º, as decisões interlocutórias não agraváveis não mais se sujeitam a preclusão imediata. Aqui se identifica substancial modificação. O código retira a preclusão imediata das decisões interlocutórias de primeiro grau, esvaziando por completo a função do agravo retido, motivo pelo qual foi retirado do sistema recursal brasileiro. Importante registrar que a decisão interlocutória não agravável, não preclui imediatamente porque não existe naquele momento recurso cabível. Na realidade a preclusão temporal é adiada para o final do processo. Isso porque, caso a matéria decidida na interlocutória não agravável não seja impugnada como preliminar de apelação ou contrarrazões, haverá sim a preclusão.

Esta sistemática introduzida no CPC/2015 se espelhou no sistema da irrecorribilidade das decisões interlocutórias encontrado no processo do trabalho e no procedimento dos Juizados Especiais.<sup>1</sup> De igual modo, ao introduzir a sistemática de interlocutórias agraváveis e não agraváveis, nitidamente o novo legislador se inspirou no CPC/39 que previa um rol taxativo de decisões interlocutórias indicados no texto legal. A decisão não constante no rol seria impugnável por um recurso denominado agravo no auto do processo, instituto similar ao agravo retido. Como o agravo retido durante a sua história não conseguiu alcançar as esperanças nele depositadas de diminuição do número de agravos nos tribunais, a opção do legislador foi retroagir ao diploma processual de 1939 e instituir um rol taxativo de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento.

Todavia algumas reflexões precisam ser feitas. Considerando a hipótese da decisão interlocutória ocasionar dano imediato à parte, bem como violar direito líquido e certo, não seria hipótese de cabimento

de mandado de segurança contra decisão judicial? Em resumo, o legislador não estaria “atirando no próprio pé” trocando o recurso de agravo de instrumento pelo abarrotamento dos tribunais de mandados de seguranças impetrados contra estas interlocutórias não agraváveis?

Com efeito, é totalmente defensável o cabimento do mandado de segurança para as decisões interlocutórias não agraváveis, diante da inexistência de recurso imediato. O impetrante deverá demonstrar a presença dos requisitos necessários já sedimentados na doutrina e jurisprudência, quais sejam: a teratologia da decisão e a violação de direito líquido e certo.<sup>2</sup>

Na realidade a modificação da sistemática do agravo de instrumento sobre a justificativa de ser o grande vilão da morosidade dos tribunais não é digna de aplauso. Isso porque, o prejuízo para as partes poderá ser bem maior. Neste sentido, importante transcrever as lições de Daniel Amorim Assumpção Neves:

*Lamenta-se que o novo diploma processual procure acabar com um problema pontual de alguns tribunais com a limitação de um relevante recurso, expondo a parte a ilegalidade e injustiças praticadas pelo juízo de primeiro grau. A recorribilidade somente no final do processo será um convite aos tribunais de primeiro grau a fazer vista grossa a eventuais irregularidades, nulidade e injustiças ocorridas durante o procedimento. Na realidade, os tribunais serão colocados diante de um dilema: Se acolherem a preliminar de contestação ou contrarrazões, dão um tiro de morte no princípio da economia processual; se fizerem vista grossa e deixarem de acolher a preliminar pensando em preservar tal princípio, cometerão grave injustiça, porque tornarão, na prática, a decisão interlocutória irrecorrível.<sup>3</sup>*

Em remate, talvez trocar o agravo de instrumento pela apelação não me aparenta ser um grande negócio, pois certamente os tribunais irão assumir um grande risco de injustiça nas decisões, deixando inúmeras questões para ser enfrentadas no recurso derradeiro. Só o tempo dirá se a decisão foi acertada ou se teremos nova modificação em relação a sistemática das decisões interlocutórias.

Antes de passar para a análise deste rol taxativo, uma consideração importante precisa de registro. Embora o artigo 1009, §1º do CPC/2015 tenha deixado claro que as decisões interlocutórias não agraváveis não se submetem a preclusão imediata, há um

1 JOBIM, Marco Félix; CAVALHO, Fabrício de Farias. “A disciplina dos agravos no novo código de processo civil.” In Coleção NOVO CPC, doutrina selecionada. Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões judiciais. Organizadores: Lucas Buriel Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. Salvador: Jus Podivm, 2015. Vol. 6. p. 629.

2 ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC. Repro n. 251, São Paulo: Ed. RT.

3 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo código de processo civil comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm. 2016. p. 1.691

problema a ser enfrentado: As decisões interlocutórias não agraváveis que enfrentam matéria que possa ocasionar nulidades relativas. Isso porque, o art. 278 do CPC/2015, repete previsão contida no CPC/1973 disciplinando que as nulidades relativas devem ser alegadas na primeira oportunidade que a parte tiver para falar nos autos. Quando o juiz de primeiro grau enfrenta uma questão e sua decisão gera uma nulidade relativa, recurso imediato não há, pois a questão não se insere no rol das interlocutórias agraváveis. Daí a pergunta: qual o comportamento da parte prejudicada? Deve silenciar-se e apenas trazer a matéria como preliminar de apelação ou contrarrazões? Ou deve de algum modo registrar sua insatisfação com a decisão na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, atendendo o disposto no art. 278 do CPC?

O silenciar diante de uma nulidade relativa não se harmonizaria com as normas fundamentais do CPC/2015, onde repousam as diretrizes de todo o sistema interpretativo do código. O comportamento omissivo da parte iria de encontro a boa-fé processual e ao princípio da cooperação. No substitutivo da Câmara dos Deputados, existia o protesto antipreclusivo previsto no §2º do art. 1022.<sup>4</sup> Instituiu-se uma figura de protesto similar a existente no processo trabalhista, onde o prejudicado deixava registrado o seu inconformismo com a decisão que gerou a nulidade e os fundamentos seriam aviados no recurso de apelação. Todavia, como cediço, esta redação não vingou. Para alguns doutrinadores, diante da supressão do protesto antipreclusivo da redação final do código, apenas estaria se postergando o momento da preclusão temporal para o final do processo, mantendo a redação final coerência com o sistema de redução de complexidades procedimentais, evitando atos desnecessários e que apenas tumultuariam o processo, como os protestos.<sup>5</sup> Para parte da doutrina, a qual me filio, defende que o silêncio da parte seria ir de encontro ao modelo de cooperação previsto no art. 6º do CPC, corolário da boa-fé processual (art. 5º, CPC). Como efeito, a conduta da parte que não se pronuncia na primeira oportunidade que tem para falar nos au-

tos, cria na parte adversária expectativa de que aquela questão não será objeto de questionamento posterior<sup>6</sup>. Assim, para se harmonizar ao modelo cooperativo e a boa-fé processual, diante da existência de uma nulidade relativa, deve a parte prejudicada em observância a previsão contida no art. 278 do CPC, apresentar o protesto por nulidade na primeira oportunidade que tiver para falar nos autos, sob pena de preclusão. Feito o protesto, estaria autorizado para discutir a matéria em preliminar de apelação ou contrarrazões.

