

REVISTA de Estudos e Debates

Volume 1 - nº 2 - jan.-jun. 2016

CICLO DE DEBATES
SOBRE O NOVO CPC
E OUTROS ESCRITOS



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES



Expediente:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos e Debates – CEDES

Revista de Estudos e Debates

Av. Erasmo Braga, sala 911 – Lâmina I – Centro

20.026-090 – Rio de Janeiro – RJ

cedes@tjrj.jus.br

REVISTA de Estudos e Debates

Volume 1 - nº 2 -jan.-jun. 2016

CICLO DE DEBATES
SOBRE O NOVO CPC
E OUTROS ESCRITOS



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

Diretor-Geral

Desembargador CARLOS EDUARDO DA ROSA
DA FONSECA PASSOS

Diretor Adjunto

Desembargador ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES

Diretor da Área Cível

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Diretor da Área Criminal

Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO

Diretor da Área Cível Especializada

Desembargador SÉRGIO SEABRA VARELLA

Juízes integrantes do CEDES

Juíza ADMARA FALANTE SCHNEIDER

Juíza ANA CRISTINA NASCIF DIB MIGUEL

Juíza ANA LÚCIA VIEIRA DO CARMO

Juiz ANDRÉ LUIS NICOLITT

Juiz ANTONIO AURÉLIO ABI RAMIA DUARTE

Juiz BRUNO VINÍCIUS DA RÓS BODART DA COSTA

Juiz CLAUDIO AUGUSTO ANNUZA FERREIRA

Juíza DENISE DE ARAUJO CAPIBERIBE

Juiz EDUARDO ANTÔNIO KLAUSNER

Juíza EUNICE BITENCOURT HADDAD
Juíza ISABELA LOBÃO DOS SANTOS
Juíza JOANA CARDIA JARDIM CÔRTEZ
Juíza LEDIR DIAS DE ARAÚJO
Juíza LEISE RODRIGUES DE LIMA ESPÍRITO SANTO
Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES
Juiz LEONARDO GRANDMASSON FERREIRA CHAVES
Juíza LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES
Juiz LUIZ UMPIÈRRE DE MELLO SERRA
Juíza MARCELA ASSAD CARAM
Juiz MARCELLO DE SÁ BAPTISTA
Juiz MARCO ANTÔNIO DE AZEVEDO JUNIOR
Juíza MARIA DANIELLA BINATO DE CASTRO
Juíza MARIA TEREZA DONATTI
Juiz MAURO NICOLAU JÚNIOR
Juíza MONICA LABUTO FRAGOSO MACHADO
Juiz OCTAVIO CHAGAS DE ARAÚJO TEIXEIRA
Juiz PAULO ASSED ESTEFAN
Juiz PAULO ROBERTO CORREA
Juiz PEDRO HENRIQUE ALVES
Juiz RAFAEL DE OLIVEIRA MONACO
Juíza REGINA HELENA FÁBREGAS FERREIRA
Juíza RENATA GOMES CASANOVA DE OLIVEIRA E CASTRO
Juíza RENATA GUARINO MARTINS



Os sentimentos em busca de um sentido

O estresse é um conceito na fronteira entre mente e corpo e muitas vezes serve como estímulo para a busca de solução de problemas antes insolúveis, a partir de uma visão interdisciplinar, através da entrada da subjetividade no campo do conhecimento.

O fenômeno estresse é produto de uma carga de afeto, de sentimentos, que não encontraram seu lugar, alojando-se na fronteira acima mencionada entre corpo e mente. É um sintoma, e uma de suas manifestações é a angústia. Assim como a angústia, o estresse pode ser positivo, se utilizado como um sinal e se for compreendido.

Da mesma forma que, no caso dos indivíduos, algumas soluções como mais leis, um Novo Código traz somente alívio momentâneo, cabendo examinar o sintoma de tensionamento do “corpo” Judiciário de forma ampla, redimensionando seu papel e a sua finalidade.

E foi nesse campo de angustia em busca do significado da nova legislação processual e da mesma forma que Édipo, perante o desafio da Esfinge, foi que os magistrados que atuam nas 52 Varas Cíveis do Foro central do Rio de Janeiro sentiram o desafio de buscar o rendimento e aplicabilidade máximos ante a envergadura da obra e os anseios da sociedade.

Por tudo isso e por isso mesmo, os paradigmas deste tempo pretérito foram os da lei e da jurisdição, a significar que a segurança pretendida e ansiada devesse resultar de uma construção normativa

que fosse suficientemente abstrata para ser universal, e que fosse suficientemente clara para ser abrangente de todas as hipóteses realizáveis.

A preocupação de caráter nitidamente lógico-formal dominou o anseio de então e resultou na produção de grandes sistemas codificados, verdadeiras caixas de Pandora – no sentido de algo que não se deve alterar, com o risco de desencadear uma série incontável de desastres – , e que se entendiam aptos a regular fatos e atos, impondo-se a revestir toda e qualquer hipótese fática que pudesse ocorrer, enfim, na trajetória privada dos comuns. E, para coroar toda esta fenomenal estrutura milimetricamente construída, o paradigma da lei era corroborado pelo outro paradigma coirmão, referente à fase do *dizer o direito* – quer dizer à fase do dizer a lei, já que a lei era o direito – expressando-se por meio da figura do juiz que reproduzia o comando hipotético e abstrato da norma jurídica.

E foi com o anseio de buscar, na nova legislação, as promessas de seus autores e idealizadores, de conferir à sociedade uma norma que permitisse a efetivação da tão sonhada prestação jurisdicional de forma efetiva e em prazo razoável, que os magistrados, capitaneados e recepcionados pelo CEDES, se debruçaram, por mais de um ano em estudos, análises, comparações e questionamentos que geraram algumas conclusões e inúmeras dúvidas.

Durante esse tempo, fomos acompanhando o nascimento de obras de comentaristas, palestrantes e cursos, pregando e apregoando as maravilhas da nova lei. Com toda sinceridade, não conseguíamos encontrar eco e compreensão em tais manifestações, O que víamos nos estudos da nova lei conduzia exatamente no sentido contrário, ou seja, a maior lentidão na tramitação dos processos, na elevação do número e da quantidade de recursos, tudo a direcionar para uma

demora ainda muito maior na ultimação da decisão judicial.

Por certo que a sociedade irá nos cobrar os resultados almejados e propalados como propaganda oficial do novo Código, nos cabendo, assim, trazer luz e realidade no sentido de demonstrar que mais uma vez poderemos experimentar a dolorida sensação de frustração das justas expectativas de construirmos um Poder Judiciário à altura dos anseios populares, apto e com instrumentos e armas eficazes a entregar a jurisdição de forma célere e efetiva.

No entanto, não há que se desistir de sonhar, pois, como Freud permitiu-se sonhar e descobrir o significado para os próprios sonhos, acabou por nos brindar com uma nova ciência, a Psicanálise, integrando a subjetividade ao conhecimento. Da mesma forma, guardadas as proporções, o CEDES acabou por “gestar” uma revista que, muito mais do que o nome poderia indicar é, na verdade, um repositório dos estudos, das análises, dos dilemas e questionamentos enfrentados nesse período de mais de um ano de estudos com afinco e seriedade.

Sejamos, então, os idealizadores e os construtores de um novo tempo, um tempo em que se permita sonhar com os pés no chão e os olhos no porvir, utilizando os instrumentais que temos para atingir a melhoria significativa de uma Justiça que se quer plena e eficaz, a fazer cessarem as violações ao direito, ou ressarcir, com agilidade, as lesões verificadas. Contamos com instrumentais eficazes para buscar as informações e opiniões dos Tribunais e dos doutrinadores e, agora, contamos também com o auxílio luxuoso do 2º volume da **REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES – Ciclo de Debates sobre o CPC de 2015 e Outros Escritos**.

E é este homem do direito atual que relê o que efetivamente restou de perene, após o desmoronamento de uma secular estrutura de dogmas, afastando de si a segurança da fossilização e da estagnação

de conceitos e de normas, para admitir a abertura de castelos – ou de prisões – em prol da atenção às transformações geradoras da crise, em prol da vivificação dos valores da vida e dos anseios atuais. É deste ser de incansável movimento e de infinitos sonhos que se está a falar.

Este caminhar desvenda-lhe outros mistérios, inova-lhe o espírito, estabelece novos horizontes de contemplação de sua ambientação jurídica. Fá-lo novo e faz novos os seus projetos. Por isso, novo há de ser também o direito que dimensiona e organiza a sua vida privada. O desafio – profetiza o **Ministro Luiz Edson Fachin**¹ – consiste em trocar práticas de medievo pelos saberes construídos às portas do terceiro milênio. E este é apenas o singelo ponto de partida rumo ao que abre o terceiro milênio.

Não se há, contudo, de destruir, mas sim desconstruir² o que se tem até agora, para que outro modelo possa emergir, possibilitando-se lançar um novo olhar a partir da perspectiva de se colocar como centro de todo o sistema, o próprio ser humano, e não mais a propriedade, o contrato, o patrimônio ou qualquer outro valor típico do liberalismo e do individualismo que, não se duvide nem se questiona, teve seu momento e seu valor histórico, mas não pode ainda ser aceito num mundo moderno, globalizado e acima de tudo, que se quer solidário e humano.

Aliás, a função primordial do intérprete e hermeneuta no Direito

1 FACHIN, Luiz Edson, *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.5

2 Utilizado pela primeira vez por Jacques Derrida em 1967 na *Gramatologia*, o termo “desconstrução” foi formatado da arquitetura. Significa a deposição ou decomposição de uma estrutura. Em sua definição derridiana, remete a um trabalho do pensamento inconsciente (“isso se constrói”) e que consiste em desfazer, sem nunca destruir, um sistema de pensamento hegemônico ou dominante. Desconstruir é de certo modo resistir à tirania do Um, do *logos*, da metafísica (ocidental) na própria língua em que é enunciada, com a ajuda do próprio material deslocado, movido com fins de reconstruções cambiantes. A desconstrução é o “que acontece”, aquilo acerca de que não sabemos se chegará a seu destino, etc. Jacques Derrida lhe confere igualmente um uso gramatical: o termo designa então uma desorganização da construção das palavras na frase. In *DERRIDA, Jacques e ROUDINESCO Elisabeth. “De que amanhã... diálogo”*. Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 2004: p.9

atual, cada vez mais relevante e mesmo essencial no sentido de que interpretar seja explicar, porque determinadas palavras podem fazer várias coisas, e não outras ou, nas palavras de Karl Larenz³, *interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático* e, para tanto, o saber jurídico ocupa papel de relevo, pois não se restringe a um conjunto de códigos, mas tem de ser concebido como um processo de diálogo, de troca entre o ser e o mundo, necessariamente entendido como uma reação ao positivismo submetido sempre à triagem do espectro constitucional.

E não há lugar mais indicado, democrático e fraterno para os debates, troca de ideia e de ideais do que o **Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**.

O CEDES é produto de um sonho, de magistrados que se permitem sonhar um Direito diferente, sonho da inclusão dos excluídos no laço relacional, da inclusão dos afetos excluídos no conhecimento do Direito, da busca de sentido, de razão, para os sentimentos. E em seu âmago é que foi concebida a Revista que ora se apresenta e cuja leitura será, com certeza, não apenas de relevantíssimo interesse a todos quantos se dediquem ao estudo do Direito Processual como, também, de inestimável valor histórico na medida em que registra de forma indelével o momento de transição normativa com as preocupações inerentes à Magistratura responsável por sua interpretação e aplicação.

Penso que, como a Revista constitui etapa vencida de tantas realizações não há como finalizar essa apresentação sem mencioná-la, especificamente, traduzindo-lhe o momento intermediário de um longo e profícuo caminhar em direção às realizações científicas.

3 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 439.

Nas palavras sempre gentis do **Des. Antonio Carlos Esteves Torres** que, muito mais do que um jurista erudito e de inteligência superior, é um amigo verdadeiro e querido que nos ensina todos os dias, com a disponibilidade de um mestre e a humildade de um gênio.

Portanto, à leitura do 2º volume da REVISTA DE ESTUDOS E DEBATES – Ciclo de Debates sobre o CPC de 2015 e Outros Escritos!

Juiz Mauro Nicolau Junior



Nas circunstâncias atuais, onde as ferramentas de buscas virtuais permitem pinçar os trabalhos jurídicos por tema ou autor, questiona-se qual seria o propósito de sua republicação em forma de uma revista eletrônica.

Tempos atrás ouvi a mesma discussão em relação ao mercado fonográfico. Sobreviveriam os álbuns de artistas da música ao comportamento hoje disseminado de se ouvir música a varejo, por intermédio de *streaming*?

A resposta era dada em seguida. Os álbuns representam uma obra completa, da qual cada música expõe uma face. Não é possível compreender inteiramente a respectiva expressão artística sem ouvir todas as músicas que a compõem, preferencialmente na ordem em que foram sequenciadas. Esta regra vale ao menos para os grandes artistas, que buscam traduzir no conjunto um sentimento específico, ou vários sentimentos correlacionados orgânica e harmonicamente.

O segundo volume da Revista de Estudos e Debates traz este perfil. Revela, de forma conjunta, as preocupações que rondaram os estudos realizados pelo Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CEDES) no ano de 2015 e início de 2016. E, mesmo sem fechar as portas para temas diversos, o que se alinha à sua postura multitemática e democrática, a revista teve seu foco no grande acontecimento normativo do biênio retratado: a entrada em vigor da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil.

O Ciclo de Debates sobre o CPC de 2015 foi criado a partir da necessidade da familiarização com a nova lei pelos magistrados cíveis de primeira instância, que pretendiam organizar tardes de leituras e debates, em caráter totalmente informal. As adesões cresceram e, com elas, a demanda por uma estrutura mínima. A ideia foi então carinhosamente acolhida pelo CEDES, que propiciou toda logística necessária para o empreendimento jurídico. Neste contexto, em reunião realizada em 30/03/2015, às portas da sala de audiências da 48ª Vara Cível, no Anexo Cidade Nova, nascia o ciclo de debates “Primeiras Impressões de Juízes Cíveis acerca do Novo CPC”, registrado em ata disponível no sítio daquele Centro de Estudos.

Na ocasião, os magistrados presentes foram divididos em oito grupos, cada grupo responsável pelo aprofundamento dos estudos sobre uma determinada parte do Código: **(I) Normas Processuais Cíveis; Função Jurisdicional e Sujeitos do Processo** (artigos 1º a 187); **(II) Atos Processuais; Tutela Provisória e Formação, Suspensão e Extinção do Processo** (artigos 188 a 317); **(III) Procedimento Comum, desde a Petição Inicial à AIJ** (artigos 318 a 368); **(IV) Das Provas** (artigos 369 a 484); **(V) Sentença, Coisa Julgada, Liquidação e Cumprimento de Sentença** (artigo 485 a 538); **(VI) Procedimentos Especiais** (artigos 539 a 770); **(VII) Execução** (artigo 771 a 925); **(VIII) Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação das Decisões Judiciais** (artigo 926 a 1044).

Quanto à parte relativa às Disposições Finais e Transitórias (artigos 1045 a 1072), ficou combinado que todos os grupos fariam sua análise, correlacionando-a ao trecho do Código correspondente ao que lhe foi distribuído.

Todas as plenárias foram registradas em ata e delas puderam participar juízes e desembargadores, embora a votação final fosse reservada aos juízes de primeira instância que tiveram um número de

presenças mínimas nos debates. Foram aprovados 108 enunciados doutrinários, que foram objeto do Aviso Conjunto TJ/CEDES 22/2015, que abre a Revista.

Embora não houvesse nenhuma diretriz neste sentido, os debatedores acabaram convergindo quanto às dificuldades que o novo processo trará para a jurisdição e, tal como o sentimento que inspira o artista da música na elaboração de seu álbum, os enunciados se completam na preocupação de dar uma viabilidade mínima para o novo Código.

Tive a honra de coordenar este trabalho juntamente com o prestigiado Juiz MAURO NICOLAU JUNIOR e sob a direção dos inestimáveis Desembargadores CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS e ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES. Mas além do resultado final, que se tornou motivo de orgulho de todos participantes, ficarão na lembrança as agradáveis tardes de sexta feira que passamos, aos sabores de biscoitos e do Direito, verdadeiro congoçamento entre colegas cujo múnus tende a um cruel isolamento.

Alguns dos artigos que se seguem aos enunciados foram assinados por participantes do Ciclo de Debates e representam simples desdobramentos daquele. Outros, assinados por renomados magistrados e operadores do direito que ali não estiveram, permitem a correta oxigenação da obra, com direito a passeio em outros ramos das ciências jurídicas.

Embora o segundo volume da Revista de Estudos e Debates bem traduza as impressões do novo Código de Processo Civil no período da **vacatio**, a obra precisará ser complementada com as concepções do Código já em vigor, o que se espera em um futuro volume.

Tal como aqui, a obra do artista poderá ganhar nova perspectiva quando da análise conjunta de sua discografia.

Juiz Leonardo de Castro Gomes



CICLO DE DEBATES sobre o CPC 2015	21
Aviso Conjunto TJ-CEDES 22/2015.....	23
A ESTABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA DE URGÊNCIA.....	67
Juíza Leise Rodrigues de Lima Espírito Santo	
OS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS E O IRDR.....	81
Juiz Antônio Aurélio Abi-Ramia e Maria Eduarda Brasil	
DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO CPC. BREVES OBSERVAÇÕES	103
Juiz Daniel Vianna Vargas	
OS NOVOS MECANISMOS DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO TJ-RJ.....	114
Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos	
JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NA SÚMULA 543 DO STJ NECESSITA DE REVISÃO	119
Dr. Melhim Chalhub	
NOVO CPC PERMITE PROVIMENTO DE RECURSO SEM PRÉVIA OITIVA DO RECORRIDO.....	128
Des. Alexandre de Freitas Câmara	

ENSAIO SOBRE A PROVA PERICIAL NO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL DE 2015137

Juiz Bruno Vinícius da Rós Bodart

O NOVO CPC E O SUJEITO QUE NÃO SABIA JOGAR XADREZ.....172

Juiz Leonardo de Castro Gomes

PRIMEIRAS IMPRESSÕES DOS JUÍZES CÍVEIS A RESPEITO
DO NOVO CPC 184

Juiz Mauro Nicolau Junior

QUESTÕES ATUAIS SOBRE AS AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO192

Dra. Heloisa Carpena

BREVES CONSIDERAÇÕES DE ORDEM PRÁTICA SOBRE O AGRAVO
DE INSTRUMENTO E O AGRAVO INTERNO NO CPC DE 2015200

Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

OUTROS ESCRITOS205

DEZ ANOS DE LRF207

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

RECUPERAÇÃO JUDICIAL E TRAVA BANCÁRIA214

Juiz (JDS) Luiz Roberto Ayoub

PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO
DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL.....222

Juíza Maria da Penha Nobre Mauro

SUPERENDIVIDAMENTO NA VISÃO DO JUIZ DE
COMPETÊNCIA EMPRESARIAL.....243

Juiz Fernando Viana

A EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO PELA SATISFAÇÃO
PARCIAL DO CRÉDITO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
DA SEGURANÇA JURÍDICA..... 251

Juíza Maria Cristina de Brito Lima

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CONFLITOS DE
INTERESSE DERIVADOS DA SAÍDA TEMPORÁRIA DE
ESTABELECIMENTO PRISIONAL266

Juiz Marcello de Sá Baptista

CICLO DE DEBATES

sobre o
CPC 2015



Aviso Conjunto TJ/CEDES 22/2015

O Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, **Desembargador LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO**, o Diretor-Geral do CEDES, **Desembargador CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS**, o Diretor Adjunto do CEDES, **Desembargador ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES**, o **Juiz MAURO NICOLAU JUNIOR** e o **Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES** comunicam aos Senhores Magistrados, Membros do Ministério Público, da Defensoria Pública e das Procuradorias estatais, Advogados e demais interessados, que no Ciclo de Debates sobre o CPC de 2015, ***Primeiras Impressões de Juízes Cíveis acerca do Novo Código de Processo Civil***, promovido pelo Centro de Estudos e Debates do TJERJ e coordenado pelos Juízes acima mencionados, **foram aprovados os seguintes enunciados doutrinários** pelos seguintes Magistrados: Juíza Admara Falante Schneider, Juíza Adriana Sucena Monteiro Jara Moura, Juíza Alessandra Ferreira Mattos Aleixo, Juíza Ana Lucia Vieira do Carmo, Juiz Carlos Sergio dos Santos Saraiva, Juíza Cristina Serra Feijó, Juiz Daniel Vianna Vargas, Juiz Edison Ponte Burlamaqui, Juiz Eric Scapim Cunha Brandão, Juíza Eunice Bitencourt Haddad, Juíza Fernanda Galliza do Amaral, Juiz Guilherme Rodrigues de Andrade, Juíza Joana Cardia Jardim Cortes, Juíza Karenina David Campos de Souza e Silva, Juíza Ledir Dias de Araújo, Juiz Leonardo de Castro Gomes, Juiz Luiz Umpierre de Mello Serra, Juiz Marcos Antonio Ribeiro de Moura Brito, Juíza Maria Cecília Pinto Gonçalves, Juíza Marianna Mazza Vaccari Manfrenatti Braga, Juiz Mauro Nicolau Junior, Juíza Mirella Letizia Guimarães Vizzini, Juíza Paula de Menezes Caldas, Juíza Renata Gomes Casanova de Oliveira e Castro, Juiz Ricardo Cyfer, Juíza Rosa Maria Cirigliano Maneschy, Juíza Rosana Simen Rangel de Figueiredo Costa e Juíza Simone Gastesi Chevrand.

Normas Processuais Civis; Função Jurisdicional e Sujeitos do Processo (artigos 1º a 187).

Enunciado 1: Angularizada a demanda, é desnecessária a intimação prévia para que as partes se manifestem sobre os fundamentos jurídicos a serem adotados na decisão.

Justificativa: Conforme conclusão do seminário O Poder Judiciário e o CPC, organizado pela ENFAM (26 a 28 de agosto, Brasília), entende-se por “fundamento” referido no art. 10 do CPC o substrato fático que orienta o pedido e não o enquadramento jurídico atribuído pelas partes. Outra não pode ser a conclusão à luz do princípio da eventualidade, de maneira que a oportunidade para que as partes se manifestem sobre as questões jurídicas que cercam a demanda se dá por ocasião da petição inicial (art. 319, III) e contestação (art. 336).

Enunciado 2: A ordem cronológica de conclusão para julgamento poderá ser superada de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade e sua inobservância não implica nulidade processual.

Justificativa: O art. 12 do CPC cria um mero ideal administrativo para o órgão julgador, sem repercussão na validade dos processos. Por se tratar de regra de cunho administrativo, aquela necessariamente se submete a um juízo de conveniência e oportunidade, sendo inúmeras as hipóteses em que a administração da Justiça ficará prejudicada se a observância da ordem for rigorosa (por exemplo, o represamento de processos mais simples ou o engessamento da distribuição de trabalhos entre assessores para elaboração de minutas).

Enunciado 3: A ordem cronológica para julgamento se aplica somente a conclusões superiores a trinta dias úteis.

Justificativa: A proposição visa à interpretação do art. 12 do CPC em cotejo com seu art. 226, III, sob o ponto de vista teleológico. Com efeito, seria absurda a aplicação do art. 12 em detrimento do prazo regular para a prolação de sentença, regra melhor sintonizada com os princípios da duração razoável do processo e efetividade que, de certa forma, a ordem cronológica também buscou atender.

Enunciado 4: Não cabe a fixação de honorários advocatícios em razão de embargos declaratórios, ressalvada a hipótese de efeitos infringentes que afetem a própria sucumbência.

Justificativa: A proposição adequa a regra do art. 85, § 1º do CPC ao princípio da causalidade. Ocorre que, no caso dos embargos declaratórios, eventual omissão, contradição ou obscuridade reconhecida decorre de um erro in procedendo, que o próprio juízo deu causa. Por sua vez, considerando que os embargos são rejeitados ou inadmitidos sem contrarrazões, não houve labor do advogado do embargado a justificar sua remuneração.

Enunciado 5: Os honorários em favor de sociedade de advogados não têm caráter alimentar e nem privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho.

Justificativa: A redação do art. 85, § 15 do CPC deve ser interpretada de forma restritiva, no sentido de que se aplica aos honorários repassados à sociedade de advogados somente a parte final do parágrafo anterior, que veda a compensação em caso de sucumbência parcial. Isto porque não há *discrímen* razoável a justificar um tratamento diferenciado dos escritórios de advocacia em relação às demais pessoas jurídicas uniprofissionais em geral, em detrimento, inclusive, de créditos da Fazenda Pública. A proposição, portanto, é feita à luz do princípio da isonomia.

Enunciado 6: Na sucumbência recíproca, os recursos obtidos na execução do crédito do beneficiário da gratuidade de justiça respondem por honorários, custas e despesas processuais nos quais foi condenado.

Justificativa: Enquanto o art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 1060/1950 caracterizava o hipossuficiente a partir de sua “situação econômica”, o art. 98 do CPC, alinhando-se à CF/88, refere-se à “insuficiência de recursos para pagar custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios”. Ao abandonar o argumento contextualizado em prol de um mais objetivo, conclui-se que a lei não mais exige uma transformação nos padrões de riqueza do beneficiário da assistência judiciária para que se implemente a condição suspensiva do art. 98, § 3º, do CPC. Basta que recursos extraordinários surjam, uma vez que o sustento da parte era possível sem aqueles.

Enunciado 7: O acolhimento do incidente de descon sideração da personalidade jurídica implica o aproveitamento dos atos processuais praticados em face daquele em desfavor do qual foi proferida a decisão, passando a intimação do sócio ou da pessoa descon siderada a vincular ambos.

Justificativa: O acolhimento do incidente tem por consequência lógica o reconhecimento de ser sociedade e sócio (ou sociedade coligada) uma única pessoa, o que reflete na relação processual estabelecida. Na linha da doutrina inglesa, a personalidade descon siderada é um mero véu do devedor. Não se justifica que os atos processuais se deem de forma duplicada, como se estivesse tratando de um litisconsórcio entre devedores solidários, o que definitivamente não ocorre. Fosse assim, a finalidade abusiva do uso da personalidade seria sempre exitosa, ao menos em parte. Esta é a posição atual do STJ (REsp 907.915/SP), não havendo motivo para que seja modificada pela simples previsão de um incidente processual.

Enunciado 8: Desnecessária a prévia manifestação da parte quando o Juiz entender pela incidência do § 3º do art. 63 do CPC.

Justificativa: Quando reputada abusiva a cláusula de eleição de foro pelo Juiz antes da citação, desnecessária a prévia manifestação da parte, porquanto a decisão sobre competência não se enquadra na hipótese do art. 9º do CPC.

Enunciado 9: Havendo mero interesse econômico para o ingresso como assistente, o juiz poderá rejeitar liminarmente o pedido sem necessidade de manifestação dos interessados.

Justificativa: O art. 120 do CPC dispõe que haverá manifestação da parte contrária em 15 dias e deferimento do pedido de assistência, salvo o caso de rejeição liminar. A rejeição liminar ocorrerá quando não houver interesse jurídico, mas meramente econômico. É dispensável a manifestação dos interessados por ausência de prejuízo.

Enunciado 10: Não se incluem entre as causas de impedimento, para fins do inciso VII, do art. 144 do CPC, as prestações de serviços de natureza esporádicas.

Justificativa: Não é razoável que serviços esporadicamente prestados gerem o impedimento do magistrado.

Enunciado 11: A suspeição referida no art. 145, III do CPC se restringe às relações de débito ou crédito decorrentes de financiamento ou fornecimento de consumo de caráter litigioso.

Justificativa: A suspeição apenas se caracteriza quando há o interesse pessoal do magistrado, o que apenas se justifica numa relação litigiosa.

Atos Processuais; Tutela Provisória e Formação, Suspensão e Extinção do Processo (artigos 188 a 317).

Enunciado 12: É válida a citação por correio entregue a encarregado de receber correspondências de pessoas jurídicas ou a porteiro de edifícios de apartamentos.

Justificativa: O § 2º do art. 248 do CPC, na hipótese de pessoa jurídica, consagrou a validade da entrega do mandado de citação à pessoa com poderes de gerência geral ou de administração ou, ainda, a funcionário responsável pelo recebimento de correspondências. O § 4º do art. 248 do CPC previu expressamente a validade da entrega do mandado de citação a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, que, entretanto, poderá recusar o recebimento, se declarar, por escrito, sob as penas da lei, que o destinatário da correspondência está ausente. Trata-se de consagração da teoria da aparência para as pessoas jurídicas, buscando, também, evitar ocultações de pessoas físicas e alegações de nulidade da citação.

Enunciado 13: A previsão do § 3º do art. 256 do CPC não modificou orientação do Enunciado nº 292 da Súmula da Jurisprudência Predominante do TJERJ pertinente à citação editalícia.

Justificativa: O § 3º do art. 256 do CPC consagrou que o réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos. O verbete nº 292 da súmula de jurisprudência do TJRJ consolidou a tese de que para a citação por edital não se exige a expedição de ofícios, mas apenas a certidão negativa no endereço declinado na petição inicial e constante nos documentos existentes nos autos e, ainda, a pesquisa nos sistemas informatizados

do TJRJ. Inexiste norma legal que determine a expedição de ofício aos órgãos, públicos e privados, com o objetivo de localizar o paradeiro do réu, prestigiando-se os princípios da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional.

Enunciado 14: Não é obrigatória a nomeação de curador especial nas hipóteses do art. 259 do CPC.

Justificativa: Muito embora o art. 259 do CPC determine a publicação de editais de citação na ação de usucapião de imóvel, de recuperação ou substituição de título ao portador e em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos, em tais casos não é obrigatória nomeação de curador especial. Trata-se de requisito legal de publicidade, que não se amolda às hipóteses de nomeação de curador especial (art. 72 do CPC).

Enunciado 15: Ao Poder Judiciário é vedado aferir o acerto ou desacerto da decisão arbitral, salvo se manifestamente ilegal ou de cumprimento impossível.

Justificativa: A carta arbitral deverá ser instruída com a convenção de arbitragem e as provas da nomeação do árbitro e de que tenha aceitado a função (art. 260, § 3º do CPC). Caso contrário, o juiz recusará o cumprimento da carta arbitral. Tais providências conferem segurança ao juiz para empregar atos de força destinados ao cumprimento da decisão arbitral, pois demonstram a regularidade da arbitragem e da solicitação que lhe foi encaminhada. Como regra, não será possível ao Judiciário, aferir o acerto ou desacerto da decisão arbitral. Verificada a regularidade formal da carta arbitral, impõe-se seu cumprimento pelo Judiciário que não poderá adentrar o mérito da demanda arbitral, salvo se a decisão for manifestamente ilegal o que, por óbvio, não obrigará o

juiz a lhe dar cumprimento.

Enunciado 16: Presume-se suficiência de recursos da parte nos casos de cumprimento de carta arbitral, sendo exigível o recolhimento antecipado das custas processuais e taxa judiciária.

Justificativa: O juízo arbitral pressupõe o pagamento pelas partes ao árbitro e ao respectivo órgão ao qual está vinculado, inexistindo previsão de gratuidade de justiça. Dessa forma, custas para o cumprimento da carta arbitral deverão, da mesma forma, ser recolhidas e apresentada a comprovação juntamente com sua distribuição.

Enunciado 17: A intimação por advogado, nos termos do § 1º do art. 269 do CPC, deverá ser feita através de correspondência por ele próprio redigida e encaminhada.

Justificativa: As intimações são feitas, via de regra, por publicação no órgão oficial. Se o advogado pretende antecipar a comunicação deverá se responsabilizar pela confecção e encaminhamento do ofício, sob pena de ser esvaziado o propósito da norma, que é imprimir maior celeridade à prática do ato.

Enunciado 18: O descumprimento dos parágrafos 3º e 4º do art. 272 do CPC não acarreta nulidade, caso seja possível identificação das partes e dos advogados.

Justificativa: Em apreço ao princípio que veda o reconhecimento de nulidade sem prejuízo, não se cogita de vício na intimação realizada em descompasso com os parágrafos 3º e 4º do art. 272 do CPC/2.015, desde que possível identificação da parte e advogado.

Enunciado 19: A parte que fizer carga dos autos será considerada intimada de todo e qualquer ato praticado no processo, fluindo

desde então o prazo para recurso contra decisões a que não tenha sido intimada anteriormente.

Justificativa: Salutar alteração pressupõe a intimação do advogado que retirar os autos do cartório ou que dele tiver acesso através do processamento eletrônico para a prática de qualquer ato, ainda que não tenha sido especificamente intimado a tanto. A norma passa a exigir atenção de todos quantos atuam no processo, não apenas quanto ao último ato, mas sim em relação a todo o processado. Tal regra nada mais é do que a aplicação da regra de cooperação entre todos quantos atuem no processo.

Enunciado 20: Podem ser feitas tanto citação quanto intimação por hora certa para qualquer ato processual, desde que haja suspeita de ocultação.

Justificativa: O CPC acaba com a dúvida até então existente quanto à possibilidade de realização de intimação por hora certa, o que se torna possível para todo e qualquer ato, processo ou procedimento.

Enunciado 21: Não se invalidam atos processuais pela falta de intimação do Ministério Público, se a decisão for favorável ao incapaz cuja presença em juízo é a causa de sua intervenção, devendo, caso contrário, ser apontado concretamente o prejuízo.

Justificativa: A invalidade processual é a sanção que somente pode ser aplicada, se houver a conjugação do defeito do ato processual com a existência de prejuízo. Não há invalidade processual sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*). A decretação de nulidade pela falta de intervenção ministerial deve ser apreciada em consonância com as diversas outras regras que norteiam o sistema de nulidades do processo civil brasileiro. Daí porque se mostra correta e ainda plenamente

aplicável a conclusão 42 do VI Encontro Nacional dos Tribunais de Alçada (ENTA): “A intervenção da Procuradoria da Justiça em segundo grau evita a anulação de processo no qual o Ministério Público não tenha sido intimado em primeiro grau, desde que não demonstrado o prejuízo do interesse tutelado”.

Enunciado 22: A petição inicial será indeferida quando não atendida decisão que determinar a emenda à inicial, com vistas à inclusão dos endereços eletrônico e físico do advogado, no prazo de quinze dias.

Justificativa: Levando-se em conta a exigência prevista no art. 287 do CPC de inclusão, na petição inicial, dos endereços eletrônico e físico do advogado, aplicar-se-ão, por analogia, os artigos 106, I e § 1º; 319, II, e 321, parágrafo único, do CPC, a fim de que a petição inicial seja indeferida no caso de persistência do vício após consumação do prazo para emenda de 15 dias. A referida exigência constitui verdadeiro requisito da petição inicial, à semelhança daqueles enumerados nos incisos do art. 319 do CPC/2.015, devendo, pois, receber o mesmo tratamento jurídico.

Enunciado 23: A norma do art. 290 do CPC abrange as hipóteses de ausência total ou parcial de recolhimento das despesas processuais de ingresso.

Justificativa: Urge a uniformização de tratamento para as hipóteses de ausência total ou parcial de recolhimento das despesas processuais de ingresso, com a dispensa de intimação pessoal para ambos os casos, levando-se em conta: 1) inexistência de tratamento legislativo diferenciado; 2) cumprimento da exigência de cientificação da parte acerca da necessidade do pagamento para prosseguimento do feito com a mera intimação na pessoa do advogado; 3) prolongamento

indesejado do feito não preparado, com incremento do serviço cartorário em razão da necessidade de expedição de mandados de intimação pessoal, em prejuízo ao bom andamento dos processos devidamente constituídos.

Enunciado 24: A petição inicial deverá indicar o valor pretendido a título de indenização por dano moral, sob pena de indeferimento por inépcia.

Justificativa: Considerando-se que o valor da causa é requisito da petição inicial, na forma do art. 319, V, do CPC, bem como que o novo regramento processual, em seu art. 292, V, exige a indicação do valor pretendido pela parte a título de indenização por dano moral, a sua ausência acarretará o indeferimento da exordial no caso de não suprimento do vício no prazo de 15 dias. O enunciado faz-se necessário para desconstruir entendimento arraigado na prática forense no sentido de que o valor pretendido de indenização por lesão extrapatrimonial constitui pedido genérico, a dispensar apontamento de valor líquido.

Enunciado 25: Não é possível a concessão da tutela de urgência, mediante a dispensa de caução de que trata a parte final do art. 300, § 1º, do CPC, quando haja risco de dano iminente à parte contrária.

Justificativa: O enunciado visa a evitar interpretação equivocada do artigo em exame, no sentido de que a vulnerabilidade econômica dispensaria a análise dos demais requisitos indispensáveis à concessão da medida de urgência. Dessa forma, vislumbrando a existência de dano inverso, o juiz poderá indeferir a tutela de urgência pleiteada pela parte economicamente hipossuficiente.

Enunciado 26: O art. 303, § 3º, do CPC não abrange a taxa judiciária nem custas devidas por atos subsequentes.

Justificativa: Nos casos em que a petição inicial limitar-se ao requerimento da tutela antecipada, o aditamento consistente na formulação e liquidação de novos pedidos enseja o pagamento da diferença da taxa judiciária, evitando-se burla ao seu recolhimento e distinção anti-isonômica entre o jurisdicionado que optar por ajuizar a demanda em sua totalidade e aquele que, inicialmente, decidir por postular apenas a antecipação de tutela. Custas, por sua vez, visam a remunerar diligências no curso do processo e não podem ser previstas antecipadamente em sua totalidade. Por esta razão, devem ser recolhidas à medida que se façam necessárias.

Enunciado 27: Nas relações de trato sucessivo, as alterações na situação fática autorizam a revisão da tutela estabilizada na fase de cumprimento.

Justificativa: Tratando-se de relações que se protraem no tempo, necessário assegurar a revisão da tutela estabilizada nos casos em que fatos supervenientes revelem a injustiça da perpetuação da decisão.

Procedimento Comum, da Petição Inicial à AIJ (artigos 318 a 368).

Enunciado 28: No silêncio da inicial, entende-se que será designada audiência de conciliação ou mediação, sendo desnecessário despacho para emenda.

Justificativa: O Código tem como escopo a pacificação do litígio. Daí suas regras instarem, em interpretação sistemática, ao enfrentamento do mérito. Aliando esta conclusão ao sistemático intento de conciliar e não havendo sanção para o caso de não apresentação de requerimento

expresso, entende-se que deverá ser designada audiência. A emenda não se justifica, pois a omissão não dificulta o enfrentamento do mérito (art. 321 e 334, § 5º do CPC).

Enunciado 29: O juiz pode indeferir pedido de buscas de endereço que extrapolem as ferramentas disponíveis no sistema informatizado do TJRJ.

Justificativa: A busca pelo endereço do requerido não poderá eternizar o processo, bastando o atendimento a formalidades já consideradas pela jurisprudência do nosso E. TJRJ como suficientes. Assim, o § 1º do art. 319 do CPC é compatível com o Enunciado nº 292 da Súmula do TJRJ (“Para a citação por edital não se exige a expedição de ofícios, mas apenas a certidão negativa no endereço declinado na petição inicial e constante nos documentos existentes nos autos e, ainda, a pesquisa nos sistemas informatizados do TJRJ”).

Enunciado 30: Com o saneamento ocorre a estabilização da demanda, sendo vedado negócio processual que altere o pedido ou a causa de pedir.

Justificativa: O processo não pode ser modificado eternamente, sendo pacífico o entendimento no sentido de que com o saneador ocorre a estabilização da demanda, sendo de todo contrário à segurança jurídica e ao tempo razoável de duração do processo.

Enunciado 31: A citação para apresentação de contrarrazões ao recurso, interposto contra sentença de indeferimento da inicial ou de improcedência liminar do pedido, é dispensada quando inviabilizada por fato do autor.