## 2.1 Das decisões interlocutórias agraváveis.

Nos incisos do art. 1.015 do CPC/2015 encontram-se o rol das decisões interlocutórias agraváveis. Durante o processo legislativo, este rol sofreu várias modificações. Importante salientar que essas hipóteses legais não caíram de “paraquedas” neste dispositivo. Estão lá inseridas porque na visão do legislador são questões que caso não revisadas imediatamente pelo tribunal podem comprometer o desenvolvimento do processo, gerando um prejuízo para a parte ou para o próprio processo. Daí a dificuldade de se identificar dentre as inúmeras decisões interlocutórias, quais aquelas que realmente precisam ser submetidas a uma revisão imediata. Tarefa hercúlea, convenhamos.

São consideradas agraváveis as decisões interlocutórias que versem sobre: a) tutelas provisórias; b) mérito do processo; c) rejeição de alegação de convenção de arbitragem; d) incidente de descondição de personalidade jurídica; e) rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; f) exibição ou posse de documento ou coisa; g) exclusão de litisconsorte; h) rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; i) admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; j) concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução, k) redistribuição do ônus da prova e l) outros casos expressamente referidos em lei.

Na sistemática introduzida pelo CPC/2015, as tutelas provisórias se apresentam como um gênero com as seguintes espécies: tutelas de urgência e tutelas de evidência. As tutelas de urgência, por sua vez se dividem em tutelas antecipadas e tutelas cautelares. As decisões interlocutórias que deferem, indeferem, revogam ou modificam pedidos relativos a qualquer uma das tutelas provisórias são agraváveis. Nos termos do enunciado n. 29 do Fórum Permanente de Processualistas Civis “A decisão que condicionar a apreciação da tutela provisória incidental ao recolhi-

4 Art. 1022 (...)

(...)

§2º A impugnação prevista no §1º pressupõe a prévia apresentação de protesto específico contra a decisão no primeiro momento que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão; as razões do protesto têm de ser apresentadas na apelação ou nas contrarrazões de apelação, nos termos do §1º.

5 JOBIM, Marco Félix; CAVALHO, Fabrício de Farias. “A disciplina dos agravos no novo código de processo civil.” In Coleção NOVO CPC, doutrina selecionada. Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões judiciais. Organizadores: Lucas Buriel Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. Salvador: Jus Podivm, 2015. Vol. 6. p. 635.

6 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 13ª. Ed. Vol 3. Salvador: JusPodivm. 2016. p.227.

mento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento.”

A segunda hipótese diz respeito às decisões de mérito. O art. 356 do CPC/2015 prever o julgamento antecipado parcial de mérito. Este julgamento acontece quando no processo há pedido(s) incontroverso(s) ou com condições imediatas de julgamento (art. 355), por ser matéria exclusivamente de direito, ou de fato já devidamente esclarecido ao magistrado. Nestas situações o juiz está autorizado para proferir julgamento de mérito parcial definitivo. Esta decisão parcial, como não encerra a fase de conhecimento, não se amolda ao conceito de sentença, portanto, é uma decisão interlocutória e agravável, (art.356, §5º do CPC/2015). Conforme o Enunciado 103 do Fórum Permanente de Processualistas Civis “A decisão parcial proferida no curso do processo com fundamento no art. 487, I, sujeita-se a recurso de agravo de instrumento”. Outra situação que facilmente se enquadraria na previsão do art. 1015, inc. II, seria a hipótese do réu em sua contestação alegar prescrição e o juiz enfrentá-la no saneamento do processo, rejeitando-a. Essa decisão é uma decisão de mérito, também agravável. A decisão que julga procedente o pedido para condenar o réu a prestar contas, também é agravável, conforme enunciado n. 177 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “ A decisão interlocutória que julga procedente o pedido para condenar o réu a prestar contas, por ser de mérito, é recorrível por agravo de instrumento.”

Existem decisões interlocutórias que enfrentam questões de natureza processual sem qualquer relação de prejudicialidade com a sentença. Atente-se ao exemplo da decisão interlocutória que condena uma parte a multa por ato atentatório a dignidade da jurisdição. Mesmo sendo vencedor, o sujeito teria interesse de recorrer de forma autônoma e exclusiva contra essa decisão interlocutória.<sup>7</sup> Esta decisão interlocutória seria agravável ou apelável? Para Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha, a decisão que impõe a parte a condenação de multa, estaria ampliando o mérito do processo, portanto, se a imposição da multa for dada através de decisão interlocutória, seria uma decisão agravável nos termos do art. 1015, inc. II do CPC.<sup>8</sup> Segundo Carolina Uzeda Libardoni esta decisão seria impugnável por apelação autônoma (principal) caso

o condenado a pagar a multa fosse o vencedor da demanda. Atente-se que seria uma terceira situação, pois não é hipótese de preliminar de apelação nos moldes do art. 1009, §1º, nem de contrarrazões prevista no mesmo dispositivo. As contrarrazões neste toar, tem a característica de ser condicionada e subordinada, a matéria nela discutida só será apreciada pelo tribunal se a apelação do seu adversário for conhecida e provida. O apelado arriscaria muito e poderia não ter a matéria devolvida ao tribunal. Assim, apesar de vencedora a parte poderia interpor recurso de apelação autônomo para discutir apenas a interlocutória que o condenou a pagar a multa por ato atentatório a dignidade da jurisdição ou qualquer outra similar.<sup>9</sup>

Ainda em relação à decisão de mérito, uma situação interessante. O art. 381 do CPC/2015 traz a previsão da produção antecipada de prova em ação autônoma. É possível nesta ação se formular pedido para a produção de mais de uma prova. Caso o juiz indefira determinada prova e autorize outra, esta decisão de indeferimento de parte da prova, também seria atacável por agravo de instrumento. Caso o indeferimento fosse total, a decisão seria apelável conforme art. 382, §4º do CPC/2015.<sup>10</sup>

A decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável (CPC, art. 1.015, III). A convenção de arbitragem deve ser arguida pelo réu como preliminar de contestação, conforme preceitua o art. 337, inc. X do CPC/2015. Importante lembrar que este momento é preclusivo, conforme estabelece o §5º do mesmo artigo. A não alegação da convenção de arbitragem na contestação significa aceitação da jurisdição estatal e a renúncia ao juízo arbitral (§6º). Assim, caso o réu alegue a existência de um contrato com uma cláusula compromissória de arbitragem ou compromisso arbitral e após o necessário contraditório o juiz rejeite esta alegação e decida pela competência da justiça estatal, esta decisão é agravável. Já a decisão que acolhe a alegação de convenção de arbitragem, extinguirá o processo sem resolução do mérito, portanto, é uma sentença e será atacada mediante o recurso de apelação. Questão interessante que merece destaque é a situação quando o árbitro reconhece a sua competência no processo arbitral. Nesta situação deve o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito, reconhecendo a sua incompetência. Caso o juiz assim não proceda, esta decisão interlocutória também será agravável.<sup>11</sup> Neste sentido o enunciado 435 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

7 LIBARDONI, Carolina Uzeda. **Interesse recursal complexo e condicionado quanto as decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil.** Revista de processo. São Paulo: RT, v. 249, nov-2015, p. 233-248.

8 DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 13ª. Ed. Vol 3. Salvador: JusPodivm. 2016. p.214

9 LIBARDONI, Carolina Uzeda. Op. cit. p. 241.

10 DIDIER JR, op.cit. p.227.

11 DIDIER JR, op. cit. p.218.

“Cabe agravo de instrumento contra decisão do juiz que, diante do reconhecimento da competência pelo juízo arbitral, se recusa a extinguir o processo sem resolução do mérito.”

O novo código de processo civil inseriu dentre as modalidades de intervenção de terceiros, o incidente de desconsideração de personalidade jurídica. O objetivo perseguido neste incidente é, em sucinta síntese, redirecionar a demanda ajuizada contra pessoa jurídica para atingir o patrimônio dos sócios. A decisão que acolhe ou rejeita o incidente também é uma decisão agravável. Importante atentar para o fato da desconsideração da personalidade jurídica não ser requerida de forma incidental e sim na própria petição inicial, formando um litisconsórcio entre a pessoa jurídica e o(s) sócio(s). Neste caso, a desconsideração será decidida na própria sentença e não através de decisão interlocutória, pois não será formado um incidente. Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, o recurso cabível é a apelação, nos termos do Enunciado 390 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Resolvida a desconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação.”<sup>12</sup>

Nos termos do art. 98 do CPC/2015, qualquer pessoa física ou jurídica que não tenha recursos para pagar as custas, despesas do processo e honorários de sucumbência tem direito a gratuidade da justiça, nos termos da lei. Formulado o pedido de gratuidade pelo interessado o juiz pode conceder ou negar o benefício da gratuidade. De igual modo, o juiz poderá concedê-lo liminarmente e quando da citação do réu, este pode apresentar como preliminar de contestação (art. 337, inc. XIII) um pedido de revogação pela indevida concessão do benefício da gratuidade da justiça, podendo o juiz acolher a impugnação e revogar a gratuidade anteriormente concedida. A decisão que nega o benefício, bem como a decisão que revoga o benefício é agravável nos termos do art. 101 e art. 1.015, V do CPC/2015. Importante ressaltar que na hipótese de indeferimento da gratuidade ou sua revogação, o agravo de instrumento nestes casos, excepcionalmente, contém efeito suspensivo automático (art. 101, §1º) até decisão do relator preliminarmente ao julgamento do recurso. Caso a decisão seja mantida, o relator ou o colegiado intimará o recorrente para recolher o preparo recursal no prazo de 5(cinco) dias, sob pena de deserção.<sup>13</sup> Por fim, na hipótese do réu ter requerido a revogação da gratuidade deferida pelo juiz e este não atender o pedido de revogação, esta decisão interlocutória é não agravável, portanto impugnável por pre-

liminar de apelação ou contrarrazões, nos termos do art. 1009, §1º do CPC.

A decisão que determina a produção de prova denominada exibição ou posse de documento ou coisa (CPC/2015, artigos 396 a 404) também é agravável. Neste procedimento de produção de prova, a parte ou o terceiro que estiver em poder de documento ou coisa que sirva para uma das partes demonstrarem a veracidade de suas alegações, poderá, após o contraditório, ser condenado pelo juiz a exibir o documento ou coisa. Quando a exibição é movida contra terceiro, forma-se um processo incidente, que será resolvido por sentença, portanto, apelável. Todavia, se a exibição de documento ou coisa é movida contra uma das partes do processo, forma um incidente processual resolvido por decisão interlocutória, agravável nos termos do art. 1015, VI do CPC/2015.

A exclusão de litisconsortes da relação processual é uma decisão agravável (art. 1.015, VII), da mesma forma que a decisão do juiz que limita o litisconsórcio facultativo multitudinário, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 113 do CPC, também é agravável (art. 1.015, VIII). Segundo entendimento encampado pelo enunciado 387 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, “a limitação do litisconsórcio multitudinário não é causa de extinção do processo”, motivo pelo qual é uma decisão interlocutória, também agravável.

A decisão que admite ou inadmite qualquer hipótese de intervenção de terceiros é uma decisão interlocutória agravável, nos termos do art. 1.015, IX do CPC. Certamente seria ilógico deixar tal matéria para ser atacável na apelação quando todos os atos foram praticados sem a participação do terceiro, ou com a sua indevida participação. Importante salientar que a intervenção do *amicus curie* é uma intervenção de terceiros, todavia, não se aplica a previsão do art. 1.015, inc. IX do CPC/2015. A decisão que admite ou não esta modalidade de intervenção de terceiros é irrecorrível nos termos do art. 138 do CPC/2015. Neste caso está diante de uma decisão interlocutória irrecorrível. Não será impugnada nem por agravo de instrumento, tão pouco por preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação.