Justificativa: Os artigos 331, § 1º, e 332, § 4º do CPC, não podem

ser interpretados de maneira a impossibilitar o desfecho definitivo do processo, o que, em última análise, inviabiliza a própria função jurisdicional pacificadora. Com efeito, poderá haver casos em que o autor não identifica o réu de maneira suficiente, o que motiva o indeferimento da inicial. Também, proferida sentença de improcedência liminar, pode o autor deixar de recolher custas de citação ou de se manifestar sobre diligência negativa. O processamento do recurso não pode ficar refém de sua desídia.

Enunciado 32: É obrigatória a presença pessoal das partes ou de seu representante na audiência de conciliação e ou de mediação, vedada a cumulação de funções na pessoa do advogado.

Justificativa: A proposição visa estimular a participação das partes na fase de mediação e conciliação. Embora seja a presença do advogado essencial, não pode, todavia, acumular a função de representante, sendo esta a conclusão para existência do § 10, bem como em virtude da utilização da expressão “acompanhado de advogado” do § 9º, ambos do art. 334 do CPC.

Enunciado 33: É possível a homologação de acordo celebrado entre as partes em audiência, ainda que estejam desacompanhadas de advogado, devendo o juiz verificar a legalidade da avença.

Justificativa: Em obediência ao espírito do código em incentivar a conciliação, em caso de as partes comparecerem, ainda que desacompanhadas, o juiz poderá homologar o acordo, tratando-se de direito disponível.

Enunciado 34: A audiência de conciliação de que trata o art. 334 do CPC pode ser presidida pelo juiz.

Justificativa: Não há vedação legal a que a condução da audiência de conciliação seja presidida por juiz togado.

Enunciado 35: O pagamento pelo autor das despesas previstas no parágrafo único do art. 338 do CPC é condição para a efetivação da substituição autorizada pelo caput do referido dispositivo.

Justificativa: O pagamento das despesas referidas no parágrafo único é condição para o aperfeiçoamento da substituição, já que haverá a extinção do processo com relação ao réu inicialmente indicado, evitando-se novos incidentes.

Enunciado 36: O réu que, alegando incompetência relativa ou absoluta, optar por protocolar a contestação no foro de seu domicílio tem o dever de comunicar ao juiz da causa que o fez até a audiência de conciliação designada ou, se aquela não foi designada, dentro do prazo de defesa, sob pena de revelia.

Justificativa: A opção pela faculdade prevista no art. 340 do CPC acarreta para o réu o ônus da comunicação. Sem essa comunicação, a audiência será realizada sem a notícia do oferecimento de resposta pelo réu, o que poderá acabar resultando na decretação da revelia com o julgamento do processo.

Enunciado 37: Constitui ônus do defensor público, que teve contato pessoal com a parte, impugnar especificadamente os fatos constantes da inicial.

Justificativa: Em busca da verdade real, da realização da justiça no caso concreto e da isonomia, bem como em razão de interpretação feita conforme a CRFB, o parágrafo único do art. 341 do CPC não afasta o dever funcional do defensor público de exercer a adequada e efetiva

defesa dos interesses de seus assistidos, na forma da LC 80, art. 4º, V.

Enunciado 38: As hipóteses previstas nos parágrafos 3º e 4º do art. 343 do CPC só se aplicam aos casos de litisconsórcio necessário.

Justificativa: A proposição atende a posicionamento doutrinário antigo e visa restringir a ampliação subjetiva da lide pela via reconvenção, cuja incidência indiscriminada tende a violar o princípio da celeridade que norteou a elaboração do novo Código e embaraçar o direito de ação inicialmente exercido, ampliando o volume de atos a ser praticado no processo, o que pode levar ao infinito, já que o terceiro reconvido também poderá se valer da via. Em certos casos, a interpretação ampliativa do dispositivo (aqui rechaçada) violará o Princípio do Juiz Natural.

Das Provas (artigos 369 a 484).

Enunciado 39: Observados os requisitos do art. 373, parágrafos 1º e 2º do CPC, poderá o juiz atribuir ao consumidor o ônus de prova mínima do defeito do serviço ou do produto.

Justificativa: O CPC adotou a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova em seu art. 373, § 1º do CPC. Dadas as peculiaridades que embasam tal teoria, que já considera, na sua essência, a hipossuficiência técnica da parte no caso concreto, é possível aplicá-la mesmo quando a parte a quem será atribuído o ônus se tratar de um consumidor, no que tange ao defeito do serviço ou do produto, em casos tais que lhe seja fácil sua demonstração e reste impossível ao fornecedor sua prova negativa, invertendo a regra do art. 12 § 3º, II, e 14, §3º, I, do CDC. A ideia já é aplicada intuitivamente pelos juízes que muitas vezes exigem prova mínima do alegado pelo consumidor com base no art. 333, I, do CPC atual.

Enunciado 40: A convenção das partes para a distribuição diversa do ônus da prova poderá se dar antes ou durante o processo, desde que até o saneamento.

Justificativa: A possibilidade da celebração do negócio processual antes do processo tem previsão do art. 190 do CPC. A limitação temporal decorre de imposição do que dispõe o art. 357, III, do Código (“Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...]III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373”).

Enunciado 41: É vedada a distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes, se o contrato se fundar em relação de consumo e houver adesão do consumidor.

Justificativa: Além das restrições previstas no parágrafo terceiro do art. 373 do CPC, o negócio processual envolvendo o ônus da prova também deverá observar aquelas do art. 190, parágrafo único do CPC (de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade). Dada presunção de vulnerabilidade do consumidor, o parágrafo único do art. 190 do CPC cria óbice intransponível para que a inversão do ônus probatório se dê através de contrato de adesão.

Enunciado 42: Havendo convenção das partes pela distribuição diversa do ônus da prova, deve o juiz se pronunciar acerca da sua validade, dando à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe for atribuído.

Justificativa: Pela leitura dos artigos 190, parágrafo único, e 357,

III, do CPC, cabe ao juiz aferir a validade do negócio processual que inverta o ônus da prova, reconhecendo-a ou recusando sua aplicação por ocasião do saneamento. Estando a questão condicionada ao crivo judicial, é razoável a dispensa de tratamento idêntico àquele previsto na inversão judicial com base na teoria da carga dinâmica, de maneira que a previsão do art. 373, § 1º do CPC, pela qual deve ser dada a oportunidade para a especificação de provas à parte em desfavor da qual for atribuído o ônus probatório, aplica-se sempre que houver negócio processual relativo ao ônus da prova. Neste sentido, invoca-se o princípio do art. 10 do Código.

Enunciado 43: O direito referido na cabeça do art. 379 do CPC se refere exclusivamente às provas com repercussão criminal e não impede a aplicação, à parte, da multa prevista no art. 77, § 2º, do CPC e nem da pena de confissão, ressalvadas, em relação a esta, as hipóteses do art. 388 do CPC.

Justificativa: O art. 379 do CPC não traz inovação legislativa, mas apenas reafirma direito posto, proveniente do art. 5º, LXIII da Constituição Federal e art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678/1992). Assim, o direito de não produzir prova contra si se refere a provas com repercussão criminal, apenas. Tal entendimento se coaduna com o que dispõe o art. 388, I. Não interfere nas sanções previstas para os casos de dolo processual, persistindo-lhe os deveres de “cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação” e “não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”.

Enunciado 44: O terceiro que, advertido pelo juiz e injustificadamente, se nega a prestar informações de fatos e circunstâncias de que tem conhecimento ou a exhibir coisa ou

documento que esteja em seu poder responde por ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 77, IV, e parágrafos), sem prejuízo da aplicação de multa cominatória, de natureza coercitiva.

Justificativa: A redação do parágrafo único do art. 380 do CPC não é clara quanto à natureza da multa aplicável ao terceiro que se nega a prestar informações determinadas pelo Juízo ou a exhibir documento ou coisa que esteja em seu poder. A interpretação que se faz é ampliativa, com a qual se busca a eficácia da decisão judicial.

Enunciado 45: O processo a ser instruído não previne a produção antecipada de provas, cuja competência é definida por opção do requerente, entre o juízo do foro onde aquela deva ser produzida ou do foro de domicílio do requerido.

Justificativa: O art. 381, parágrafo 3º, apesar de se referir à medida de natureza preparatória, traz norma igualmente aplicável aos casos incidentais. O parágrafo segundo do art. 382 descaracteriza qualquer prejudicialidade a justificar a reunião dos feitos. Logo, a conclusão que se chega é que, à falta de norma expressa, o requerente poderá sempre optar pelo ajuizamento no foro de domicílio do requerido ou no foro onde a prova deva ser produzida, mesmo que a prova vise à instrução de feito já ajuizado. Retiradas certidões pelos interessados e entregue os autos à parte autora (art. 383 e parágrafo único), os interessados poderão instruir o feito a ser ajuizado ou em andamento.

Enunciado 46: É cabível recurso contra decisão que indeferir parcialmente a produção antecipada da prova nas hipóteses do art. 381, I, do CPC.

Justificativa: O parágrafo quarto do art. 382 limita a possibilidade de recurso somente contra a decisão que indeferir totalmente a

produção da prova pleiteada pelo requerente originário. No entanto, ao vedar recurso contra indeferimento parcial da antecipação de prova nos casos do art. 381, I (fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação), poder-se-á estar dificultando em demasia o legítimo exercício do direito de ação, o que, em última análise, atenta contra o princípio da inafastabilidade, ademais de abrir indesejável margem para a utilização crônica de mandado de segurança.

Enunciado 47: É cabível recurso contra decisão que indeferir totalmente a produção antecipada da prova pleiteada por interessado na forma do art. 382, § 3º do CPC.

Justificativa: O parágrafo terceiro do art. 382 permite a ampliação do objeto do procedimento a requerimento de interessado, desde que relacionado ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora. O parágrafo seguinte, porém, limita a possibilidade de recurso somente contra a decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário. A regra, se aplicada de forma literal, provoca quebra da simetria, contrariando o disposto no art. 139, I, do mesmo Código, ademais de abrir indesejável margem para a utilização crônica de mandado de segurança.

Enunciado 48: A coleta da prova oral por videoconferência não corresponde a direito subjetivo das partes, cabendo ao juiz da causa decidir por tal meio de produção com base no juízo de oportunidade e conveniência.

Justificativa: Há divergências quanto à obrigatoriedade da videoconferência quando as comarcas respectivas estiverem estruturadas para tanto, o que poderá ensejar conflitos negativos de competência. A proposição submete a questão a um juízo de

conveniência pelo juiz da causa, que pode optar pela colheita pessoal ou pela expedição de carta precatória, salientando que o princípio da identidade física sequer está previsto no novo Código e que não haveria nulidade em razão de o ato atingir sua finalidade.

Enunciado 49: A invalidação da confissão em razão de erro de fato ou de coação deverá se dar através de ação anulatória, se pendente o processo em que foi feita, ou por ação rescisória, depois de transitada em julgado a sentença da qual constituir o único fundamento.

Justificativa: Apesar de o art. 393 do CPC suprimir o conteúdo dos incisos do art. 352 do CPC de 1973 quanto às vias para a anulação da confissão, conclui-se pela manutenção da regra respectiva. Isto porque, com o trânsito em julgado da decisão de mérito, o argumento do vício da prova só passa a ser relevante diante da rescindibilidade da sentença. Por sua vez, a ação rescisória está prevista nos casos de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida; quando a decisão for fundada em prova cuja falsidade venha a ser demonstrada na própria ação rescisória ou em erro de fato verificável do exame dos autos (CPC, art. 966, III, VI e VIII).

Enunciado 50: As medidas previstas no parágrafo único do art. 400 do CPC só podem ser aplicadas quando a presunção de veracidade dos fatos que a parte pretendia provar por meio do documento ou da coisa for insuficiente para se dirimir a controvérsia ou for contrária ao contexto dos autos.

Justificativa: Pela leitura do parágrafo único do art. 400, as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias podem ser aplicadas somente quando necessárias. A previsão se adequa a jurisprudência do STJ que minimiza a aplicação do Enunciado 372 da Súmula do STJ quando a presunção de veracidade não era suficiente

para se dirimir a lide principal (REsp 1359976/PB, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 02/12/2014). A proposição obsta o demandismo, que certamente seria insuflado pela possibilidade da multa cominatória.

Enunciado 51: Não cabe ação autônoma para a exibição de documento ou coisa pelo procedimento e sanções dos artigos 396 e seguintes do CPC, sem prejuízo de diligências pela via da produção antecipada de prova.

Justificativa: O novo Código aboliu as ações cautelares nominadas. Por outro lado, a presunção de veracidade se refere a um juízo de valor, que será exercido somente quando do julgamento da lide. Assim, considerando que em suposto procedimento exhibitório autônomo preparatório não seria possível a análise da presunção de veracidade, prejudicam-se as demais medidas subsidiárias, tornando inútil o seu ajuizamento nos moldes como disciplinado pelo art. 396 e seguintes. Em todo caso, havendo urgência para a produção da prova ou mesmo dúvida quanto ao direito da parte que possa ser dirimida com o respectivo documento ou coisa, poderá o interessado buscar diligências pela via da produção antecipada de prova, sem caráter litigioso.

Enunciado 52: Pode o magistrado, entendendo não ser o respectivo documento relevante para a solução da lide, rejeitar, liminarmente e ouvido o arguente, a arguição de falsidade.

Justificativa: Verificando o juízo não ser o documento necessário ou essencial ao julgamento do feito, por entender, nos termos do art. 371 do mesmo diploma legal, que tal prova não guarda pertinência com a lide, não influenciando na formação de seu convencimento, poderá, mantendo o documento nos autos, indeferir liminarmente a arguição suscitada. Ao assim agir, estaria a exercer o poder/dever que

lhe é conferido pelo art. 370, parágrafo único do CPC, zelando pela efetividade e celeridade do processo. Em todo caso, a parte arguente deverá ser previamente ouvido, por força do art. 10 do CPC.

Enunciado 53: O ônus da intimação de testemunha pelo advogado da parte persiste nos casos de gratuidade de justiça, podendo ser substituída pela intimação judicial se comprovada a necessidade em específico, quanto ao custo da postagem.

Justificativa: A gratuidade de justiça, disciplinada no art. 98 do CPC, pode ser apenas para certos atos, conforme § 5º do dispositivo, e o juiz deve velar para que as partes se desincumbam dos ônus de produção de provas, a fim de manter “paridade de armas” entre elas. Por outro lado, não pode criar obstáculo ao hipossuficiente econômico. Neste sentido, a substituição do ônus previsto no art. 455 do CPC pela intimação judicial se dá taxativamente nas hipóteses do seu parágrafo quarto, devendo a necessidade da diligência judicial ser comprovada. Daí, eventual hipossuficiência financeira deverá ser demonstrada em específico, ou seja, em relação ao custo da postagem.

Enunciado 54: O especialista intimado pelo juiz para ser inquirido a respeito de questão técnica de menor complexidade faz jus ao recebimento de remuneração pelo serviço prestado.

Justificativa: Assim como o perito nomeado para a realização da prova pericial tradicional, o especialista intimado pelo juiz para ser inquirido a respeito de questão técnica de menor complexidade faz jus ao recebimento de remuneração pelo serviço prestado, pena de enriquecimento sem causa das partes do processo.

Enunciado 55: A inobservância dos requisitos previstos no art. 473 do CPC, mesmo após determinada ao perito a emenda, constitui

mera irregularidade que, por si só, não acarreta a nulidade do laudo, salvo se influenciou diretamente na sua conclusão.

Justificativa: A inovação trazida pelo art. 473 do CPC tem função meramente instrumental, na medida em que visa a uma padronização dos laudos periciais, feita através da exigência de requisitos mínimos de estruturação e linguagem. É certo, porém, que pressupostos de natureza meramente formais não devem se sobrepor ao conteúdo próprio do ato que se pretende regular. A declaração de nulidade do laudo pericial, nesse contexto, deve ficar circunscrita aos casos em que há a efetiva demonstração de que o descumprimento de tais pressupostos estruturais influenciou diretamente no resultado do laudo.

Sentença, Coisa Julgada, Liquidação e Cumprimento de Sentença (artigos 485 a 538).

Enunciado 56: A decisão de indeferimento da petição inicial deve ser prolatada de plano, caso não haja possibilidade de correção do vício.

Justificativa: A interpretação dos arts. 319/321 do CPC deve ser finalística e instrumental, sendo certo que defeitos e irregularidades, tomados em conjunto, que impeçam de forma categórica a formação da relação processual e, por via de consequência, o devido processo legal e o contraditório, não são passíveis de correção.

Enunciado 57: O indeferimento da inicial pode ser parcial, quando o juiz rejeitar parte da demanda ou no caso de incompetência para o julgamento de um dos pedidos cumulados.

Justificativa: O novo sistema processual consagra a possibilidade

de análise individualizada das ações nas hipóteses de cumulação, seja quanto às decisões parciais de mérito, seja para as questões de admissibilidade e, neste caso, não será o caso de extinção do processo como um todo, mas de juízo de inadmissibilidade da parcela em que se verificou o fenômeno.

Enunciado 58: Em caso de abandono da causa pelo autor, nos termos do art. 485, III c/c § 1º do CPC, o juiz poderá intimar o réu para que se manifeste em cinco dias nos termos do § 6º, sendo que, em caso de inércia, estará autorizado a extinguir o processo.

Justificativa: Diante do sistema do impulso oficial do processo (art. 2º), o juiz não está jungido a aguardar a provocação de interessado para extinguir a relação processual abandonada pela parte. O réu regularmente intimado a se manifestar quanto ao abandono da causa pelo autor e que, igualmente, se mantenha inerte, demonstra seu desinteresse na composição da lide.

Enunciado 59: A análise do pedido de desistência deverá ser precedida de oportunidade de oitiva do réu quando este já houver manifestado qualquer resistência à pretensão do autor, ainda que não angularizada a relação processual, admitindo-se sua homologação nos casos de discordância injustificada.

Justificativa: Após a primeira manifestação do réu no processo (v.g.: Al contra decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela), a homologação da desistência depende da sua oitiva, em respeito ao contraditório efetivo, ainda que não tenha havido a angularização da relação processual, levando-se em conta que já sofreu o ônus de ter que se defender da ação proposta. De igual sorte, objetivando o respeito ao princípio da efetividade, admite-se a homologação da desistência nos casos de resistência injustificada do réu, mesmo após a citação.

Enunciado 60: A apelação intempestiva não produz efeito regressivo, devendo o juiz remeter a apelação ao tribunal sem exercício de juízo de retratação.

Justificativa: O art. 1.010, § 3º do CPC dispõe que a remessa dos autos ao tribunal independe de juízo de admissibilidade. Entretanto, intempestiva a apelação, é defeso ao juiz retratar-se, uma vez que estaria revendo uma decisão transitada em julgado. Não havendo competência do juiz para inadmitir o recurso, deverá remeter a apelação ao tribunal sem o exercício do juízo de retratação.

Enunciado 61: O art. 488 do CPC somente tem aplicação quando não comprometa as garantias inerentes ao devido processo legal, não sendo possível a resolução de mérito nos casos de incompetência absoluta, impedimento, suspeição em favor do réu, ilegitimidade *ad processum*, perempção, litispendência, coisa julgada ou convenção de arbitragem.

Justificativa: Necessário averiguar se o risco representado pela falta do pressuposto não se consumou, pois naquela situação concreta, o interesse a ser preservado pelo requisito formal permaneceu incólume. A não observância da exigência processual não causou qualquer prejuízo.

Enunciado 62: Fica o juiz dispensado de analisar o fundamento suscitado no caso concreto capaz, em tese, de infirmar a conclusão alcançada, quando já analisado e rejeitado na formação do precedente obrigatório ou enunciado de súmula aplicável.

Justificativa: A fundamentação, neste caso, limitar-se-á à aplicação do precedente, sendo que todos os argumentos já foram enfrentados quando da formação do precedente.

Enunciado 63: A invocação pela parte de enunciado jurisprudencial ou precedente deverá vir acompanhada das razões de decidir.

Justificativa: A simples alegação de enunciado jurisprudencial ou de precedente sem que esteja acompanhada dos fundamentos utilizados para sua formação, inviabilizam o necessário juízo analítico quanto à conformação das razões de decidir do precedente ao caso concreto, ou seja, a contraposição entre o contexto em que o precedente surgiu e o caso concreto possibilitando a verificação se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma.

Enunciado 64: A cláusula geral processual prevista nos artigos 497 e 498 do CPC decorre da mitigação do princípio da congruência entre o pedido e a sentença, não violando os princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Justificativa: Adotam-se no ordenamento jurídico as denominadas cláusulas gerais processuais, provocando, assim, um rompimento do princípio da tipicidade dos meios de efetivação, ainda que utilizados como regra de julgamento, buscando obter o maior rendimento possível do processo.

Enunciado 65: As restrições probatórias oriundas de negócio jurídico processual (art. 190, CPC) impedem a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais.

Justificativa: A limitação encontra fundamento na segurança jurídica, sendo certo que somente as questões prejudiciais efetivamente debatidas e decididas em processo de ilimitadas cognição e produção probatória podem alcançar a autoridade da coisa julgada.

Enunciado 66: A extensão da coisa julgada às questões prejudiciais independe de pedido ou provocação da parte, tampouco de manifestação específica no dispositivo da decisão.

Justificativa: Basta que as condições legais estejam observadas para que a coisa julgada cubra a prejudicial exaustivamente debatida e resolvida, ainda que topograficamente posicionada no corpo da fundamentação.

Enunciado 67: A condenação em honorários de sucumbência deverá levar em consideração o exame da questão prejudicial sujeita à coisa julgada e seus efeitos para o postulante.

Justificativa: Tradicionalmente, a sucumbência era verificada pela derrota no que se refere ao pedido principal. Na nova sistemática, ainda que vencedor em relação ao pedido (e, portanto, não podendo ser considerado sucumbente), é possível que a derrota no que tange à prejudicial possa ser ainda mais deletéria para a parte.

Enunciado 68: Não há interesse para a propositura da ação declaratória incidental, excetuando-se as hipóteses dos artigos 19 e 430 do CPC.

Justificativa: Não existe no novel ordenamento processual previsão genérica para a propositura da ação declaratória incidental.

Enunciado 69: Admite-se o ajuizamento de ação declaratória autônoma que tenha por objeto a declaração da existência ou inexistência da questão prejudicial incidental, impondo-se a reunião das causas para processamento e cognição simultâneos, em razão da conexão por prejudicialidade entre a demanda originária e a demanda declaratória.

Justificativa: a supressão da previsão da ação declaratória incidental não afasta a possibilidade de ajuizamento da ação declaratória autônoma, determinando-se a reunião com a demanda originária em razão da conexão.

Enunciado 70: Ainda que a sentença tenha determinado a liquidação por arbitramento, havendo necessidade de prova de fato novo, deverá ser determinado o valor ou a extensão da condenação através da liquidação por procedimento comum.

Justificativa: Princípio do máximo aproveitamento dos atos processuais. Caso contrário, a sentença seria iníqua, uma vez que sentença condenatória genérica equivocadamente teria determinado o uso de procedimento de liquidação inadequado para a hipótese concreta.

Enunciado 71: A decisão que resolve a liquidação pelo rito comum tem natureza jurídica de sentença, desafiando apelação.

Justificativa: A decisão que resolve a liquidação de sentença pelo procedimento comum é uma sentença de mérito, pois põe fim à fase cognitiva do mesmo, nos termos do artigo 203 par. 1º do CPC. Considerando ser uma sentença, será atacável via apelação, nos termos do art. 1009 do CPC.

Enunciado 72: O prazo para cumprimento de sentença corre independentemente de intimação do revel, nos termos do art. 346 do CPC.

Justificativa: Correndo os prazos independentemente de intimação para o revel, sem advogado constituído nos autos, dispensa-se sua intimação para realizar o cumprimento espontâneo da prestação de pagar quantia certa.

Enunciado 73: As hipóteses descritas nos incisos VI a IX do art. 515 do CPC exigem a instauração de processo autônomo, com a citação do executado.

Justificativa: Considerando que as decisões não foram proferidas no juízo cível, não há que se falar em fase de cumprimento, mas, sim, verdadeiro processo de execução de título judicial.

Enunciado 74: O protesto da decisão judicial depende de requerimento formulado pelo exequente.

Justificativa: Afasta-se a possibilidade de atuação *ex officio* do juiz, atendendo-se ao princípio do dispositivo.

Enunciado 75: Iniciada a execução forçada, o protesto judicial perdurará enquanto não houver sentença extintiva.

Justificativa: O legislador não estabeleceu o período de manutenção do protesto. O cancelamento da restrição depende de manifestação judicial. Não obstante o art. 517, § 4º do CPC disponha especificamente quanto à satisfação integral da obrigação como fundamento para o pedido de cancelamento do protesto judicial, casos que representem, de igual forma, a extinção da dívida, tais como a prescrição intercorrente ou qualquer modalidade de adimplemento, nos termos da lei civil, podem servir como base para o pleito.

Enunciado 76: Admite-se ao exequente cumular os requerimentos de protesto da decisão judicial e de inscrição do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

Justificativa: A legislação processual não vedou a cumulação dessas medidas coercitivas, sendo admissível a aplicação da regra prevista nos parágrafos 3º e 4º do art. 782 do CPC à fase de cumprimento de

sentença consoante o disposto no § 5º do citado dispositivo legal.

Enunciado 77: É possível o reconhecimento de prescrição intercorrente na fase de cumprimento de sentença consoante o disposto no art. 513 c/c **921, parágrafos 4º e 5º e 924, V** do CPC.

Justificativa: Sendo uma das formas de extinção da execução prevista no inciso V do art. 924, o julgador poderá reconhecer a prescrição intercorrente na fase de cumprimento de sentença consoante previsto no art. 513.

Enunciado 78: **Aplicam-se ao cumprimento provisório da sentença as regras de competência previstas no art. 516 e parágrafo único do CPC.**

Justificativa: Em princípio, o cumprimento provisório da decisão é autuado em apartado, viabilizando o andamento da ação de conhecimento, especialmente em sede recursal. Com o retorno dos autos, o cumprimento tornar-se-á definitivo a partir do último ato executivo realizado no cumprimento provisório. Diante disso, a partir do exame das regras de competência em fase de cumprimento de sentença, possibilita-se ao exequente solicitar a remessa dos autos a juízo diverso daquele que proferiu sentença na fase de conhecimento, consoante o disposto art. 516 e parágrafo único do CPC.

Enunciado 79: Os títulos judiciais de sentença penal condenatória, de sentença arbitral e de sentença estrangeira homologada pelo STJ não se sujeitam à execução provisória.

Justificativa: A execução provisória somente é admissível nas hipóteses de decisão judicial atacada por recurso cível desprovido de efeito suspensivo.

Enunciado 80: Pode o juiz reduzir o valor ou modificar a periodicidade da multa cominatória vencida, se não houver decisão anterior preclusa que a consolide.

Justificativa: A decisão que fixa a astreinte leva em consideração uma margem periódica de inadimplência estimada que, eventualmente, poderá ser suplantada pelo período de inadimplência efetivo. Esta distorção (que pode chegar ao infinito) representa fato novo, não abrangido pelos efeitos preclusivos da decisão que estipulou o valor ou periodicidade inicial da multa. Logo, a correta interpretação do art. 537, §1º do CPC não pode ser literal, no sentido da vedação da modificação de multas vencidas. Ressalva-se, contudo, situação em que decisão anterior já tenha consolidado a multa pretérita, visto que eventual distorção já teria sido objeto de cognição.

Enunciado 81: Na impugnação ao cumprimento de sentença, as únicas matérias fora do rol estabelecido nos incisos do art. 525 do CPC que podem ser alegadas pelo impugnante são aquelas relativas às objeções processuais posteriores à decisão exequenda.

Justificativa: Em ocorrendo objeções processuais (art. 485, § 3º, do CPC, que remete aos incisos IV, V, VI e IX), nada impede o seu conhecimento, desde que posteriores à decisão exequenda, já que elas podem ser arguidas em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Enunciado 82: Caso já tenha ocorrido a penhora e a avaliação ao tempo da apresentação da impugnação ao cumprimento da sentença, respectivos vícios deverão ser suscitados na própria impugnação, sob pena de preclusão.

Justificativa: No regime do CPC/73, a impugnação ao cumprimento de sentença era condicionada à prévia garantia do juízo, logo, após

a penhora; assim, a impugnação era o instrumento adequado para se discutir eventuais vícios dos atos de avaliação e constrição. No novo ordenamento, a segurança do juízo deixará de ser requisito prévio à impugnação ao cumprimento de sentença, de sorte que não necessariamente ela será precedida de penhora, sendo plenamente possível que se dê em momento posterior à sua oferta. Contudo, em havendo penhora e avaliação anteriores à propositura da impugnação, pelo princípio da concentração e sendo esta a primeira oportunidade de se manifestar nos autos, nesta peça deverão ser arguidos os vícios respectivos. Em não havendo prévia garantia do juízo, aplica-se o prazo do § 11 do art. 525 do CPC.

Enunciado 83: Cabe impugnação ao cumprimento de sentença com base na causa impeditiva da obrigação.

Justificativa: A possibilidade de arguição da causa impeditiva decorre da possibilidade, aberta pelo próprio CPC, de se discutir várias questões relativas a fato superveniente ao prazo para a apresentação da impugnação (art. 525, § 11 do CPC). Sendo possível discutir fato impeditivo ocorrido supervenientemente ao término do prazo para a apresentação da impugnação, não se vê porque não seria possível a arguição de fato impeditivo, ocorrido depois do trânsito em julgado da sentença e antes do prazo da impugnação.

Enunciado 84: Aplica-se à impugnação ao cumprimento de sentença o procedimento previsto no art. 920 do CPC, no que couber.

Justificativa: O procedimento da impugnação ao cumprimento de sentença não foi sistematizado pelo CPC, o que não quer dizer que ele deva seguir o procedimento comum próprio da fase de conhecimento, considerando-se a sua natureza jurídica de incidente processual, não sendo possível considerá-lo demanda incidental ou processo incidente.

Com efeito, o que diz o parágrafo único do art. 318 do CPC é que o procedimento comum se aplica subsidiariamente ao processo de execução. A impugnação ao cumprimento de sentença não constitui processo de execução, tratando-se de incidente processual ocorrido no bojo de um procedimento executório em senso lato (cumprimento de sentença), devendo, assim, reger-se por normas procedimentais próprias à sua natureza jurídica, aproximando-se daquelas previstas no art. 920, que entram na ressalva do caput do art. 318 do CPC.

Enunciado 85: As restrições probatórias ou limitações à cognição tratadas no art. 503, § 2º do CPC são aquelas decorrentes da própria natureza do processo, não guardando qualquer relação com eventual prova indeferida pelo juiz nos termos do art. 370, parágrafo único do CPC.

Justificativa: O § 2º do art. 503 do CPC deve ser interpretado sistematicamente como o art. 370, parágrafo único, do CPC, que determina ao Juiz que indefira as provas e diligências inúteis ou meramente protelatórias. Portanto, as restrições probatórias ou limitações à cognição tratadas no § 2º do art. 503 são aquelas inerentes ao próprio procedimento, como, por exemplo, o do mandado de segurança, em que a restrição probatória é evidente. Eventual indeferimento de prova em procedimento de cognição ampla e produção irrestrita de provas, mero exercício no poder-dever imposto ao Juiz pelo art. 370 e seu parágrafo único, não atrai a incidência do art. 503, § 2º do CPC.

Procedimentos Especiais (artigos 539 a 770).

Enunciado 86: Não cumpridas as exigências do § 1º do art. 550 do CPC, cabe a extinção do processo sem resolução de mérito, independentemente de intimação do autor.

Justificativa: Esse dispositivo não traz de forma explícita a consequência pelo seu não cumprimento. Deve o consignante especificar detalhadamente as razões pelas quais se exigem as contas, instruindo-as com documentos comprobatórios dessa necessidade. Entendemos tratar-se de uma condição específica para o regular exercício do direito de ação consignatória. Não sendo atendidas tais exigências legais, a extinção se impõe, independentemente de intimação do autor, já que há expressa disposição legal e cabe ao consignante se adequar à lei.

Enunciado 87: A inicial deve ser instruída nos termos do art. 700, § 2º do CPC, devendo o autor informar a qual negócio jurídico a que o documento sem força executória se refere, para que seja possível a verificação da evidência do direito do autor.

Justificativa: Segundo o entendimento do STJ à luz do CPC em vigor, o autor da ação monitória não está obrigado a indicar na petição inicial a origem da dívida expressa no título de crédito sem eficácia executiva. Nesse caso, ônus da prova incumbe ao réu. Precedentes (STJ. Embargos de declaração do agravo regimental no REsp 20120157349-5, rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJ 09/10/2012). Todavia, com o advento do art. 701 do CPC, a análise do juízo em relação à inicial para o fim de expedição de mandado de pagamento ou de entrega não é mais meramente formal (art. 1.102-B CPC/73), mas também de conteúdo, sendo, ademais, uma tutela de evidência. Para tanto, passa a ser mister a comprovação da origem do documento trazido pelo autor, ou seja, do negócio jurídico subjacente.

Enunciado 88: Os honorários advocatícios poderão ser arbitrados com base nos critérios previstos no art. 85, § 8º, do CPC, em substituição aos cinco por cento referidos no art. 701, *caput*, do CPC.

Justificativa: Prevê a parte final do art. 701 o arbitramento de honorários advocatícios em cinco por cento sobre o valor da causa. No entanto, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, quando o valor da causa foi muito baixo, parece-nos razoável que o juiz poderá fixar o valor dos honorários por apreciação equitativa, entre o mínimo de dez e o máximo de 20% sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, seguindo os moldes do art. 85, § 8º do CPC. Essa flexibilização no arbitramento dos honorários, nos casos acima referidos, evita eventual locupletamento indevido ou excessiva desproporcionalidade entre o trabalho efetuado e o valor atribuído à causa, ou, de outra sorte, impede que a remuneração do profissional seja muito baixa em relação à sua atuação efetiva.

Enunciado 89: Em caso de litígio coletivo pela posse de imóvel e/ou de litisconsórcio passivo multitudinário, os dispositivos 554, § 1º, e 565, do CPC, deverão ser aplicados conjuntamente.

Justificativa: Questão que foi discutida nesse trabalho refere-se à existência ou não de distinção entre as ações com litisconsórcio multitudinário previstas no art. 554, §1º e as que cuidam de litígio coletivo pela posse de imóvel do art. 565. São regulados em artigos distintos. No primeiro caso (554, § 1º do CPC), o procedimento trata da citação, da participação de agentes públicos e da publicidade; no segundo (565), cuida-se da audiência de mediação para as ações de força velha, e também da participação de agentes públicos. Entendeu-se que ambos os dispositivos regulam o mesmo fenômeno, qual seja, ações possessórias referentes a invasões coletivas, devendo, portanto, ser aplicados conjuntamente.

Execução (artigos 771 a 925).

Enunciado 90: A norma do parágrafo único do art. 773 do CPC só se aplica aos dados e documentos sigilosos, mantendo-se a publicidade do processo.

Justificativa: A regra é a publicidade do processo (art. 11 do CPC, repetindo norma do art. 93, IX da CF), razão pela qual a confiabilidade e sigilo se restringe a dados e documentos, sob pena de se transformar regra o sigilo das execuções. Além disto, a norma é clara no sentido de que as medidas necessárias ficarão a cargo do juiz.

Enunciado 91: No caso do art. 792, § 4º do CPC, decorrido o prazo sem manifestação ou sendo declarada a fraude à execução, é incabível a propositura dos embargos de que trata o art. 675 do CPC.

Justificativa: Ambos os artigos tratam dos embargos de terceiro. Assim, decididos os embargos de que trata o parágrafo 4º do art. 792 do CPC não se admite a propositura de novos embargos, mesmo tendo como fundamento o art. 675 do CPC, sob pena de se abrir nova oportunidade para discussão do mesmo tema ou de tema que já poderia ter sido discutido. Trata-se de regra de preclusão.

Enunciado 92: Não sendo atendida a norma do § 2º do art. 830 do CPC, será extinta a execução, independentemente de nova intimação.

Justificativa: A própria norma exige do credor que requeira a citação por edital. Assim, não é necessária a intimação para cumprimento de norma cogente. Além disto, a regra atende aos princípios da duração razoável do processo e cooperação trazidos no CPC.

Enunciado 93: A equiparação prevista no art. 835, § 2º do CPC não dispensa o exame da idoneidade das garantias.

Justificativa: A equiparação que a norma prevê afasta a análise da conveniência, mas não a da qualidade da garantia. Daí a necessidade do magistrado analisar a idoneidade da garantia oferecida.

Enunciado 94: Em respeito aos princípios da menor onerosidade e da duração razoável do processo, é possível a transferência imediata dos valores bloqueados (art. 854 e parágrafos do CPC).

Justificativa: O procedimento previsto nos parágrafos do art. 854 do CPC é incompatível com o sistema eletrônico da penhora *on line*. A incompatibilidade se verifica quanto ao trabalho que será necessário por parte do Magistrado, quanto ao prazo necessário para a sua concretização (há previsão de vários atos) como também ao prejuízo que causará tanto ao Credor quanto ao Devedor, já que, neste último caso, valores somente bloqueados não são passíveis de correção na instituição financeira que tem sua guarda.

Enunciado 95: O disposto no parágrafo único do art. 905 do CPC não se aplica ao recesso natalino.

Justificativa: Regra restritiva não pode ser analisada de forma ampliativa. Além disto, não é possível que em longos períodos, como é o caso do recesso natalino, se negue a prestação jurisdicional (art. 3º do CPC).

Enunciado 96: O prazo previsto no § 2º do art. 921 do CPC, no tocante à localização do executado, conta-se da juntada do mandado.

Justificativa: As proposições 96-98 dizem respeito à norma do parágrafo 2º do art. 921 do CPC. Trata-se de proposições visando à melhor interpretação da norma, com tratamento diferenciado para condutas diversas.

Enunciado 97: O prazo previsto no § 2º do art. 921 do CPC, no tocante ao encontro de bens penhoráveis, conta-se do prazo que o Executado dispõe para efetuar o pagamento.

Justificativa: As proposições 96-98 dizem respeito à norma do parágrafo 2º do art. 921 do CPC. Trata-se de proposições visando à melhor interpretação da norma, com tratamento diferenciado para condutas diversas.

Enunciado 98: O prazo previsto no § 2º do art. 921 do CPC não impede a extinção da execução por desídia do exequente.

Justificativa: As proposições 96-98 dizem respeito à norma do parágrafo 2º do art. 921 do CPC. Trata-se de proposições visando à melhor interpretação da norma, com tratamento diferenciado para condutas diversas.

Processos nos Tribunais e Meios de Impugnação das Decisões Judiciais (artigo 926 a 1044).

Enunciado 99: Os incisos IV e V do art. 927 do CPC não vinculam a decisão do juiz.

Justificativa: Em que pese a redação do *caput* do art. 927, os incisos IV e V não vinculam o magistrado, tratando-se de simples orientação. Isso porque, caso alguma decisão judicial seja proferida em desatenção aos I, II e III, o CPC prevê determinados meios de impugnação ou sanção, conforme se observa pela redação do art. 988, II e III, o que não ocorre com relação às hipóteses tratadas nos incisos IV e V. Ademais, o CPC aduz, expressamente, ao tratar do incidente de assunção de competência e do incidente de resolução de demandas repetitivas que, a tese jurídica neles fixadas vinculará todos os juízes

e que será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos (art. 947, § 3º e art. 985, I), não se verificando redação semelhante com relação às hipóteses do incisos IV e V.

Enunciado 100: A admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas não impede a análise de questões de ordem pública antecedentes ao mérito do incidente.