Encerrando o rol, no inciso X a decisão que concede, modifica ou revoga o efeito suspensivo aos embargos à execução também é agravável. Os embargos à execução, como cediço, é a defesa do executado no processo de execução de título extrajudicial (artigos 914 e 915 do CPC). Tanto na impugnação ao cumprimento de sentença como na execução de título extrajudicial, para a apresentação da defesa não é necessária a garantia do juízo. Todavia, para se atribuir

12 Op. Cit. p. 218.

13 Didier, Op. Cit. p. 219.

efeito suspensivo a execução, é necessária a garantia do juízo além do executado demonstrar o preenchimento dos requisitos da relevância dos argumentos e do risco de dano irreparável ou de difícil reparação. O juiz irá analisar este pedido e seja qual for a sua decisão, pela concessão ou não, e se em determinado momento conceder e depois revogar, todas essas decisões interlocutórias são agraváveis. No cumprimento de sentença todas as decisões interlocutórias são agraváveis por força do disposto no parágrafo único do art. 1015 do CPC/2015. No processo de execução de título extrajudicial esta decisão é agravável, já seria por se tratar de tutela provisória de urgência, portanto estaria inserido no inciso I do artigo sob comento, mas quis o legislador explicitar este particular no pedido de efeito suspensivo aos embargos à execução.<sup>14</sup>

O inciso XI do art. 1015, torna agravável a decisão interlocutória do juiz que versar sobre a redistribuição do ônus da prova conforme prevê o art. 373, §1º do CPC. O artigo 373, repete a redação do art. 333 do CPC revogado, atribuindo ao autor o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu o ônus da prova do fato por ele alegado que seja impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ocorre que, por determinação legal ou diante de situações em que a observância da regra de distribuição do ônus torne impossível ou de grande dificuldade a produção da prova, é possível o juiz determinar a redistribuição do ônus da prova, desde que o faça por decisão fundamentada. Esta decisão é agravável. A parte que teve o ônus da prova revertido, caso não concorde com a decisão deverá interpor agravo de instrumento, sob pena de preclusão, não podendo trazer tal discussão no recurso de apelação.

Por fim, segundo o inciso XII do art. 1.015 será cabível agravo de instrumento em outras hipóteses previstas na lei. Em se tratando de um rol taxativo, existirá sempre a possibilidade do acréscimo de outras situações que por expressa previsão legal também sejam consideradas como decisões interlocutórias agraváveis. Este acréscimo, como dito, só poderá ser realizado por alterações legais. Lei federal extravagante também pode prever outras situações de decisões interlocutórias agraváveis. O rol não pode ser estendido por vontade das partes mediante negócio jurídico processual, há expressa limitação para a atuação da vontade das partes, pois o rol só poderá ser acrescido por lei federal.<sup>15</sup>

14 DIDIER, Jr. Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Vol. 3. 13. ed. Salvador: JusPodivm.2016, p. 224.

15 DIDIER, Jr. Op. cit. p. 223.

Daí advém um questionamento: este rol seria mesmo taxativo? A vontade do legislador certamente foi esta. Não haveria sentido elencar dentre inúmeras decisões interlocutórias, doze hipóteses para se submeterem ao agravo de instrumento, se este rol fosse exemplificativo. E prova maior é que o inc. XIII do aludido dispositivo estabelece a possibilidade do cabimento do agravo de instrumento em “outros casos expressamente referidos em lei”, significa dizer que, ao longo dos anos, outras situações podem ser identificadas, competindo ao legislador, acresce-las ao rol.

Certamente um problema de grande proporção surgirá em relação à aplicação deste rol taxativo. Não há dificuldade em se identificar situações em que decisões interlocutórias, embora não inseridas no rol de decisões agraváveis, possam ocasionar um prejuízo ao recorrente, ou se apreciada mais tarde, não trará qualquer resultado útil ao recorrente. Imagine por exemplo, se uma das partes requerer a produção de prova pericial e for indeferida. Esta decisão interlocutória não está no rol de decisões agraváveis. O processo seguirá toda a sua tramitação normal. Vindo a sentença, caso a parte que pleiteou a prova seja derrotada, trará a matéria para ser enfrentada pelo tribunal como preliminar de apelação. Se o tribunal entender que a prova pericial realmente era necessária, anulará a sentença e determinará a realização da prova, causando prejuízo ao jurisdicionado muito maior, comprometendo a eficiência e a duração razoável, princípios norteadores do processo. Situações como essas certamente desaguarão em mandados de segurança contra atos judiciais, não trazendo qualquer economia processual, pois certamente um tribunal consome muito mais esforço julgando um procedimento muito mais extenso inerente às ações de competência originária de tribunal do que um recurso. Como toda ação comporta uma reação, certamente os tribunais ficarão bastante resistentes em aceitar mandados de segurança contra ato judicial, baseado em uníssono entendimento jurisprudencial que só seria cabível se se tratar de decisão teratológica ou manifestamente ilegal<sup>16</sup>.

A melhor solução para tal problemática é em-

16 AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL.

INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA DO ATO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não tem cabimento mandado de segurança contra ato jurisdicional de relator ou de órgão fracionário deste Tribunal, a não ser que a decisão seja teratológica ou manifestamente ilegal.

2. No caso, a decisão impugnada está devidamente motivada e amparada na firme jurisprudência desta Corte no sentido de que cabe à parte instruir corretamente a reclamação antes de ajuizá-la.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no MS 22.203/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/11/2015, DJE 14/12/2015)

preender uma interpretação extensiva ao rol de situações previstas no art. 1.015 do CPC. Por exemplo, o inciso III autoriza o agravo de instrumento contra decisões que versarem sobre “rejeição da alegação de convenção de arbitragem”. A decisão que rejeita a alegação de uma convenção de arbitragem está na realidade analisando a (in)competência absoluta do órgão julgador. Não há diferença alguma entre esta decisão e outra que rejeita a competência, por exemplo, de um órgão da Justiça Comum Estadual para a Justiça do Trabalho. Atente-se ao objetivo perseguido na norma. Esta hipótese encontra-se no rol de decisões agraváveis porque deixar para enfrenta-la no final do processo certamente ocasionará irreparável prejuízo. Se a situação é a mesma, deve ter idêntico tratamento sob pena de ofensa a isonomia.