Justificativa: O CPC implantou uma série de instrumentos cujos objetivos são assegurar a observância dos princípios da celeridade e economia processual. Com base nisto, passou o CPC a admitir o julgamento parcial de mérito, quando os pedidos forem incontroversos ou estiverem em condições de imediato julgamento (art. 356, CPC), uma vez que a controvérsia sobre determinado pedido não deverá prejudicar a solução de um pedido que seja incontroverso ou que não dependa da produção de mais provas. Neste mesmo sentido, não obstante a interposição do IRDR e a determinação de suspensão pelo relator, as questões de ordem pública também não devem ficar obstadas de análise, podendo ser solucionadas pelos magistrados, eis que absolutamente desvinculadas do mérito objeto do IRDR.

Enunciado 101: A admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas impede, tão somente, a decisão sobre o mérito do processo, sendo a conveniência sobre a instrução analisada no caso concreto.

Justificativa: O CPC implantou uma série de instrumentos cujos objetivos são atenuar o asseveramento de trabalho no Poder Judiciário, evitar a dispersão excessiva da jurisprudência em situações homogêneas e promover a segurança jurídica, de modo a assegurar a observância dos princípios da duração razoável do processo e economia processual. Desta forma, eventual suspensão determinada pelo relator

no âmbito do IRDR não deve afetar, obrigatoriamente, o andamento da instrução processual.

Enunciado 102: A admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas não impede a resolução parcial do mérito.

Justificativa: O CPC implantou uma série de instrumentos cujos objetivos são atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, evitar a dispersão excessiva da jurisprudência em situações homogêneas e promover a segurança jurídica, de modo a assegurar a observância dos princípios da duração razoável do processo e economia processual. Com base nisto, passou o CPC a admitir o julgamento parcial de mérito, quando os pedidos forem incontroversos ou estiverem em condições de imediato julgamento (art. 356, CPC). Desta forma, eventual suspensão determinada pelo relator no âmbito do IRDR não deve afetar a análise de pedidos cumulados que não tenham qualquer relação com a matéria debatida no IRDR.

Enunciado 103: Somente o terceiro detentor de interesse jurídico pode impugnar o pedido formulado na reclamação.

Justificativa: O termo “interessado” poderia gerar a impugnação de qualquer terceiro, seja com mero interesse econômico seja com interesse jurídico. Seguindo a lógica do CPC no que tange à assistência (art. 119, CPC), deve-se limitar a atuação de terceiros que possuam interesse jurídico na resolução da reclamação.

Enunciado 104: O não recebimento do recurso por vício evidente não viola o art. 1010 § 3º do CPC.

Justificativa: O juízo de admissibilidade recursal tem maior pertinência com os pressupostos intrínsecos dos recursos, em sentido

estrito, sendo certo que a análise *prima facie* de tempestividade e cabimento não ultrapassa mero juízo de recebimento, cabendo ao juízo de primeiro grau deixar de receber o recurso quando houver vício evidente na sua interposição. Entendimento diverso levaria ao Tribunal, v.g., apelação interposto contra qualquer decisão interlocutória, a qualquer tempo, violando frontalmente o devido processo legal.

Disposições Finais e Transitórias (artigos 1045 a 1072).

Enunciado 105: A Lei 13.105, de 16 de março de 2015, entra em vigor no dia 18/03/2016.

Justificativa: A LC 95/1998 dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis e prevê em seu art. 8º, § 1º que a contagem do prazo em diplomas legislativos que estabeleçam período de vacância deverá incluir o dia da publicação e o último dia do prazo para o seu cômputo. Já a lei 810/1949 que define o ano civil dispõe a forma de contagem do prazo em anos. O CPC foi publicado no Diário Oficial em 17/03/2015 e conforme o art. 1.045, entra em vigor após decorrido um ano de sua publicação. Logo, publicado em 17/03/2015, o prazo de um ano nos termos do art. 1º da Lei 810/49 termina em 17/03/2016. O dia subsequente, conforme determina o § 1º do art. 8º da LC 95/2008 é o dia 18/03/2016.

Enunciado 106: Após a entrada em vigor da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, a prática dos atos processuais pelos sujeitos do processo cujo direito, faculdade, ônus ou dever de exercê-los tenham sido adquiridos ou configurados durante a vigência do CPC de 1973 – e não tenham sido atingidos pela preclusão – continuam a ser regulados pela lei revogada.

Justificativa: Da leitura conjunta do caput do art. 1046 e do art.

14 do CPC, extrai-se a regra de que a nova lei processual civil incide nos processos em curso, devendo ser respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada. Pela teoria do isolamento dos atos processuais (*tempus regit actum*), a lei nova regula os processos em curso, mas preserva os atos processuais já realizados, assim como seus efeitos. Sendo dinâmico o processo, a cada ação ou omissão surgem direitos processuais adquiridos para uma das partes. Esses direitos processuais adquiridos não podem ser atingidos pela lei processual civil nova. Necessário, portanto, que se identifique não o ato processual, mas o direito processual adquirido, a fim de preservá-lo.

Enunciado 107: A prioridade prevista no art. 1.048, § 3º, do CPC apenas beneficiará o cônjuge, companheiro sobrevivente ou herdeiros, se estes também fizerem jus ao mesmo benefício de prioridade por condições próprias.

Justificativa: A prerrogativa de prioridade da tramitação processual é personalíssima e, assim, não será repassada ou transmitida aos sucessores na hipótese de falecimento da parte, sob pena de ofensa à isonomia, salvo se os sucessores e herdeiros fizerem jus, também, e por direito próprio, à prioridade de tramitação do processo.

Enunciado 108: A ação de usucapião é cabível somente quando houver óbice ao pedido na esfera extrajudicial.

Justificativa: A usucapião, como todo e qualquer processo, precisa preencher determinadas condições, dentre as quais o interesse processual, que é exatamente a necessidade de a parte buscar na via jurisdicional o que não poderia conseguir extrajudicialmente. Dessa forma, a usucapião que não encontre óbice ou empecilho em sede administrativa não tem acesso ao Poder Judiciário, exatamente como

não tem, também, qualquer outro ato que possa ser praticado nos tabelionatos.

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 2015.

Desembargador LUIZ FERNANDO RIBEIRO DE CARVALHO

Presidente do TJRJ

Desembargador CARLOS EDUARDO DA FONSECA PASSOS

Diretor-Geral do CEDES

Desembargador ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES

Diretor Adjunto do CEDES

Doutor MAURO NICOLAU JUNIOR

Juiz de Direito

Doutor LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juiz de Direito

A ESTABILIDADE DA TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA DE URGÊNCIA

Leise Rodrigues de Lima Espirito Santo

*Juíza Titular da 5ª Vara de Família do Fórum Central da Comarca
da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breves notas sobre a tutela provisória satisfativa de urgência no CPC/2015; 3. Procedimento e efeitos da tutela satisfativa antecedente; 4. A estabilidade da “tutela antecipada de urgência”; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A tutela provisória satisfativa de urgência está prevista no art. 300, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC/2015). Nela, o Estado-Juiz, com base em cognição sumária, satisfaz a pretensão do jurisdicionado. A satisfação da tutela urgente exige a presença do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, além da ausência de capacidade de produzir efeitos irreversíveis^{1 2}. A estabilidade da tutela urgente será lograda se a decisão que a conceder não for objeto de recurso e seus efeitos serão conservados por dois anos³. O presente artigo apresenta ideias a respeito dessa estabilização e, para tanto, se farão breves notas sobre

1 Art. 300, parágrafo 3º, do CPC/2015

2 A despeito desta regra, já há orientações no sentido relativizá-la, como adverte Câmara (2015, p.159) em alusão ao Enunciado 419, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC): “Não é absoluta a regra que proíbe a tutela provisória com efeitos irreversíveis”.

3 Nesse prazo a tutela estável antecedente poderá ser objeto de revisão, nos termos do art. 304, parágrafo 2º, do CPC/2015.

a tutela provisória de urgência satisfativa. Nesse ponto mister se faz diferenciá-la da tutela cautelar. Em seguida, passa-se ao procedimento e efeitos da tutela satisfativa de modo a construir a compreensão sobre a técnica da estabilização, nomeadamente porque esta se afigura diversa do instituto da coisa julgada.

2. BREVES NOTAS SOBRE A TUTELA PROVISÓRIA SATISFATIVA DE URGÊNCIA NO CPC/2015

A tutela de urgência satisfativa, também designada pela doutrina de *tutela antecipada de urgência*⁴, não guarda relação com a *antecipação dos efeitos da tutela* prevista no art. 273, parágrafos 4º e 5º, do CPC de 1973 (CPC/73). Isso porque esta antecipa os efeitos da tutela definitiva, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo por decisão fundamentada e, ademais disso, uma vez concedida será convalidada em definitiva no julgamento final. Nos moldes do art. 273, a decisão liminar antecipa os *efeitos do provimento final* em processo de jurisdição exauriente.

Já a *tutela antecipada de urgência* do CPC de 2015 (CPC/2015) foi concebida para atender demandas urgentes, em que haja risco de a morosidade importar em perigo na “realização prática do direito alegado pelo demandante”⁵. Esta, tal como disposta no art. 300 do CPC/2015 será concedida quando houver elementos nos autos que evidenciem a probabilidade do direito postulado, a partir de um convencimento lastreado em Juízo sumário⁶. Desse modo, “o bom direito” sujeito a uma situação de perigo iminente será tutelado, por meio de uma decisão

4 Alexandre Câmara em O Novo Processo Civil Brasileiro, Editora Atlas, 2015, p. 158.

5 Idem

6 Imagina-se uma decisão que estabelece a guarda compartilhada de filho, vítima da síndrome da alienação parental porque sua mãe e guardiã de fato se nega a permitir o convívio da criança com genitor, por motivo de “vingança” pelo fim do casamento com este.

provisória, sem a necessidade do exaurimento da jurisdição.

O art. 300 também trata da tutela de urgência quando refere-se ao risco do resultado útil do processo. Assim, a tutela de urgência além de se destinar a satisfazer, também visa assegurar a utilidade de sua instrumentalização. Como leciona o professor Alexandre Câmara⁷ a sumária satisfação mostra-se “adequada em casos em que se afigure presente uma situação de perigo iminente ao próprio direito substancial”. Já a sumária cautela possui feição diversa pois, como esclarece o estimado Professor, objetiva “proteger a capacidade do processo em produzir resultados úteis”^{8 9}.

No sistema em vigor, as cautelares diferem das *antecipações de tutela* porque possuem o caráter assecuratório de um processo principal, em que o direito material será satisfeito. Desta feita, essa tutela não satisfaz o direito material, pois, como dito, visa garantir o resultado útil de outro processo - o processo principal. No modelo do CPC/2015 é dispensada a propositura de uma “ação principal”, pois nos mesmos autos do processo que veicula o pedido cautelar urgente poderá ser formulado o pedido principal¹⁰.

A tutela provisória cautelar merece uma última nota a respeito da sua “convertibilidade”¹¹ em “tutela antecipada”. Nesta hipótese o juiz ao conhecer o pedido identifica que a tutela urgente não visa a acautelar e sim a satisfazer de modo provisório o direito substancial, nos

7 Alexandre Câmara em O Novo Processo Civil Brasileiro, Editora Atlas, 2015, p. 158.

8 Idem.

9 A exemplo de um arrolamento assecuratório de bens amealhados durante a constância do casamento, em que um dos cônjuges está se desfazendo do patrimônio comum, para não partilhá-lo em ação de divórcio ou de inventário por divórcio.

10 Art. 308, do CPC/2015.

11 Alexandre Câmara em O Novo Processo Civil Brasileiro, Editora Atlas, 2015, p. 167.

moldes do parágrafo único do art. 305, do CPC/2015. Adverte Alexandre Câmara que a conversão se dará conforme dispõe a regra do art. 10, a fim de que o juiz possa “determinar que seja observado o regime previsto no art. 303, do CPC/2015.”¹² A técnica da convertibilidade prevista no art. 305, parágrafo único, também se dará de modo inverso, quando for requerida uma tutela satisfativa antecedente em situações de exijam uma medida cautelar urgente.

3. PROCEDIMENTO E EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE

O Título II do Livro V do CPC/2015, que trata da tutela de urgência, possui três capítulos: no primeiro, dedica-se as disposições gerais. No segundo, sobre o caráter antecedente da tutela antecipada e no terceiro, está a tutela cautelar que poderá ser convertida em satisfativa como já mencionado.¹³

A tutela provisória de urgência conhece duas espécies: a tutela de cautela e a tutela de evidência. Posto isso, não há dúvida de que a urgência é pressuposto para sua concessão provisória dessas duas modalidades de tutelas provisórias. Logo no Capítulo I, desse Título II, encontram-se as disposições gerais sobre a tutela de urgência e nele o parágrafo segundo do art. 300, diz que esta tutela pode ser concedida por decisão liminar “inaudita altera parte” ou após justificação prévia, sendo vedado, no parágrafo seguinte, sua concessão, quando a pretensão do provimento satisfativo importe em perigo de sua irreversibilidade.

Pois bem, a “tutela antecipada” do CPC/2015 possui o caráter

12 Idem

13 Sobre o tema dispõe o Enunciado nº 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A redação do art. 301, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada”.

provisório, ao contrário da tutela cautelar, que é sempre temporária e definitiva. A urgência da cautelar decorre de risco útil ao resultado do processo, não podendo, conseqüentemente ser revista posteriormente. A provisoriedade está relacionada ao procedimento sumário, em que o postulante pode obter a tutela antecipada satisfativa em fase anterior (antecedente) a formulação de demanda sob as regras do procedimento comum do processo de conhecimento, onde poderá alcançar uma tutela definitiva (final). Daí a utilização das terminologias “tutela antecedente” e “tutela final”.

A novel codificação viabiliza a concessão de tutela antecipada em caráter antecedente e, para tanto, exige contemporaneidade da sua urgência em relação a propositura da demanda principal. Por meio de postulação simplificada a teor do art. 303, deve a antecipação antecedente tutelar o direito em situação de extremo perigo, daí falar-se em sua atualidade¹⁴. A postulação simplificada significa dizer que a petição inicial pode limitar-se a um requerimento que indique a tutela final pretendida, exposição da lide, do direito que se busca realizar, do perigo de dano e valor da causa¹⁵. Não sendo concedida a tutela antecipada antecedente e carecendo a petição de tais requisitos, segundo o art. 303, parágrafo 6º, será concedido o prazo de cinco dias para a sua emenda, sob pena de indeferimento e extinção do processo.

Convém observar a diferença entre a emenda e o aditamento da petição inicial prevista no CPC/2015. A emenda relaciona-se com a inobservância dos requisitos da petição inicial incompleta que veicula

14 A tutela extrema é exemplificada por Alexandre Câmara na hipótese de um advogado que fora do horário forense tenha que recorrer ao plantão judicial noturno para requerer a realização de uma cirurgia de emergência, “diante de um mal subido” sofrido por seu cliente e da negativa do plano de saúde em autorizar a imediata intervenção. Neste caso, esclarece o professor, que seria “um rematado absurdo” exigir a elaboração de uma petição perfeita, pelo que a lei aceita uma “petição incompleta, mas que se revele suficiente para permitir a apreciação do requerimento de tutela de urgência satisfativa” (Alexandre, p. 162).

15 *Caput*, parágrafos 4º e 5º, do art. 303, do CPC/2015

o requerimento da tutela antecipada antecedente, consoante previsão do *caput* e parágrafo 5º, do art. 303, em face de uma a situação da urgência iminente. Já o aditamento veicula a vontade do postulante em obter as tutelas antecedente e final¹⁶, pelo que deve confirmar expressamente tal pretensão, no prazo de 15 dias¹⁷ (ou outro prazo assinalado pelo juiz). Ademais, o mesmo deve complementar seus argumentos e instruir sua petição com novos documentos.

Veja-se que o demandante possui o dever legal de aditar o pedido formulado apenas em relação à tutela antecipada antecedente, que versa de urgência contemporânea e é por isso que se exige apenas a indicação da tutela final, com exposição superficial da causa de pedir. A pretensão de tutela final é opcional ao aditamento, pois o autor pode desejar apenas uma tutela provisória satisfativa, que venha lograr estabilidade, dispensando, portanto, a tutela definitiva por meio de jurisdição exauriente.

Convém anotar que a exigência de emenda da petição inicial com a indicação de que o autor pretende valer-se apenas de um procedimento sumário, nos moldes do *caput*, do art. 303, do CPC/2015, estabelece a nítida distinção entre os institutos da tutela antecipada antecedente e da estabilização. Esta última é uma técnica adotada para que tutela concedida em caráter antecedente, que satisfaz provisoriamente o bem da vida tutelado, surta efeitos estáveis pelo prazo de dois anos.

Não havendo o aditamento da petição indicando a vontade de obter a tutela final e nem recurso contra a decisão que concedeu a tutela de urgência satisfativa em caráter antecedente, incidirá a estabilidade de modo provisório e o processo será extinto sem resolução

16 Em razão disso o CPC/2015 destaca a “DESNECESSIDADE DE DUPLICIDADE DE PROCESSOS”.

17 Art. 303, inciso I, do CPC/2015

de mérito, nos moldes do parágrafo 2º, do art. 303. Por outro lado, se aditada corretamente a petição, significa que autor deseja uma tutela final, com a adoção do procedimento comum nos mesmos autos do processo. Assim, o réu será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação¹⁸. Não havendo composição amigável, ou mesmo se o direito em litígio não permitir a autocomposição¹⁹, começar-se-á a contabilizar o prazo para oferta de defesa, nos termos do art. 335, do CPC/2015²⁰.

Veja-se que não havendo a concessão da medida tutelar antecedente, por ausência de emenda, nos termos do art. 303, não haverá estabilização. Assim, para que se logre a estabilização neste caso é necessário que o postulante obtenha a concessão de tal medida. A decisão com resultado positivo poderá ser desafiada por recurso, e como se verá a seguir, este terá o condão de afastar a estabilização da tutela antecipada antecedente.

Diante disso, passa-se ao estudo da técnica da estabilização.

4. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA

O art. 304 regulamenta a técnica da estabilização da tutela de urgência satisfativa, que é uma novidade trazida pelo CPC/2015. A inserção dessa técnica processual é fruto de uma opção ideológica e política do legislador pátrio, que segundo Mitidiero²¹ revela-se como uma “verdadeira cruzada” em busca dos fins da celeridade e da efetividade do processo civil. Ressalta este autor, que a estabilidade alcançada por

18 Art. 334, do CPC/2015

19 A exemplo dos direitos indisponíveis previstos na legislação brasileira.

20 A partir disso, a tutela provisória seguirá o ritual comum do processo de conhecimento.

21 Em palestra de Daniel Mitidiero na X Jornada Brasileira de Direito Processual, realizada em Campos do Jordão, São Paulo, 29 de agosto de 2014.

meio de cognição sumária passa a ser “a maneira comum para prestar a tutela dos direitos”, tornando-se residual a cognição exauriente, agora sujeita a contraditório eventual provocado por meio de ação inversa promovida pela parte prejudicada.²²

O legislador ao adotar esta técnica buscou inspiração tutela sumária estável no direito francês e no direito italiano. Na França existem as “ordennances de référé” que são procedimentos autônomos, que alcançam estabilidade por meio dos efeitos de decisões provisórias emanadas de modo simplificado. Na Itália há uma figura similar que é o “provedimenti d’urgenza”. A grosso modo, nesses países a estabilidade da tutela urgente e sumária logra êxito no plano fático, porque atende de modo imediato a pretensão do autor, sem acarretar os efeitos da coisa julgada.

Em 2013 foi inserido o item 1, do art. 369 do Código de Processo Civil Português, que prevê a figura da “Inversão do contencioso” nas medidas cautelares. A regra diz o seguinte:

mediante requerimento o juiz, na decisão que se decreta a providência, pode dispensar o ônus de proposição da ação principal se a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar a convicção segura acerca do direito acautelado e se a natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio.

A “inversão do contencioso” vigente Portugal difere do procedimento adotado no Brasil, ao contrário do que argumenta Mitidiero. Não há no modelo português uma opção “radical” ou ainda uma “renúncia a segurança jurídica”. Isso porque a segurança jurídica é a pa-

²² Nisso reside a autonomia da tutela sumária de urgência satisfativa.

lavra de ordem em terras lusitanas²³, tanto é que o dispositivo acima transcrito é inequívoco quanto a formação de “convicção segura acerca do direito acautelado”. No procedimento sumário do CPC/2015 não incide o grau de certeza, pelo que, em regra, não se pode afirmar, por exemplo, que na concessão de uma tutela de urgência satisfativa, em caráter antecedente, sem a oitiva da parte contrária, o magistrado logre um convencimento “seguro” acerca do direito postulado. É preciso observar que os termos possuem significações diferentes do outro lado do “Atlântico”.

Sobre o instituto da Inversão do contencioso, o parecer do Conselho Superior do Ministério Público Português²⁴ ao analisar a exposição de motivos que introduziu o referido dispositivo em 2013, disse o seguinte:

objetivo desta norma foi evitar que tenha de se repetir inteiramente, no âmbito da ação principal, a mesma controvérsia que acabou de ser apreciada e decidida no âmbito do procedimento cautelar- obstando os custos e demoras decorrentes desta duplicação de procedimentos () Contudo, parece-nos muito duvidoso que se consiga qualquer diminuição de custos e demoras, dado que, afinal, o que se sucede é que se transfere para o requerido o ónus de propor a ação principal “art. 371º. Cremos, aliás que, pelo contrário, será provável vir a verificar-se um aumento da litigância no âmbito das providencias cautelares,

23 A técnica da estabilização nos países citados, nomeadamente em Portugal, para abreviar procedimentos judiciais possuem um grande aliado, que é o alto custo do acionamento da máquina judiciária. Nem todos seus cidadãos tem acesso gratuito a Justiça, até mesmo os mais pobres não estão isentos das custas e taxas judiciárias. Veja-se que em Portugal não existe uma instituição como a Defensoria Pública brasileira. A estrutura das instituições europeias funcionam e por isso os cidadãos não buscam de forma massiva a tutela judicial do Estado como no Brasil. Isso tudo, aliado aos mecanismos de composição amigável de litígios, verdadeiramente desencoraja os portugueses, italianos e franceses a “suportar bem” os efeitos de uma decisão judicial sumária quando lhes são prejudiciais.

24 NEGRÃO, Fernando; RIOS DE OLIVEIRA, Paulo; CID, Nélia Monte. O Novo Código de Processo Civil Comentado. 2013. Lisboa. Quid Juris Sociedade Editora

pois será sempre bastante sedutor para o A. tentar obter por essa via de natureza urgente uma decisão definitiva.

O direito comparado é muito importante para conhecermos as fontes inspiradoras da técnica da estabilidade da tutela antecipada, objeto do estudo, todavia, é sobre os exatos limites da regra positivada no art. 304 do CPC/2015 que a “doutrina responsável”²⁵ e o Poder Judiciário brasileiro devem se “debruçar”. Posto isto, a norma emanada do *caput* e do parágrafo 1º, do referido dispositivo legal diz que uma vez satisfeito o direito urgente, por meio da concessão de “tutela antecipada antecedente”, e não tendo sido interposto o respectivo recurso, os efeitos da medida tornar-se-ão estáveis e o processo será extinto²⁶.

Nesse passo, a técnica da estabilização pode ser compreendida como a permanência dos efeitos da tutela antecipada antecedente no período mediado entre a extinção do processo, como dispõe o parágrafo 1º, do art. 304, até a preclusão do prazo decadencial de dois anos, tal como previsto no parágrafo 5º, do mesmo dispositivo. Nesse interregno a tutela não é mais provisória, tampouco definitiva, ela é estável.

Leciona Alexandre Câmara²⁷ que a tutela nesse caso não se torna imutável, tampouco indiscutível e uma vez concedida “com apoio em cognição sumária e não em cognição exauriente” não faz coisa julgada²⁸. Na esteira do CPC/2015, a tutela antecedente do art. 303 oferece um juízo meritório provisório lastreado em juízo sumário, mas a partir

25 Expressão utilizada de forma reiterada por José Melo Alexandrino, Professor Doutor da Universidade de Lisboa em várias passagens de suas inúmeras “obras”.

26 Art. 304, parágrafo 1º, do CPC/2015.

27 Alexandre Câmara em O Novo Processo Civil Brasileiro, Editora Atlas, 2015, p. 163.

28 Art 304, parágrafo 6º, do CPC/2015.

do aditamento da inicial o que é “provisório” segue em direção ao juízo meritório definitivo, por meio de cognição exauriente.

O legislador brasileiro foi expresso em dizer que enquanto não interposto recurso contra a decisão concessiva de tutela requerida em caráter antecedente, com fundamento nas regras do art. 303, ou desconstituída a tutela antecipada já estável, nos termos dos parágrafos do art. 304, os efeitos decorrentes da estabilidade lograda serão conservados. Desta feita, percebe-se que a busca pela segurança jurídica decorrente da coisa julgada está adstrita ao alvedrio das partes ²⁹.

Merece nota o fato do Juiz, ao conceder a tutela antecipada antecedente, não poder mais alterá-la, exceto se ela lograr estabilidade em processo extinto e for objeto de revisão por uma das partes, nos moldes do art. 304, parágrafo 2º, do CPC/2015. Diz o *caput* desse dispositivo, que o recurso é o único instrumento processual capaz de impedir a estabilização. Assim, o juiz não mais poderá “reconsiderar” ou “tornar sem efeito” decisão concessiva de tutela provisória de urgência satisfativa antecedente, ao extinguir o processo sem mérito definitivo. Isso porque, se assim proceder usurpará da competência do tribunal, a quem cabe conhecer e julgar o “respectivo recuso”.

Sobre o “respectivo recurso” mencionado no *caput*, do art. 304, do CPC, Alexandre Câmara conclui que somente a interposição de agravo de instrumento, “quando se trate de processo que tramita na primeira instância”, ou de agravo interno “quando for o caso de processo de competência originária dos tribunais”, impede a “estabilização da tutela antecipada de urgência antecedente”.

29 A estabilização poderá ser objeto de negociação entre as partes, conforme enuncia o nº 32, da Carta de Belo Horizonte, gestada pelo Forum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC). O Enunciado diz o seguinte: “Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente”.

Apesar da letra da lei há quem defenda a possibilidade de outros meios de impugnação diversos do recurso de agravo, a exemplo do pedido de reconsideração ou de suspensão de segurança, obstarem a estabilização quando interpostos no prazo recursal³⁰. Com todas as vênias, tal entendimento não se alinha com a opção ideológica e política adotada pelo legislador ao positivar a técnica da estabilidade. Neste aspecto, se afigura apropriado o entendimento de que a expressão “respectivo recurso” contida no caput, do art. 304, refira-se aos agravos de instrumento e interno, tal como lecionado pelo Professor Alexandre.

No transcurso do prazo decadencial de dois anos, a tutela antecipada estabilizada conserva seus efeitos, mas afasta a coisa julgada, consoante os termos do parágrafo 6º, do art. 304. Neste ponto, deve-se anotar que a produção dos efeitos da coisa julgada nunca esteve reservada as decisões proferidas com base em cognição exauriente, a exemplo das ações cautelares previstas no CPC/73. Por outro lado, o silêncio do CPC/2015 sobre a decisão concessiva de tutela estável preclusa, após o transcurso do prazo decadencial, deve ser interpretado em conformidade com a CFRB/88, que consagra a coisa julgada como um direito fundamental e, como tal, insuscetível de sofrer restrições por parte do legislador ordinário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem da técnica da estabilidade da tutela antecipada no CPC/2015 exige prévio conhecimento das particularidades e dos procedimentos das tutelas provisórias de urgência, notadamente as referentes a tutela antecipada antecedente. Esta se mostrará eficaz, se a comunidade jurídica brasileira compreender as nomenclaturas adota-

30 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2. Salvador: Editora Juspodium, 2009, p. 608.

das no CPC/2015 e, além disso, se não houver por parte da doutrina ou da jurisprudência “aditivos” aos termos previstos no Capítulo II, do Título II, do Livro V.

A estabilização da tutela antecipada alcançada por decisão provisória tem o condão de oferecer uma jurisdição satisfativa célere, em vista da produção dos seus efeitos não preclusivos. Ela não retira o direito de revisão das partes em postular, nos mesmos autos do processo de onde emanou a decisão concessiva da tutela estável, o conhecimento da questão meritória segundo as regras do procedimento comum. A técnica da estabilização está bem conformada na lei, contudo eventuais “argumentos de autoridades” contrários a sua vontade expressa podem vir a afrontar a opção ideológica e política adotada pelo legislador. Ressalva-se, por outro lado, que o silêncio quanto aos efeitos da decisão concessiva de tutela estável após o decurso do prazo decadencial não tem o condão de afastar a coisa julgada³¹ dada fundamentalidade deste direito constitucional, que não admite restrições parte de lei ordinária.

A pesquisa sobre o tema abordado para a feitura desse estudo identificou diversas posições sobre questões que se mostram inequívocas à luz dos dispositivos citados. Em muitos casos percebe-se que essas posições são frutos de discordância quanto a opção do legislador ou da predileção sobre “modelos” vigentes em ambientes estrangeiros. Se tais construções ou “puxadinhos” doutrinários forem adotados pelos magistrados brasileiros, os fins da nova ordem processual não serão alcançados, a instabilidade na prestação jurisdicional fomentará a insegurança jurídica e ameaçará a credibilidade do Poder Judiciário.

31 Diz a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88): “**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:” (...) **XXXVI** - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Atlas, 2015

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. Salvador: Editora Juspodium, 2009.

FUX, Luiz. **Novo Código de Processo Civil TEMÁTICO**. São Paulo. Mackenzie, 2015

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**. São Paulo, RT: 2013.

NEGRÃO, Fernando; RIOS DE OLIVEIRA, Paulo; CID, Nélia Monte. **O Novo Código de Processo Civil Comentado**. Lisboa. Quid Juris Sociedade Editora, 2013

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição**. Coimbra. Editora Coimbra, 2010

OS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS E O IRDR. POR UMA BUSCA HARMÔNICA DOS MESMOS OBJETIVOS

Antonio Aurelio Abi-Ramia Duarte¹
Maria Eduarda de Oliveira Brasil²

Área de Concentração:

Direito Constitucional; Direito Processual Civil.

Resumo: Este estudo busca, examinando a problemática contemporânea da massificação das relações sociais, tratar simultaneamente dos Juizados Especiais Estaduais e do novel Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, analisando se será ou não possível a aplicação conjunta dos institutos. Aborda os princípios fundamentais envolvidos na discussão e o esforço normativo empreendido para resolvê-la, principalmente com a constitucionalização do Direito Processual Civil e com o Código de Processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Constitucionalização do processo; demandas de massa; princípios; Juizados Especiais Estaduais; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Código de Processo Civil de 2015.

Abstract: This article intends to deal simultaneously with the State Special Courts and the new Repetitive Demands Resolution Incident,

1 Juiz de Direito Auxiliar da Presidência do TJERJ, Mestre em Processo pela UERJ, Expositor e Professor da Pós Graduação de instituições como EMERJ, ESMARF, ESAJ, IBMEC, UNESA E FEMPERJ. Membro do IBDP e do Instituto Carioca de Direito Processual. Autor de livros e artigos publicados em revistas especializadas.

2 Pós-graduanda pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

examining the contemporary issue on the massification of social relations and whether or not it is going to be possible to apply them together. It approaches the essential principles involved in the discussion and the normative effort to solve it, mainly by the Civil Procedure Right constitutionalizing process and the 2015 Civil Procedure Law.

Key-words: Procedure constitutionalizing; mass demands; principles; State Special Courts; Repetitive Demands Resolution Incident; 2015 Civil Procedure Law.

Sumário: I. Introdução; II. Uma História de rupturas; III. Os Juizados Especiais Estaduais e o *boom* das demandas de massa; IV. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; V. Os desafios de uma compatibilização; VI. Conclusão; VII. Referências bibliográficas

I. Introdução

A contemporaneidade tem conhecido desafios temidos ou mesmo impensados pelas sociedades de outrora, com crises econômicas e humanitárias deixando milhões de pessoas alijadas de direitos civis básicos, emprego, moradia, sequer alimento ou o que se poderia chamar de vida digna.

Com o campo do Direito não é diferente. A globalização, o consumo em massa, a instantaneidade das relações e a cultura da litigância são apenas algumas das muitas questões que o novo milênio e, principalmente, o novo pensar jurídico trouxeram aos ordenamentos ocidentais.

Em atenção a esse cenário, o legislador brasileiro editou a Lei nº 13.105/2015, o novo Código de Processo Civil, como resposta aos mais clamantes anseios sociais por uma justiça efetiva, eficiente, célere e,

afinal, justa. Acompanha-se, assim, a evolução da sociedade com importante alteração da lei, movimento necessário para que não fique o Direito engessado e, conseqüentemente, sem legitimidade. Tal quadro reforça a necessidade de preservação da duração razoável do processo, acompanhando um movimento que tem se tornado prioritário nas maiores economias do mundo.

Não obstante sejam muitas as novas propostas levantadas pelo Código, o presente estudo opta por concentrar-se no novel *incidente de resolução de demandas repetitivas*, fulcral para uma ordem jurídica justa que se pretenda isonômica e pautada na segurança jurídica, garantias fundamentais de qualquer país socialmente desenvolvido. Mais especificamente, mostra-se interessante traçar um paralelo do instituto com a sistemática dos Juizados Especiais Estaduais, os quais, como portas de acesso ao Judiciário utilizadas por milhões de brasileiros, acabam por se revelar também nucleares no Direito que se desenrola no novo milênio.

II. Uma História de rupturas

Toda ordem constitucional que se inaugura visa, invariavelmente, à ruptura com o modelo anterior, não se podendo pensar em um novo ordenamento com olhos vertidos ao passado. A História Mundial assistiu, e continua assistindo, a incontáveis Revoluções que, ainda que majoritariamente pautadas em questões econômicas, instauraram novos sistemas jurídicos. No fundo, a própria noção de Humanidade acaba por se confundir com essa vontade constante de mudar e de transformar o que não agrada em algo que melhor sirva a seus fins.

Foi assim nos movimentos religiosos europeus, que não mais aceitavam os dogmas do catolicismo como única verdade. Foi assim nos movimentos de independência das antigas colônias americanas, que

não mais desejavam submeter sua liberdade à opressão das metrópoles europeias. E foi assim, também, no movimento de constitucionalização do pós-Segunda Guerra Mundial³.

No Brasil, o fenômeno surgiu com a promulgação da Constituição da República de 1988, a grande Carta Cidadã, responsável, dentre outros, por elencar um rol considerável de direitos e garantias fundamentais. A nova ordem constitucional que se inaugurava naquele ano prometia uma quebra total com os ditames da ditadura militar recém-findada, trazendo consigo valores basilares que, com o tempo, acabariam por se espalhar pelos diversos ramos do Direito⁴, dentre os quais o Processo Civil.

É assim que, hoje, não se consegue mais pensar em um processo sem princípios e desvinculado das normas constitucionais, como um eixo gravitacional⁵. Se, na antiga ordem, o culto à forma alçava a burocracia a uma posição de destaque na relação processual, sob a égide da Carta de 1988 o foco central passa a ser a finalidade que pretendem

3 Tratamos aqui de uma nova hermenêutica constitucional calçada na dignidade da pessoa humana. Países como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha viveram esta experiência. Damos especial destaque à Convenção Europeia de Direitos Humanos e às Emendas 5ª e 14ª da Constituição Americana.

4 Sobre o estudo das perspectivas de direito processual e material na análise da problemática da efetividade do processo, Kazuo Watanabe destaca: *“O ponto de confluência das duas correntes é alcançado pela pesquisa dos aspectos constitucionais do processo civil. A importância desses estudos é ressaltada por Liebman, que observa que os diversos ramos do direito são partes constitutivas de uma unidade, encontrando-se ligados entre si por um princípio de coerência que torna essa unidade um todo indivisível, cujo entro é representado pelo direito constitucional.”* Referência a LIEBMAN, Enrico Tullio. *Diritto costituzionale e processo civile*. Rivista di Diritto Processuale, 1952, p. 327-332. In WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

5 Neil Andrews tece, a respeito, o seguinte comentário: *“Os princípios da Justiça Civil têm se transformado em importantes campos de pesquisa comparativa, e os princípios processuais constitucionais tornaram-se proeminentes. (...) Além destas influências externas, há a obrigação interna de se organizar uma série de normas processuais fundamentais. Este cânone de princípios parece ser indispensável, caso os advogados queiram ver a justiça processual de forma coerente e sistemática, liberada de regras muito minuciosas.”* ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 64-65.

as partes obter com a prática dos atos processuais.

Com o novo Código de Processo Civil, a tendência ganha contornos ainda mais fortes, vez que a nova lei dedica Livro inteiro às normas fundamentais do processo civil, feito inédito no ordenamento brasileiro. Acentua-se, dessa forma, o chamado *modelo constitucional de processo civil*, expressão que congrega os princípios constitucionais voltados à regulamentação deste ramo do Direito e indica os rumos por ele tomados nesta virada contemporânea.

Não são um, poucos ou alguns os princípios que informam o modelo constitucional de processo⁶. Entretanto, nesta obra, cuidar-se-ão daqueles que mais essenciais se mostram ao presente debate, quais sejam: acesso à ordem jurídica justa; isonomia; segurança jurídica; e efetividade da jurisdição.

III. Os Juizados Especiais Estaduais e a explosão das demandas de massa

A ruptura demarcada pela Constituição de 1988 tingiu de novas cores o Direito, como já visto. Todavia, não foram só códigos e leis que se viram ante uma grande mudança de paradigma; a própria cultura social foi em grande escala afetada.

A redemocratização de um país perdido nos anos de repressão da ditadura militar trouxe à população, de imediato, uma noção mais exata de sua cidadania e dos direitos que dela decorriam. Novos direitos e novos mecanismos para sua tutela despontaram no cenário jurídico

6 Alexandre Câmara, por exemplo, lista os seguintes: “Começando pelo princípio que a Constituição da República chama de devido processo legal (mas que deveria ser chamado de devido processo constitucional), o modelo constitucional de processo é composto também pelos princípios da isonomia, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório, da motivação das decisões judiciais e da duração razoável do processo.” (grifo do autor) CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 5.

nacional e, via de consequência, o Poder Judiciário passou a ser cada vez mais acionado para corresponder a esses novos anseios. Ademais, quanto maior a carência social e cultural, mais se recorre ao Judiciário como única porta de resolução de todos os males.

Infelizmente, a prática forense viria a revelar que o aparelho estatal não estava, de fato, pronto para comportar tantas demandas e satisfazer com efetividade e presteza as pretensões dos jurisdicionados. Aliás, nenhum país do mundo teria condições mínimas de suportar o enorme volume de processos que temos aqui - nossa realidade é única, de um volume avassalador⁷.

Assim, ao mesmo tempo em que aumentou a visibilidade do Judiciário para a população, decaiu a qualidade da atividade por ele prestada, fosse por falta de estrutura financeira, material ou pessoal, fosse por inadequação da legislação processual, fosse pelo fenômeno da retroalimentação processual⁸.

A nova Constituição, os novos direitos e a massificação das relações sociais congestionam em pilhas de processos os direitos dos aflitos jurisdicionados, prendendo-os a trâmites lentos e inseguros, à medida que a situações similares, muitas vezes, acabam sendo dadas respostas díspares⁹, assunto que se abordará com mais detalhes adiante.

7 Quanto mais um povo recorre ao Judiciário como única fonte de solução de seus conflitos, mais revela seu escasso grau de cidadania. Devemos estimular outras formas de pacificação social, como a mediação, por exemplo.

8 Conforme destacado por DUARTE, Antonio Aurélio Abi-Ramia. *Flexibilização procedimental nos juizados especiais estaduais*. Rio de Janeiro: JC, 2014, p. 11.

9 Humberto Dalla e Roberto Rodrigues tratam do tema da seguinte forma: “A massificação das relações travadas no seio da sociedade contemporânea proporcionou um exponencial aumento de ações judiciais com idêntico objeto, as quais, por sua vez, contribuíram de forma decisiva para um verdadeiro congestionamento do Poder Judiciário brasileiro. Como reação a este panorama crescente de demandas repetitivas, que descontenta, a um só tempo, tanto os jurisdicionados, que sofrem com a morosidade da justiça e com o sentimento de insegurança jurídica, proveniente da sempre presente possibilidade de decisões antagônicas acerca da mesma situação, como também o próprio Poder Judiciário, que não consegue se desincumbir

Os Juizados Especiais surgiram, com papel de destaque, nesse contexto em que, de um lado, as questões políticas e sociais se judicializam, e, de outro, o Estado não consegue respondê-las a contento. Reiteramos: o volume tornou-se desespressor.

Trata-se de uma nova roupagem dada ao *princípio da inafastabilidade da jurisdição*¹⁰, pois não basta o acesso formal ao Estado-juiz – é preciso que ele seja efetivo, ou seja, que respeite as garantias fundamentais do cidadão e do processo para, ao final, chegar a um resultado construído a partir da participação das partes. Em suma, *“acesso à Justiça – e não apenas ao Poder Judiciário – implica a garantia de acesso ao justo processo, sem entraves e delongas. Enfim, garantia de ingresso em uma máquina apta a proporcionar resolução do conflito trazido, com rapidez e segurança”*¹¹.

Não é outra a proposta dos Juizados. À medida que a sociedade de consumo se fortalece e que as maneiras de se relacionar padronizam-se, os Juizados vêm propor um procedimento mais célere e econômico, primando pelo *princípio da efetividade da jurisdição*, no tratar de tantas lides idênticas que se avolumam nos gabinetes dos magistrados¹².

de modo satisfatório de suas atribuições, surgiu, então, a necessidade premente de criação de um regime processual próprio para tratar dessas ações repetitivas.” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *O julgamento por amostragem dos recursos excepcionais repetitivos: análise crítica e perspectivas*. P. 2.

10 Sobre esse princípio, Kazuo Watanabe pondera: *“Dele têm sido extraídos a garantia do direito de ação e do processo, o princípio do juiz natural e todos os respectivos corolários. E tem-se entendido que o texto constitucional, em sua essência, assegura ‘uma tutela qualificada contra qualquer forma de denegação da justiça’, abrangente tanto das situações processuais como das substanciais. Essa conclusão fundamental tem servido de apoio à concepção de um sistema processual que efetivamente tutele todos os direitos, seja pelo esforço interpretativo que procure suprir as eventuais imperfeições, seja pela atribuição a certos institutos processuais como o mandado de segurança, da notável função de cobrir as falhas existentes no sistema de instrumentos processuais organizado pelo legislador ordinário.”* WATANABE, Kazuo. Op. cit. P. 26.

11 DUARTE, Antonio Aurélio Abi-Ramia. Op. cit. P. 11.

12 Kazuo Watanabe discorre acerca dessa preocupação com a prestação efetiva de tutela do direito pelo processo, a saber: *“Uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a da efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos. Do conceptualismo e das*

Ademais, ao permitir a atuação sem advogado para causas de menor valor, garantem que serão levadas ao Judiciário mesmo questões de menor porte econômico, mas que podem ser muito relevantes para a parte. Como dizer que não se trata de verdadeiro e democrático acesso à ordem jurídica justa? Basta observar: em um grupo de amigos, leigos ao universo jurídico, haverá pelo menos um que já tenha ouvido falar ou mesmo buscado a satisfação do seu direito em um Juizado.

Seja porque o acesso ao Judiciário tenha se popularizado, marca do Estado democrático de Direito, seja porque litigar tenha se tornado mais acessível/barato aos cidadãos, fato é que os Juizados se tornaram marcas positivas no ideário da coletividade.

Assim, o que a prática pôde mostrar foi um incremento, ainda que modesto, da capacidade do Estado de lidar com o *boom* das demandas de massa, através dos Juizados Especiais Estaduais. Dada, portanto, sua extrema relevância no panorama jurídico brasileiro, fica clara a necessidade de respeito a suas particularidades, ao que se chama de *microsistema* dos Juizados.

Dentre elas, destaca-se que os Juizados contam não com o Tribunal de Justiça, mas com Turmas Recursais como segundo grau de jurisdição. As Turmas são formadas por juízes dos próprios Juizados, o que vem reforçar a autonomia dessa estrutura e garantir que as decisões dos recursos serão proferidas por magistrados que mantêm contato diário com a matéria.

Destarte, surge o seguinte questionamento: como garantir o *princípio da segurança jurídica* e, por conseguinte, o *princípio da isonomia*,

abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma partes hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sociojurídica.” WATANABE, Kazuo. Op. cit. P. 20.

no prolatar das decisões? Que mecanismos se aplicam a esse microsistema e garantem uma uniformidade jurisprudencial?

Decerto que o já mencionado incidente de resolução de demandas repetitivas vem tratar do tema, dentro da estrutura dos Tribunais. Mas e os Juizados, se submeterão a órgão externo e alheio à sua esquematização?

IV. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

Faz-se necessário, como exame prévio a esse debate, um estudo mais detido acerca do assim chamado incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR). Trata-se de interessante inovação¹³ trazida pela Lei nº 13.105/2015, lei esta, por sua vez, que finca um de seus alicerces no dever que têm os Tribunais de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, nos dizeres do art. 926.

Pensando-se no mesmo amigo leigo, que já procurou o Judiciário para confiar-lhe a tutela de um direito seu, fica fácil compreender a preocupação do Código em explicitar algo que, a olhos apressados, poderia parecer desnecessário. Isso porque os cidadãos depositam no Estado a confiança legítima de que seus interesses serão protegidos contra ameaças ou lesões injustas, tanto sendo assim que abrem mão da autotutela para delegar os poderes jurisdicional e executivo à máquina estatal¹⁴.

13 Destacando o caráter de inovação do instituto, Alexandre Flexa, Daniel Macedo e Fabrício Bastos, “Trata-se de uma **regra inédita** no ordenamento jurídico positivado, cuja finalidade, conforme a exposição de motivos, é a de atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, evitando, por conseguinte, a dispersão excessiva da jurisprudência em situações jurídicas homogêneas.” (grifo dos autores) FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil – o que é inédito, o que mudou, o que foi suprimido*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 621.

14 Sobre a autotutela, ou justiça privada, Teresa Armenta Deu tece as seguintes considerações: “La justicia privada supone un instrumento muy rudimentario de realización jurídica, que si bien no prescindía totalmente de algunas reglas, ponía de manifiesto relevantes carencias, singularmente, proteger al titular de un derecho si, además, era el más fuerte. La prohibición de la justicia privada obliga al Estado a proteger

Confiando, pois, na solução justa e efetiva de eventuais lides em que se vejam envolvidos, os jurisdicionados acreditam que, a casos idênticos, serão dadas respostas idênticas. Nada mais lógico e justo. Eis, então, o princípio da segurança jurídica¹⁵ operando efeitos no papel simbólico exercido pelo Judiciário face à sociedade: espera-se dos julgados que sejam coerentes entre si, mantendo a higidez e a harmonia de uma jurisprudência estável, contínua e previsível.

Com isso evitamos o fenômeno da dispersão jurisprudencial, típica dos países latinos.

Basta pensar que, do contrário, buscar a tutela de um direito seria nada menos do que uma aventura de rumos desconhecidos em um território nada familiar. Não importaria se dez, cem ou mil casos já tivessem obtido tal decisão, se não houvesse esse compromisso – agora legal – das Cortes de manter a linha de entendimento e zelar, com isso, pela boa-fé daquele que deseja o amparo jurisdicional¹⁶.

por sí mismo los derechos de los particulares, creando el mecanismo adecuado. Ese mecanismo es el proceso. Sólo a través del mismo se dirá y realizará el Derecho objetivo del caso concreto, es decir, se aplicará al objeto de ese proceso, la previsión general de la ley. El uso del proceso constituye un derecho de los ciudadanos, que se articula a través de una serie de normas de acceso. Ahora bien, en el otro polo, el Estado encomienda dicha función a una serie de órganos específicos y diferentes de aquellos que integran en la Administración o el Legislativo. Sólo estos órganos pueden decir o realizar el Derecho objetivo del caso concreto.” DEU, Teresa Armenta. Lecciones de Derecho Procesal Civil – proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 43-44.

15 Fincando a base constitucional do princípio em voga, Luiz Guilherme Marinoni assim comenta: “A Constituição Federal se refere à segurança jurídica no caput do art. 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Esse artigo possui vários dispositivos que a tutelam, como os incs. II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável). A segurança jurídica é vista como subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Expressa-se em termos de estabilidade e continuidade da ordem jurídica e de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das condutas praticadas no convívio social.” MARINONI, Luiz Guilherme. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredir; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 2074.

16 Ver: (1) Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. MARINONI, Luiz Guilherme; e (2) Precedentes no CPC 2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil. NUNES, Dierle

A segurança jurídica e a isonomia, afinal, estão na base do IRDR, vez que o Estado-juiz deve atentar-se para o fato de que *“Linhas decisórias inconstantes violam expectativas legítimas do jurisdicionado. Aquele que se coloca em situação similar à do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa.”*¹⁷.

O incidente, tratado nos arts. 976 a 987, tem como escopo *“a tutela isonômica e efetiva dos direitos individuais homogêneos e seu advento traduz o reconhecimento do legislador de que a chamada ‘litigiosidade de massa’ atingiu patamares insuportáveis em razão da insuficiência do modelo até então adotado”*¹⁸, comentários já tecidos em momento anterior.

Cabível quando existirem, simultaneamente, *“efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”* e *“risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”*, nas palavras do art. 976, o IRDR será julgado pelo Órgão indicado pelo Regimento Interno do Tribunal, dentre aqueles destacados à uniformização de jurisprudência daquela Corte.

Preocupando-se com a *“mais a ampla e específica divulgação e publicidade”* da instauração e do julgamento do incidente, o art. 979 do Código determina o registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça¹⁹. Ademais, tendo em vista a celeridade em sua tramitação, fixa-lhe prazo de até 1 (um) ano para julgamento e preferência sobre os

17 MARINONI, Luiz Guilherme. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredir; DANTAS, Bruno (Coord.). Op. cit. P. 2074.

18 (grifo do autor) Palavras de DANTAS, Bruno. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredir; DANTAS, Bruno (Coord.). Op. cit. P. 2178.

19 *“A divulgação, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, terá o condão de facilitar o acesso aos operadores do direito, bem como de potencializar o controle sobre a aplicação dos precedentes aos casos futuros, na esteira do que preconiza do artigo 985, inciso II, CPC/2015.”* FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Op. cit. P. 629.

demais feitos, desde que não envolvam réu preso ou que não sejam pedidos de *habeas corpus*.

O Tribunal, através de um Desembargador Relator, se manifestará sobre a questão jurídica comum controversada, ouvindo, para tanto, partes e interessados (inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia), a permitir que a sociedade se manifeste e ajude a construir uma tese jurídica que, afinal, lhe impactará diretamente as pretensões.

Tanto é relevante a tese que o art. 985 determina sua aplicação a todos os processos, individuais ou coletivos, que discorram sobre idêntica questão de direito e tramitem naquela área de jurisdição, bem como às demandas futuras sobre a mesma temática.

De nada adiantaria, contudo, uniformizar o entendimento da Corte se isso significasse um engessamento perpétuo do Direito, algo incompatível com a própria ideia de Justiça e com a noção de evolução que sempre acompanhou a Humanidade ao longo da História. Isto é, se mudam as formas e os valores que levam as pessoas a se relacionarem, também a regulamentação jurídica deve transformar-se, sob pena de caducar e tornar-se ilegítima e sem credibilidade.

É por isso, justamente, que o art. 986 prevê a possibilidade de revisão da tese jurídica firmada em sede de IRDR, o chamado *overruling*, “uma ‘válvula de escape’ que impede o engessamento permanente da jurisprudência”²⁰.

Fixadas, dessa maneira, as premissas básicas do instituto, é chegado o tempo de se fazer o confronto: o incidente de resolução de

20 CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 – anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 988.

demandas repetitivas tem aplicabilidade nos Juizados Especiais?

V. Os desafios de uma compatibilização

Como grandes portas de acesso ao Judiciário, ostentando número crescente de demandas, os Juizados Especiais Estaduais representam uma seara frutífera para discussões acerca da uniformização de sua jurisprudência. Tal fato é inegável, bastando mencionar que no Estado do Rio de Janeiro, em alguns anos os Juizados Especiais Estaduais responderam por mais de 50% de toda a distribuição ocorrida.

O IRDR, por sua vez, simboliza grande avanço legislativo na direção, justamente, de tal uniformidade, sendo esquematizado como um procedimento incidental dos Tribunais. Outro fato inegável.

A grande questão, não respondida por uma doutrina que ainda está começando a refletir sobre as problemáticas do Código em *vacatio*, é saber se o incidente de resolução de demandas repetitivas e os Juizados são conceitos que caminham paralelamente ou se – e em qual medida - há pontos de contato entre ambos.

Em primeiro lugar, há de se observar que o incidente foi pensado para as demandas repetitivas, *“aquelas demandas idênticas, seriais, que, em grandes quantidades, são propostas perante o Judiciário”*, consequência direta das relações em massa travadas pela sociedade contemporânea, a gerarem interesses individuais homogêneos que devem ser tutelados²¹.

Foi visto, em ponto anterior deste estudo, que os Juizados Especiais Estaduais vieram, justamente, como resposta do Estado a essas demandas de massa. Trata-se, assim, de claro ponto de aproximação

21 CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. Pp. 476-477.

entre os dois polos desta comparação, vez que ambos contemplam o mesmo fenômeno da atualidade.

Todavia, a questão é mais delicada do que essa primeira similaridade possa apontar. Não se pode esquecer, afinal, que o segundo grau do Tribunal de Justiça e o do Juizado se encontram em estruturas recursais completamente diferidas. Decerto, decisões proferidas pela Corte vinculam os Juizados; porém, a via não é de mão dupla, vez que as causas inerentes aos Juizados não chegam ao escrutínio do Tribunal.

Diante de tal cenário, surge relevante indagação em relação ao IRDR: seria possível suscitá-lo em um processo iniciado no âmbito dos Juizados Especiais?

Para que se sustente uma resposta positiva, faz-se imperioso, primeiramente, construir a ponte que, a princípio, não existe entre o Juizado e o Tribunal de Justiça, tendo em vista seus sistemas recursais próprios. Vale lembrar que, tendo como segundo grau de jurisdição as Turmas Recursais, a estrutura do Juizado não permitiria, pelo menos em tese, a conexão com a Corte de Justiça, desafio a ser superado por esta linha de entendimento.

Em caso de resposta negativa, pareceria consectário lógico afirmar-se a incompatibilidade entre o incidente e o Juizado, ante a ausência de figura central para o julgamento do instituto: o Tribunal. Contudo, ainda se mostraria possível aventar uma alternativa impensada pela lei: poderia o juiz do Juizado officiar à Corte para que o incidente fosse suscitado em processo de competência dela?

Nesse caso, a doutrina que já examina a questão divide-se em duas posições quanto aos requisitos do IRDR. Uma primeira corrente

sustenta que o art. 978, parágrafo único²² traria a exigência de pendência de um julgamento no Tribunal, ainda que não expressa. Assim, para a Corte julgar o incidente, deveria haver também um caso concreto a ser analisado.

Essa não parece, entretanto, a melhor visão. Em verdade, nunca se mostra o mais sensato fazer restrições onde a lei nada limitou. Dada, inclusive, a importância da matéria objeto do incidente, mais adequada se mostra a corrente que afasta tal requisito não expresso, admitindo o julgamento tão somente do IRDR para formular a tese jurídica.

Note-se que, em se adotando a primeira linha de pensamento, afastam-se por completo quaisquer pretensões de utilização do incidente em âmbito de Juizado, eis que seus casos concretos jamais chegarão ao Tribunal.

Contudo, temos o desafio de fazer uma nova leitura do sistema processual, calçado em valores e vetores jamais aplicados. Logo, devemos partir da premissa de maior enfrentamento das demandas de massa, utilizando os remédios processuais inovadores, algo que, certamente, não pode alienar os Juizados Especiais. Não teria o menor sentido pensar em enfrentamento de massa com uma ferramenta tão eficaz como o IRDR e não aplicá-la aos Juizados, justamente a seara mais carente de sua atuação. Seria como ter o remédio e não ministrá-lo ao paciente.

O questionamento, no entanto, continua sem resposta, pois, mesmo que se admita a apreciação do IRDR sem a existência de um correlato caso submetido à Corte, ainda não se consegue superar o entrave que separa em esferas distintas os dois órgãos jurisdicionais.

²² “Art. 978. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.”

Tal separação parece, inicialmente, rechaçar a possibilidade de uma manifestação ex officio dos magistrados de Juizado, clamando por uma suscitação do incidente em processo alheio à sua competência.

Propõe-se a seguinte reflexão: como se sentiria a parte de um processo de competência de uma Vara Cível se, subitamente, um juiz de Juizado, totalmente alheio à relação jurídica travada naquela demanda e suas peculiaridades procedimentais, requisitasse ao Tribunal que se manifestasse sobre uma questão para a qual, muitas vezes, a parte sequer tinha atentado e a qual pode nem lhe interessar?

A única resposta possível é a de que tal jurisdicionado se sentiria inseguro e, no mínimo, confuso com tal ingerência indevida. E esse, certamente, não foi o intuito do novo Código de Processo Civil ao criar o incidente. O IRDR foi criado para ser aplicado a todo ordenamento.²³

A partir da análise de todas essas variáveis, e tendo-se em vista que apenas a aplicação prática da nova lei indicará a opção dos Tribunais brasileiros, este trabalho coloca como sugestão a observância das diretrizes que se seguem, como primeira reflexão ainda a ser amadurecida.

Quando a matéria for compartilhada entre o Sistema de Juizados e o juízo comum, a Corte se manifestará pela via do IRDR, respeitando a cláusula de reserva de plenário (art. 97 da Constituição da República) e os requisitos do incidente. Como a questão seria passível de exame pelo juízo comum, portanto, dentro da estrutura hierárquica do Tribunal de Justiça, não há que se falar em qualquer incompatibilidade com o Juizado.

Se, entretanto, a matéria debatida for tão somente objeto das demandas tipicamente levadas ao Juizado Especial Estadual, portanto, ín-

²³ Usamos a expressão ordenamento em sentido vulgar

sita ao sistema de Juizados Especiais, é preciso respeitar a autonomia e todas as peculiaridades deste órgão jurisdicional, acima abordadas. Com isso, preservamos a especialidade e a separação dos sistemas recursais concebidos na Lei nº 9.099/95. Não existe razão para não submeter o tema ao juízo especializado, reforçando a premissa de preservação sistêmica dos Juizados Especiais.

Portanto, em homenagem ao seu *microssistema*, o Tribunal não se manifestará em sede de incidente de resolução de demandas repetitivas nas questões exclusivamente, reiteramos, exclusivamente pertinentes ao sistema de Juizados Especiais.

Aos mais apressados, tal sugestão pode soar atentatória aos princípios da segurança jurídica e da isonomia, pois estar-se-ia privando o Juizado da utilização de instituto crucial trazido pelo novo Código, na contramão da uniformização de jurisprudência.

Observe-se, porém, que tal receio não merece sustento. A uma, porque as matérias afetas também ao juízo comum seriam objeto do incidente; e a duas, porque, para as matérias exclusivas do Juizado, as Turmas Recursais seriam órgão de segundo grau de jurisdição apto a uniformizar posicionamentos e garantir respostas equânimes aos jurisdicionados.

Destarte, firma-se uma posição – ou melhor, uma *sugestão* – de tons intermediários, em um quadro em que se mostra vantajosa toda compatibilização possível que, uma vez feita, gere benefícios para as partes e valorização de princípios constitucionais e processuais, grande foco do *modelo constitucional de processo civil*.

VI. Conclusão

A edição de uma novo ordenamento tão importante quanto um Código de Processo Civil em muito impacta e transforma a realidade social e jurídica de um país. A criação de novos institutos, assim como o aprimoramento daqueles já existentes, são feitos com base na mesma premissa: melhorar a prestação da atividade jurisdicional e, com isso, oferecer ao jurisdicionado a resposta adequada e efetiva aos seus anseios²⁴.

A partir do momento em que o Brasil, no pós-Segunda Guerra Mundial, aderiu ao movimento de constitucionalização que culminou na Carta Cidadã de 1988, seus muitos valores e princípios se espalharam por todos os ramos do Direitos, inclusive o Processual Civil, no qual fincou bases ainda mais nítidas e firmes com a edição da recente Lei nº 13.105.2015.

Com isso, a tendência de garantir aos cidadãos a tutela justa de seus direitos tem ganhado cada vez mais matizes, através de instrumentos de tutela que primam, sobremaneira, por princípios como o da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia, da segurança jurídica, da confiança, da boa-fé, da eficiência e da efetividade²⁵ da atividade

24 A necessidade constante de transformação, de modo a melhorar o sistema processual, é assim destacada por Cândido Rangel Dinamarco: *“Diante do que já se viu, do que já se propôs, se discutiu, se aceitou no direito positivo e nas práticas dos juízes, é lícito afirmar que a busca de soluções de aperfeiçoamento está encetada e em plena efervescência nos escritos dos juristas e mesmo na evolução do direito processual positivo. E temos também a certeza de que todos repudiam o sistema processual e judiciário de que dispomos, sendo indispensável alguma transformação daquilo que hoje existe.”* DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 18-19.

25 Aliada à efetividade, a busca da verdade processual mais próxima à real também pode ser colocada como uma das diretrizes do processo. Trata-se de estudo epistemológico: *“En términos generales, la epistemología aplicada es el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo. Los teóricos del conocimiento – como a veces se conoce a los epistemólogos – son quienes rutinariamente examinan prácticas de esta naturaleza, como la ciencia o las matemáticas, a los efectos de diagnosticar si son capaces de cumplir con su pretendido*

jurisdicional.

Infelizmente, a contemporaneidade trouxe ao Poder Judiciário desafios estruturais quase paralisantes, com avalanches de feitos soterrando em pilhas de processos os gabinetes dos magistrados. Os Juizados Especiais Estaduais, no ponto, surgiram como tentativa de solução do problema por parte do Estado, que buscava uma saída para o *boom* das demandas de massa, características do novo milênio.

O novo Código, no mesmo compasso, vem tratar dessa “*sociedade de massa*”²⁶ com o incidente de resolução de demandas repetitivas, sempre visando a uma maior isonomia no prolatar das decisões, à uniformização da jurisprudência dos Tribunais e à tutela da segurança jurídica e da confiança legítima dos jurisdicionados²⁷.

A equação é simples: muitas demandas, aliadas à falta de aparelhamento do Estado e de institutos/ferramentas jurídicas que o auxiliem, levam ao sucateamento do Poder Judiciário, com a perda de sua credibilidade face à sociedade. Afinal, ninguém se contenta com a vio-

propósito (averiguar la verdad).” LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal – un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 23. Michele Taruffo também vai tratar do tema, considerando “*que não obstante dificuldades teóricas e variedades de orientações, a verdade – concordando com Lynch – é objetiva, é boa, é um objeto digno de perquirições e digna de ser cultivada por si mesma*”; observa, porém, que é preciso atentar para o fato de se tratar de conceito culturalmente relativo, devendo-se ligar ao contexto as metodologias e técnicas empregadas para tentar determiná-la. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp. 102 e 104.

26 “*Uma sociedade de massa no dizer de Mauro Cappelletti gera litígios de massa, vale dizer, ações individuais homogêneas quanto à causa de pedir e o pedido. Assim, v.g., o Brasil experimenta esse contencioso de massa através de milhares de ações questionando a legalidade da assinatura básica, os índices de correção da poupança em confronto com as perdas geradas pelos planos econômicos, os índices de correção do FGTS, o pagamento de impostos por determinadas categorias, a base de cálculo de tributos estaduais, municipais, federais etc.*” FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 22.

27 “*Essas demandas, ao serem decididas isoladamente, geram, para além de um volume quantitativo inassimilável por juízos e tribunais, abarrotando-os, o risco de decisões diferentes para causas iguais, com grave violação da cláusula pétreia da isonomia, como adverte Dennys Loyd.*” FUX, Luiz. Op. cit. P. 23.

lação à duração razoável do processo em atividade tão relevante, muito menos quando todo esse tempo de espera por uma decisão pode vir a ser “*premiado*” com resultados díspares para casos rigorosamente similares, verdadeiras afrontas à isonomia.

Tanto os Juizados quanto o IRDR vieram ao auxílio do Estado nessa encruzilhada e nesses desafios do século XXI. A questão que aqui se propôs, para reflexão dos juristas, é saber até que ponto é possível se operar a conjugação de ambos para, dessa forma, potencializar a atuação de combate a essa dispersão jurisprudencial que, no fim, é tudo, menos justa.

O Código de 2015 ainda não entrou em vigor, é verdade, mas muitas são as discussões relevantes que se devem travar para maximizar o seu alcance. Esta foi apenas uma delas.

O que se deve ter sempre em mente, porém, é que, em um mundo de Revoluções e rupturas, a busca incessante por uma transformação – seja jurídica, política, econômica, social ou que tenha de tudo um pouco – leva em seu bojo o desejo, inato à condição de ser humano, de progredir, crescer, melhorar.

Assim é no Processo Civil, assim é na vida.

VII. Referências bibliográficas

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 – anotado e comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DEU, Teresa Armenta. *Lecciones de Derecho Procesal Civil – proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*. 7ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi-Ramia. *Flexibilização procedimental nos juizados especiais estaduais*. Rio de Janeiro: JC, 2014.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. *Novo Código de Processo Civil – o que é inédito, o que mudou, o que foi suprimido*. Salvador: Juspodivm, 2015.

FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal – un ensayo sobre epistemología jurídica*. Trad. Carmen Vásquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragoão Ribeiro. *O julgamento por amostragem dos recursos excepcionais repetitivos: análise crítica e perspectivas*.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredir; DANTAS, Bruno

(Coord.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Cognição no processo civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE NO NOVO CPC. BREVES OBSERVAÇÕES

Daniel Vianna Vargas

Juiz de Direito TJRJ

Mestre em Direito Universidade de Barcelona (UB) e

Universidade Pompeu Fabra (UPF)

INTRODUÇÃO

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

Partindo da imperiosa distribuição do ônus do tempo no processo – devendo suportar os efeitos deletérios do tempo a parte que não tem razão² – trabalha o legislador com juízos de probabilidade. Sendo

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

2 “A distribuição do tempo do processo, fundamental para a preservação do princípio da isonomia, justifica a tutela antecipatória em caso de defesa de mérito indireta infundada que requer prova diferente da documental. Nesse caso, é natural transferir o ônus do tempo do processo, dando-se ao réu, obviamente, a oportunidade de continuar atuando no processo para ver a sua defesa acolhida e, conseqüentemente, a tutela antecipatória revogada. Ainda mais evidente é a necessidade da pronta tutela da parte da demanda que se tornou incontroversa no curso do processo (art. 273, § 6.º, do CPC). Seguindo-se o clássico e antigo princípio de que o julgamento do mérito deve ser feito em uma única oportunidade e, portanto, sem qualquer forma de cisão, é inevitável concluir que parcela do pedido poderá se tornar madura para julgamento no curso do processo. Portanto, se a tempestividade exige que a tutela jurisdicional seja concedida quando os fatos constitutivos estão evidenciados e o réu ainda procura provar um fato provavelmente

a tutela definitiva aquela proferida com base em juízo de “certeza”, as tutelas provisórias são analisadas e concedidas de acordo com o grau de probabilidade do direito afirmado.

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

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

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

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

infundado (hipótese vista há pouco), não pode haver dúvida sobre a imprescindibilidade de a técnica processual viabilizar a pronta e imediata tutela da parcela da demanda sobre a qual não mais existe controvérsia fática. Quando se diz que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão, objetiva-se preservar o princípio da isonomia. *Tratar um direito evidente e um direito não evidente de igual forma é tratar da mesma maneira situações desiguais*” (MARI-
NONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*, v. 1 - Teoria Geral do Processo -, cit., p. 370-371).

1. DA TUTELA ANTECIPADA

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

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

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

Diante dos demais regramentos estabelecidos pelo NCPC, infere-se clara inspiração nos institutos previstos no art. 484 do *code de procédure civile* francês³ e do art. 669 octies do *código de procedura civile* italiano, especialmente quanto à possibilidade de estabilização da

3 GUINCHARD, *Procédure civile – Droit interne e droit communautaire*, p. 308: *C'est que les juges des référés e des requêtes remplissent, historiquement, une fonction propre : ils permettent d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des justiciables. Or celle-ci est un devoir de l'État dans tous les cas où il existe une situation urgente. En effet, chaque citoyen renonce, en vertu du pacte social, à se faire à lui-même justice et accepte de soumettre à un juge les contestations qui pourraient survenir. Orle processus juridictionnel, auquel il consent de la sorte, requiert du temps. La durée du procès ordinaire se trouve ainsi au coeur d'un profond paradoxe : légitime et nécessaire, elle peut aussi, lorsque la situation présente une certaine urgence, faire obstacle à l'efficacité de la protection juridictionnelle attendue par le citoyen, faute d'être rendue effective en temps opportun. Dès lors, l'État ne saurait, sans incohérence, à la fois priver les citoyens de leur droit à la justice privée et s'abstenir de leur proposer une protection juridictionnelle adaptée pour les situations urgentes ; dans ce cas en effet, il opposerait aux citoyens une forme de déni de justice. (...) L'institution des juges spécialement dotés de la juridiction du provisoire, du pouvoir de rendre des mesures provisoires, répond précisément à cet impératif d'une protection juridictionnelle provisoire adaptée.*

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

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

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

Não sendo os integrantes do Judiciário oriundos da democracia direta, eleitos pelo povo, necessário legitimar sua atuação, seja pelo aspecto formal com sua fonte de validade na própria Constituição, seja pela participação das partes no processo, através do contraditório efetivo. Nesse sentido, a tese da *legitimação pelo procedimento*, proposta por Niklas Luhmann⁵. Célebre dou-

4 *In verbis*: “L’estinzione del giudizio di merito non determina l’inefficacia dei provvedimenti di cui al sesto comma, anche quando la relativa domanda e’ stata proposta in corso di causa. L’autorita’ del provvedimento cautelare non e’ invocabile in un diverso processo”.

5 LUHMANN, Niklas, Legitimação pelo procedimento. E. UNB. “A função legitimadora do procedimento não está em substituir uma decepção por um reconhecimento, mas em imunizar a

trinador pátrio⁶ adverte que não é a mera observância do procedimento que legitima as decisões, mas também a efetiva participação das partes no processo, concluindo ser melhor a assertiva *legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal*.

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

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

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

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

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

decisão final contra as decepções inevitáveis”.

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

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

decisão liminar e não aquela que extingue o processo⁸.

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

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

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

Mas não só por essa razão. Uma vez estabelecido que a ausência de interposição de recurso estabiliza a tutela antecedente

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

com a extinção do processo, os mesmos efeitos ocorrerão no caso de não conhecimento do recurso ou na hipótese de seu não acolhimento. Seja por razões de admissibilidade, seja pela rejeição no mérito do recurso, o fato é que a não obtenção da reforma da decisão liminar acarretará na sua estabilização com extinção do processo.

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

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

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

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

No que concerne à estabilização, ainda que não se admita a formação da coisa julgada material após o esgotamento do prazo de dois anos para a propositura da ação revocatória, ante a dicção do § 6º do art. 304, operando-se a imunização e indiscutibilidade pelo fenômeno da decadência, o fato é que a decisão que deferiu a tutela antecipada antecedente alcançará alto grau de estabilidade.

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

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

Casuística pode ser interessante para delimitação do problema. Imaginemos a necessidade de determinada intervenção cirúrgica em caráter de urgência, tendo o seguro-saúde negado a internação pela ausência do cumprimento do prazo de carência, levando ao agravamento da condição física do paciente. No atual sistema, necessário que a parte ingresse com demanda integral, formulando o pedido de condenação em obrigação de fazer – in-

ternação – em sede de antecipação de tutela e demais pedidos correlatos, v.g., declaração de nulidade da cláusula contratual, condenação na reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Imperioso trazer os fatos e fundamentos de todos os pedidos, com causa de pedir – remota e próxima – e pedidos certos e determinados.

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

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

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

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

ocorrida a estabilização, preclusa a oportunidade de prosseguimento, acarretando na extinção do processo.

CONCLUSÃO

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

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella, novo CPC anotado, 2015, ed. Saraiva.

DIDIER JR. Fredie, Curso de Direito Processual Civil, 17ª edição, 2015, volumes 1 e 2, editora Jus Podivm.

FREIRE, Alexandre; BARROS, Lucas Buril de Macedo; PEIXOTO, Ravi. *Coletânea Novo CPC: Doutrina*

Selecionada. Salvador: Juspodivm, 2015. (no prelo).

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

IMHOF, Cristiano e outra, novo CPC comentado, 2015, Lumen Juris.

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

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

OS NOVOS MECANISMOS DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO TJ-RJ

Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos

Diretor Geral do CEDES

A Resolução OE nº 10 /16, de forma indireta, acabou por delinear os novos mecanismos de uniformização de jurisprudência, no âmbito do TJ-RJ, ao atribuir nova redação ao art. 120, do Regimento Interno, **verbis:**

“A Jurisprudência será uniformizada através dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência e por intermédio do procedimento de inclusão, revisão ou cancelamento de enunciado sumular”.

São, de fato, três, os instrumentos existentes, no âmbito do TJ-RJ, para conferir efetividade ao art. 926, **caput**, do CPC (“os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”), a saber: o incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência e procedimento de inclusão, revisão ou cancelamento de verbete sumular.

Os pressupostos do incidente de resolução de demandas repetitivas estão estabelecidos no art. 976, do CPC (“efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”).

No tocante à admissibilidade do incidente de assunção de

competência, o CPC exige que a matéria discutida deve envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos (art. 947, **caput**, do CPC). O instituto também pode ser utilizado, quando ocorrer relevante questão de direito, a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência (art. 947, §4º, do CPC).

De seu turno, o procedimento de inclusão, revisão ou cancelamento de verbete sumular, cujos pressupostos e forma o CPC (art. 926, §1º) atribui ao Regimento Interno, deve ser acolhido quando a tese for uniformemente adotada, na interpretação de norma jurídica, por decisão reiterada dos Órgãos do Tribunal, conforme dispõe o art. 121, do RI do TJ-RJ, com a redação atribuída pela Resolução OE nº 10/16.

Assim, interpretando o CPC, a resolução acima mencionada esclarece que, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, há três mecanismos de uniformização de jurisprudência, aqueles dois incidentes e o procedimento de inclusão, revisão ou cancelamento de verbete sumular.

Em outras palavras, questões controversas são dirimidas pelos incidentes e as matérias pacificadas são objeto de súmula.

Quanto à forma e à iniciativa deste procedimento administrativo, compete ao Centro de Estudos e Debates, após franqueada a manifestação de desembargadores, com competência na matéria, encaminhar proposta fundamentada, instruída com precedentes ao Órgão Especial (art. 122, **caput** e §2º, do RI), sendo permitida a apresentação, também, por Magistrado, Ministério Público, Defensoria Pública, OAB e órgão de Advocacia Pública.

De outro lado, garante-se a participação do **amicus curiae**, ao

permitir o **caput** do art. 123, do RI, que o relator avaliará a necessidade de participação de pessoas que possam contribuir para a solução do procedimento.

A resolução permite um procedimento desburocratizado, condizente com o princípio da razoável duração do processo (art. 4º, do CPC), e da observância do contraditório substancial, que, na lição de Alexandre Câmara, “não pode ser visto como mera garantia formal de que às partes se dará, ao longo do processo, a possibilidade de falar, de se manifestar. O contraditório é, muito mais do que o ‘direito de falar’, o direito de ser ouvido, impondo-se deste modo, ao juiz, o dever de ouvir o que as partes têm a dizer, levando em consideração seus argumentos ao proferir a decisão” (Revista de Direito, TJ-RJ, vol. 104, p. 22).

De outro lado, a manutenção atualizada, na página eletrônica do CEDES, dos procedimentos de inclusão, revisão ou cancelamento de verbete sumular garante o contraditório substancial, porquanto os torna públicos e permite que qualquer terceiro possa postular seu ingresso nestes feitos (art. 122, §3º, do RI).

Resta uma última palavra sobre o pressuposto. Este é estabelecido no art. 121, do RI, do TJ-RJ: “tese uniformemente adotada, na interpretação de norma jurídica, por decisões reiteradas dos Órgãos do Tribunal no mesmo sentido”.

O que isso quer significar? Que não se trata de matéria unânime, mas tem de estar pacificada. É menos do que unânime e mais do que dominante.

A reiteração de decisões em determinado sentido, que consagra tese uniformemente adotada, é a demonstração de que a tese está consolidada.

A indicação dos precedentes, como exigido pelo art. 122, *caput*, do RI, servirá como prova de que o entendimento configura “tese uniformemente adotada”.

É muito importante que o pressuposto esteja bem definido. Decisões escoteiras permeiam o cotidiano forense (especialmente no Órgão Especial) e não é por isso que a tese não está consolidada. Não se pode valorar esses pronunciamentos divergentes, a ponto de os considerar como matéria controversa, a exigir a utilização do incidente de resolução de demanda repetitiva ou de assunção de competência. A propósito, minha experiência no Órgão Especial do Tribunal de Justiça tem mostrado que, raramente, as decisões são unânimes, o que não quer dizer, no entanto, que a tese não esteja consolidada.

Previu, ainda, a resolução que a adaptação de verbete sumular à Lei nº 13.105, de 16/03/15, ou o seu cancelamento, em virtude de flagrante contraste com o Código de Processo Civil ou outro ato normativo superveniente, independe da indicação de precedentes, bastando que a proposta seja motivada (art. 122, §1º, do RI).

Para concluir, se fui incisivo demais, talvez mereça uma certa dose de humildade científica, recomendada por Diderot:

“Gosto dessas palavras que abrandam e moderam a temeridade das nossas proposições, porventura, nalguma medida, por vezes, diz-se, penso, e outras semelhantes” (Pensamentos Filosóficos, Ed. Almedina, p.24).

Assim, pondero que “tese uniformemente adotada” não é dominante, nem a unânime, mas a consolidada por decisões reiteradas do Tribunal no mesmo sentido.

Discernir sobre isso caberá à sabedoria dos doutos intérpretes do Órgão Especial, que seguem esta máxima de Goethe: “há duas fontes de autoridade que concorrem para a pacificação: o direito e o decoro”.

Jurisprudência consolidada na Súmula 543 do STJ necessita de revisão^{1*}

Melhim Chalhub

Fato marcante na grave crise que atravança a economia nacional nos últimos anos é a avalanche de quebras de contratos de promessa de venda de imóveis integrantes de incorporações imobiliárias, que no ano de 2015 superou a marca de 40% dos contratos.

O fenômeno põe em destaque a necessidade de harmonização do interesse individual do promitente comprador inadimplente e do interesse comum da coletividade dos contratantes, visando afastar ou mitigar o risco de colapso da incorporação.

O risco existe porque o capital de uma incorporação imobiliária limita-se às receitas da comercialização das unidades, que, em regra, se faz mediante contratos de promessa de compra e venda.

Dada essa limitada capacidade de levantamento de capital, o direito positivo contempla normas de proteção do patrimônio da incorporação, com a preservação do fluxo das receitas geradas pelos contratos de promessa e sua vinculação à realização do objeto da incorporação — execução da obra, liquidação do passivo e retorno do investimento.