Por fim, existem outras hipóteses de decisões agraváveis previstas no próprio CPC. Segundo estabelece o art. 354 e seu parágrafo único, o juiz ao julgar o processo no estado em que se encontra, pode proferir decisões parciais que extinguem parte dos pedidos sem resolução do mérito, nas hipóteses do art. 485 ou com resolução do mérito, nos casos dos incisos II e III do art. 487. Se o juiz indefere parcialmente a petição inicial ou se declara prescrição de parte dos pedidos, contra esta decisão, por expressa previsão do parágrafo único do art. 354, o recurso cabível é o agravo de instrumento. Outra hipótese é a prevista no art. 1.037, §13, I do CPC. Tal dispositivo diz respeito ao julgamento do recurso especial e extraordinário repetitivos. Escolhidos os recursos representativos da controvérsia e admitida a afetação, o ministro relator profere decisão de sobrestamento sobre todos os processos em território nacional que discutam a mesma matéria. As partes desses processos deverão ser intimadas sobre a decisão de sobrestamento. Se o processo sobrestado estiver em primeiro grau, a parte atingida pelo sobrestamento pode apresentar a distinção, ou seja, peticionar ao juiz da causa demonstrando que a matéria discutida naquele processo, não é similar à matéria a ser julgada no procedimento dos recursos repetitivos, requerendo a retirada do sobrestamento. Contra esta decisão do juiz de primeiro grau que analisa o requerimento de distinção é cabível agravo de instrumento. Diante do microsistema do julgamento de processos repetitivos previsto no art. 928 do CPC/2015, também são agraváveis as decisões que analisam a distinção nas hipóteses de sobrestamento de processos decorrentes do incidente de resolução de demandas repetitivas.<sup>17</sup>

Por fim, nos termos do parágrafo único do art.

1.015 do CPC/2015, as decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença, de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário e partilha, são todas impugnáveis por agravo de instrumento.

### 3 – Principais novidades no procedimento do agravo de instrumento.

De pronto deve ser destacada a alteração introduzida pelo art. 1015, §5º que disciplina a dispensa de peças quando o agravo de instrumento tramitar em autos eletrônicos. Realmente se mostra totalmente desnecessário no processo eletrônico, apresentar o arquivo das peças obrigatórias, quando todos esses arquivos já estão nos autos eletrônicos, podendo ser facilmente visualizado pelo julgador. A necessidade da formação do instrumento ocorre quando os autos forem físicos, e por razões óbvias. Como o processo não findou e está em tramitação perante o juízo de primeiro grau, há necessidade de se formar um instrumento físico, com as peças necessárias que facilitem o julgador do tribunal ordinário compreender a controvérsia devolvida no recurso. Sendo eletrônico os autos, tudo está a disposição para consulta no sistema, portanto, louvável a mudança, pondo fim a uma sistemática inútil e desnecessária. Todavia, é imperioso atentar para uma peculiaridade. Em determinados Estados da Federação, o processo é eletrônico no primeiro grau, mas físico no segundo grau. Nessas situações entendo ser necessária a juntada das peças que acompanham o agravo, pois certamente os Desembargadores não terão acesso aos autos eletrônicos, demandando a materialização dos autos de forma impressa, diante da inexistência do processo eletrônico no segundo grau.

Já o artigo 1017, inc. I do CPC/2015 alarga o rol das peças obrigatórias que deverão fazer parte do agravo de instrumento. Ao rol já previsto no CPC de 73, qual seja, cópia da decisão agravada, certidão de intimação da decisão agravada, procurações do agravante e agravado, acresce-se, a cópia da petição inicial, da contestação e da petição que provocou a decisão agravada. Estas novas peças obrigatórias, na realidade, já vinham sendo juntadas aos instrumentos na modalidade de peças facultativas, pois essas peças de postulação servem para melhor esclarecer ao julgador a controvérsia existente no processo. A petição que provou a decisão recorrida, de igual modo, apresenta sua importância, pois possibilita o tribunal compreender qual foi a provocação da parte junto ao magistrado que o levou a proferir a decisão agravada, delimitando os limites da controvérsia recursal.

Em relação as peças obrigatórias, importan-

17 Op. Cit. p. 225.

te ressaltar uma novidade trazida no art. 1017, inc. I do CPC/2015. É comum acontecer do agravante não juntar determinada peça obrigatória pelo simples fato dela não existir nos autos. Pode-se exemplificar tal situação, quando o autor pede a concessão de uma tutela antecipada e o juiz a nega, antes da citação do réu. Por razões óbvias, o autor/agravante não juntará a peça obrigatória procuração do agravado, pois este ainda nem foi citado. Na sistemática do CPC/73, o autor/agravante teria o ônus de demonstrar tal situação, deslocando-se até cartório judicial para requerer ao escrivão uma certidão que atestasse aquela situação, tornando o procedimento ainda mais burocratizado. Pela alteração trazida no dispositivo em comento, na impossibilidade do agravante em juntar qualquer peça obrigatória, basta que o próprio agravante declare esta impossibilidade. Assim, no exemplo acima dado, basta ao agravante declarar na sua peça recursal que não está juntando a cópia da procuração do agravado, pois o mesmo ainda não foi citado nos autos do processo originário, para justificar a não juntada da peça obrigatória, desburocratizando o procedimento.

Ainda em relação ao art. 1017, inc. I, há também uma interessante inovação. No intuito de possibilitar a identificação da tempestividade recursal, o CPC revogado exigia como peça obrigatória uma certidão de intimação da decisão agravada. Novamente mais burocracia. Exigia-se do advogado a ida até o cartório judicial para obter junto ao escrivão ou chefe de secretaria uma certidão atestando uma informação constante dos autos que seria justamente a data em que o agravante foi intimado da decisão agravada. Desnecessária tanta formalidade. O código simplifica este procedimento bastando ao agravante que comprove mediante qualquer documento oficial a data da ciência da decisão agravada. Assim, se tomou ciência nos próprios autos, basta uma cópia página dos autos com a assinatura do advogado dando ciência a decisão recorrida. Se a intimação se deu mediante diário oficial eletrônico, a impressão da página onde consta tal publicação. Muitas vezes constam nos autos originários certidão com a data da publicação da decisão agravada ou a cópia do edital com a referida data de publicação. Avança o código ao abrir mão de um formalismo exagerado e desnecessário.