Para enfrentamento dos riscos decorrentes da quebra de contratos

1 * Artigo publicado no Boletim de Notícias do CONJUR

de promessa no curso da operação, a Lei 4.591/1964 preconiza a pronta recomposição do capital da incorporação mediante revenda em leilão do imóvel do inadimplente, de modo a viabilizar a captação de recursos necessários ao resgate do débito pendente e possibilitar o aporte de recursos pelo novo adquirente. Resgatado o débito, entrega-se o saldo ao adquirente inadimplente.

Alternativamente, a solução para o inadimplemento da obrigação do promitente comprador pode ser alcançada mediante ação judicial de resolução da promessa, mas nesse caso a eventual restituição ao adquirente antecede à recomposição do capital da incorporação, que permanece deficitário ao longo de todo o curso da ação. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se nesse sentido no enunciado da Súmula 543, publicada em 31 de agosto de 2015, do seguinte teor: *Súmula 543*. “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador — integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.”

A divergência entre o critério instituído pela Lei 4.591/1964 — recomposição do capital mediante venda em leilão e posterior restituição do saldo daí resultante — e o construído pela jurisprudência — restituição imediata, de uma só vez, antes e independente da recomposição do capital — suscita reflexão sobre os efeitos da quebra de contratos de promessa sobre o interesse comum da coletividade dos contratantes.

Caracterizada como negócio jurídico pelo qual se convencionou a transmissão de direito aquisitivo sobre imóvel (Código Civil,

artigo 1.417), a promessa de compra e venda tem também função de captação de recursos para formação do capital da incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964, artigos 28 e seguintes).

A promessa sujeita-se ainda ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) quando caracterize relação de consumo, mas suas normas não interferem na tipicidade e funcionalidade do contrato, pois incidem “nos limites da realidade do contrato, sua estrutura, tipicidade e funcionalidade” para evitar que se chegue “ao ponto de transformar um contrato de compra e venda em doação, ou desfigurar um contrato de seguro ou de transporte sob pena de fazer direito alternativo.”²

É que em relação à legislação que dispõe sobre o regime jurídico dos contratos, como observa Cláudia Lima Marques, o CDC é *lei geral*, pois regula as relações de consumo sem tratar “exaustivamente ou especificamente de nenhuma espécie de contrato em especial, mas impondo novos patamares gerais de equilíbrio e boa-fé”.³

Suas normas convivem com as normas especiais, prevalecendo estas sobre as do CDC naquilo que têm de peculiar.

É como tem reconhecido a jurisprudência dos tribunais superiores, a exemplo da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, que reafirma a incidência do CDC sobre os contratos bancários, quando caracterizem relação de consumo, mas ressalva a preponderância das normas especiais de tipificação e funcionalidade dessa espécie de contrato.⁴

2 CAVALIERI FILHO, Sérgio, O direito do consumidor no limiar do século XXI. Rio de Janeiro: Padma, 2000, RTDC, v. 2, p. 128.

3 MARQUES, Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 618.

4 Destaque-se do voto do Ministro Cezar Peluso: “o CDC não tende a disciplinar as relações entre as instituições integrantes do sistema financeiro nacional e seus clientes, sob o prisma estritamente financeiro...”

Alinhado a essa interpretação, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a prevalência da lei especial sobre o CDC, no que tange à tipificação da promessa de compra e venda e da alienação fiduciária de bens imóveis, contratos empregados com frequência na atividade da incorporação imobiliária.

É nesse sentido o acórdão do Recurso Especial 80.036-SP, relator ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, segundo o qual “o contrato de incorporação, no que tem de específico, continua regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64)”. No mesmo sentido, ao julgar os quatro Recursos Especiais submetidos ao STJ até o final de 2015, relativos a eventual restituição de quantias pagas em razão de execução de dívida garantida por propriedade fiduciária de imóveis (REsps 932.750-SP, 1.160.549-RS, 1.172.146-SP e 1.230.384-SP), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o valor a ser restituído corresponderá ao que sobejar do leilão, nos termos do artigo 27 da Lei 9.514/1997, regra especial “que deve preponderar sobre a regra geral do Código de Defesa do Consumidor [art. 53]”.⁵

No que tange especificamente à promessa de compra e venda articulada à incorporação imobiliária, importa ter presentes suas singularidades com vistas à identificação dos âmbitos de incidência das normas do CDC e daquelas instituídas pela legislação especial, particularmente no que tange aos efeitos da quebra do contrato pelo promitente comprador sobre o conjunto dos adquirentes.

Registre-se, por relevante, que as normas da Lei 4.591/1964 consubstanciam um sistema de proteção dos adquirentes de imóveis pelo regime da incorporação imobiliária, fundado nos mesmos princípios em que se fundamenta o CDC, e esse sistema confere

⁵ REsp 1.230.384-SP.

primazia ao interesse da coletividade sobre o interesse individual do inadimplente, visando garantir a conclusão do conjunto imobiliário e entrega das unidades a todos os adquirentes.⁶

Assim é porque a incorporação imobiliária estrutura-se como uma unidade econômica autônoma, que se realiza com os recursos gerados por ela própria, à semelhança de um *project finance*, cujo pilar de sustentação é “uma rede de contratos coligados que, buscando uma adequada alocação de riscos, viabilize o desenvolvimento de um empreendimento com base nos recursos por este gerados e nas garantias dele exclusivamente derivadas”.⁷

Do mesmo modo que um *project finance*, a incorporação imobiliária somente terá êxito se os recursos por ela captados, mediante comercialização e financiamento garantido pelo seu próprio ativo, tiverem ingresso regular e forem direcionados ao cumprimento do seu objeto — execução da obra, liquidação do passivo e retorno do investimento.

Entre as disposições da Lei 4.591/1964 que caracterizam a incorporação como unidade econômica dependente de suas próprias forças merece atenção o artigo 34, que confere ao incorporador a faculdade de confirmação do negócio somente após constatar que as vendas efetuadas no *prazo de carência* de seis meses contado do lançamento demonstrarem a capacidade do empreendimento de gerar receitas em montante suficiente para sua realização.

Para garantir a efetividade do direito individual do adquirente

6 Permitimo-nos remeter ao nosso Da Incorporação Imobiliária (Editora Renovar, Rio de Janeiro, 3. ed., 2010) e ao artigo Incorporação Imobiliária: aspectos do sistema de proteção dos adquirentes de imóveis, in Revista de Direito Imobiliário (RT), ano 36, vol. 75, jul-dez/2013, p. 141-166.

7 MUNIZ, Igor, et alii, Temas de direito bancário e do mercado de capitais. Coordenadores: Luiz Leonardo Cantidiano e Igor Muniz. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 195.

e, ainda, para assegurar a preservação da estabilidade do capital da incorporação, a Lei 4.591/1964 qualifica a promessa de venda como contrato irretratável (artigo 32, § 2º), pois esses contratos têm, também, função de captação de recursos para formação do capital da incorporação.

Essas promessas são ligadas por um nexo funcional que as faz operar de forma coordenada visando a realização do empreendimento e, dado que elas constituem a fonte de alimentação financeira da incorporação, as vicissitudes de qualquer uma delas influem nas demais e, em consequência, podem expor a risco a incorporação, em prejuízo do interesse comum da coletividade dos contratantes, subjacente a cada uma das promessas.

É exatamente porque a incorporação realiza-se com suas próprias forças que seu regime jurídico prioriza o interesse comum da coletividade dos contratantes mediante (i) blindagem patrimonial de cada incorporação em um patrimônio de afetação (Lei 4.591/1964, artigos 31-A e seguintes), (ii) irretratabilidade das promessas de venda (Lei 4.591/1964, § 2º do artigo 32), (iii) blindagem das receitas mediante impenhorabilidade dos créditos oriundos das vendas (novo CPC, artigo 833, XII), (iv) recomposição do capital da incorporação, em caso de inadimplemento, mediante leilão (Lei 4.591/1964, artigo 63), dentre outras normas de proteção do patrimônio da incorporação.

Esses elementos de caracterização da incorporação imobiliária, entre outros, evidenciam que a questão da quebra de contratos dos quais proveem seu capital não se esgota na apreciação das matérias de fato e de direito circunscritas exclusivamente à esfera da relação jurídica individual neles constituída.

Na medida em que o inadimplemento e a consequente quebra do

contrato importam em redução do capital da incorporação, e este é limitado ao montante das receitas das vendas, os efeitos da quebra extrapolam a esfera da relação jurídica individual e atingem o interesse comum subjacente a cada promessa e comprometem a consecução do empreendimento, justificando o exame dessas peculiaridades para evitar que, ao se proteger individualmente um adquirente, se exponha a risco os demais adquirentes integrantes da incorporação, como observa o Desembargador Werson Rego, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “[...] quando às vezes pensamos proteger o adquirente ‘visível’, desconsiderando o efeito econômico do pronunciamento judicial, sem desejarmos ou até mesmo sem percebermos, deixamos desprotegido o consumidor ‘invisível’. Por isso, fundamental o cuidado com as particularidades do caso concreto — matéria de prova, nada obstante, afastada da análise da Corte Superior (Súmula 7, STJ).”⁸

O risco de desaparecimento da base objetiva do negócio provocado pela redução do capital da incorporação tem sido agravado pelo desfazimento imotivado de promessas, reconhecido pela jurisprudência como um “direito de desistência” do promitente comprador,⁹ ou resilição unilateral por parte do promitente comprador;¹⁰ basta que o promitente comprador postule seu “direito de desistência” para que seja decretado o desfazimento sem apreciação das nuances da situação e até mesmo deferido liminarmente, *inaudita altera pars*.

A isso acresce que a “resilição unilateral” da promessa irrevogável, a par de atender, por meio transversal, o interesse individual de adquirentes que efetivamente não mais reúnam capacidade de

8 RÊGO, Werson, Breves apontamentos acerca dos fatos e das questões jurídicas abordadas no Acórdão do Recurso Especial nº 1.300.418-SC (2012/0000392-9) – Revista do Superior Tribunal de Justiça – Edição comemorativa dos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor.

9 AgRg no AREsp 437642-RJ, AgRg no AREsp 474503-MG, AgRg no AREsp 18316-PE, entre outros.

10 AgRg no AREsp 730520-DF, REsp 1132943-PE, EAg 1138183-PE, entre outros.

pagamento, vem sendo aproveitada por promitentes compradores-investidores, que adquirem imóveis “na planta” com o propósito de revendê-los com lucro por ocasião do “habite-se”; ao verem frustrada sua expectativa de lucro em situações de crise (como a que ocorre nos anos 2014/2016), se socorrem do “direito de desistência” ou da “resilição unilateral” do contrato irrevogável, aproveitando-se da proteção que a jurisprudência confere ao adquirente, enquanto destinatário final do imóvel que se encontra em situação de desvantagem técnica e econômica.

Efetivamente, nada justifica a aplicação, em benefício do promitente comprador-investidor, da jurisprudência protetiva do adquirente qualificado como consumidor, pois, na aquisição para fins de investimento o risco é do investidor; é dele o lucro, que embolsa ao revender o imóvel por ocasião do “habite-se”, do mesmo modo que é dele o prejuízo, decorrente de eventual não valorização, tal como em qualquer investimento.

Essas breves considerações suscitam reflexão sobre os distintos critérios de liquidação de haveres resultante da quebra de promessas de venda, isto é, a regra do artigo 63 da Lei 4.591/1964, que confere primazia ao interesse da coletividade dos contratantes sobre o interesse individual do inadimplente, ao determinar a recomposição do capital da incorporação antes de eventual restituição ao inadimplente, e, de outra parte, a construção jurisprudencial, que inverte essa ordem de preferência, ao priorizar o direito individual do promitente comprador (inadimplente ou não) em detrimento da coletividade dos contratantes, ao tornar exigível a restituição independente de se recompor o capital.

Não se questiona o direito à eventual restituição de parte das quantias pagas, deduzido o *quantum* da indenização das perdas e danos causados pela quebra do contrato, mas o risco de obstaculizar ou

inviabilizar a incorporação, em razão de redirecionamento de recursos do seu orçamento para restituição imediata das quantias pagas pelo inadimplente, independente de recomposição do fluxo financeiro, suscita reflexão sobre a necessidade de revisão da jurisprudência consolidada na Súmula 543 do STJ, com a atenção voltada para o sistema de proteção da coletividade dos contratantes instituído pela Lei 4.591/1964 e reforçado pelo novo Código de Processo Civil.

NOVO CPC PERMITE PROVIMENTO DE RECURSO SEM PRÉVIA OITIVA DO RECORRIDO

Alexandre de Freitas Câmara

Desembargador

O artigo 932, V, do novo CPC estabelece incumbir ao relator, “depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento [a] recurso” em determinadas situações que ali são descritas. Não é objetivo deste texto examinar em que casos se deve prover um recurso, seja por decisão monocrática, seja por meio de acórdão, no regime do novo CPC. O objetivo aqui é outro: busca-se saber se seria possível, em alguma situação, dar provimento a recurso sem antes abrir-se oportunidade para a manifestação do recorrido, ou se isso implicaria necessariamente violação ao princípio do contraditório.

Ao dispositivo legal há pouco mencionado, outros devem ser acrescentados. O artigo 9º do novo CPC expressamente estabelece que não se profere decisão contra a parte “sem que ela seja previamente ouvida”, ressalvadas as exceções previstas no parágrafo único do mesmo artigo (tutela provisória de urgência; hipóteses de tutela da evidência previstas no artigo 311, II e III; decisão liminar proferida no procedimento monitório).

Quando se examina a regulamentação dos procedimentos previstos para as diversas espécies de recurso, facilmente se verifica que, ao menos como regra, não seria mesmo possível o provimento do recurso sem prévia oportunidade para que o recorrido ofereça suas contrar-

razões. É que, como regra, o procedimento do recurso se desenvolve, primeiro, perante o juízo *a quo*, prolator da decisão recorrida, a quem incumbe colher as contrarrazões, e só depois é que os autos são remetidos ao juízo *ad quem*, onde o mérito do recurso será apreciado. É assim, por exemplo, na apelação (em que as contrarrazões são colhidas pelo juízo de primeira instância — artigo 1.010, parágrafo 1º — e só depois encaminhado ao tribunal de segunda instância). Também no agravo interno (em que as contrarrazões são apresentadas ao relator, nos termos do artigo 1.021, parágrafo 2º; e só depois levado à apreciação do colegiado), no recurso ordinário (a que se aplica o mesmo procedimento previsto para a apelação: artigo 1.028), no recurso especial e no recurso extraordinário (em que as contrarrazões são colhidas no tribunal de origem, conforme estabelece o artigo 1.030, e só depois, se for admitido o recurso no tribunal de origem, os autos serão remetidos ao tribunal de superposição).

Fica, porém, o caso do agravo de instrumento, recurso que é interposto diretamente no tribunal *ad quem*, para ser examinado. É que nesse caso o recurso é interposto e imediatamente distribuído ao relator, a quem incumbe determinar a intimação do agravado para oferecer contrarrazões (artigo 1.019, II) e, se for o caso, julgar monocraticamente (ou, não sendo o caso, submeter a causa à apreciação do órgão colegiado). Pois é aqui que se põe (ao menos principalmente, pois há desdobramentos em outros recursos que não podem ser desconsiderados, como seria o caso de recurso especial contra a decisão proferida nesse mesmo agravo de instrumento) a questão objeto deste pequeno texto: seria possível, em alguma hipótese, ao relator do agravo de instrumento dar provimento ao recurso sem previamente ouvir o agravado? Buscarei demonstrar que sim, sem que daí resulte qualquer violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Como sabido, um dos efeitos do julgamento do mérito de um recurso é o assim chamado *efeito substitutivo*. Significa dizer que, uma vez julgado o mérito do recurso, a decisão aí proferida substitui o pronunciamento recorrido, passando a ocupar seu lugar no procedimento. É o que resulta do artigo 1.008 do novo CPC, segundo o qual “[o] julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso”. Assim, por exemplo, proferida uma decisão sobre tutela provisória pelo juízo de primeiro grau, a decisão prolatada pelo tribunal em grau de recurso — seja ela monocrática, do relator, ou colegiada — passa a ser *a decisão* sobre tutela provisória, substituindo a decisão proferida pelo juízo originário. Isto se dá, percebe-se, mesmo naqueles casos em que no tribunal nega provimento ao recurso (“confirmando-se a decisão”, como muitas vezes se lê na prática).

Isto que acaba de ser dito aplica-se a qualquer espécie de recurso. Pense-se, por exemplo, no caso de ser proferida sentença de improcedência do pedido. Interposta (e desprovida) a apelação, a decisão de improcedência agora é a do tribunal, e não mais a do juízo de primeira instância. É contra esta nova decisão que se pode agora recorrer. É ela que, se nenhum recurso admissível for interposto, alcançará a autoridade de coisa julgada. É a decisão do tribunal — e não a do juízo de primeiro grau — que poderá vir a ser rescindida, caso se venha a propor ação rescisória.

Pois é aqui que se encontra a chave para a solução da questão ora enfrentada. Há decisões judiciais que devem ser proferidas *inaudita altera parte*, isto é, sem prévia oitiva da outra parte. É o caso, por exemplo, da decisão que concede tutela de urgência, ou da que defere o benefício da gratuidade de Justiça para o autor. Pois no caso de a parte não obter a decisão que postulou, poderá ela (caso se trate de uma decisão interlo-

cutória agravável, nos termos do artigo 1.015) interpor agravo de instrumento para obter um pronunciamento de segundo grau que substitua a decisão de indeferimento prolatada em primeiro grau.

Nesses casos, não faria qualquer sentido exigir-se que antes do provimento do agravo de instrumento se tivesse de ouvir o agravado. Figure-se o seguinte exemplo: o autor postula uma medida de urgência, afirmando expressamente na petição inicial que a prévia oitiva do réu retiraria toda a eficácia da medida, como seria, por exemplo, o caso de se ter postulado o arresto cautelar de um bem que o demandado poderia facilmente alienar se fosse ouvido antes da decisão sobre a concessão ou não da tutela de urgência. Indeferida a medida pelo órgão de primeiro grau, e interposto o agravo de instrumento, não faria qualquer sentido exigir-se a prévia oitiva do agravado para só depois prover o recurso. Afinal, soa bizarro — para dizer o mínimo — afirmar que seria preciso ouvir o réu antes de decidir se é ou não o caso de se conceder uma medida que se postulou *inaudita altera parte*.

Evidentemente, decisões — seja qual for o grau de jurisdição em que proferidas — prolatadas *inaudita altera parte* são provisórias. E no caso de que ora se trata, essa provisoriedade resulta — inclusive — do fato de não ter havido a prévia manifestação do demandado sobre a matéria nela versada, o que faz com que para ele seja perfeitamente possível suscitar depois a mesma matéria, não se podendo cogitar aí de qualquer tipo de preclusão.

Há um importante precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. É que, após a edição da Lei 8.952/1994, que reformou o CPC de 1973, passou-se a dispensar a citação do réu para oferecer manifestação quando houvesse interposição de apelação contra sentença de indeferimento da petição inicial. O STF, ao enfrentar a questão, proferiu acórdão assim ementado:

INCONSTITUCIONALIDADE. Recurso. Mandado de segurança. Indeferimento da inicial. Apelação. Processamento. Citação da pessoa jurídica legitimada passiva ad causam, para contra-arrazoar. Desnecessidade. Não ocorrência de coisa julgada material nem preclusão em relação a ela. Inteligência e constitucionalidade do art. 296, § único, do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 8.952/94. Interpretação conforme à Constituição (art. 5º, LIV e LV). Agravo improvido. Votos vencidos. A decisão que julga apelação processada nos termos do art. 296, § único, do Código de Processo Civil, com a redação da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, não gera coisa julgada material nem preclusão em relação ao réu, cuja citação é desnecessária para contra-arrazoar o recurso. (AI 427533 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/2004, DJ 17-02-2006 PP-00055 EMENT VOL-02221-03 PP-00465 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 135-143)

O relator daquele recurso, ministro Marco Aurélio, manifestou-se pela inconstitucionalidade do artigo 296, parágrafo único, do CPC de 1973, ao argumento de que, “se de um lado é possível o indeferimento liminar de inicial, sem audiência da parte contrária, interposto recurso — no caso foram protocolados sucessivos recursos —, indispensável é que se forme a relação, como ocorria antes de 1994, com a redação anterior do Código de Processo Civil”. Prosseguiu o eminente ministro do STF afirmando que, “olvidando-se o princípio do contraditório, introduziu-se no cenário jurídico automaticidade que é suficiente a conduzir à situação flagrada nestes autos. O tribunal, ante o provimento do agravo, sem audiência do agravado, poderá vir a julgar o extraordinário, revertendo o quadro decisório até aqui formalizado, sem conhecimento do interessado, ou seja, do réu da ação constitucional proposta”.

Concluiu, então, o ministro Marco Aurélio “pela inconstitucionalidade do artigo 296 do Código de Processo Civil, com a redação imprimida pela Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1994”. Esse entendimento, todavia, restou vencido (tendo o ministro Marco Aurélio sido acompanhado em seu entendimento apenas pelo ministro Sepúlveda Pertence). O entendimento que prevaleceu naquele julgamento (a partir do voto do ministro Cezar Peluso) foi o de que o julgamento pelo tribunal pode ser proferido em favor do autor sem a prévia oitiva do réu (que ainda não foi citado), mas pode por ele ser posteriormente questionado, pois “de outro modo o réu ficaria prejudicado: seria atingido por efeito da coisa julgada em processo do qual ele não fez parte”. Em situações assim, portanto, “o réu não pode ser atingido [por decisão] cuja eficácia fica limitada pela não presença do réu”. Permite-se, assim, afirmou o ministro Peluso, “que o réu apresente argumentos de reforço que até a suprema corte não conhecia, pois resguarda-lhe essa possibilidade de demonstrar que a primeira decisão, proferida sem a sua participação e os seus argumentos, foi errada”.

Dito de outro modo: proferida em favor do demandante, em grau de recurso, uma decisão concessiva de medida *inaudita altera parte* (destinada a substituir a decisão recorrida, prolatada pelo juízo de primeiro grau de jurisdição), essa não impedirá o demandado de, após ser citado, suscitar novamente as mesmas questões que já foram objeto do pronunciamento anterior e que poderão uma vez mais ser apreciadas.

No regime do novo CPC, já não é mais assim que se procede na apelação, ainda que proferida contra sentença de indeferimento da petição inicial (artigo 331, parágrafo 1º) ou no caso de improcedência liminar (artigo 332, parágrafo 4º). Porém, no agravo de instrumento, é exatamente assim que funciona o sistema: só se cogita de intimação

do agravado antes da prolação de decisão de provimento do agravo de instrumento (para que se manifeste, oferecendo contrarrazões) se o recurso tiver sido interposto após sua citação. Tendo sido a decisão proferida *inaudita altera parte*, porém, o mérito do agravo de instrumento será julgado — e, se for o caso, se deverá dar provimento ao recurso — sem prévia oitiva do agravado, mas sem que daí resulte qualquer violação ao princípio constitucional do contraditório. Nada impedirá, porém, que posteriormente citado o réu, ele questione essa decisão, buscando sua reforma ou cassação. E será até mesmo possível que o juízo de primeiro grau, diante dos argumentos agora trazidos pelo réu (e que não foram anteriormente apreciados nem pelo tribunal), revogue a decisão anteriormente prolatada pelo órgão superior. Não haverá aqui qualquer ofensa à autoridade do tribunal, já que se terá feito cognição mais ampla e mais profunda, apta a permitir a revogação da decisão de caráter provisório anteriormente prolatada.

Vale registrar que o entendimento aqui sustentado tem apoio em decisões já proferidas pelo STJ. Veja-se a ementa de uma:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR INDEFERIDA. RÉU AINDA NÃO CITADO. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PARA A APRESENTAÇÃO DE CONTRA-RAZÕES. ART. 527, III, DO CPC. RAZÕES DO INCONFORMISMO. MERA REPRODUÇÃO DOS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NA INICIAL. DESPROVIMENTO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Ainda não formada a relação processual, não há necessidade de intimação da parte adversa para oferecimento das contra-razões nos autos do agravo de instrumento onde se examina o indeferimento de medida liminar *inaudita altera pars*. Precedentes do STJ.
2. Restringindo-se a Agravante a manifestar a sua

irresignação com a decisão agravada, sem nenhum fundamento apto a ensejar a sua modificação, impõe-se o desprovemento do Agravo. Precedentes do STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg na MC 5.611/MA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/11/2002, DJ 03/02/2003, p. 298)

E no julgamento do REsp 205.039/RS, o relator, ministro Ruy Rosado de Aguiar, assim se pronunciou:

“Tratando-se de decisão que o juiz pode tomar independente da intimação ou citação do réu, como acontece no caso em que se reclama do implícito indeferimento da medida liminar pleiteada, também há de se admitir que o recurso interposto dessa decisão seja apreciado pelo tribunal independentemente de intimação da parte ré, ainda não citada e até ali sequer presente nos autos através de advogado. No sistema implantado pela nova legislação, que se dirige para a presteza e eficácia na prestação jurisdicional, a intimação a que se refere o artigo 527, III, do CPC, é da parte que já integra a relação processual, o que não acontece no caso de exame de providência *initio litis*, a ser adotada ainda antes da citação e sem que presente no processo o réu ou seu advogado, sabendo-se que este é o que deverá ser intimado para responder. Nem poderia ser diferente, pois se a medida temurgência, o seu exame não poderia ficar dependente do decurso de prazo de dez dias para a defesa”.

Pois é exatamente isso. O artigo 932, V, do novo CPC, ao exigir a

prévia oitiva do agravado antes de se dar provimento a um recurso, só se aplica aos agravos de instrumento interpostos contra decisão interlocutória proferida após a citação do demandado. No caso das decisões que devem ser proferidas *inaudita altera parte*, não há essa exigência, e é perfeitamente possível o provimento do recurso sem prévia abertura de prazo para oferecimento de contrarrazões.

ENSAIO SOBRE A PROVA PERICIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Bruno Vinícius da Rós Bodart

Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Juiz de Direito (TJRJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Área do Direito: Processual

Resumo: Com a aprovação do Código de Processo Civil, é o momento de analisar suas novas disposições relativas aos mais variados temas do direito processual. O presente trabalho tem por objetivo o exame das regras referentes à prova pericial, identificando mudanças em relação à legislação anterior e buscando compreender as ideias centrais que inspiraram o legislador na elaboração do novo diploma.

Palavras-chave: Prova pericial - Novo Código de Processo Civil.

Abstract: Since the new Brazilian Code of Civil Procedure has been recently enacted, it is time to analyze its rules regarding a wide range of procedural law aspects. This work aims to discuss the expert witness rules, identifying changes in comparison with the previous legislation and trying to understand the main ideas that inspired the new law's elaboration.

Keywords: Expert witness - New Brazilian Code of Civil Procedure.

Sumário:

- 1.Introdução - 2.Topologia da prova pericial no novo CPC - 3.Cabi-

mento da perícia - 4.A prova pericial simplificada - 5.A escolha do perito - 6.Deveres do perito: escusa, recusa e substituição - 7.A manifestação das partes sobre a nomeação do perito - 8.Quesitos suplementares - 9.A possibilidade de escolha consensual do perito - 10.A realização dos trabalhos de perícia - 11.Elementos do laudo pericial - 12.A entrega do laudo e o contraditório - 13.A fundamentação da sentença e a prova pericial - 14.A designação de nova perícia - 15.Considerações finais - 16.Bibliografia.

1. Introdução

Sancionada e publicada a Lei 13.105/2015, que contempla a nova codificação processual civil pátria, é o momento de se debruçar sobre os seus mais diversos aspectos, na tentativa de estabelecer um norte interpretativo adequado à aplicação prática dos institutos previstos no diploma. O presente ensaio, imbuído desse espírito, tem o objetivo de tecer alguns comentários sobre a disciplina da prova pericial no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 2015.

2. Topologia da prova pericial no novo CPC

O primeiro aspecto a ser considerado diz respeito à topologia, que fomenta debates acadêmicos sobre a natureza jurídica da prova pericial. Esta, vale lembrar, consiste na realização de exames, vistorias ou avaliações por pessoas portadoras de conhecimentos científicos, técnicos ou especializados, para apurar ou interpretar fatos cujo esclarecimento dependa de tais conhecimentos.¹

Nada obstante a aparente simplicidade desse conceito, a doutrina se divide quanto à caracterização da prova pericial.

¹ Nesse sentido: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. II, p. 271.

O enquadramento topológico da matéria no Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 2015, a exemplo do diploma de 1973, não auxilia na definição da natureza do instituto, visto que as normas sobre o perito são analisadas no capítulo referente aos auxiliares da justiça (arts. 156 a 158 do CPC (LGL\1973\5)/2015), enquanto que a perícia é regulamentada no capítulo denominado “das provas”, ao lado de outros meios de prova (arts. 464 e ss.). O art. 212, V, do CC/2002 (LGL\2002\400), por sua vez, dispõe que “*o fato jurídico pode ser provado mediante perícia*”, mas a enumera em um rol que não contém meios de prova por excelência, como o depoimento pessoal ou a inspeção judicial.

Ante a falta de norte no direito positivo, parte dos juristas brasileiros qualifica a perícia como uma consulta do juiz e não como um meio de prova.² Já outra parcela dos estudiosos entende a perícia como meio de prova propriamente dito. É a visão de Barbosa Moreira, para quem a perícia constitui meio de prova, apesar de também caracterizá-la como um “meio de integração da atividade do juiz”.³

A compreensão da perícia como meio de prova sofre severas críticas em outros países. Na Itália, como alerta Luigi Paolo Comoglio, a “perizia” foi expungida da enumeração tradicional dos meios de prova, pois reputada “instituto ineficiente”, tendo sido substituída pela “

2 Por todos: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil* (LGL\1973\5), 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. IV, p. 473.

3 Diz o autor: “pessoas e coisas podem servir de fontes de prova, mediante o exercício, pelo juiz, de seus sentidos. (...) Às vezes, basta para fornecer a informação desejada o exercício pessoal, pelo próprio juiz, do sentido pertinente. (...) Outras vezes, para captar a informação, torna-se necessário algo mais: um conhecimento científico ou técnico que o juiz não tem, ou a utilização de métodos especializados, cujo manejo requer preparação também especializada, para revelar, na pessoa, na coisa ou no fenômeno, a realidade só perceptível por meio deles. É então que tem lugar a perícia, qualificada com acerto como ‘meio de integração da atividade do juiz’. Em qualquer hipótese, fonte de prova será sempre a pessoa, a coisa ou o fenômeno. Meio de prova será, conforme o caso, a inspeção judicial ou a perícia” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*, 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 152-153).

consulenza tecnica”. O autor entende que a “consulenza tecnica” não deve ser considerada um meio de prova em sentido estrito, pois não possui o escopo de provar – é dizer, de tornar certos – os fatos controvertidos, mas sim o de oferecer um “auxílio integrativo”, tendo por objeto conhecimentos técnicos ou científicos, superiores ao grau de cultura média geral, dos quais o magistrado não dispõe, permitindo a este valorar corretamente os dados que emergem das provas. Seria, portanto, um meio de instrução probatória em sentido lato.⁴ Fornaciari se refere ao “consulente tecnico” como “um alter ego do juiz”, dado que tem a função de emprestar-lhe os conhecimentos específicos que este não detém, constituindo uma ponte entre o juiz e os elementos de prova.⁵

Diogo Rezende de Almeida adota posição híbrida, defendendo que a perícia tem dupla natureza: funciona como meio de prova para as partes e como auxílio para o juiz na sua atividade de acerto dos fatos técnicos-científicos. O referido processualista consigna ainda a valiosa e inegável observação de Vittorio Denti: a classificação da perícia como auxílio ou meio de prova não traz grandes efeitos práticos.⁶

3. Cabimento da perícia

O art. 464, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 prevê as hipóteses de indeferimento da prova pericial. A primeira delas ocorre quando “*a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico*” (inc. I). Nos termos do art. 156, caput, do CPC (LGL\1973\5)/2015, “o juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de co-

4 COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3. ed. Torino: Utet, 2010, p. 841 e 852.

5 FORNACIARI, Michele. A proposito di prova testimoniale “valutativa”. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4-5, p. 1.004 e ss., 2013

6 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil – O controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 60.

nhecimento técnico ou científico”. Noutras palavras, sendo necessária a utilização de conhecimento técnico ou científico, é imperioso que o juiz seja assistido por perito; sendo ela desnecessária, obrigatoriamente deve ser indeferida a perícia por impertinência.

Considera-se conhecimento científico todo aquele produzido de acordo com alguma ciência, observando os seus métodos e aplicando as concepções geralmente aceitas naquela área do saber. Por sua vez, o conhecimento técnico é aquele que resulta de regras destinadas ao exercício de determinada atividade prática (ex: técnica de combate a incêndios). O STJ já decidiu que a quantificação da indenização por danos morais não depende da atuação de perito, sendo ato do juiz, baseado nas regras da experiência.⁷

Ainda que o magistrado possua o conhecimento especializado exigido para a adequada compreensão do caso, deverá nomear perito para auxiliá-lo – o tema será retomado adiante.

O inc. II do art. 464, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 trata do indeferimento da perícia quando “for desnecessária em vista de outras provas produzidas”. Nesse sentido, o art. 472 do mesmo Código permite ao juiz dispensar a prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes. De acordo com a iterativa jurisprudência do STJ, o magistrado possui discricionariedade para indeferir a prova pericial quando entender ser desnecessária ao deslinde da controvérsia, em observância ao princípio do livre convencimento motivado.⁸ A última hipótese de indeferi-

7 STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 309.117/SP, 3.ª T., rel. Min. Ari Pargendler, j. 30.04.2002, DJ 17.06.2002, p. 256.

8 Por todos: STJ, AgRg no REsp 1381876/RS, 2.ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. 18.09.2014, DJe 02.10.2014.

mento da perícia se dá quando “a verificação for impraticável” (inc. III do art. 464, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Luiz Fux sustenta que a verificação é impraticável quando se observa a total ausência de vestígios aferíveis, ressalvada, nessa hipótese, a necessidade de prova exatamente com o escopo de reavivá-los.⁹ Figure-se a hipótese de demanda proposta com o objetivo de declaração da invalidade de procuração outorgada por determinada pessoa para a prática de atos de gestão do seu patrimônio. Tendo o outorgante falecido, seus herdeiros postulam a responsabilização do mandatário sob a alegação de indevido desfalque do patrimônio do de cujus, aduzindo que havia vício da vontade causado por enfermidade. O réu vem a juízo sustentando que o mandante estava em pleno gozo de suas faculdades mentais, acostando aos autos declaração do médico responsável pelo outorgante. A princípio, a verificação dos fatos seria impraticável, por ter o mandante falecido. No entanto, ainda assim é possível a determinação de perícia, a fim de que outro profissional médico avalie o prontuário do paciente para aferir a confiabilidade dos métodos e critérios adotados no laudo acostado pelo réu.

4. A prova pericial simplificada

Os parágrafos do art. 464 do CPC (LGL\1973\5)/2015 regulamentam a denominada “prova técnica simplificada”. Na verdade, trata-se também de uma prova pericial, com a peculiaridade de consistir em depoimento oral do *expert* sobre o ponto controvertido, em vez do laudo escrito. Cuida-se de medida que tem pouca ou nenhuma aceitação na praxe forense. Submete-se à discricionariedade do juiz a caracterização da questão como “de menor complexidade” para a dispensa do laudo escrito. O perito será ouvido, via de regra, na audiência de instrução e julgamento. É prudente que se observe o rito do art. 477,

⁹ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I, p. 622.

§§ 3.º e 4.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 para assegurar que o *expert* tenha tempo de se preparar para responder aos questionamentos realizados.

5. A escolha do perito

O CPC (LGL\1973\5)/2015 manteve como regra o sistema do perito do juízo, com a finalidade de assegurar a nomeação de *expert* capaz de proferir opinião técnica e isenta sobre o ponto controvertido. Como alternativa, as partes podem consensualmente indicar o perito que funcionará nos autos, desde que preenchidos os requisitos do art. 471 do CPC (LGL\1973\5)/2015, que serão oportunamente analisados neste ensaio.

Quanto à liberdade de escolha do profissional sobre o qual incidirá a nomeação como perito judicial, há três tipos de sistemas: (i) o da livre escolha, que é o sistema geralmente adotado nos ordenamentos da *common law*; (ii) o da escolha vinculada a requisito legal, previsto no CPC/1973 (LGL\1973\5), exigindo o seu art. 145, § 1.º, apenas que a escolha do perito recaia sobre pessoa com formação universitária e inscrição em órgão de classe; e (iii) o da escolha vinculada a lista estabelecida pelo Judiciário, albergado pelo CPC (LGL\1973\5)/2015.

Dessa forma, o art. 156, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 restringe a discricionariedade do juiz na nomeação do perito, determinando seja este escolhido dentre os profissionais inscritos em cadastro mantido pelo tribunal. A exigência de nomeação do perito dentre os profissionais previamente cadastrados perante o tribunal também é a regra no ordenamento italiano, conforme previsto no art. 61 do *Codice di Procedura Civile*.

De acordo com as lições de Diogo Rezende de Almeida, é possível

apontar as seguintes vantagens do sistema da escolha do perito vinculada a lista: (i) garantir que o juiz escolha peritos capacitados para a atividade que exercerá no processo; e (ii) facilitar a seleção de profissional detentor dos conhecimentos necessários para a causa, evitando situações em que o magistrado desconhece pessoa com currículo adequado.¹⁰

A “livre escolha” do perito pelo juiz existirá apenas quando não houver, na localidade, profissional inscrito no cadastro disponibilizado pelo tribunal, devendo ser nomeado *expert* comprovadamente detentor do conhecimento necessário à realização da perícia (art. 156, § 5.º, CPC (LGL\1973\5)/2015). Ao contrário do que sugere a dicção legal, o caso não é de livre escolha e sim de escolha vinculada a requisitos legais.

Salvante as exceções apontadas, é nula a nomeação de perito não cadastrado pelo tribunal, desde que alguma das partes suscite a invalidade da nomeação na oportunidade a que se refere o art. 465,

§ 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015. Caso contrário, deve ser aplicada por analogia a solução do art. 471 do CPC (LGL\1973\5)/2015, entendendo-se que as partes consensualmente aquiesceram com a nomeação do perito indicado pelo juiz.

Caso o exame tenha por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou caso seja de natureza médico-legal, o art. 478 do CPC (LGL\1973\5)/2015 determina seja o perito escolhido, de preferência, entre os técnicos dos estabelecimentos oficiais especializados. Não há, nesse caso, obrigatoriedade, mas deverá o juiz motivar eventual nomeação de perito não pertencente aos quadros dos referidos

10 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil – O controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 160 e ss.

estabelecimentos.

Se a intenção da formação do cadastro é garantir que os peritos estejam constantemente atualizados em suas áreas de conhecimento, é de rigor que o cadastramento de cada profissional expire após determinado prazo. Por isso, o art. 156, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 determina que os tribunais realizem avaliações e reavaliações periódicas para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do conhecimento e a experiência dos peritos interessados. A matéria deverá ser regulamentada em ato normativo de cada corte, pois se insere na competência privativa dos tribunais para organizar os serviços auxiliares dos juízos que lhes forem vinculados (art. 96, I, b, da CF/1988 (LGL\1988\3)).

Inovação interessante do CPC (LGL\1973\5)/2015 é a possibilidade de nomeação, como perito, de pessoa jurídica. Permite o art. 156, § 1.º, a nomeação de órgão técnico ou científico devidamente inscrito em cadastro mantido pelo tribunal. Em homenagem ao contraditório, tão logo nomeado, o órgão deverá informar ao juiz os nomes e os dados de qualificação dos profissionais que participarão da atividade, a fim de permitir a verificação de eventual impedimento ou motivo de suspeição (art. 156, § 4.º do CPC (LGL\1973\5)/2015). O prazo para que as partes possam arguir impedimento ou suspeição (art. 465, § 1.º, I, do CPC (LGL\1973\5)/2015), nesse caso, deverá ser contado da data em que sejam científicas sobre os dados dos profissionais que atuarão no feito.

O art. 157, § 2.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 exige que cada juízo mantenha uma lista de peritos, disponibilizando para consulta aos interessados os “documentos exigidos para habilitação”, bem como que “a nomeação seja distribuída de modo equitativo”. A regra é inegavelmente conflitante com o art. 156, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015,

segundo o qual a manutenção de cadastro de peritos é de competência do tribunal. Uma adequação possível entre as duas normas é entender que a vara ou secretaria deve manter uma lista dos peritos que já foram nomeados naquele juízo, disponibilizando a outros profissionais interessados, informações sobre os requisitos necessários para habilitação no cadastro mantido pelo tribunal. Assim, permite-se um controle público do dever de distribuição das nomeações de modo equitativo entre os peritos cadastrados, evitando a criação de um nicho de mercado para a atuação de alguns poucos profissionais.

Na hipótese de inobservância, pelo juízo, do dever de distribuição equitativa das nomeações entre os peritos listados (art. 157, § 2.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015), não há nulidade ou qualquer outra consequência de ordem processual derivada isoladamente desse motivo. Em casos que tais, a única possível consequência será eventual responsabilização disciplinar do juiz, solução essa também adotada na Itália.¹¹

Ao contrário do que sugere o art. 465, § 1.º do CPC (LGL\1973\5)/2015, o ato do juiz que nomeia o perito é caracterizado como decisão interlocutória, nos termos do art. 203, § 2.º, do mesmo diploma, e não como despacho, considerando a inegável carga decisória do provimento. A nomeação do perito normalmente ocorrerá na decisão de saneamento e de organização do processo, conforme previsto no art. 357, II, do CPC (LGL\1973\5)/2015.

A nomeação pode ser comunicada informalmente ao perito, por correio eletrônico ou telefone, considerando a possibilidade de esses dados constarem do cadastro perante o tribunal (art. 156, §

1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Uma vez nomeado, o *expert* deve

11 cf. MOCCI, Mauro. La scelta del consulente tecnico d'ufficio nella prospettiva del giusto processo. // *Giusto Processo Civile*. vol. 7, 2. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, p. 593-611.

apresentar em 5 (cinco) dias proposta de honorários, currículo com comprovação de especialização e seus contatos profissionais, em especial o endereço eletrônico, para onde serão dirigidas as intimações pessoais (art. 465, § 2.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

O art. 465, caput, do CPC (LGL\1973\5)/2015 exige que o juiz fixe de imediato prazo para a entrega do laudo. Já o art. 357, § 8.º do mesmo diploma determina que, caso seja possível, o juiz estabeleça calendário para a realização da prova pericial. O “calendário” abrangeria também outras datas relativas à perícia, como o dia em que terá início a produção da prova (art. 474 do CPC (LGL\1973\5)/2015) ou aquele em que será realizada a audiência de instrução e julgamento (art. 477,

§§ 3.º e 4.º do CPC (LGL\1973\5)/2015). No entanto, na maioria dos casos, o magistrado somente poderá definir essas datas a partir das previsões informadas pelo perito nomeado. Portanto, a única data que poderá ser definida imediatamente na decisão de saneamento é a de entrega do laudo.

Também deve o juiz, ao nomear o perito, formular os quesitos que entender pertinentes (art. 470, II, do CPC (LGL\1973\5)/2015), até porque o magistrado é o destinatário da prova, sendo a perícia destinada a solucionar as suas dúvidas.

Outra providência a ser adotada pelo juiz nesse momento processual é a definição da parte que será responsável pelo adiantamento dos honorários do perito. Como regra, o réu apenas será responsável por prover as despesas da perícia caso a tenha requerido (art. 95 do CPC (LGL\1973\5)/2015).

Situação delicada ocorre quando invertido o ônus da prova, providência admitida, por exemplo, nas hipóteses do art. 373, § 1.º, do CPC

(LGL\1973\5)/2015 e do art. 6.º, VIII, do CDC (LGL\1990\40). A inversão do ônus da prova significa, em síntese, que a ocorrência do fato constitutivo do direito do autor passa a ser relativamente presumida, atribuindo-se ao demandado o ônus de provar a sua inexistência. Diante disso, uma vez invertido o ônus da prova, é de rigor que também o ônus de adiantamento dos honorários periciais seja atribuído ao réu. Afinal, caso não realizada a diligência, a ausência de provas militará em seu desfavor.

Sobre o tema, o STJ possui acórdão no sentido de que “[n]ão é lícito obrigar a parte contra quem o ônus da prova foi invertido a custear os honorários do perito, porque lhe assiste a faculdade de não produzir a prova pericial e arcar com as consequências processuais da omissão”.¹² De fato, não há uma obrigação do réu adiantar o valor da perícia, mas verdadeiro ônus – caso não efetue o pagamento, a consequência é a perda da oportunidade de produção da prova e a presunção de veracidade das alegações do autor. Entretanto, não se pode concordar com os precedentes do STJ segundo os quais “[a]s regras do ônus da prova não se confundem com as regras do seu custeio, cabendo a antecipação da remuneração do perito àquele que requereu a produção da prova pericial, na forma do art. 19 do CPC (LGL\1973\5)”.¹³ Ora, o autor diligente sempre formulará na inicial os requerimentos de inversão do ônus da prova e de produção da prova pericial (art. 319, VI, do CPC (LGL\1973\5)/2015), garantindo que a perícia seja produzida caso a inversão não seja acolhida pelo juiz. Uma vez deferida a inversão do ônus da prova, também deve ser atribuído o ônus de custeio da perícia à parte ré. Caso contrário, duas situações igualmente incoerentes podem ocorrer: (i) o autor simplesmente deixar de adiantar os hono-

12 STJ, AgRg no AgRg no AREsp 153.797/SP, 4.ª T., rel. Min. Marco Buzzi, j. 05.06.2014, *DJe* 16.06.2014.

13 STJ, REsp 908.728/SP, 4.ª T., rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 06.04.2010, *DJe* 26.04.2010. Assim também: STJ, AgRg no AREsp 426.062/SP, 3.ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 11.02.2014, *DJe* 13.03.2014.

rários do perito, visto que a preclusão do meio de prova lhe é favorável; ou (ii) se o demandante for beneficiário de gratuidade de justiça, a perícia será realizada sem qualquer adiantamento, prejudicando o profissional (que será pago com base em valor definido em tabela) e conferindo injusta benesse ao réu.

Em reforço à posição ora sustentada, deve-se mencionar que não foi contemplado no texto final do Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 2015 o art. 358, § 2.º, do PL 166/2010 do Senado Federal, segundo o qual a “inversão do ônus da prova, determinada expressamente por decisão judicial, não implica alteração das regras referentes aos encargos da respectiva produção”. Tendo sido rejeitada pelo Congresso a regra ora transcrita, deve-se concluir que a inversão do ônus da prova importa também na atribuição do dever de adiantar os honorários periciais a quem passou a suportar o referido ônus, ainda que não tenha requerido a perícia.

No caso de a perícia ter sido requerida por ambas as partes, ou caso tenha ela sido determinada de ofício pelo juiz, o CPC (LGL\1973\5)/2015 determina que o adiantamento do valor dos honorários seja rateado entre as partes (art. 95). Difere, assim, do regime do CPC/1973 (LGL\1973\5), cujo art. 33 indica o pagamento pelo autor nessas situações.

Caso o responsável pelo adiantamento seja beneficiário de gratuidade da justiça, dispõe o art. 95, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 que a perícia pode ser custeada de duas formas distintas. Sendo o *expert* nomeado servidor do Poder Judiciário ou profissional de órgão público conveniado, o custeio correrá a cargo do orçamento do ente público correlato. Por outro lado, tratando-se de perito particular, fará jus a ajuda de custeio em valor fixado conforme tabela do tribunal respectivo (em caso de omissão, o montante será definido pelo Conselho

Nacional de Justiça). Em qualquer caso, se o beneficiário da gratuidade de justiça sagrar-se vencedor ao final do processo, deverá a parte vencida ressarcir os valores gastos pela Fazenda Pública (art. 95, § 4.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Na hipótese de derrota do detentor da justiça gratuita, ficará este sujeito a execução pela Fazenda Pública se deixar de existir a situação de insuficiência de recursos no prazo de 5 (cinco) anos a que alude o art. 98, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015.

Segundo o art. 91, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015, quando a perícia for requerida pela Fazenda Pública, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, há duas opções à disposição do juiz: (i) determinar a realização da prova por entidade pública; ou (ii) nomear *expert* privado cujos honorários serão adiantados pelo requerente. Nesta última hipótese, caso o órgão requerente indique possuir dotação orçamentária específica para o custeio das despesas com a prova pericial, deverá adiantar desde logo os honorários do profissional nomeado. Inexistindo previsão no orçamento, autoriza o Código a realização do pagamento ao perito no exercício seguinte (art. 91, § 2.º), sem prejuízo ao andamento do processo nesse ínterim – em outras palavras, permite a lei, excepcionalmente, que o *expert* realize seu ofício sem imediato adiantamento, mas garante que o valor dos seus honorários será pago no máximo até o ano subsequente à sua nomeação. Caso o processo alcance o trânsito em julgado antes de efetuado o adiantamento que seria feito no exercício financeiro seguinte, caberá apenas o cumprimento da sentença que condenar o vencido ao custeio dos honorários periciais. Tratando-se de ação coletiva, o requerente também pode pleitear a utilização, para pagamento dos honorários periciais, do “Fundo de Defesa de Direitos Difusos” previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985 e regulamentado, no plano federal, pela Lei 9.008/1995.¹⁴ Vale dizer que o referido art. 91, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015, se

14 É o que decidiu o STJ no RMS 30.812/SP, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, j. 04.03.2010, *DJe* 18.03.2010.

refere à atuação da Defensoria Pública enquanto parte (v. g., como autor coletivo), visto que a sistemática de custeio da perícia requerida pelo beneficiário de gratuidade da justiça assistido por defensor público é prevista no art. 95, § 3.º do CPC (LGL\1973\5)/2015.

Percebe-se, com a sistemática apresentada, a preocupação do CPC (LGL\1973\5)/2015 em impedir que o perito seja obrigado a trabalhar sem receber honorários.

Uma vez apresentada a proposta de honorários pelo *expert*, as partes devem ser intimadas para manifestação sobre a proposta de honorários, em 5 (cinco) dias. É da praxe forense ouvir o perito, em prazo a ser estipulado pelo juiz, sobre os questionamentos das partes a respeito do valor da remuneração. Por fim, o juiz arbitrará o montante dos honorários e intimará a parte responsável pelo adiantamento da verba para depositá-la em juízo (art. 465, § 3.º, e 95, § 1.º do CPC (LGL\1973\5)/2015). Consoante disposto no verbete 232 da Súmula da jurisprudência dominante no STJ, “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito”.

Uma vez intimado para iniciar os trabalhos, passa a correr para o perito o prazo fixado para a apresentação do laudo pericial (art. 465, caput, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

6. Deveres do perito: escusa, recusa e substituição

Segundo Leonardo Greco, o perito possui os seguintes deveres: (i) aceitar o exercício da função; (ii) proceder a todos os exames e observações necessários (art. 473, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015); (iii) elaborar o laudo no prazo assinalado (art. 465 do CPC (LGL\1973\5)/2015); (iv) comparecer à presença do juiz para ser inquirido, se intimado, e

responder às perguntas; e (v) ser fiel à verdade e às regras da sua ciência, da sua área de conhecimento ou da sua profissão (art. 158 do CPC (LGL\1973\5)/2015).¹⁵

O perito nomeado tem o dever de cumprir o encargo, sendo possível a escusa apenas quando o juiz reconhecer a existência de “motivo legítimo” (art. 157, caput, CPC (LGL\1973\5)/2015). Em outros países o profissional designado não é obrigado a funcionar como perito. Assim, por exemplo, nos EUA a *Federal Rule of Civil Procedure 706* (a) prevê que apenas pode ser nomeado como *expert witness* alguém que queira exercer a função.

O perito deve apresentar a escusa no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação (art. 157, § 1.º, CPC (LGL\1973\5)/2015). Em caso de suspeição ou impedimento supervenientes, o prazo será contado da ciência inequívoca da circunstância nos autos – apesar da omissão do dispositivo, idêntica deve ser a contagem do prazo em se tratando de qualquer outro motivo legítimo posterior. Expirado o prazo, considera-se que o perito renunciou ao direito de alegar a escusa.

Um motivo legítimo é a existência de impedimento ou suspeição. De acordo com o art. 148, III, do CPC (LGL\1973\5)/2015, aplicam-se os motivos de impedimento ou suspeição previstos nos arts. 144 e 145 do mesmo diploma aos auxiliares da justiça, dentre eles o perito. Outro motivo legítimo é a alegação de falta de conhecimento técnico ou científico para a apuração do ponto controvertido. Igualmente, reputam-se legítimos motivos aqueles previstos no art. 448 do CPC (LGL\1973\5)/2015 (causas de escusas das testemunhas). Uma escusa comumente encontrada na praxe forense é aquela baseada no acúmulo de serviço do profissional designado para funcionar em várias

15 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. II, p. 279.

causas, o que pode ser considerado um motivo legítimo. Em todos os casos, a alegação deve ser apreciada pelo juiz, que deve indeferir a escusa quando perceber a improcedência dos motivos declinados pelo *expert*.

A parte apenas poderá recusar o perito por impedimento ou suspeição dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da intimação do despacho de nomeação, conforme preceitua o art. 465, § 1.º, I, do CPC (LGL\1973\5)/2015, sob pena de preclusão. Na mesma oportunidade deverá a parte recusar o perito quando entender que o profissional não possui currículo suficiente para o esclarecimento do *thema probandi*, precluindo a alegação em caso de inércia – assim já decidiu o STJ.¹⁶ A nomeação de perito previamente cadastrado perante o tribunal (art. 156, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015) e a manutenção de lista de peritos na vara ou secretaria (art. 157, § 2.º do CPC (LGL\1973\5)/2015) asseguram que as partes conheçam o currículo do *expert* nomeado e possam se manifestar sobre a capacidade técnica ou científica do profissional no prazo a que alude o art. 465, § 1.º, I, do CPC (LGL\1973\5)/2015.

Caso alguma das partes recuse o perito por impedimento ou suspeição, deverá o juiz determinar o processamento da recusa como incidente em separado e sem suspensão do processo, ouvindo o arguido no prazo de 15 (quinze) dias e facultando a produção de prova, quando necessária (art. 148, § 2.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). A arguição será decidida pelo próprio juiz da causa, ainda que seja dele o ato de indicação do perito.

Dentre os deveres do perito figura o de veracidade. O perito que presta informações inverídicas fica sujeito a responsabilização: (i) pe-

16 STJ, REsp 1175317/RJ, 4.ª T., rel. Min. Raul Araújo, j. 07.05.2013, DJe 26.03.2014.

nal, podendo ser condenado por crime de falsa perícia (art. 342 do CP (LGL\1940\2)); (ii) civil, pois ficará obrigado a ressarcir os prejuízos que causar à parte; e (iii) administrativa, consistente em inabilitação para atuar em outras perícias no prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Além disso, o juiz que verificar a ocorrência do falso deve comunicar o fato ao órgão de classe ao qual vinculado o perito para adoção das medidas cabíveis.

Para evitar o tumulto processual, a única sanção que pode ser aplicada ao perito diretamente nos autos em que nomeado é a inabilitação. A responsabilidade civil (e, por óbvio, também a penal) deve ser pleiteada em processo autônomo.¹⁷

O Código permite que o juiz substitua o perito quando constatar que lhe falta conhecimento técnico ou científico, bem como quando inobservado o prazo de entrega do laudo sem motivo legítimo (art.

468 do CPC (LGL\1973\5)/2015). Há, em verdade, dois prazos que devem ser observados pelo perito: o primeiro é aquele fixado pelo juiz para a entrega do laudo (art. 465, caput, e 471, § 2.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015) e o segundo a antecedência mínima de 20 (vinte) dias em relação à audiência de instrução e julgamento para o protocolo do laudo em juízo (art. 477 do CPC (LGL\1973\5)/2015). A jurisprudência reconhece, ainda, a possibilidade de substituição do perito quando o juiz entender que desapareceu a necessária confiança em relação ao *expert*. A substituição independe de prévia instauração de processo administrativo disciplinar ou de contraditório.¹⁸

17 Em sentido análogo: STJ, AgRg no Ag 1349903/RS, 3.ª T., rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 27.03.2012, DJe 10.04.2012.

18 Confira-se, sobre o tema, a seguinte decisão do STJ: “O perito judicial é um auxiliar do Juízo e não um servidor público. Logo, sua desconstituição dispensa a instauração de qualquer processo administrativo ou arguição por parte do magistrado que o nomeou, não lhe sendo facultado a ampla defesa ou o contraditório nestes casos, pois seu afastamento da função pode se dar ex officio e ad nutum, quando não

Caso o perito deixe de cumprir o encargo no prazo assinado, o juiz deve comunicar a ocorrência à corporação profissional respectiva e pode impor multa ao profissional (art. 468, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). O valor da multa deve ser fixado pelo magistrado com atenção ao valor da causa e ao possível prejuízo decorrente do atraso no processo. Já decidiu o STJ que o perito não tem legitimidade para recorrer nos autos do processo em que lhe foi aplicada a multa, sendo cabível, no entanto, a impetração de mandado de segurança contra o ato judicial.¹⁹ O valor da multa deve ser revertido para o Estado.²⁰

Determina o § 2.º do art. 468 do CPC (LGL\1973\5)/2015 que o perito substituído deve restituir os valores recebidos pelo trabalho não realizado, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de ficar impedido de atuar como perito judicial pelo prazo de 5 (cinco) anos. A comunicação do impedimento deve ser feita ao órgão do tribunal responsável pela manutenção do cadastro a que se refere o art. 156, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015. A lei não é clara quanto à hipótese em que a falta de conhecimento técnico ou científico do perito é constatada apenas após a realização do exame, vistoria ou avaliação. O art. 465, § 5.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 permite ao juiz a redução dos honorários inicialmente arbitrados quando a perícia for inconclusiva ou

houver mais o elo de confiança. Isto pode ocorrer em razão da precariedade do vínculo entre ele e o poder público, já que seu auxílio é eventual. Além desta hipótese, sua desconstituição poderá ocorrer naquelas elencadas no art. 424, do CPC (LGL\1973\5)[de 1973] (“O perito pode ser substituído quando: I – carecer de conhecimento técnico ou científico; II – sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado”). Estas são espécies expressas no texto da lei. Porém, a quebra da confiança entre o auxiliar e o magistrado é espécie intrínseca do elo, que se baseia no critério personalíssimo da escolha do profissional para a função. Assim com pode o juiz nomeá-lo, pode removê-lo a qualquer momento” (RMS 12.963/SP, 4.ª T., rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 21.10.2004, DJ 06.12.2004, p. 311).

19 STJ, RMS 21.546/SP, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, j. 05.05.2009, DJe 15.05.2009. Em igual sentido: REsp 187.997/MG, 4.ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 20.11.2001, DJ 18.02.2002, p. 447.

20 Assim tb. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. II, p. 281.

deficiente, ou seja, quando a falta conhecimento técnico ou científico é verificada a partir do laudo produzido. Há omissão do Código no que tange à possibilidade de compelir o perito, após a entrega do laudo, a devolver os valores já recebidos. Em casos que tais, a melhor solução é confiar ao juiz a prerrogativa de decidir sobre a necessidade de restituição dos valores já levantados pelo profissional, considerando a sua boa-fé e as peculiaridades do caso concreto.

Caso o *expert* não restitua os valores pagos voluntariamente em 15 (quinze) dias, ficará impedido de atuar como perito judicial pelo prazo de 5 (cinco) anos (art. 468, § 2.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015), penalidade que deverá ser aplicada nos próprios autos em que ocorreu a nomeação. O perito não tem legitimidade para recorrer da decisão que lhe aplicar a sanção, cabendo apenas a impetração de mandado de segurança contra ato judicial. Além disso, a decisão que determinou a devolução constitui título executivo judicial em favor da parte que adiantou o montante.

Em determinadas situações, pode ser necessária a realização da perícia em outra comarca, sendo expedida carta precatória para tanto. Poderá o juízo deprecante atribuir ou não ao deprecado a tarefa de nomear o perito e receber a indicação de assistentes técnicos (art. 465, § 6.º do CPC (LGL\1973\5)/2015). Sendo delegada essa tarefa, deverá o juízo deprecado apreciar eventuais escusas e recusas do *expert* por ele nomeado. O art. 260, § 2.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 dispõe que, “quando o objeto da carta for exame pericial sobre documento, este será remetido em original, ficando nos autos reprodução fotográfica”.

7. A manifestação das partes sobre a nomeação do perito

Conforme já esclarecido, da decisão de nomeação do *expert* de-

verão as partes ser intimadas para, querendo, se manifestarem em 15 (quinze) dias, arguindo a suspeição ou impedimento do perito, indicando assistentes técnicos ou apresentando quesitos (art. 465, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). No item anterior, foram tecidos comentários sobre a recusa do perito por impedimento ou suspeição. Quanto à indicação de assistentes técnicos ou formulação de quesitos, o STJ possui pacífica jurisprudência no sentido de que o prazo previsto no art. 465, § 1.º, II e III, do CPC (LGL\1973\5)/2015 não é preclusivo, podendo as partes indicar assistente técnico ou apresentar quesitos posteriormente, desde que antes do início dos trabalhos periciais.²¹

A redação do Código sugere ser admitido que cada parte indique apenas um assistente técnico, salvante a hipótese de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, caso em que o art. 475 do CPC (LGL\1973\5)/2015 autoriza a indicação de mais de um desses profissionais. A restrição é indevida, pois tolhe injustificadamente o direito constitucional à ampla defesa (art. 5.º, LV, da CF/1988 (LGL\1988\3)), que inclui o direito de defender-se provando. A única interpretação compatível com a Carta Magna (LGL\1988\3) é a que admite como regra a indicação de mais de um assistente técnico por cada parte, conferindo ao juiz a possibilidade de indeferir, motivadamente, uma ou mais das indicações sobressalentes, se verificar a ocorrência de tumulto processual.

Os honorários dos assistentes técnicos são pagos a estes diretamente pelas partes que os indicaram (art. 95 do CPC (LGL\1973\5)/2015). Segundo já decidiu o STJ, a parte sucumbente deverá ressarcir, ao final do processo, os honorários do assistente técnico pagos pelo adversário.²²

21 STJ, AgRg no AREsp 554.685/RJ, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.10.2014, DJe 21.10.2014.

22 STJ, AgRg no REsp 1131213/SC, 4.ª T., rel. Min. Marco Buzzi, j. 09.04.2013, DJe 18.04.2013.

8. Quesitos suplementares

O art. 469 do CPC (LGL\1973\5)/2015 permite às partes a formulação de quesitos suplementares “durante a diligência”. Apesar do adjetivo “suplementar”, conforme já afirmado, a jurisprudência admite a apresentação de quesitos após a oportunidade a que se refere o art. 465, § 1.º, III do CPC (LGL\1973\5)/2015 mesmo quando não oferecidos os “quesitos iniciais”, desde que antes do início dos trabalhos periciais,²³ devendo as partes ser intimadas da data agendada para o começo da produção da prova (art. 474 do CPC (LGL\1973\5)/2015). Esse termo final não parece correto, pois o próprio art. 469 do CPC (LGL\1973\5)/2015 (equivalente ao art. 425 do CPC/1973 (LGL\1973\5)) admite a apresentação de “quesitos suplementares durante a diligência”, ou seja, após iniciados os trabalhos periciais. Os quesitos suplementares serão apresentados em juízo e o escrivão deverá oportunizar o contraditório à parte contrária, independentemente de despacho do juiz (art. 469, parágrafo único, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Decorrido o prazo para a manifestação da parte *ex adverso*, o juiz deverá avaliar os quesitos formulados, podendo indeferi-los caso entenda impertinentes (art. 470, I, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

Sendo certo que é possível apresentar quesitos durante a diligência, indaga-se sobre a possibilidade de formulá-los após o término desta. Conforme pondera Leonardo Greco, a limitação temporal para os quesitos suplementares não pode ser rígida, visto que a necessidade de novas perguntas pode surgir em razão do próprio teor do laudo pericial.²⁴ Nesse sentido, o art. 477, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 confere às partes a oportunidade de se manifestar sobre o laudo do perito no prazo comum de 15 (quinze) dias, ocasião na qual também

23 STJ, AgRg no AREsp 554.685/RJ, 4.ª T., rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.10.2014, *DJe* 21.10.2014.

24 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. II, p. 282.

poderão apresentar quesitos suplementares. Se os esclarecimentos prestados por escrito pelo perito não forem suficientes, a parte pode requerer ao juiz que o *expert* seja intimado a comparecer à audiência de instrução e julgamento, caso em que o requerente deve formular perguntas sob a forma de quesitos (art. 477, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Por fim, o art. 480 do CPC (LGL\1973\5)/2015 prevê a possibilidade de realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida, devendo ser assegurado às partes, sob o mesmo raciocínio, o direito de apresentar novos quesitos. Percebe-se, portanto, que a parte possui diversas oportunidades para a apresentação de quesitos, mesmo após o início dos trabalhos periciais.

A resposta do perito aos quesitos suplementares pode ser prestada: (i) no próprio laudo, caso os quesitos suplementares sejam apresentados durante a diligência; (ii) por escrito, no prazo de 15 (quinze) dias após intimado pelo juízo (art. 477, § 2.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015); ou (iii) oralmente, na audiência de instrução e julgamento, desde que intimado com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência da audiência (art. 477, §§ 3.º e 4.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

9. A possibilidade de escolha consensual do perito

O Código de 2015 prevê, no seu art. 471, a possibilidade de as partes escolherem consensualmente o perito, contemplando mais uma hipótese de convenção processual.

O art. 190 do CPC (LGL\1973\5)/2015 já permite às “partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição.

As exigências de plena capacidade das partes e de que os direitos envolvidos admitam autocomposição foram reproduzidas para a escolha consensual do perito. Contudo, não há sentido em impedir a eleição consensual do perito nas hipóteses em que a causa não possa ser resolvida por autocomposição. Trata-se de restrição absolutamente incompatível com o intuito do Código de prestigiar as convenções processuais entre as partes. A vedação a que os envolvidos transacionem sobre o direito em disputa não obsta a convenção entre eles para a adaptabilidade do procedimento.²⁵

Observa Diogo Rezende de Almeida que a escolha do perito de comum acordo pelas partes, em substituição à nomeação judicial, já é permitida pelo direito argentino e possui a inegável vantagem de evitar a ocorrência de futuras impugnações.²⁶

O perito consensualmente escolhido pelas partes não precisa ser inscrito no cadastro mantido pelo tribunal ao qual o juiz da causa está vinculado (art. 156, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Afinal, a principal razão do cadastro é assegurar a competência técnica ou científica do profissional nomeado. A eleição do perito pelas partes demonstra que ambas reconhecem a competência do profissional eleito.

A convenção entre as partes para a escolha do perito pode ser formulada antes ou durante o processo, desde que não o façam após a nomeação de perito pelo juiz, o que normalmente ocorre na decisão de saneamento do processo (art. 357 do CPC (LGL\1973\5)/2015). Compete ao juiz o controle da validade da convenção, inclusive nos

25 Sobre o tema, v. BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC (LGL\1973\5) brasileiro. In: Luiz Fux (org.). *O novo processo civil brasileiro – Direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

26 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil – O controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 164-165.

casos de inserção abusiva em contrato de adesão ou na hipótese em que uma das partes esteja em manifesta situação de vulnerabilidade, nos termos do art. 190, parágrafo único, do CPC (LGL\1973\5)/2015.

A remuneração do perito deve ser estipulada pelas próprias partes que o escolheram, devendo constar do requerimento formulado ao juízo o valor dos honorários, o momento do pagamento e a forma de rateio desse montante, nada impedindo que recaia apenas sobre uma delas. A matéria é totalmente remetida à livre manifestação de vontade das partes. Podem elas convencionar que uma adiantará os honorários e a sentença condenará o vencido a ressarcir-la. É igualmente possível que ajustem o pagamento dos honorários por um dos contendores, sem a possibilidade de reaver o valor ao final do processo, ainda que saia vencedor aquele que adiantou a verba do perito. Por isso a importância de a matéria constar do requerimento dirigido ao magistrado, a fim de que este regule as verbas de sucumbência conforme o avençado.

Nada impede que o juiz determine a realização de nova perícia caso entenda insuficiente o laudo produzido pelo perito consensualmente escolhido, na forma do art. 480 do CPC (LGL\1973\5)/2015.

10. A realização dos trabalhos de perícia

A fim de resguardar o contraditório efetivo, que abrange o direito de postular em juízo provando, deve o juiz assegurar que as partes sejam intimadas da data e do local por ele designados ou indicados pelo perito para ter início o exame, a vistoria ou a avaliação. Para Luiz Fux, a falta de intimação nulifica a perícia, salvo se a parte nada arguir.²⁷ Sendo assim, a parte que alega a nulidade pela inobservân-

27 FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I, p. 621.

cia do dispositivo em apreço deve demonstrar a ocorrência de efetivo prejuízo, sob pena de validade da perícia realizada. Esta a pacífica jurisprudência do STJ.²⁸

Ressalte-se que a intimação é das partes e não dos assistentes técnicos. Assim, compete às partes comunicar a data e o local de início da produção da prova aos assistentes técnicos. Nesse sentido decidiu o STJ: “O art. 431-A do CPC (LGL\1973\5) [de 1973] é claro ao determinar a intimação das partes e não dos assistentes técnicos, cujo comparecimento deve ser providenciado pela parte que foi devidamente intimada acerca da realização da perícia”.²⁹ De qualquer forma, o art. 466, § 2.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 atribui ao perito o dever de assegurar aos assistentes das partes o acesso e o acompanhamento das diligências e dos exames que realizar. Para tanto, deverá o *expert* do juízo efetuar comunicação com antecedência mínima de 5 (cinco) dias, devidamente comprovada nos autos.

O § 3.º do art. 473, do CPC (LGL\1973\5)/2015 confere tanto ao perito quanto aos assistentes técnicos a prerrogativa de valer-se de todos os meios necessários para o desempenho de sua função. Assim, pode o perito ouvir testemunhas diretamente, efetuar registros fotográficos ou audiovisuais, requisitar documentos perante repartições públicas *etc.*

Quanto à possibilidade de o perito convocar outro *expert* para auxiliá-lo, existe forte controvérsia. A melhor interpretação é no sentido de que a designação do novo perito é ato privativo do juiz, na forma do art. 475 do CPC (LGL\1973\5)/2015, não sendo dado ao *expert*

28 STJ, EREsp 1121718/SP, Corte Especial, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 18.04.2012, *DJe* 01.08.2012.

29 STJ, AgRg no REsp 1281427/MG, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. 12.11.2013, *DJe* 20.11.2013.

anteriormente nomeado, *sponte propria*, convocar o auxílio de outro profissional para realizar a perícia, ainda que de alta complexidade. Assim já decidiu o STJ.³⁰ A mesma Corte, no entanto, em precedente mais antigo, admitiu a possibilidade de perito contador convocar um geólogo para auxiliá-lo na elaboração do laudo, independentemente de designação do magistrado. A hipótese concreta dizia respeito à dissolução de sociedade em que a apuração de haveres envolvia a medição de jazidas de minério para a determinação de seu valor econômico.³¹

Segundo a redação do § 3.º do art. 473 do CPC (LGL\1973\5)/2015, o perito e os assistentes técnicos podem solicitar documentos que estejam em poder da parte. A esse respeito, surge importante controvérsia sobre a existência de direito à não produção de prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*) no processo civil. No campo penal, o referido direito é inferido do art. 5.º, LXIII, da CF/1988 (LGL\1988\3), segundo o qual assiste ao preso a prerrogativa de permanecer calado. Já no processo civil, vigora a regra segundo a qual “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 339 do CPC/1973 (LGL\1973\5) e art. 378 do CPC (LGL\1973\5)/2015).

A interpretação extensiva dessa regra para abranger um dever da parte produzir provas que lhe são desfavoráveis sempre foi matéria amplamente debatida. Assim, Leonardo Greco pontua que a proibição de autoincriminação “no processo civil tem merecido severas críticas, pois viola o princípio da cooperação e pode constituir um obstáculo intransponível ao acesso à tutela jurisdicional do direito em favor de uma das partes ou de ambas, que ficam privadas da possibilidade

30 STJ, REsp 866.240/RS, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, j. 22.05.2007, DJ 08.08.2007, p. 366.

31 STJ, REsp 217.847/PR, 3.ª T., rel. Min. Castro Filho, j. 04.05.2004, DJ 17.05.2004, p. 212.

de provar os fatos dos quais o seu direito decorre”.³²

O CPC (LGL\1973\5)/2015 afastou quaisquer dúvidas ao estabelecer, no seu art. 379, *caput*, a existência do direito da parte “não produzir prova contra si própria”. A extensão desse direito ao processo civil é medida defendida por diversos autores que analisam o tema à luz do ordenamento dos EUA, em especial sob a lógica da análise econômica do direito.³³ Tradicionalmente no Direito Estadunidense, protege-se o material coletado ou produzido por uma parte em preparação para uma disputa judicial, não assistindo à outra parte a prerrogativa de ter acesso a esse conteúdo – é a chamada *work-product doctrine*, reconhecida pela Suprema Corte daquele país desde o caso *Hickman v. Taylor*, de 1947, e posteriormente tipificada na *Federal Rule of Civil Procedure* 26(b)(3). Há exceções à *work-product protection*, majoritariamente relacionadas com o sistema denominado *discovery*, em que a instrução probatória é confiada aos advogados das partes.³⁴

Por tais razões, deve-se interpretar o art. 473, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015 no sentido de que a parte não é obrigada a atender à solicitação de documentos formulada pelo perito, aplicando-se nesses casos as regras de distribuição do ônus da prova previstas no art. 373 do CPC (LGL\1973\5)/2015. Ressalve-se, contudo, a possibilidade de ponderação da garantia contra a autoincriminação com outros princípios constitucionais, notadamente quando a matéria controvertida no processo envolver direitos indisponíveis. Caso a solicitação seja feita a terceiro, este não poderá se negar a entregar os documentos desejados pelo *expert*, pois “todo terceiro tem o dever de colaborar

32 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. II, p. 150-151.

33 Por todos: WICKELGREN, Abraham L. A right to silence for civil defendants? *Journal of Law, Economics and Organization*, n. 1, vol. 26, p. 92-114.

34 Sobre o tema, v. FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil procedure*. 4. ed. St. Paul: Thomson West, 2006, p. 384 e ss.

com a justiça no descobrimento da verdade (CPC (LGL\1973\5) [1973], art. 339) e, assim, também a prestação de depoimento ou a entrega de documento decorrem desse dever, não podendo o ordenamento jurídico criar escusa com fundamento no suposto direito de não se autoincriminar, sob pena de grave limitação à busca da verdade”.³⁵

11. Elementos do laudo pericial

A controlabilidade da atividade pericial sempre foi matéria que afligiu doutrinadores e operadores do direito. Com efeito, tão importante quanto à conclusão do laudo pericial é a adequada exposição do método empregado, dos elementos analisados pelo *expert* e dos motivos que o levaram a adotar tal ou qual orientação. Impossível de outro modo o exercício adequado do contraditório pelas partes, ficando estas reféns da “opinião de autoridade”.

Firme nesse propósito, o art. 473 do CPC (LGL\1973\5)/2015 exige que o laudo pericial contenha a exposição do objeto da perícia; a análise técnica ou científica realizada pelo perito; a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou; e resposta conclusiva a todos os quesitos apresentados pelo juiz, pelas partes e pelo órgão do Ministério Público. Além disso, exige-se do perito a apresentação de sua fundamentação em linguagem simples e com coerência lógica, indicando como alcançou suas conclusões. Mais ainda, veda-se que o *expert* ultrapasse os limites de sua designação ou emita opiniões pessoais que excedam o exame técnico ou científico do objeto da perícia.³⁶

35 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, vol. II, p. 151.

36 Sobre o tema, v. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil – O controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 173.

12. A entrega do laudo e o contraditório

Conforme já afirmado anteriormente, deve o perito observar não apenas o prazo fixado pelo juiz para a entrega do laudo, mas também a antecedência mínima de 20 (vinte) dias em relação à audiência de instrução e julgamento para o protocolo do laudo em juízo. A inobservância do prazo pode gerar a substituição do perito (art. 468, II, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

Após o protocolo do laudo em juízo, devem as partes ser intimadas para, querendo, manifestarem-se sobre ele no prazo comum de 15 (quinze) dias (art. 477, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Em homenagem ao princípio do contraditório, caso alguma das partes formule quesitos em sua manifestação, deverá ser ouvida a outra parte, no prazo que o juiz assinalar ou, em caso de omissão, em 5 (cinco) dias (art. 218, § 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

No mesmo prazo de 15 (quinze) dias após a intimação das partes, devem os assistentes técnicos apresentar seus respectivos pareceres. Ressalte-se que a intimação é dirigida apenas às partes, não aos assistentes técnicos. A jurisprudência do STJ é no sentido de que prazo para juntada de pareceres dos assistentes técnicos é preclusivo, não sendo admitida a juntada posterior, sob pena de desentranhamento.³⁷

As partes também podem utilizar a oportunidade para requerer a substituição do perito, sob a alegação de que o laudo demonstrou faltar-lhe conhecimento técnico ou científico (art. 468, I, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Acolhendo a alegação, deverá o juiz determinar a realização de nova perícia (art. 480 do CPC (LGL\1973\5)/2015).³⁸

37 STJ, AgRg no REsp 1155403/SP, 3.ª T., rel. Min. Sidnei Beneti, j. 19.02.2013, *DJe* 28.02.2013.

38 Sobre o tema, confira-se a seguinte ementa de acórdão do STJ: “Trata-se de impugnação da qualidade técnica ou científica dos trabalhos apresentados pelo perito, e não da qualificação formal desse profissio-

O perito tem o dever de prestar esclarecimentos sobre ponto suscitado por qualquer das partes, pelo juiz ou pelo órgão do Ministério Público. É obrigado ainda a esclarecer divergência em relação ao parecer do assistente técnico da parte. Vale lembrar que apenas após prestar todos os esclarecimentos necessários poderá ser expedido mandado de pagamento de toda a verba honorária ao perito (art. 465, § 4.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

Esses esclarecimentos devem ser prestados por escrito, no prazo de 15 (quinze) dias. Se não foram suficientes as informações veiculadas na manifestação escrita, será o perito intimado por meio eletrônico a comparecer à audiência de instrução e julgamento, com pelo menos 10 (dez) dias de antecedência, a fim de que preste esclarecimentos oralmente (art. 477, §§ 3.º e 4.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Nesse caso, a parte deverá formular suas perguntas sob a forma de quesitos. Também o assistente técnico pode ser convocado a prestar esclarecimentos em audiência, da mesma forma.

13. A fundamentação da sentença e a prova pericial

Como corolário do sistema do livre convencimento motivado, o juiz tem liberdade para dissentir das conclusões e valorações lançadas pelo perito, devendo, porém, explicitar as razões do seu dissenso. Também no caso de o juiz concordar com as conclusões do perito, deverá manifestar as particulares razões do seu convencimento, não sendo suficiente a mera e acrítica remissão *per relationem*.³⁹ Por isso, dispõe o art. 479 do CPC (LGL\1973\5)/2015: “O juiz apreciará a prova pericial

nal. (...) Assim, a oportuna impugnação dos trabalhos do perito deve ser avaliada pelo julgador, pois não está sujeita àquela preclusão operada após a nomeação do expert não recusada pelas partes. Ao decidir, o juiz poderá substituir o perito ou, dada a complexidade da causa, mandar realizar uma nova perícia” (REsp 1175317/RJ, 4.ª T., rel. Min. Raul Araújo, j. 07.05.2013, *DJe* 26.03.2014).