O §3º do art. 1017 acaba com uma injustiça histórica do agravo de instrumento, mostrando a tendência a ser seguida pelo novo legislador, preocupado com o efetivo julgamento do mérito recursal colocando de lado o apego ao formalismo exacerbado. O aludido dispositivo, inclusive faz menção ao art. 932, parágrafo único do CPC, onde repousa a nova base principiológica do CPC, também aplicável a ciência

recursal, do chamado princípio da primazia do exame do mérito. Segundo o novel dispositivo a falta de qualquer peça na formação do instrumento recursal, seja ela obrigatória, seja facultativa não autoriza de pronto a inadmissibilidade do recurso. Diante da ausência, por exemplo, da cópia da decisão agravada, deve o relator intimar o agravante para que supra a falha identificada no prazo de 5 (cinco) dias. Apenas se não houver a correção no prazo assinalado é que estará o relator autorizado a inadmitir monocraticamente o recurso. Assim, acaba-se com aquelas indesejadas negativas de recurso, por exemplo, do advogado que não juntou a sequência de substabelecimentos até chegar ao que o autorizava a assinar o recurso. Na realidade, tais vícios são e sempre foram absolutamente sanáveis, não ocasionando qualquer prejuízo ao bom andamento do processo se oportunizar a correção. O mérito recursal é o que verdadeiramente importa, todavia, durante décadas este foi esquecido para dar lugar ao formalismo da formação do instrumento. Merece aplausos o legislador neste particular.

O §4º do art. 1017 prevê a desnecessidade do envio das peças que formarão o instrumento, sejam obrigatórias ou facultativas, quando o recurso for enviado via fax. Realmente, não há sentido em se consumir uma quantidade imensa de energia elétrica, papel, tempo, principalmente pelo poder judiciário que é receptor de fax com inúmeras páginas, visto que, a obrigatoriedade de peças e principalmente as peças facultativas avolumam em demasia a prática do ato processual pelo fac-símile. Na mesma senda, considerando que pela lei do fax (Lei 9.800/99) os originais seguirão pelo correio, não faz muito sentido a prática do ato desta forma. Óbvio que existirão situações em que para a apreciação de um pedido de efeito suspensivo ou uma antecipação de tutela recursal será necessário o envio das peças necessárias à compreensão da controvérsia. Mas se há a possibilidade de espera da chegada dos originais no prazo assinalado pela lei, desnecessário o envio das peças pelo fax, apenas trazendo custos volumosos para o judiciário.

No §2º do art. 1018 está a previsão da desnecessidade de comunicação ao juiz de primeiro grau sobre a interposição do agravo de instrumento, quando o recurso for interposto em processo eletrônico. As razões são óbvias. Ao apresentar o recurso nos autos eletrônicos, o juiz facilmente identificará no sistema a interposição do recurso, podendo exercer o juízo de retratação. Nos autos físicos continua a necessidade de informar ao juízo monocrático sobre a interposição do agravo de instrumento no tribunal, no prazo de 3(três) dias. No aludido dispositivo se encontra a mesma previsão do CPC revogado, a falta da petição

informando a interposição do recurso, desde que, arguido e provado pelo agravado, gerará a inadmissão do recurso. Ao meu sentir, há uma incoerência no sistema. Ora, se o art. 1017, §3º estabelece um dever ao relator, aplicar o art. 932 parágrafo único e possibilitar a correção de qualquer vício que comprometa a inadmissibilidade do recurso, não se encontra justificativa para a inadmissão de pronto do recurso, diante de uma burocratização processual.

A não apresentação da petição de informação da interposição do agravo, não gera, de imediato, nenhum vício que comprometeria a admissibilidade do recurso. Importante identificar qual o objetivo desta petição. O primeiro objetivo seria cientificar o juiz monocrático sobre a interposição do agravo para o exercício de possível juízo de retratação. A inadmissão do agravo, neste aspecto, seria incoerente pois o prejudicado seria o próprio agravante ao não apresentar a petição. O outro objetivo da petição é cientificar o agravado da interposição do recurso, facilitando o seu acesso a petição recursal sem a necessidade de deslocamento até o tribunal para ofertar contrarrazões. Apenas nesta hipótese, ou seja, se o agravado requerer e demonstrar ter sofrido prejuízo (art. 277 do CPC) com a não apresentação da petição, seria possível a inadmissão do recurso.

O artigo 1.017, §2º e incisos traz a previsão de várias formas de protocolização do recurso. Tal preocupação do legislador é muito importante diante de um país de dimensões continentais como o Brasil. No inciso I do aludido dispositivo está a forma tradicional de protocolo do agravo de instrumento diretamente no tribunal competente para o seu julgamento. Para advogados sediados em comarcas próximas das capitais ou nela própria, não há qualquer problema no tocante ao deslocamento a sede do tribunal para a realização do protocolo. Todavia, a distância entre comarcas pode ser um elemento de verdadeira negativa de acesso ao duplo grau de jurisdição. Um advogado na comarca de Petrolina, sertão de Pernambuco, teria que se deslocar mais de 700km para um simples protocolo no tribunal de justiça sediado em Recife. Tratando-se da justiça federal, pode ser mais limitador, pois os Tribunais Regionais Federais têm sua jurisdição por região, muitas delas abrangendo vários Estados da Federação. Por tais razões, a grande novidade introduzida no inciso II do referido artigo, é a possibilidade do agravo de instrumento ser protocolizado na própria comarca, seção ou subseção judiciária, que cuidará de remeter os autos para a sede do tribunal. Por fim, o inciso III, estabelece outra forma de protocolo, a postagem nos correios com aviso de recebimento. Bastante louvável a previsão do legis-

lador que retira qualquer óbice de acesso aos tribunais ocasionados pela insuficiência de recursos das partes envolvidas na demanda.

O artigo 1.019, inc. II do NCPC contém outra significativa novidade. A preocupação com o contraditório do agravo de instrumento, quando proferida decisão interlocutória e a relação processual ainda não foi angularizada com a citação do réu. É o que ocorre, por exemplo, quando o autor em sua petição inicial formula um pedido de tutela de urgência e o juiz decide sem a ouvida da parte contrária, ainda não foi citada. Interposto o agravo de instrumento, no Código de 73 não existiria o contraditório em grau recursal. No novo código agora há previsão do relator intimar o agravado pessoalmente, quando não tiver procurador constituído nos autos, para apresentar contrarrazões ao recurso. Esta previsão do contraditório recursal entra em harmonia com as normas fundamentais do CPC/2015, demonstrando grande preocupação com o contraditório valorativo e com o princípio da cooperação.

### 3 - Conclusão

Pelo acima exposto, verificou-se que o novo legislador processual diante de tantas tentativas frustradas em diminuir o número de agravos de instrumentos nos tribunais, ao longo da história deste recurso, optou por seguir uma sistemática muito parecida com a prevista no Código de Processo Civil de 1939, criando um rol taxativo de decisões interlocutórias agraváveis e via reflexa, as decisões não previstas neste rol, só serão enfrentadas pelos tribunais quando do julgamento do recurso final do processo de primeiro grau, caso a matéria seja suscitada como preliminar de apelação ou contrarrazões de apelação.

As decisões interlocutórias não agraváveis, não se submetem a preclusão momentânea, motivo pelo qual se tornou inócua a figura do agravo retido, acarretando a retirada do aludido recurso do sistema recursal brasileiro.

As inovações trazidas no procedimento do agravo de instrumento foram todas no sentido de simplificar o procedimento recursal, desburocratizando-o e virando a página do apego ao formalismo exagerado criado por uma jurisprudência defensiva, sendo doravante norteado pelo princípio da primazia do exame de mérito.

### 4. Bibliografia

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribili-

dade das interlocutórias no novo CPC. Revista de processo. São Paulo: RT, v. 251, jan-2016.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13<sup>a</sup>. Ed. Vol 3. Salvador: JusPodivm. 2016.

JOBIM, Marco Félix; CAVALHO, Fabrício de Farias. “A disciplina dos agravos no novo código de processo civil.” In Coleção NOVO CPC, doutrina selecionada. Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões judiciais. Organizadores: Lucas Buril Macêdo; Ravi Peixoto; Alexandre Freire. Salvador: Jus Podivm, 2015. Vol. 6.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. Interesse recursal complexo e condicionado quanto as decisões interlocutórias não agraváveis no novo código de processo civil. Revista de processo. São Paulo: RT, v. 249, nov-2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo código de processo civil comentado artigo por artigo. Salvador: JusPodivm. 2016.



*Em um ano e meio de gestão, a OAB-PE comemora uma série de conquistas que só foram possíveis graças a uma administração responsável e competente, capitaneada pelo presidente Ronnie Duarte. Convidamos você a conhecer um pouco do que foi realizado, do litoral ao Sertão, em prol da advocacia pernambucana e de toda a sociedade.*

### *Comissões*

Um ano inteiro de muitas atividades nas Comissões temáticas da OAB-PE. De janeiro a dezembro, foram realizados importantes eventos como debates, audiências públicas, palestras e outros encontros para discutir temas de total relevância não somente para a advocacia, mas para toda a sociedade pernambucana. Uma das principais ações deste ano foi a instituição da Coordenadoria das Comissões da Seccional. A conselheira estadual Ana Luiza Mousinho assumiu o cargo com a missão de promover a integração dos trabalhos, tornando o ambiente ainda mais dinâmico.



### *Advocacia Pública comemora vitória*

A OAB-PE comemora uma importante conquista para a advocacia pública de Pernambuco. O governador Paulo Câmara promulgou a Lei nº 15.801/2016, que dispõe sobre o assessoramento jurídico nas empresas públicas e sociedades de economia mista estaduais. A lei consolida a independência jurídica e deve prevalecer no trabalho exercido pelo advogado público, uma vez que, resguardada essa prerrogativa, o profissional poderá emitir sua opinião ou parecer sem se preocupar se estará ou não desagradando o gestor público a quem está vinculado.

### *Governança corporativa e contenção de gastos é a palavra de ordem*

A OAB-PE contratou a consultoria Deloitte para apoiá-la no fortalecimento do seu modelo de gestão e governança corporativa. O sistema de governança favorece a eficiência operacional da instituição e a efetividade na comunicação e prestação de contas. Graças também aos novos procedimentos administrativos, a OAB-PE deu mais um importante passo rumo à sua nova sede, que será entregue este ano. Os recursos para finalização dos espaços internos foram assegurados pelo Conselho Federal da OAB.



### *OAB-PE entra na era mobile*

Um canal de diálogo onde os advogados podem fazer denúncias com o sigilo de fonte garantido. A OAB-PE entrou na era mobile com aplicativos para celular e tablet. Com o OAB-PE Digital, é possível fazer denúncias de violação das prerrogativas profissionais. Com o aplicativo da CAAPE, os advogados e advogadas podem conhecer e usufruir de descontos de mais de 200 estabelecimentos comerciais. Mais novidades estão sendo gestadas para 2017: a OAB-PE terá um sistema de informações em rede que vai segmentar as informações das suas ações e projetos por tipo de conteúdo e localização do usuário.

### *Prêmio de Estágio*



A OAB-PE foi uma das instituições ganhadoras do Prêmio Melhor Programa de Estágio do Centro de Integração Empresa Escola de Pernambuco (CIEE-PE). O CIEE parabenizou a OAB-PE pela qualidade do Programa de Estágio desenvolvido durante o ano de 2015 e reconheceu o compromisso da instituição de incorporar valores profissionais e éticos na formação dos jovens.

### *Defesa das prerrogativas profissionais*



A Comissão de Defesa, Assistência e Prerrogativas tem trabalhado de forma incansável para garantir aos advogados pernambucanos o livre exercício da profissão. A Caravana das Prerrogativas esteve em cidades como Petrolina e Araripina ouvindo as principais demandas da classe. No ano de 2016, foram aprovados 11 desagravos públicos nas Sessões do Conselho Seccional Pleno da OAB/PE.

## Ano da Mulher Advogada



Com o objetivo de mapear o perfil das advogadas pernambucanas, uma pesquisa elaborada pela Comissão da Mulher Advogada da OAB-PE foi promovida para a elaboração do Plano Estadual de Valorização da Advogada Mulher, designado pelo Conselho Federal da OAB, e já com as diretrizes aprovadas pelo pleno da OAB-PE. Os resultados foram apresentados durante a I Conferência da Mulher Advogada. Este ano, também a advogada Patrícia Maaze foi nomeada pelo presidente Ronnie Duarte e passou a ocupar a ouvidoria da instituição. Esta é primeira mulher a ocupar o cargo de ouvidora geral da OAB-PE.

## Fale com o Presidente



Por meio do projeto Fale com o Presidente, Ronnie Duarte está percorrendo as subseccionais para ouvir os advogados e as advogadas do interior de Pernambuco. O presidente da OAB-PE já esteve em Santa Cruz do Capibaribe, Panelas, Salgueiro, Belém de São Francisco, Cabrobó e Petrolina. Nos encontros, foram discutidas demandas da advocacia local e ressaltada a importância da defesa das prerrogativas, com destaque para o aplicativo OAB-PE Digital, pelo qual é possível denunciar abusos no exercício profissional em qualquer lugar do Estado. Até o fim do ano, o projeto terá visitado todas as subseccionais pernambucanas.