39 COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3. ed. Torino: UTET, 2010, p. 890.

de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito”.

É prudente que o magistrado observe, na avaliação da perícia, os parâmetros previstos na *Federal Rule of Civil Procedure* 702 (b), (c) e (d), dos EUA, perquirindo se: (i) a perícia se baseou em fatos ou dados suficientes; (ii) a perícia foi produzida de acordo com princípios e métodos confiáveis; e (iii) o *expert* aplicou de forma confiável esses princípios e métodos aos fatos da causa.

Para que possa se desincumbir a contento de seu dever de motivação, deve o juiz zelar para que o perito se manifeste sobre todos os pontos suscitados pelas partes e pelos assistentes técnicos, exceto aqueles quesitos reputados impertinentes (art. 470, I, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

Não poderá o magistrado utilizar o conhecimento técnico ou especializado particular, alheio ao direito, que porventura detiver para fundamentar a sentença, sem respaldo no trabalho do *expert*, sob pena de violação ao contraditório e à boa-fé processual, na sua vertente de vedação à surpresa (art. 10 do CPC (LGL\1973\5)/2015).⁴⁰

40 Assim já decidiu o STJ, em acórdão assim ementado: “Em se tratando de matéria complexa, em que se exige o conhecimento técnico ou científico, a perícia deve ser realizada. O juiz, ainda que não esteja vinculado às conclusões do laudo pericial, não pode realizar os cálculos ‘de próprio punho’.

Isso porque, com a determinação da perícia, as partes terão a oportunidade de participar da produção probatória, com a nomeação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos. (...) Assim, a realização da prova pericial, quando o fato a ser demonstrado exigir conhecimento técnico ou científico, é um direito da parte, não podendo o magistrado indeferir-la, ainda que possua capacitação técnica. (...) A esta conclusão se chega não apenas em decorrência do prestígio ao contraditório e ampla defesa, mas também da interpretação, feita a contrário senso, do art. 421, parágrafo único (*sic*), I, do CPC (LGL\1973\5) [de 1973, equivalente ao art. 464, § 1.º, I, do CPC (LGL\1973\5)/2015]. Este dispositivo permite ao juiz indeferir a perícia quando ‘a prova do fato não depender, do conhecimento especial de técnico’. Ora, se o magistrado pode indeferir a perícia quando a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico, pode-se dizer, então, que, quando a prova depender deste conhecimento, ela não poderá ser indeferida” (STJ, AgRg no AREsp 184.563/RN, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, j. 16.08.2012, *DJe* 28.08.2012).

Na mesma linha, dispõe o art. 375 do CPC (LGL\1973\5)/2015 que o “ *juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial*”.

14. A designação de nova perícia

Caso o juiz não se convença com o laudo produzido, pode determinar, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, a realização de nova perícia (art. 480 do CPC (LGL\1973\5)/2015). Nessa hipótese, deverá o magistrado permitir às partes a designação de novos assistentes técnicos e a apresentação de novos quesitos, se assim desejarem, intimando as partes na forma do art. 465, § 1.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015.

A segunda perícia pode ser realizada pelo mesmo perito que elaborou o primeiro laudo ou não, a critério do juiz. Normalmente, a substituição do perito para a realização da nova perícia ocorrerá quando a insuficiência do laudo decorrer da falta de conhecimento técnico ou científico do profissional (art. 468, I, do CPC (LGL\1973\5)/2015). Caso não sejam complexas as dúvidas geradas pela omissão ou inexatidão do primeiro laudo, a complementação pode ser feita sob a forma de esclarecimentos (art. 477, §§ 2.º e 3.º, do CPC (LGL\1973\5)/2015).

A primeira perícia permanece válida, ainda que determinada a realização de uma nova. Poderá o juiz adotar na sentença as conclusões lançadas no primeiro ou no segundo laudos. Poderá também combinar, fundamentadamente, conclusões de ambas as perícias ou refutar as duas. Tudo isso decorre do sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional (art. 479 do CPC (LGL\1973\5)/2015).

No caso de ser reconhecida a nulidade da primeira perícia, a de-

terminação da realização de uma nova não é uma faculdade, mas uma obrigação do juiz.⁴¹

15. Considerações finais

À vista do panorama apresentado, pode-se concluir que o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 2015 contempla importantes novidades sobre a prova pericial, em diversas frentes. Cabe mencionar, dentre outras, as seguintes virtudes do diploma: (i) preza pela qualidade dos profissionais que realizam a prova pericial, ao determinar o cadastramento dos *experts* perante o tribunal; (ii) prestigia a controlabilidade do resultado da perícia, descrevendo os diversos elementos que o laudo deve conter; e (iii) valoriza a participação das partes, permitindo a escolha consensual do perito.

Incumbe aos profissionais jurídicos incorporar os objetivos do Código ao seu dia a dia, promovendo uma transformação cultural imprescindível à adequada efetividade das disposições aqui analisadas.

16. Bibliografia

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *A prova pericial no processo civil – O controle da ciência e a escolha do perito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

ANSANELLI, Vincenzo. *La consulenza tecnica nel processo civile: problemi e funzionalità*. Milano: Giuffrè, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*. 9.ª série. São Paulo: Saraiva, 2007.

41 Em sentido análogo: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3. ed. Torino: Utet, 2010, p. 894.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC (LGL\1973\5) brasileiro. In: Luiz Fux (org.). *O novo processo civil brasileiro – Direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le prove civili*. 3. ed. Torino: Utet, 2010. FEER, Richard D. *Civil procedure*. 2. ed. New York: Aspen, 2009.

FORNACIARI, Michele. A proposito di prova testimoniale “valutativa”. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4-5, 2013.

Friedenthal, Jack H.; Kane, Mary Kay; Miller, Arthur R. *Civil procedure*. 4. ed. St. Paul: Thomson West, 2006.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. vol. I. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. vol. II.

MARENCO, Roberto. L’expert evidence nei sistemi di common law. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 3. vol. 62. Padova: Cedam, magg./giugno 2007.

MOCCI, Mauro. La scelta del consulente tecnico d’ufficio nella prospettiva del giusto processo. //

Giusto Processo Civile. vol. 7, 2. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. vol. IV.

WICKELGREN, Abraham L. A right to silence for civil defendants? *Journal of Law, Economics and Organization*. n. 1. vol. 26.

O Novo CPC e o Sujeito que Não Sabia Jogar Xadrez

Juiz Leonardo de Castro Gomes

Rio de Janeiro, 28 de março de 2016.

Garry Kasparov, campeão mundial de xadrez entre 1985 e 2000 e por muitos considerados o maior enxadrista de todos os tempos, tinha a capacidade de, intuitivamente, prever até vinte lances futuros no decorrer de uma partida. O mesmo dom tem o norueguês Sven Magnus Carlsen, que se tornou o mais jovem enxadrista a liderar o ranking mundial da história, aos 19 anos, em 2009.

Não se espera façanha próxima de um amador para ter sucesso no jogo milenar que simula uma batalha medieval. A previsão de quatro a cinco lances futuros já garante excelente desempenho, sendo que, ao lendário cubano José Raúl Capablanca, campeão mundial na década de 1920, é atribuída a afirmação de que só previa um único lance, mas que era sempre “o melhor”.

Dadas as complexidades de suas estratégias com inúmeras possibilidades para o desenvolvimento das partidas, o xadrez normalmente é utilizado como exemplo clássico na Teoria dos Jogos, ramo da matemática aplicada que busca a resolução de conflitos humanos através da análise de estratégias racionais diante de fatores diversos.

A jurisdição, como função pacificadora do Estado, tem no processo seu instrumento de ação. Imagina-se que uma boa lei processual seja

aquela que possa antever minimamente os passos a serem dados pelos sujeitos do processo, criando regras que facilitem a resolução dos conflitos apresentados.

Por ocasião da nomeação, em setembro de 2009, da Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, então do Superior Tribunal de Justiça, visando a elaboração de um novo Código de Processo Civil, o clamor social indicava a necessidade de medidas que agilisassem a ação da Justiça.

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, nosso novo Código de Processo Civil, assim, nasceu sob o mote da *celeridade*, sem o qual não se justificaria a revolução de todo o sistema processual vigente, na medida em que toda e qualquer iniciativa do Estado legislador só se mostra legítima se apoiada em uma necessidade normativa oriunda de uma demanda social.

Questiona-se, portanto, se o novo Código de Processo Civil se apresenta como instrumento facilitador da celeridade a que se propôs (objetivo inserto em seu artigo 4º) e que por muitos é propagada.

A elaboração deste estudo caminha para conclusão contrária e o faz através da análise das principais inovações implementadas.

De início, é surpreendente que uma lei que propõe imprimir maior celeridade aumente praticamente todos os prazos processuais e, a despeito da simplificação que também a motivou, impõe uma contagem não linear daqueles, computando-se somente os dias úteis.

Não bastasse o contrassenso em relação ao acesso ininterrupto que o processo eletrônico proporciona, as dificuldades impostas ao servidor certificante se acirram com dicotomias nas contagens em

relação a prazos não processuais, que permanecem em dias corridos, conforme se extrai do artigo 219 e parágrafo único do novo Código. Por exemplo, o prazo para o réu no processo monitório pagar, de quinze dias, por se tratar de ato da parte, de cunho eminentemente material, conta-se em dias corridos. Já para os embargos monitórios, embora facultada sua oposição *naquele mesmo prazo* (CPC, artigo 702), a contagem há de ser em dias úteis, dada a sua natureza processual. E *voilà!* A lei que busca a simplicidade do processo acaba por criar hipótese em que dois prazos iguais, correndo paralelamente e com o mesmo termo inicial, terão termos finais distintos.

O argumento da simplificação também não se coaduna com inovações meramente formalísticas trazidas pelo novo processo. O artigo 473 faz prever um roteiro para a elaboração do laudo pericial, regra outrora inexistente, abrindo margem para arguições de nulidade independente de aquele ser suficiente para dirimir a questão técnica envolvida. Por outro lado, restou revogada a norma do artigo 459 do CPC de 1973, que possibilitava a prolação de sentença de forma concisa nas hipóteses em que não houvesse resolução de mérito.

A lei se arvora imprudentemente em assuntos administrativos, em franco prejuízo da análise da conveniência e oportunidade, inclusive impondo ao Judiciário quantitativo mínimo de oficiais de justiça (artigo 151), apesar de o processo eletrônico sugerir a redução de suas tarefas diante da automação dos meios de comunicação dos atos.

Quer parecer, contudo, que a falta de visão administrativa do legislador atingiu seu ápice na redação original dos artigos 12 e 153 do novo Código, que impunham respectivamente ao julgador a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão e ao escrivão ou o chefe de secretaria a ordem cronológica de recebimento dos autos para publicação e efetivação dos pronunciamentos judiciais.

A observância rígida da ordem de conclusão para julgamento acarreta um aumento médio do prazo de conclusão, eis que impossibilita o pronto julgamento de processos mais simples, ademais de dificultar ao extremo a distribuição de feitos entre assessores de juízes para a elaboração de minutas. Problema similar haveria no processamento de acordo com o primitivo artigo 153. Tais regras comprovam que o legislador do novo Código foi incapaz de perceber um simples contexto de ação e efeito. Em boa hora, a Lei nº 13.256/2016, ao incluir o vocábulo *preferencialmente* em ambos os artigos, minimizou o dano, embora ainda deixe margem para questionamentos.

O novo Código estimula a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos (artigo 3º, § 3º). A conciliação já vinha contemplada no Código de 1973, com especial enfoque a partir da Lei nº 8.952/1994, de maneira que a inovação recai especificamente sobre a utilização de métodos de *mediação* no âmbito processual, salientando que, pelo rito único, tais meios de autocomposição serão tentados de início, em uma audiência preliminar.

Não se negam as vantagens da mediação para a solução de conflitos, dados os ensinamentos que deixa e o caráter multiplicador que exerce sobre as pessoas participantes para o enfrentamento de conflitos futuros. Questiona-se, porém, o proveito de tais métodos em âmbito judicial. Ocorre que o processo exige a constituição de advogado e o perfil do profissional atuante em nosso país desfavorece a autocomposição. O profissional do direito no Brasil é formado na cultura do contencioso, que seria mais facilmente mudada se a mediação ocorresse extrajudicialmente, fora do ambiente de guerra para o qual foi preparado para lutar. Assim se dá na Argentina (Lei 26.589/2010), de forma consideravelmente exitosa. Ao trazer a mediação para o ambiente judicial, o legislador corre o risco de desperdiçar valioso

instrumento para a solução consensual de conflitos, sendo facilmente previsível que as audiências preliminares a serem designadas se transformarão em mero ato pró-forma.

A figura do negócio processual prevista no artigo 190 definitivamente não se trata de um facilitador da jurisdição. Pelo contrário. A potencial multiplicação de ritos pela via do negócio processual prejudica a otimização de rotinas judiciárias, que deverão se ater a possíveis peculiaridades nos milhares de processo em trâmite perante cada juízo.

O que mais preocupa no novo processo, contudo, é a sensível mitigação de todo o sistema de preclusão, que no Código anterior era pautado pela recorribilidade das decisões interlocutórias. A restrição das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é salutar, mas não se compreendem os motivos que levaram ao fim do agravo retido. Tal recurso era indolor para o bom andamento do processo e propiciava um *caminhar para frente* na relação processual, de maneira que as decisões irrecorridas se tornavam preclusas, permitindo a superação contínua de controvérsias e o afunilamento de questões remanescentes. Pela nova lei, *todos* os despachos poderão ser impugnados por ocasião da apelação, desde o *cite-se* até o *venham conclusos para sentença*, eventualmente causando o retorno do processo a estágios processuais já ultrapassados.

A estratégia não parece ser boa e são inúmeros os inconvenientes que se vislumbram. Vale dizer, a decisão acerca da competência de juízo é irrecorrível. Se proferida no despacho inicial e posteriormente revista em sede de apelação, toda a fase de conhecimento será repetida. Também é irrecorrível a fixação dos honorários periciais. Aquele que proceder ao depósito poderá sempre rediscuti-los na apelação, eventualmente provocando a execução forçada em face de

peritos que levantaram honorários posteriormente reduzidos.

Ainda sobre a propagada diminuição das vias recursais, os embargos infringentes acabaram substituídos por um mecanismo de ampliação de colegiado de incidência ainda mais abrangente, para o qual, diferentemente daquele recurso extinto, é desinfluyente a decisão de primeiro grau no acórdão não unânime (artigo 942). Ou seja, ao invés de se otimizar a ordem dos processos no Tribunal, haverá a multiplicação de incidentes.

O novo processo, a todo instante, busca dar uma nova chance ao demandante. Isto se vê quando do redirecionamento do processo cuja contestação alegue ilegitimidade passiva; no preparo da apelação (artigo 1007, § 4º) e na ampliação de prazos para a ação rescisória, tanto em relação à prova nova (artigo 975, § 2º) quanto na hipótese de decisão fundada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (artigo 525, § 15), o que praticamente ceifa o conceito que se tinha da coisa soberanamente julgada.

Este último caso é gravíssimo, haja vista que estamos às vésperas do julgamento da constitucionalidade dos planos econômicos. Centenas de milhares de casos poderão ser reabertos pelos bancos caso se saiam vencedores.

A lei faz isso em nome da segurança jurídica, mas o excesso de mecanismos não preclusivos depõe contrariamente àquela e certamente inviabiliza a almejada celeridade processual.

Também em nome da segurança jurídica a Lei nº 13.105/2015 prevê um contraditório incidental no procedimento para penhora de valores bancários, a chamada penhora *on line*, abrindo prazo para o devedor se pronunciar acerca da ordem de bloqueio antes que se faça

a transferência para conta judicial.

Ocorre que, enquanto não são transferidos, os valores bloqueados permanecem congelados, sem nenhuma remuneração, diversamente do que acontece quando em depósito judicial. Somados os cinco dias úteis de prazo do executado para se manifestar aos cinco dias úteis da parte contrária para resposta, além do trâmite natural do processamento cartorário, a transferência, que no sistema anterior levaria no máximo 72 horas, atualmente poderá levar um mês ou mais para ser feita. Quão maior o valor bloqueado, mais significativas serão as perdas para ambas as partes. Novamente os bancos são agraciados pelo novo processo, vez que a instituição financeira originária poderá aplicar a quantia contabilmente congelada no mercado interbancário, lucrando com a medida.

Fora isso, abre-se a discussão sobre a quem caberia o ônus da perda. Estaria o devedor liberado da dívida por ocasião da indisponibilidade de seus recursos por força do ato judicial constitutivo ou poderia o credor haver encargos intercorrentes?

Estivesse prevista a transferência imediata, eventual excesso poderia ser posteriormente dirimido com a preservação do valor da moeda.

Questiona-se igualmente o motivo para o fim do juízo de admissibilidade da apelação pelo juízo de primeiro grau. A novidade se justificaria se a interposição do recurso se desse diretamente em segunda instância, o que é plenamente factível com o avanço do processo eletrônico. Mantendo-se a interposição em primeira instância, contudo, são diversas as possíveis consequências indesejadas. Poderá haver a interposição de apelação contra decisão interlocutória, provocando a paralisação da fase de conhecimento para remessa

do feito ao tribunal. Pior, poderá haver a interposição de apelação contra sentença transitada em julgado, às vésperas de um leilão. O reconhecimento do dolo processual e a aplicação das penas por litigância de má-fé a **posteriori** é medida insuficiente para o estrago causado.

Como se vê, o novo Código oferece um campo largo para a atuação demandista.

O termo *demandismo* é empregado para caracterizar o ajuizamento de processo como um fim em si e não com o intento de pacificação de um conflito.

Este é, sem dúvida, um dos maiores problemas da jurisdição atual, não sendo exagerados os prognósticos que calculam em até 25% o número de demandas ajuizadas perante juízos cíveis e juizados especiais cíveis com o respectivo desvirtuamento. Buscasse o legislador efetivo combate à morosidade, trataria de reduzir as margens processuais que possibilitam e fomentam o *demandismo*.

É de constatação geral que o *demandismo* ocorre principalmente em razão da atuação de escritórios de advocacia motivados pela expectativa dos honorários contratuais e sucumbenciais. É igualmente notório que a prática encontra terreno fértil nas camadas mais carentes da sociedade, através da sedução por um proveito financeiro oriundo de algum incidente consumerista.

Na medida em que tais incidentes trazem baixo valor relativo e que os honorários são calculados proporcionalmente ao proveito econômico obtido, os pedidos são formulados de maneira a intensificar seu conteúdo econômico. Para tanto, os demandistas se valem de dois subterfúgios de valor originalmente intangível: a indenização por

danos morais e as astreintes.

Neste sentido, a prática demandista, de regra, visará o enriquecimento através dos institutos dos *honorários advocatícios*, dos *danos morais* e das *astreintes*. Vislumbram-se outros institutos, tal como a gratuidade de justiça, mas tenho que esta se cuida de mera ferramenta para o alcance daqueles objetivos.

E o que fez o legislador de 2015?

Vejo aqui uma inovação positiva, especificamente em relação aos danos morais, a depender da interpretação que se fizer do artigo 292, V, do CPC, que passou a exigir a quantificação do valor reparatório pretendido. Caso se entenda como prejudicada a Súmula 326 do STJ (*Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca*), é possível que a nova regra sirva de desestímulo para demandas reparatórias infundadas.

No entanto, a lei é extremamente generosa na disciplina dos honorários advocatícios (haja vista os 19 parágrafos de seu artigo 85) o que fará com que se tornem comuns os casos em que a remuneração do profissional seja mais significativa que a própria tutela que motivou o ajuizamento da demanda, subvertendo a lógica do *principal versus acessório*. Aliás, qual advogado estimulará a autocomposição quando a continuação do processo lhe oferece inúmeras possibilidades de remuneração pessoal?

A nova lei também generaliza o cabimento de astreintes, permitindo que seja aplicada no cumprimento de condenação por quantia certa, e tenta blindá-la contra decisões que buscam seu ajuste retroativo quando aquela se mostrar excessiva, haja vista o emprego do termo

“multa vincenda” no parágrafo primeiro do artigo 537.

Não resta dúvida que o credor preferirá a multa ao cumprimento da tutela específica, postergando à eternidade a solução do conflito que motivou a demanda.

Por último, são preocupantes possíveis desdobramentos do incidente de resolução de demandas repetitivas. Dado o efeito suspensivo que propicia, é fácil vislumbrar que servirá de subterfúgio para a paralisação dos processos contrários aos interesses do requerente. Pior, a abrangência de seus efeitos possibilita a legitimidade de cada parte afetada. A depender do alcance da questão envolvida, poderemos ter milhares de interessados peticionando e milhares de legitimados interpondo recurso especial que, nesta hipótese, também terá efeito suspensivo. Ou seja, uma demanda que, pelo moribundo rito sumário, poderia ser julgada tranquilamente em quarenta dias, poderá levar, de acordo com a fórmula perversa daquele incidente, uns cinco anos para ser solucionada, ou mais.

Um exemplo do perigo que representa o IRDR está na interpretação do prazo previsto no artigo 523. Há os que o consideram um prazo processual, exigindo a contagem em dias úteis, e há aqueles que o têm como prazo material, contado em dias corridos. O recebimento de um incidente de resolução de demandas repetitivas acarretará, em um primeiro momento, a paralisação de todas as execuções de sentença no Estado e, em um segundo momento, com a interposição de um recurso especial, a suspensão de todos os cumprimentos de sentença em território nacional. Aqui, temos a potencialização de dois equívocos estratégicos do novo Código quando acumuladamente considerados: a distinção na contagem de prazos processuais e materiais e o efeito suspensivo abrangente do incidente de resolução de demanda repetitiva.

Superada a primeira geração de controvérsias jurídicas, admite-se que o IRDR poderá efetivamente conferir celeridade à jurisdição, na medida em que suas decisões evitarão o ajuizamento de demandas análogas. Contudo, dificilmente se chegará a tal estágio em menos de uma década. Até lá, o congestionamento causado poderá comprometer o funcionamento do Judiciário pela década seguinte. Pergunta-se, pois, se a sociedade estará disposta a aguardar vinte anos de morosidade para enfim colher os frutos da novidade. Questiona-se, igualmente, se efeito prático equivalente já não seria alcançado pelo posicionamento ordinário da jurisprudência, que, na medida em que se consolida, já orienta as iniciativas processuais acerca de temas enfrentados nos tribunais e em suas Súmulas.

Os efeitos deletérios do novo processo para a celeridade permite a previsão racional de duas possibilidades. Ou a Lei nº 13.105/2015 passará, em futuro próximo, por uma série de reformas, ou haverá uma migração natural das demandas para os Juizados Especiais Cíveis, causando uma falsa sensação de diminuição da litigiosidade nas varas cíveis.

Muitas das falhas estratégicas do novo Código poderão ser contornadas com manobras hermenêuticas. Estudos desenvolvidos por juízes cíveis em reuniões do Centro de Estudos e Debates do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (CEDES) ao longo do ano de 2015 resultaram na elaboração de 108 enunciados que buscam dar viabilidade mínima ao novo processo.

Naquela ocasião, houve o consenso no sentido da possibilidade de transferência imediata de valores bancários bloqueados para conta judicial, dada a total incompatibilidade do artigo 854 do novo CPC com o sistema Bacenjud (Enunciado 94). Já o Enunciado 104 permite que o juízo de primeira instância deixe de processar apelação com vício

evidente. Por sua vez, o Enunciado 80 reconhece a possibilidade de o juiz reduzir o valor ou modificar a periodicidade da multa cominatória vencida, se não houver decisão anterior preclusa que a consolide.

Neste sentido, é crucial o posicionamento jurisprudencial neste primeiro momento de vigência do novo Código. É possível, por exemplo, que os incisos do artigo 976 do CPC sejam interpretados no sentido do cabimento do IRDR somente em relação a questões de direito material, vedada sua incidência em relação às controvérsias jurídicas geradas a partir da própria lei processual.

O risco a que o legislador submeteu o novo processo foi, em todo caso, de todo imprudente. Não houve, aqui, a racionalização das estratégias à luz das possibilidades futuras na sua aplicação, tal como sugere a Teoria dos Jogos.

Quer parecer, assim, que, em algum momento de seu processo legislativo, mexeu nas peças um sujeito que não sabia jogar xadrez.

PRIMEIRAS IMPRESSÕES DOS JUÍZES CÍVEIS A RESPEITO DO NOVO CPC.

Todos estamos matriculados na escola da vida onde o mestre é o tempo, e o que vale na vida não é o ponto de partida e sim a caminhada. Caminhando e semeando, no fim, terás o que colher.

Cora Coralina

Juiz Mauro Nicolau Junior

Aprovado o texto final do novo Código de Processo Civil passamos todos, que teremos o dever funcional e profissional de aplica-lo, a partir de março do ano vindouro, a estudar suas alterações, perquirir sobre seus pilares fundamentais e marcos filosóficos que perpassam e sustentam todo o sistema.

São inúmeras e de espectro abrangente as manifestações de doutos e brilhantes processualistas comemorando a nova lei como sendo a redenção de todos os males do Judiciário, a solução para a pouca celeridade, o atendimento enfim dos anseios, mais do que justificados, por uma Justiça célere e eficaz, exatamente como determinado pela Constituição Federal.

Se assim fosse, consistentemente, com toda certeza **veríamos concretizados os desejos de seus idealizadores originais de entregar à sociedade um sistema processual com menos recursos, que**

permitisse a efetiva punição de advogados, magistrados, procuradores, promotores e todos os profissionais que atuam no processo, menos preocupados com o comportamento ético e a realização do melhor direito; resgatasse o STF como Tribunal Constitucional e acabaria com a regra de efeito suspensivo automático das apelações, tornando realmente eficazes as decisões de 1º grau na esteira das promessas alardeadas de valorização da primeira instância que, afinal, é a que está mais próxima das partes, é aquela que o cidadão consegue visualizar e mesmo buscar quando necessário, até mesmo batendo às suas portas, de fato e concretamente e não apenas no sentido figurado.

No entanto, não é exatamente o que se vê na Lei 13.105/2015. O Novo CPC, com surpreendente incongruência, aumentou o número de recursos, procedimentos, instrumentos e incidentes já existentes (p.e. arts. 988 e 1.042); perdeu a oportunidade de aprimorar e tornar efetiva a ferramenta voltada ao combate à litigância de má fé ou temerária (arts. 77 a 81) e ao demandismo desenfreado.

Ao contrário, o estatuto em *vacatio* transformou o STF e STJ em instância judiciária de admissão de recursos ordinários e extraordinários (art. 1.030, parágrafo único), felizmente, alterado antes de entrar em vigor, e de julgamento de reclamações (art. 988) e agravos extraordinários (art. 1.042); manteve o nefasto efeito suspensivo automático da apelação (art. 1.012) o que estimula a apresentação de recursos procrastinatórios. Não fosse suficiente, ainda extingue o “procedimento sumário” que se revela eficaz e hábil a enfrentar o grande número de causas de pequeno valor e baixa complexidade, primando pela oralidade, pela celeridade e pela informalidade.

Por óbvio, cada jurista ou aplicador do direito apresenta suas restrições e gostaríamos de, cada um de nós, termos nosso próprio código com aquilo que entendemos ser o melhor. No entanto, o

regime democrático não nos permite a elaboração de expedientes e interpretações que se voltem a retirar a eficácia das novas disposições legais com a articulação de palavreados que, todos sabemos, são normalmente utilizados por todos quantos pouca ou nenhuma razão tenham em seus argumentos, por mais eruditos que possam parecer.

Por óbvio, ainda, a Lei 13.105/2015, com todo espaço interpretativo existente em qualquer norma legal, efetivamente será aquilo que os advogados pleitearem, os juízes decidirem, os tribunais mantiverem ou reformarem e, enfim, será o resultado da contribuição de todos nós, inclusive e principalmente as partes e jurisdicionados na busca da tutela de seus direitos quando lesados ou ameaçados de lesão, pois, afinal, é exatamente e apenas para isso que serve uma lei processual, para transformar em realidade o direito material.

Não se olvidem, também, as alterações legislativas posteriores à aprovação do projeto pela Câmara, que, a pretexto de serem meramente redacionais, acabaram por alterar o conteúdo e o alcance de várias disposições do Novo CPC e, não há dúvidas, outras alterações ainda virão antes mesmo de entrar em vigor a nova lei.

Há ainda doutrinadores de escol que clamam pela inconstitucionalidade de diversas previsões, em especial a inserida no art. 12 do Novo CPC que disporia sobre ordem cronológica de julgamentos, o que parece contrariar os princípios constitucionais da isonomia, tripartição dos poderes, autogoverno da magistratura e proporcionalidade. Em demonstração inequívoca de que nossas preocupações não são infundadas, também esta já alterada pelo Congresso Nacional, antes mesmo de entrar em vigor o Código.

O que se pretende é alertar a sociedade, com o fruto dos estudos levados a efeito pelos juízes cíveis da capital do Rio de Janeiro que

nos debruçamos sobre todo o texto advertidos todos que a par de existir um limite interpretativo tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, há também, sérios riscos de frustração tanto da sociedade como dos profissionais do direito que ansiavam por um verdadeiro instrumento revolucionário que permitisse a todos nós proferirmos e obtermos decisões definitivas em prazo razoável, que criasse instrumentos eficazes a evitar a utilização predatória da Justiça, a infundável e abusiva apresentação de recursos com o único intuito de não cumprir a decisão judicial que reconhece o direito da parte contrária.

Alguns exemplos de situações que poderão, por certo, acarretar problemas e atrasos na prestação jurisdicional:

– O art. 1.015 do Novo CPC estabelece um rol taxativo de hipóteses em que é cabível o manejo do recurso de agravo de instrumento, sem exceções às hipóteses expressamente previstas de cabimento de recurso contra as decisões interlocutórias, devendo a parte veicular seu inconformismo na apelação. Não há como, diversamente do modelo do CPC/73, criar uma hipótese de recorribilidade de decisão interlocutória não prevista expressamente no Novo CPC.

A opção legislativa de um rol fechado de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento poderá conduzir a uma avalanche de mandados de segurança contra decisões, que p.e. reconheçam competência ou incompetência do juízo; que decidam sobre valor da causa; que defiram ou indefiram provas na fase instrutória, ou que meramente determine a citação do réu.

– Outra situação digna de destaque é a da estabilização da tutela antecipada (art. 304 do Novo CPC), norma que se revela confusa e capaz de gerar muito mais problemas do que soluções.

Todavia, quando a lei diz que a tutela antecipada só não se estabilizará se, contra a decisão que a conceder, não for interposto o respectivo recurso, não quer dizer contestação, pedido de suspensão de liminar (art. 4º da lei 8.437/92 e art. 15 da Lei 12.016/2009), ou qualquer outro instrumento que não seja recurso.

Talvez possamos até construir interpretativamente o entendimento de que sucedâneo recursal, como a reclamação (art. 988), seja capaz de impedir a estabilização, não havendo, no entanto, espectro definido para a atuação interpretativa.

O que não queremos, definitivamente, é ver a magistratura transformada em rele serviço público de somenos importância, o Poder Judiciário inapto e ineficaz na consecução de seu objetivo precípua que é resguardar o cidadão contra as investidas a seus direitos, lesando-os ou ameaçando-os de lesão. Enfim, fazer ecoar o que já afirmou Saramago:

*“Ele não está aqui, fui eu quem tocou o sino”, respondeu o camponês. “Mas então, ninguém morreu?” Insistiram os habitantes; o camponês respondeu novamente: “Não, ninguém que tivesse um nome ou a figura de uma pessoa, eu toquei o sino pela Justiça, porque a Justiça está morta”.*¹

A tão propalada ineficiência da Justiça brasileira parece haver perdido uma grande oportunidade de apresentar à sociedade um instrumento adequado ao desencargo de suas atribuições constitucionais dentro de um Estado Democrático de Direito, de forma a se atingir a legitimidade de suas decisões.

1 SARAMAGO, José. *Da justiça à democracia, passando pelos sinos*. Le Monde Diplomatique, n. 576, p. 3, Mars 2002.)

A falha dos mecanismos estatais em assegurar uma prestação segura e eficiente de serviços judiciais, no entanto, a par de não espelhar uma realidade propriamente nova, vem agora ganhando um especial relevo que não apenas a torna uma questão extremamente atual, como traduz-se em um reflexo positivo de uma progressiva conscientização social, na medida em que a cobrança pela realização do justo é um anseio próprio da cidadania.²

E, não se tem mais qualquer dúvida em afirmar, que o acesso à *ordem jurídica* justa, é prerrogativa constitucionalmente assegurada como, também, consiste naquela parcela considerada como mínimo indispensável à manutenção da dignidade da pessoa humana.

Para Ricardo Lobo Torres³, o mínimo é direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais.⁴

O aspecto de “universalidade” dos direitos humanos é peculiar a essa modalidade de direitos e se manifesta, primeiramente, na promulgação da Declaração Francesa de 1789 e, posteriormente, em 1948, na Declaração da ONU.⁵

2 MOREIRA, Helena delgado Ramos Fialho. *Poder Judiciário no Brasil. Crise de Eficiência*. Curitiba: Juruá, 2004, p.21.

3 TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade*. In: *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

4 Ingo Sarlet completa: [...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

5 Segundo Paulo Bonavides, a Declaração da ONU, procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríplice geração (ainda não existiam os direitos de 4ª geração) na titularidade de um indivíduo que antes de ser homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida,

Sem o mínimo de razoável duração do processo, a Justiça continuará sendo inatingível para a esmagadora maioria da sociedade e, repita-se, o novo CPC desperdiçou oportunidade única de realmente provocar uma grande revolução no sistema processual que em grande parte se revela anacrônico e voltado à proteção de procedimentos meramente procrastinatórios e burocráticos. Não é sem motivo que grande parte da escola de processualistas vem buscando e clamando por celeridade no que nada mais faz do que secundar a magistratura na medida em que ninguém mais, nem ninguém antes, quer a celeridade processual do que os juízes de direito.

Paula Baptista, ao indicar as condições inerentes ao processo salientava:

Brevidade, economia, remoção de todos os meios maliciosos e supérfluos, tais são as condições que devem acompanhar o processo em toda a sua marcha. Assim, todos os atos, dilações, demoras, despesas inúteis são aberrações do regime judiciário em prejuízo do interesse dos indivíduos, das famílias, da sociedade. (Compendio de Teoria e Prática do Processo Civil comparado com o comercial, p. 65, par. 72)

Não somos contrários às alterações legais, não queremos permanecer num sistema processual que decididamente não se revela capaz e eficaz à solução dos conflitos e pacificação das demandas e exatamente por isso a demonstração de, em alguns momentos e passagens, frustração em não aproveitarmos um momento tão especial em que se tornou possível a reformulação de todo o sistema

é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por uma pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade. (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000).

processual no sentido de simplifica-lo e agilizá-lo. Talvez tenhamos desperdiçado essa oportunidade.

De qualquer forma, faz-se necessário, porém, que a nova lei seja lida com olhos de modernidade, sob as lentes verdadeiramente inovadoras quase revolucionárias, através de um exercício de filtragem constitucional perene e constante de toda a normatização, pois, se o novo for olhado com os olhos do velho, velho permanecerá.

QUESTÕES ATUAIS SOBRE AS AÇÕES COLETIVAS DE CONSUMO

Heloisa Carpena

Na perspectiva do diálogo institucional, cujo tema comum e atual é a administração dos conflitos de massa, buscamos pontuar alguns aspectos relevantes das ações coletivas de consumo, a seguir relacionados:

1. Ações coletivas e a cultura do individualismo

O Conselho Nacional de Justiça recentemente publicou relatório de pesquisa sobre o sistema judiciário, “Justiça em Números”, o qual aponta para a existência de mais de 90 milhões de ações tramitando em todo o país. Esse número estarrecedor reflete uma realidade conhecida dos operadores do direito: pautas lotadas de audiências, sessões de julgamento com centenas de processos, milhares de ações novas a cada dia, muitas sobre o mesmo tema, ajuizadas contra o mesmo réu. É o cenário de “massificação” da Justiça, que ocupa e preocupa aqueles incumbidos da sua administração.

Vive-se hoje, duas décadas depois da redemocratização do país, a consagração ampla do acesso à Justiça, com suas consequências para o bem e para o mal. O cidadão brasileiro encontra um Judiciário de “portas abertas”, ficando estimulada a litigiosidade por várias razões, dentre as quais podemos apontar o maior grau de conscientização dos direitos, a gratuidade garantida para hipossuficientes e no sistema dos Juizados Especiais, a proliferação dos cursos jurídicos, enfim, tudo convergindo para a avalanche de demandas que compromete a

qualidade e a viabilidade da prestação jurisdicional.

As propostas de solução são também bastante conhecidas: desjudicialização dos conflitos através de conciliação e mediação, súmulas vinculantes, reformas na lei processual para redução do número de recursos, estabelecimento de metas de produtividade, entre outras. A coletivização do processo, estranhamente, não tem sido apontada como instrumento de administração judicial, permanecendo tratada como um tema circunscrito a determinadas áreas, como a defesa do consumidor e a proteção do meio ambiente. Algumas hipóteses podem ser levantadas para explicar a não inclusão das ações coletivas no leque de alternativas que se apresentam para administrar a Justiça de massa. A mais provável, porém, é a sobrevivência do individualismo, no processo e na própria administração judiciária.

Decorridos mais de 30 anos desde a introdução do processo coletivo no ordenamento brasileiro, ainda se buscam prioritariamente soluções individuais para problemas coletivos. Este é um fato, que contraria e nega a realidade social.

Na sociedade de massa, onde os danos são de massa, o desafio de tornar acessível a prestação jurisdicional deve considerar a alternativa das ações coletivas e, em especial, as ações para tutela dos interesses individuais homogêneos, instrumento apto a reduzir a enxurrada de demandas indenizatórias que congestionam o Judiciário. Acesso à Justiça, demandas de massa e administração judiciária são abordagens de um mesmo fenômeno.

Embora tenhamos avançado na estruturação das instituições para atender a essa nova área de interesses, os metaindividuais, a cultura jurídica individualista sobrevive entre nós.

2. Direitos individuais homogêneos

Dentre as soluções mais eficientes para tratamento dos conflitos de massa, destaca-se a possibilidade de levar a juízo lesões de natureza individual, requerendo o autor ideológico as respectivas indenizações para prejuízos coletivamente causados.

Como se depreende da dicção da norma (art. 91 do CDC), trata-se de “ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos”, isto é, os titulares dos interesses individuais homogêneos são as vítimas de um mesmo fato, da mesma lesão. A lei consumerista ampliou o campo das ações coletivas, até então capazes de veicular somente pretensões de natureza coletiva, com a condenação a obrigações de fazer e não fazer. Ao criar o 3º tipo de interesse metaindividual, o CDC veio suprir uma insuficiência do sistema das ações coletivas. Com efeito, a lei passou a permitir a satisfação integral das vítimas de danos coletivos, pois, além da cessação da conduta, da nulidade das disposições abusivas e outras providências que tais, os consumidores puderam obter as respectivas indenizações pelos prejuízos individualmente sofridos, no mesmo processo da ação civil pública.

A boa nova é que mesmo sendo os lesados titulares de interesses individuais, sua proteção, não obstante esta natureza, pode ser deduzida coletivamente. Em razão desta peculiaridade, o procedimento das ações para tutela de interesses individuais homogêneos é dividido em duas fases distintas: a primeira, de conhecimento, é promovida pelo autor ideológico e termina com a fixação de uma indenização global, estimada segundo a gravidade do dano e o número de lesados; a segunda, de liquidação e execução, é proposta pelas vítimas individualmente, e termina com a condenação ao pagamento da indenização pelo prejuízo efetivamente sofrido, mediante a comprovação do dano e do nexos causal.