## Aperfeiçoamento online

Além das atividades presenciais, ESA-PE oferece constantemente cursos online, que podem ser adquiridos no site da instituição, e pós-graduações com preços subsidiados, bem inferiores aos praticados no mercado, para que a formação continuada seja a mais democrática e extensa possível. Os profissionais e estagiários adimplentes com a anuidade da OAB-PE também passaram a ter acesso ao conteúdo da Biblioteca Digital Fórum do Advogado, um grande acervo de conteúdo jurídico para consulta e pesquisa em doutrina, legislação e jurisprudência para a prática forense.

## Qualificação dos advogados



Braço educacional da OAB-PE, a Escola Superior de Advocacia de Pernambuco (ESA-PE) promoveu mais de 100 atividades em 2016, no Recife e interior do Estado. Dentre seminários, caravanas, palestras, fóruns, cursos, simpósios e encontros, foram realizadas 108 ações, das quais participaram 4.585 advogados e advogadas, estudantes e profissionais da área do Direito. O Novo Código do Processo Civil foi um dos temas mais trabalhados. A ESA-PE realizou 25 Caravanas do Direito Eleitoral, Caravanas do Direito Penal e Caravanas do Processo Judicial Eletrônico (PJE).

## Custas Processuais

Uma conquista de toda a sociedade. A OAB-PE promoveu um amplo diálogo sobre projeto de lei referente à consolidação do regime jurídico da taxa judiciária e custas processuais dos serviços judiciários. Pelo anteprojeto do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJPE), as taxas podem chegar a 4% do valor da causa, e atos como diligência de oficial de justiça e publicação no Diário Oficial eletrônico podem ser cobrados. Após a OAB-PE ressaltar a necessidade de um debate com a sociedade civil organizada e um estudo de impacto econômico das propostas, o TJPE concordou em adiar a votação plenária.



## Eleições Limpas

Em ano eleitoral, a Campanha Eleições Limpas da OAB-PE chegou para coibir práticas como a compra de voto, o caixa dois e a doação ilegal nas Eleições 2016, estimulando que o cidadão denuncie os crimes eleitorais ao Ministério Público Eleitoral, ao Tribunal Regional Eleitoral e à Polícia Federal. "Não deixe a corrupção começar na eleição" foi o mote do projeto, que contou com uma página exclusiva para denúncias e informações.



## Conselho Federal



A advocacia pernambucana conta com uma forte representação no Conselho Federal, em Brasília. Por lá, o conselheiro Silvio Pessoa de Carvalho Junior integra o grupo de trabalho que estuda e sugere mudanças quanto ao foro especial por prerrogativa de função, conhecido como foro privilegiado. Já Pedro Henrique Reynaldo Alves preside a Comissão Especial de Estudo da Reforma Política. A comissão desenvolve uma pauta conjunta e coesa sobre o tema, um dos mais urgentes do Brasil.

## Três novos estacionamentos para a advocacia



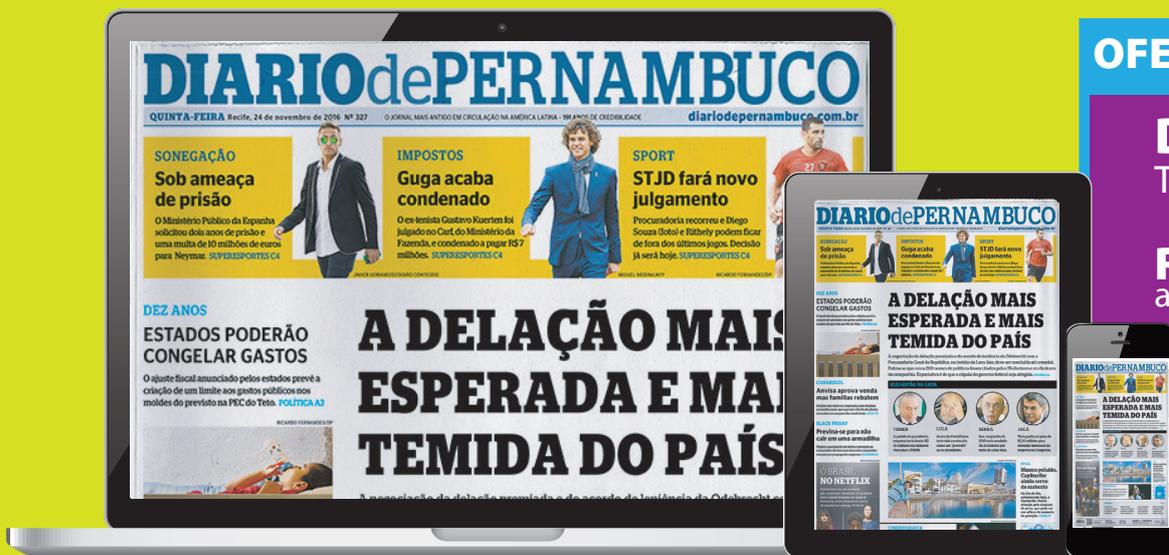
Foram inaugurados mais três novos estacionamentos para atender à demanda da advocacia. Agora, os advogados e advogadas dispõem de estacionamentos próximos aos fóruns trabalhistas do Recife, Vitória de Santo Antão e Jaboatão, além do Fórum Rodolfo Aureliano/Recife e da sede da subseccional da OAB Pesqueira.



# PROMOÇÃO EXCLUSIVA!

## OAB/PE E DIARIO DE PERNAMBUCO

A **OAB/PE**, a **Caixa de Assistência dos Advogados de Pernambuco** (CAAPE) e o **Diário de Pernambuco** oferecem assinaturas do **DP Digital** em condições especialíssimas. Apenas **R\$4,90** por mês para os associados **OAB/PE**.



**OFERTA ESPECIAL**

**DP Digital**  
Todos os dias

**R\$4,90**  
ao mês

Com o **DP Digital**, você se mantém informado onde estiver e quando quiser. Além da mobilidade, a ferramenta oferece interatividade, com acesso a áudio, vídeo e conteúdos exclusivos para assinantes, podendo ser acessado pelo computador, tablets e smartphones com os sistemas Android ou iOS.

**OFERTA VÁLIDA PARA AS PRIMEIRAS 1.000 ASSINATURAS!**

SOLICITAR PELO E-MAIL [eventos@caape.org.br](mailto:eventos@caape.org.br)

## ASSINE AGORA!

**DIARIO**dePERNAMBUCO