Após 25 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, a defesa em juízo dos interesses individuais homogêneos continua sendo palco de polêmicas em vários aspectos: a caracterização desse tipo de interesses, especialmente quanto à homogeneidade, a legitimidade do Ministério Público, a extensão dos efeitos subjetivos da decisão nestas demandas e sua efetividade. O problema mais grave, no que respeita à tutela dos interesses individuais homogêneos, talvez o mais grave da tutela coletiva em geral, é a baixa implementação dos direitos reconhecidos nas ações civis públicas.

Mesmo quando reconhecida determinada prática como violadora dos direitos dos consumidores e efetivada em larga escala, os fornecedores dificilmente são compelidos às restituições e indenizações a que são condenados. Trata-se de um “bom negócio”: os fornecedores lesam no atacado e indenizam no varejo.

Curiosamente, o índice de sucesso nas demandas coletivas propostas pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro é muito expressivo, segundo relatórios estatísticos do período de abril de 2010 a julho de 2012 cerca de 80% dos julgamentos são favoráveis ao MP, número que contempla todos os tipos de recursos e tanto a posição de recorrente como recorrido. Este número, porém, não se reflete no total de processos que chegam ao trânsito em julgado e efetivamente são levados à fase de execução, individual ou coletivamente, de forma subsidiária. O que se constatou é que somente as obrigações de natureza coletiva são implementadas, impulsionadas as execuções pelo MP.

Dentre as várias possíveis explicações para essa incongruência, apenas uma delas se mostrou passível de controle pelo autor coletivo: o acesso à informação. A tentativa de solução foi empreendida através do projeto “Consumidor Vencedor”, sistema hospedado no portal do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que dá ao público

acesso a informações sobre vitórias obtidas na defesa coletiva dos consumidores.

3. Desafios trazidos pelo novo CPC

Embora a nova lei processual não trate especificamente das demandas coletivas, seu caráter subsidiário em relação à disciplina do CDC torna mais do que oportuna a reflexão sobre alguns aspectos em que as duas leis concorrem na sua aplicação.

O novo CPC certamente não pretendeu instituir uma lei geral para as ações coletivas, porém o legislador de 2015 não foi indiferente à realidade massificada da prestação jurisdicional. Exemplo disso, o art. 333 do Projeto criava um incidente de conversão da ação individual em ação coletiva. O dispositivo mereceu da doutrina severas críticas e foi em boa hora vetado. Restaram, contudo, algumas contribuições interessantes e problemas graves, que devem ser desde logo enfrentados.

Dentre as regras que contribuem para o processo coletivo alcançar seu objetivo, concentrando e eliminando as iniciativas individuais, destaque-se, o art. 139, X, que dispõe sobre os poderes do juiz; o art. 138, que trata da figura do *amicus curiae*; e o §º1 do art. 373, que cria para o julgador a faculdade de atribuir diversamente o ônus da prova, para citar apenas algumas.

Uma das características marcantes da Lei n. 13.105 é a preocupação com a administração judiciária, o que se constata pela acolhida que tiveram os meios alternativos de solução de conflitos. A regra do art. 334, que prevê a realização de audiência de conciliação ou de mediação, tem aplicação às demandas coletivas, porém deve ser interpretada em harmonia com mecanismos próprios de solução extrajudicial, em

especial, o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no art. 5º §6º da Lei n. 7.347.

Seguindo a mesma linha de preocupação com a massificação dos conflitos, previu o legislador a possibilidade de instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, no art. 976 e seguintes, no livro III (parte especial) que tratou dos processos nos tribunais. Considerada uma das mais importantes inovações do Código, o instrumento já é conhecido no processo dos tribunais superiores, tendo sido introduzido pela reforma de 2008 no art. 543-C.

A nova lei processual concedeu simultaneamente às partes, ao juiz, ao MP e à Defensoria Pública a legitimidade para requerer ao Presidente do Tribunal a instauração do incidente nos casos em que estiverem presentes os seguintes requisitos legais: efetiva repetição de processos que possuam questão jurídica controvertida comum e “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (art. 976, I e II). O efeito prático que se segue ao deferimento do pedido com a admissão do incidente é a suspensão de todos “os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região” (art. 982, I). Tal suspensão pode ser estendida até mesmo a todo o território nacional, resultante de pedido formulado por qualquer dos legitimados e dirigido aos tribunais superiores (art. 982 §3º). A questão controvertida comum a todos eles será então conhecida e julgada pelo órgão da Corte com competência para a uniformização de jurisprudência, que fixará a tese jurídica que será aplicada “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito” e também aos casos futuros, nas mesmas condições (art. 985, I e II).

No aspecto puramente processual, não se sustenta a interpretação literal do art. 982 §3º do CPC. Por razões lógicas, não poderá haver identidade de pedidos entre uma ação individual e outra coletiva,

logo, a “questão controvertida” jamais será comum. O problema se agrava diante da constatação de que raramente haverá ações coletivas buscando a tutela de apenas um tipo de interesse. O que se verifica com frequência, ao contrário, é a cumulação de demandas num só processo, em que o autor ideológico busca a proteção de interesses de natureza coletiva e a satisfação de pretensões individuais, quando homogêneas, isto é, decorrentes de origem comum. Então, ainda que se admitisse a possibilidade (absurda!) de suspensão das ações coletivas pela admissão do incidente de demandas repetitivas, a providência jamais poderia alcançar as ações visando à tutela de interesses difusos e coletivos, interesses essencialmente coletivos para os quais não há, na lei brasileira, legitimados individuais.

Mais convincente ainda é a solução da questão à luz do direito do consumidor. O CDC, lei de proteção dos vulneráveis, cujas regras incidem somente sobre relações marcadas pela desigualdade entre as partes, sob pena de vulneração ao princípio constitucional da igualdade, tem seu campo de aplicação clara e estritamente definido por seus arts. 2º e 3º. Como parte integrante do sistema jurídico de direito privado, gravitando em torno da Constituição Federal, o CDC se relaciona com os demais diplomas sob várias formas ou diálogos. Os arts. 976 a 987 do CPC, que virão a instituir o incidente de resolução de demandas repetitivas, estariam, portanto, em diálogo de subsidiariedade com as normas do Título III do CDC, que tratou da defesa do consumidor em juízo. Isto significa que as regras que solucionam as questões de concomitância de ações individuais e coletivas (arts. 103 e 104 do CDC) continuam a incidir nas lides consumeristas e não podem ser afastadas pela superveniência da nova disciplina, que somente se aplica subsidiariamente.

O legislador de 2015, no afã de dar uma solução ao problema das

demandas de massa, criou uma inconstitucional, ilegal e desnecessária suspensão das ações coletivas, que, à primeira vista, poderia ocorrer por iniciativa exclusivamente individual.

Já tendo sido submetida a questão jurídica controvertida ao Judiciário na via da ação civil pública, mais sentido faria a adoção da solução oposta: suspender compulsoriamente as ações individuais que versassem sobre o mesmo tema. Desta forma estaria alcançado o objetivo de todo aparato processual que procura lidar com as demandas de massa: a resposta jurisdicional única, pondo fim às pretensões individuais, que estariam satisfeitas.

A comemoração dos 25 anos do CDC é um bom momento para pensar na consolidação das conquistas até então alcançadas, a qual depende da interpretação das regras do novo CPC conforme à Constituição Federal que, há mais tempo, elegeu a tutela coletiva como instrumento de acesso à Justiça. O constituinte de 1988, além de situar o princípio da dignidade da pessoa humana no ápice do sistema jurídico, ocupou-se também em torná-lo efetivo. Para tanto, consagrou, dentre os objetivos fundamentais da República, a solidariedade social como valor, subprincípio, vetor interpretativo (art. 3º, I). Esta opção constitucional revela, sem dúvida, a decadência das concepções do individualismo jurídico para regular os problemas sociais.

São estas, em síntese, as questões mais desafiadoras da tutela coletiva na atualidade, as quais merecem nossa atenção e certamente devem ser enriquecidas pelo debate e diálogo permanente entre as instituições.

BREVES CONSIDERAÇÕES DE ORDEM PRÁTICA SOBRE O AGRAVO DE INSTRUMENTO E O AGRAVO INTERNO NO CPC DE 2015

Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos

Diretor Geral do CEDES

Com a edição do CPC de 2015, os recursos de agravo de instrumento e agravo interno sofreram transformações, dentre as quais destaco e que serão objeto deste pequeno e despretensioso escrito:

a) no agravo de instrumento passou a caber sustentação oral, quando as decisões interlocutórias versarem tutelas de urgência ou de evidência (art. 937, inciso VIII, do CPC);

b) interposto o agravo interno, o relator intimará o agravado para apresentação de contrarrazões no prazo de 15 dias (art. 1.021, §2º, do CPC).

Em relação à questão da alínea “a”, cumpre indagar se, decidido monocraticamente o recurso e interposto agravo interno, haverá sustentação oral.

No tocante à matéria da alínea “b”, indaga-se quanto à obrigatória apresentação de contrarrazões pelo agravado, na medida em que o verbo utilizado pelo legislador está no futuro do presente (“intimará o agravado”), característica típica de norma imperativa.

Passa-se ao enfrentamento de cada questão.

Em relação à alínea “a”, cumpre registrar que a Súmula deste Tribunal, nos verbetes nº 58 (“somente se reforma a concessão ou indeferimento de liminar, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”) e 59 (“somente se reforma a decisão concessiva ou não da antecipação de tutela, se teratológica, contrária à Lei ou à evidente prova dos autos”) dispõem sobre a matéria, o que significa dizer que os agravos de instrumento interpostos contra decisões interlocutórias que versem tutela de urgência ou evidência poderão ser decididos monocraticamente pelo relator, na forma do art. 932, incisos IV, alínea “a”, e V, alínea “a”, do CPC, o que poderá ensejar a interposição de agravo interno. E dado que há previsão de sustentação oral no agravo de instrumento naqueles casos, poderá ser cogitada a possibilidade do exercício dessa prerrogativa processual do advogado no agravo interno.

Referida tese, contudo, não se sustenta. De fato, a utilização da sustentação oral no agravo interno foi expressamente vetada pela Presidência da República, conforme se verifica do art. 937, inciso VII, do CPC, sob o fundamento de que “a previsão de sustentação oral para todos os casos de agravo interno resultará em perda da celeridade processual, princípio norteador do Código, provocando ainda sobrecarga nos Tribunais”.

Quando o legislador quis manter a prática de tal ato no agravo interno, fê-lo expressamente, como se depreende do art. 937, §1º, do CPC, **verbis**:

“Art. 937. (...)

(...)

§3º Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no

agravo interno interposto contra decisão de relator que o extinga” (na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação)”.

Desta forma, incabível a sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão monocrática do relator, que nega ou dá provimento a recurso de agravo de instrumento manejado contra decisão interlocutória, que verse tutela de urgência ou evidência.

Passa-se ao exame da segunda hipótese atinente à obrigatoriedade de intimação do agravado para apresentação de contrarrazões em agravo interno.

Não obstante a norma que estabelece tal determinação vir no futuro do presente, o que a caracteriza, em princípio, como norma imperativa, referida disposição deve compatibilizar-se com o sistema das nulidades e o princípio da razoável duração do processo positivado no CPC (art. 4º), muito embora este Código, **d.v.**, burocraticamente, estabeleça diversas normas que procuram desmentir a adoção deste princípio, como é o caso da ampliação de vários prazos processuais e sua contagem em dias úteis.

Tentando acreditar que a positivação do princípio da razoável duração do processo seja “para valer”, cumpre examinar quanto à imperativa intimação do agravado para responder ao agravo interno.

E aí me vem à recordação uma época em que ainda exercia minhas funções como juiz de 1º grau, especialmente quando as demandas de despejo eram abundantes, antes da edição da Lei nº 8.245/91, registre-se, um dos diplomas mais legais mais inteligentes que o legislador editou. Sua eficácia foi tão expressiva, que conseguiu desjudicializar quase todas as demandas fundadas em locação. Os pedidos de despejo, renovação de locação comercial, revisão de aluguel, etc,

desapareceram do cenário jurídico.

Mas a anterior e paternalista Lei nº 6649/79 impunha a deflagração de todas aquelas demandas, que sumiram do cotidiano forense após a edição da Lei nº 8.245/91.

Dois grandes magistrados, a quem tive a honra de substituir, os eminentes Desembargadores Nilton Mondego de Carvalho e Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz, ambos com grande espírito prático, resolviam no prazo de 20 ou 30 dias as demandas de despejo, ainda que suscitadas preliminares na contestação, absolutamente infundadas, pois prolatavam a sentença, sem ouvir o autor, rejeitando-as, e julgavam procedente o pedido, fundado na inexistência de prejuízo. O pronunciamento do autor sobre as preliminares suscitadas na contestação poderia ser apresentado nas razões de apelado.

A situação do agravo interno, *mutatis mutandis*, é a mesma. Se não entrevisto prejuízo para o agravado, o relator poderá incluir o processo em pauta sem intimar o agravado e, negado provimento ao agravo interno, o agravado irá pronunciar-se, se interposto recurso especial ou extraordinário, nas razões de recorrido.

Em outros termos, se o relator não vislumbrar a existência de prejuízo, deverá dispensar as razões de agravado em nome da economia processual e da razoável duração do processo, incluindo, de imediato, o feito em pauta.

Veja-se que não há prejulgamento, pois vislumbrar não constitui um juízo de certeza e, verificando até o julgamento, a possibilidade de prejuízo para o agravado, com provimento do agravo interno, deverá retirar o feito de pauta e ouvi-lo.

Se não for assim, haverá prejulgamento, também, previsto no próprio CPC, porquanto na hipótese de embargos de declaração com efeitos infringentes é facultativa a intimação do embargado, que só ocorrerá caso o eventual acolhimento dos embargos “implique a modificação da decisão embargada” (art. 1023, §2º, do CPC).

Quer isto dizer que:

a) não há sustentação oral em agravo interno interposto contra decisão monocrática do relator que negue ou dê provimento a agravo de instrumento, que verse tutela de urgência ou da evidência;

b) não é obrigatória a apresentação de razões de agravado no agravo interno, salvo se o relator perceber a possibilidade de prejuízo para o agravado.

OUTROS ESCRITOS



DEZ ANOS DE LRF

Desembargador Antônio Carlos Esteves Torres

Diretor Adjunto do CEDES

Cumprida a primeira década de vigência da Lei de Recuperações e Falências, Lei nº 11.101/2005, analistas e aplicadores do diploma legal estão em procedimentos de revisão dos resultados alcançados até agora. A nova Lei, que veio substituir o DL nº 7.661/45, LF, vetusto estatuto da quebra, cujas finalidades se exauriram ao longo dos sessenta anos de efetiva aplicação, inaugurou uma nova fase do direito empresarial brasileiro.

Entre as duas leis, mediaram mudanças traumáticas da história brasileira, desde o suicídio de um Presidente, às alterações no regime político, às experiências econômicas que, todas, lançaram o caminho das transposições irreversíveis, seja com a mudança da capital do Brasil, para o Planalto Central, seja pelo movimento militar de 1964, até o efetivo *impeachment* de um Chefe do Poder Executivo, e a ameaça de repetição do remédio constitucional dos dias de hoje.

Neste ínterim, a economia do país saltou do campo para as fábricas urbanas, as relações entre os atores do cenário em que os meios de produção se agitam se alteraram grandemente, a tecnologia mudou o palco das ações e comportamentos.

Para este resumo da vida nacional, seria mais do que compreensível que as novas facetas socioeconômicas exigissem a modernização

do ordenamento jurídico, com o objetivo de amoldá-lo às práticas modernas.

Em grandes linhas, a denominada LRF, doravante assim referida, deu nova configuração ao tratamento destinado a situações de dificuldades financeiras das empresas. Se, como se depreendia da LF, como era conhecida, o artigo inaugural do texto legislativo considerava falido, quem não pagasse no vencimento, ou se dedicasse a manobras fraudulentas em detrimento do crédito, incluindo a convocação de credores para propostas remissivas ou cessionárias, hoje, as disposições vigentes, em franco desvio filosófico da matéria, iniciam pela recuperação da empresa, demonstrada, desta forma, a finalidade preservativa das organizações do gênero. Agora, a convocação dos credores, para concretizarem sua participação no procedimento, é acolhida pelo próprio juiz (art. 52, §1º, II, LRF). Em suma, a falência passa a figurar como remédio extremo, após a tentativa recuperatória, quando se demonstra viável.

O histórico dos episódios de quebra é repleto de exemplos marcantes. Há casos notórios e outros tantos não tão conhecidos ou importantes, mas, de toda sorte, componentes do cenário econômico de qualquer país. São múltiplas as causas que levam empresas à falência, de má gestão, aos processos de competição desleais ou, mesmo sem deslealdade, com a supremacia do domínio tecnológico, nem sempre alcançado. Assim ocorreu com grandes expoentes do mundo têxtil do Brasil, Nova América, América Fabril, por exemplo. Políticas vacilantes de governo também influenciam o comportamento empresarial. Para este vasto universo, má gestão, impossibilidade de acompanhamento tecnológico, competição acirrada e falta de apoio oficial, servem de demonstrativos exuberantes vivências como as das companhias aéreas, desde a Panair, cujo fim se deu em meados da década de sessenta do século passado, até a Varig, cujos

atos finais têm epílogo ainda em cena.

As duas companhias, Panair e Varig, fazem parte de nosso panorama econômico. Entre elas, dois pontos em comum: gestão claudicante e intervenção governamental. Como se vê, embora importantes, os dois fatores independem da mudança da filosofia legislativa. O mau sucesso poderia ocorrer com ou sem o regime recuperatório atual. No entanto, sem sombra de erro, com a tendência preservativa da empresa ora vigente, talvez a Panair pudesse ter sobrevivido.

As disposições legislativas que vigem para recuperação e falência configuram exercício de organização da ambiência empresarial, adequando-a a critérios filosóficos e operacionais condizentes com a realidade atual. Como já se especificou, a mudança conceitual do universo falimentar cedeu lugar à dinâmica recuperatória. Percebe-se que a recuperação, topicamente, antecede a destinos falenciais, na Lei nº 11.101/2005. A recuperação judicial, como se extrai do art. 47 da LRF, tem por objetivo viabilizar se supere situação de crise econômico-financeira do devedor, com o fito de permitir a manutenção de fonte produtora, do emprego de trabalhadores, interesses dos credores, promovendo a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

A nova ordem filosófica marcha de mãos dadas com mecanismos - ainda que existentes na legislação anterior - a que se atribui contextura mais técnica e visível. Ontologicamente, o síndico da massa falida e o comissário da concordata faziam a mesma coisa: administravam a realização das etapas correspondentes a cada regime. É só reler os artigos 59 e 161, §1º, IV, do Decreto-lei revogado. Assim, a nova lei convolveu esses papéis na figura do administrador judicial, como se observa do art. 21, da LRF.

As leis em geral, após a sua edição, ganham vida própria. Os especialistas identificam a metamorfose da ideia do legislador e os fins da lei. *Mens legislatoris, mens legis*, dizem. Essas duas lâminas nem sempre se ajustam. O legislador já quis tabelar os juros em 12% ao ano, o que consistia em grossa agressão ao mundo da matemática financeira, no tocante à realidade operacional do que o simplório néscio reconhece apenas como preço do dinheiro. A mais alta corte do país teve de intervir, para evitar que a cincada provocasse danos às relações econômicas.

A aplicação da LRF, no encontro material com os fatos, também oferece alguma dificuldade. A qualificação técnica dos administradores e a impossibilidade de empresas em recuperação ou em estado pré-falencial arcarem com honorários naturalmente altos, ainda mais quando a opção recai sobre pessoa jurídica. Dificilmente, o magistrado tem condição de avaliar teórica e doutrinariamente a viabilidade recuperatória de um empreendimento, de modo a considerá-lo apto à tentativa de reestruturação. Releiam as exigências dos artigos 50 e 51, da LRF, para se ter a certeza de que só um experto poderá analisar balanços, balancetes, extratos de contas bancárias, para a conclusão de factibilidade. Planos de recuperação, com etapas tão complexas, ficam submetidos ao prazo de 60 dias, improrrogável, após o deferimento do processo recuperatório. Os juízes têm que se haver com a experiência acumulada no exercício da função, para tangenciar a esfera da tolerância, evitando a consequência maior, a decretação da falência. Conjuguem o comando do art. 60, combinado com o do art.141, § 1º, da LRF, e respondam à indagação que o Judiciário ainda se faz, de certa forma: tanto no processo de recuperação, quanto nos de falência, a venda de ativos, envolvendo filiais ou outras unidades, é possível liberar o adquirente de obrigações trabalhistas, como configurado naqueles artigos? Os magistrados laborais se opõem. O STJ tempera a determinação legal, possibilitando ao juiz o exame da possibilidade, casuisticamente.

A maior dificuldade na aplicação das disposições da LRF não está na mecânica de incidência aos fatos. A LRF foi elaborada para um cenário de possibilidade econômica. No momento nacional, no entanto, com inflação no segundo dígito, o câmbio instável, o desemprego em alta e o produto interno bruto em franca descensão, é pouco provável considerar viável planos de recuperação ortodoxos, mesmo dentro dos vastos critérios legais.

Como se viu, a recuperação judicial é um procedimento complexo, só admitido a quem tiver mais de dois anos de atividade regular; não tenha utilizado a mecânica há menos de cinco anos; não ter como sócio, pessoa condenada por crimes previstos na LRF. Todos os créditos se sujeitam a ele (art. 48 e 49, da LRF). A recuperação extrajudicial, embora exigindo o preenchimento das condições acima (art. 161, da LRF), proíbe antecipações de pagamentos desfavoráveis aos demais credores; impede o requerimento, na pendência de processo de recuperação judicial, exclui créditos provenientes de negociação fiduciária, envolvendo bens imóveis (art. 161, § 1º, da LRF). De toda sorte, exige-se a homologação judicial do acordo (art. 161, § 4º, da LRF).

Para que a fórmula fosse estritamente particular, sem a participação do Judiciário, a LRF previu a possibilidade de acordo privado, o que, diga-se de passagem, se envolvesse a totalidade dos credores, nunca foi objeto de impedimento.

A LRF ainda prevê, no art. 70 e seguintes, a recuperação de micro e pequena empresa, como definido em lei. As condições previstas no art. 53, da LRF, são reduzidas, e não acarretam a suspensão do curso prescricional, ou de ações de execução de créditos não abrangidos. Em recente alteração constitucional, LC 147/14, incluindo modificações na LC 123/2006 –Estatuto da Micro e Pequena Empresa e Regime do Simples Nacional –, introduziram-se adaptações para tornar materializável o

mecanismo para a espécie de atividade: a remuneração do administrador se limita a 2% do valor devido; institui-se uma nova classe de credores, no comitê; os credores trabalhistas deliberam sobre o plano; o prazo para requerimento passa a ser de cinco anos e não de oito; prazos para parcelamento são aumentados em 20%, além dos referentes aos da fazenda pública; admite-se a inclusão de todos os créditos.

Em termos gerais, a declaração de falência precede a verificação de alguma das seguintes situações: não pagamento de obrigação materializada em título; execução não paga, nem satisfeito o depósito ou nomeado bem à penhora; prática de atos prejudiciais ao quadro de credores (liquidação antecipada de ativos; uso de meios ruinosos ou fraudulentos para saldar débito; transferência de estabelecimento a terceiros, sem reservas, para solver o passivo; ausência do devedor, sem deixar representantes; operações em fraude, nas negociações societárias; descumprimento de plano de recuperação judicial). É, mais ou menos, o mesmo conjunto a que se referem os artigos 1º e 2º da antiga LF. Mantém-se a possibilidade da autofalência (art.8º, LF, e 97, I, LRF). A falência continua a ser o que sempre foi, a quebra. O processo é para a garantia dos credores e da denominada *par conditio creditorum*, a manutenção da igualdade de tratamento entre os credores de uma mesma categoria.

Guardadas as devidas proporções, constituíram as principais modificações introduzidas no processo falimentar, além da consequência pelo não cumprimento do plano de recuperação, reorganização das funções do administrador (o síndico, anterior), o remanejamento da classificação dos créditos, com a prevalência do crédito trabalhista. Mas a ontologia do procedimento não sofreu alterações: decreta-se a falência pelo descumprimento das obrigações assumidas na medida recuperatória (art. 73, da LRF), a exemplo do que ocorria com o não cumprimento da concordata (art. 175, §1º, da LF).

No mais, o administrador arrecada bens e documentos (art. 108, LRF), como o fazia o síndico (art. 70, LF), especificados os efeitos quanto à pessoa do falido, cuja perda da capacidade para exercer atividade empresarial (art. 102, da LRF) é especificada. Essas limitações no seio da LF eram difusas e exigiam interpretação do art. 34.

As novas disposições processuais, cujo diploma legal, Lei nº13.105 de 16 de março de 2015, entrou em efetivo vigor neste último dia 18 deste mês de março de 2016, passaram a ser aplicadas supletivamente aos procedimentos regulados na LRF, como se depreende dos artigos 189, da LRF, e 1.046, §2º, do Novo Código de Processo Civil.

RECUPERAÇÃO JUDICIAL E TRAVA BANCÁRIA.

LIBERAÇÃO. QUESTÃO TORMENTOSA QUE TRAZ REFLEXOS NO MERCADO. DECISÕES SUPERIORES QUE ANALISAM A QUESTÃO. TEMPERAMENTO DA ANÁLISE POR OCASIÃO DA DECISÃO QUE A ENFRENTA. EQUALIZAÇÃO DE VALORES CONSTITUCIONAIS.

Luiz Roberto Ayoub

Juiz de direito

Como de conhecimento geral, a lei 11.101/05, integrante do sistema da recuperação judicial, traz enormes desafios que o tempo será o responsável por dar a solução correta, mormente tratando-se de uma legislação pintada em tintas jurídicas e econômicas que têm reflexos imediatos e importantes na economia do país.

Dentre as várias questões que estão sendo objeto de discussões junto aos tribunais superiores, a trava bancária igualmente se destaca, porquanto diante de uma proibição em sua liberação, a matéria que, inclusive, foi afetada à Corte Especial do Eg. Superior Tribunal de Justiça, é de tamanha a sua importância.

Porém, como dito anteriormente, as questões descritas numa jovem legislação necessitam de muito debate e amadurecimento para que, assim, se chegue ao ponto desejável no tocante à correta interpretação e, como consequência, a aplicação ao caso concreto.

No tocante, especificamente à trava bancária, é preciosa a lição do eminente Ministro Luiz Felipe Salomão ao dizer:

“A matéria em exame é de extrema relevância, porquanto gravitam em torno dela dois interesses em conflito: o da sociedade em recuperação judicial e o do credor, instituição financeira, que recebeu títulos de crédito em garantia fiduciária de contrato de abertura de crédito. Cumpre ressaltar, para logo, que, em se tratando de recuperação judicial, o interesse imediato de entrada de capital no caixa da empresa, notadamente quando tal providência testilha com direitos de credores eleitos pelo sistema jurídico como de especial importância.”

E continua:

“Isso porque, as garantias conferidas aos credores, principalmente instituições financeiras, forem gradativamente minadas por decisões judiciais proferidas pelo juízo da recuperação, é a própria sociedade em recuperação que poderá sofrer as consequências mais sérias, como, por exemplo, não conseguindo mais crédito junto ao sistema financeiro.

Por isso a importância de que as decisões judiciais proferidas no âmbito da recuperação judicial devem, sempre e sempre, ser precedidas de uma detida reflexão acerca de suas reais consequências, para que não se labore exatamente na contramão do propósito da preservação da empresa. Por outro lado, em razão da importância do crédito bancário, seja para empresas em normal situação financeira, seja para aquelas em recuperação judicial, é absolutamente justificável o tratamento conferido pelo legislador às instituições financeiras no âmbito do processo recuperacional — a chamada trava bancária na recuperação judicial. Com efeito, até

mesmo pela teleologia da exclusão de certos créditos do processo de recuperação, não tenho dúvida em afirmar que o credor garantido por cessão fiduciária de direitos creditórios enquadra-se na regra própria aplicável ao “credor titular da posição de proprietário fiduciário” a que se refere o art. 49, § 32, da Lei, nos termos do que propugna o voto proferido pela Sra. Ministra Isabel Gallotti, permitindo a conclusão de que o credor garantido por cessão fiduciária de crédito também “não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais”.

Ainda:

“Alguns advogados de sociedades empresárias recuperandas procuram levantar a “trava bancária” do art. 49, § 32, da LF, sob o argumento de que a cessão fiduciária de direitos creditórios não estaria abrangida pelo dispositivo porque este cuida da propriedade fiduciária de bens moveis e imóveis. Esse argumento procurava sustentar que na noção de bens somente poderiam ser enquadrados as coisas corpóreas. Não vinga a tentativa. Os direitos são, por lei, considerados espécies de bens móveis. Confira-se, a propósito, o art. 83, III, do CC. Nesse dispositivo, o legislador brasileiro consagrou uma categoria jurídica secular, a dos bens móveis para efeitos legais”.

Para tanto, veja-se a doutrina a respeito do tema:

“Se a lei quisesse eventualmente circunscrever a exclusão dos efeitos da recuperação judicial à titularidade fiduciária sobre bens *corpóreos*, teria se valido dessa categoria jurídica, ou mesmo da

expressão equivalente “coisa”. Enquanto “bens” abrange todos os objetos suscetíveis de apropriação econômica, “coisa” restringe-se aos bens corpóreos (COELHO. Fábio Ulhoa.

Comentários à lei de falência e de recuperação de empresas. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 194-195)”.

Insistindo nas palavras do Ministro Salomão, importante destacar:

“Porém, a mesma largueza interpretativa - sob pena de possível incongruência hermenêutica - é de ser conferida a todo o dispositivo, precisamente a sua parte final, que visa a equacionar os interesses do credor e da empresa em recuperação e restringe a satisfação do crédito - mesmo que não participante da recuperação -, quando tal providência puder comprometer o próprio funcionamento da empresa”.

Surge, daí, a questão central que se pretende submeter à reflexão de todos.

O direito creditório, tanto na doutrina como na jurisprudência, vem sendo tratado de forma a adequar-se ao § 32 do art. 49 da LF, de forma que, se essencial à atividade recuperacional, o juiz deve tê-lo em conta, mas com os cuidados que a hipótese reclama, na medida em que haverá um reflexo imediato na economia, especificamente no que diz respeito à taxa de juros.

É, pois, necessário muito cuidado ao tratar da questão, porque, como já dito anteriormente, há valores em aparente conflito: o direito de propriedade X o direito recuperacional. Agindo com acuidade, é possível equalizar o afirmado aparente conflito, evitando maltrato à economia e, ao mesmo tempo, permitir que a empresa, enferma,

receba valores necessários para o seu reerguimento.

Ainda sobre o tema, diz Salomão:

“parece mais adequado estabelecer que o alcance da exceção somente é perfeitamente compreendido com a leitura conjunta da parte final do § 3º do art. 49, segundo a qual, mesmo para os credores fiduciários, que têm seus direito de propriedade preservados, não se permite, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 42 do art. 62 desta lei, a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade.

Os “atos de expropriação que importem providência expropriatória devem ser sindicáveis pelo juízo da recuperação”.

Com tais argumentos, fácil chegar-se á conclusão de que todos, até mesmo o fisco, devem, de alguma forma, submeter-se aos efeitos da recuperação, porquanto há, neste caso, uma espécie de solidarização do prejuízo, em busca de um bem maior e que a todos interessa, qual seja, a preservação da empresa e, com isso, todos os consectários que dela decorrem.

Com as premissas ditas anteriormente, o Ministro Luiz Felipe Salomão em arremate chega-se à seguinte conclusão:

“Assim, reconheço que o crédito garantido por cessão fiduciária de título não faz parte do Plano de Recuperação Judicial, mas sua liquidação deverá ser sindicada pelo juízo da recuperação, a partir da seguinte solução:

Os valores deverão ser depositados em conta vinculada ao juízo da recuperação, os quais não serão

rateados para o pagamento dos demais credores submetidos ao Plano; (ii) o credor fiduciário deverá pleitear ao juízo o levantamento dos valores, ocasião em que será decidida, de forma fundamentada, sua essencialidade ou não — no todo ou em parte — ao funcionamento da empresa; (iii) no caso de os valores depositados não se mostrarem essenciais ao funcionamento da empresa, deverá ser deferido o levantamento em benefício do credor fiduciário”.

A tarefa seguinte, e, penso de maior complexidade, diz respeito ao percentual que se imagina necessário para permitir a reorganização empresarial, definindo-se um prazo para, posteriormente, devolver-se o crédito ao seu verdadeiro proprietário, equalizando-se, assim, o direito de propriedade e o direito da empresa de se reerguer.

Pois bem: sempre defendi, e agora, com o tempo, o faço com maior segurança, que o papel do Administrador Judicial é muito mais amplo do que as atribuições contidas no art.22 da lei especial, de modo a entendê-lo como um rol meramente exemplificativo. É ele, o Administrador Judicial, quem terá as melhores condições, dada a sua formação multidisciplinar — pelo menos é o que se deseja haver — definir, após exame de cada caso concreto, qual o valor mínimo necessário para que a empresa desempenhe o seu papel e que permita se reestruturar e, ainda, qual o tempo indispensável para tanto, para, renovo, devolver-se ao credor o seu direito.

Aqui, fixadas as premissas firmadas pelo eminente Ministro Salomão, permito-me fazer menção à recente decisão que trata da matéria, na qual tive a oportunidade de lança-la, ouvindo, antes, a opinião do Administrador Judicial.

E assim foi:

“Fls , - Nos termos do que já decidido pelo Eg. STJ, no REsp. 1.263.500 —ES, a hipótese ventilada não se submete aos efeitos da recuperação judicial, havendo, para tanto, a preocupação do impacto econômico decorrente de eventual autorização judicial.

Contudo, sempre respeitando decisões superiores, este juízo acolhe a posição adotada pelo eminente Ministro Luiz Felipe Salomão, no sentido de alargar a interpretação da norma contida no § 39 do art. 49 da LRF, equacionando os interesses do credor e da empresa em recuperação, sob pena de inviabilizar o processo de reorganização empresarial, equilibrando todo o sistema.

Para tanto, em atenção à orientação firmada pelo eminente Ministro Salomão, autorizo a liberação de 20% do total dos créditos que se encontram ao abrigo da trava, observando-se a necessidade de abertura de conta judicial vinculada a este juízo, com o objetivo de evitar a diluição do referido crédito, para que não haja pagamento a outros credores submetidos ao plano.

No prazo de 120 dias, a recuperanda deverá demonstrar a utilização do crédito exclusivamente destinado ao processo de recuperação empresarial, ocasião em que o juízo decidirá pela restituição do crédito ao autor fiduciário ou, a depender da situação da época, a prorrogação da liberação da trava.

Afinal, todo processo de recuperação pressupõe que parcela de todos os créditos sirvam para salvamento da empresa que, em última análise, a todos interessa. É oportuno dizer que até o fisco, segundo reiteradas

decisões de nossa jurisprudência, tem se submetido a essa espécie de socialização, valendo lembrar que o 51.1, no AgRg no CC nº 119970 e no CC 115275, já decidiu que permitir a imediata execução de seus créditos representa, por via oblíqua, o insucesso da reorganização empresarial, motivo pelo qual a mesma jurisprudência esclarece não ser possível exigir certidões negativas, enquanto não editada a lei do parcelamento dos débitos fiscais, noticiada pela lei Complementar nº 118/05 que, ao lado da lei nº 11.101/05, formam o sistema recuperacional.

Ante o exposto, defiro em parte a pretensão da recuperanda, observando-se as condições impostas na presente decisão”.

Enfim, com a brevíssima exposição, a pretensão é a de provocar uma reflexão sobre importante tema que traz reflexos na economia do país, sendo de vital importância a participação do Administrador Judicial para, como auxiliar do juiz, trazer luzes que o auxiliem a encontrar um valor que seja útil à empresa, sem comprometer o mercado, equalizando, portanto, valores de suma importância para todos os cidadãos.

PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Maria da Penha Nobre Mauro

Juíza Titular da 5ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. UMA VISÃO DIANTE DO REGIME DA LEI Nº 11.101, DE 09/02/2005.

A Recuperação Judicial é uma novidade no direito pátrio, criação da Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, sucedânea do famoso Dec. Lei nº 7.661, por quase sessenta anos o regulador da insolvência no Brasil. Nada tem a ver com a concordata, apenas um modo concessivo de moratória em “favor legal”, de triste memória.

A Recuperação Judicial é um instituto rigorosamente afinado com o espírito e a modernidade da Lei nº 11.101, cujo escopo é a proteção da empresa viável, assim equidistante da teleologia do Decreto-Lei nº 7.661, de perfil voltado para a eliminação do comerciante infeliz.

A Nova Lei adveio alimentada na legislação europeia, predominantemente a francesa, com alguma incursão no sistema norte americano, e representou inegável evolução no combate à crise e ao risco de insolvência da empresa e, como atalha CARLOS HENRIQUE ABRÃO (*in Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial*, vol. VI, RT, 2011, pág. 344), “a perspectiva segura oferecida ao empresário de boa fé, cuja honestidade representa a pedra angular da reorganização societária”.

A redução da burocracia e da onerosidade no procedimento da

recuperação, como na falência, aspecto esse configurador de outro dos princípios eleitos no parecer nº 534/2004 sobre o Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 71/2003, produzido na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, sob a relatoria do Senador Ramez Tebet, e assim por este parlamentar textualmente destacado em seu excelente pronunciamento, constitui uma das razões eleitas para a minimização da atuação do Ministério Público no processamento da Recuperação Judicial, a grande novidade da Lei nº 11.101.

Entre os 12 princípios que balizaram o PLC, 71, de 2003, que sucedeu ao PL 4.376 de 1993, origem da nova lei, encimado pelo da “Preservação da Empresa”, destacam-se os da “Celeridade e Eficiência dos Processos Judiciais”, “Participação Ativa dos Credores” e o da “Desburocratização da Recuperação”. Esses princípios encontram-se textualmente destacados no parecer do relator no Senado, ao qual acabei de referir-me.

Estando em termos a documentação apresentada, o juiz defere o processamento da recuperação e nomeia o administrador judicial, somente após mandando intimar o Ministério Público – apenas intimar. E só.

Como observa MANOEL AFONSO, *in* Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial, vol. VI, pág. 215, RT, 2011, o bom êxito da Lei de Falências, além dos juízes – como apregoara CARVALHO DE MENDONÇA – “depende-se-á da boa vontade dos credores, via assembleia geral, da sensibilidade e lucidez do comitê e muito especialmente do tirocínio, capacitação técnica, seriedade e perícia do administrador judicial”.

PAULO ROBERTO COLOMBO ARNOLDI, Professor de Direito Comercial na Universidade de Ribeirão Preto, escrevendo na coletânea acima indicada, comemorativa dos 100 anos da RT, vol. VI, pág. 258, e

sobre analisar do ponto de vista econômico e jurídico a Lei nº 11.101 de 2005, observou:

“Os avanços foram significativos, pois se afastou a ideia de conflito, que deve ser solucionado no âmbito judicial, para se dar mais poderes aos credores, como sendo as pessoas mais indicadas para decidir sobre a análise e viabilidade do plano de recuperação proposto pelo devedor. Atribui-se uma feição mais de caráter privado, com uma maior conotação econômica e menos processualística, de caráter liquidatária solutória”.

E ao indicar as principais inovações da Lei nº 11.101, afirma: *“Inova em relação à legislação de 1945, restringindo a participação do Ministério Público aos casos de apuração de delitos, omissão da lei ou interesse público.”* (ob. cit., pág. 261)

RUBENS APPROBATO MACHADO, coordenador da Comissão do IASP que, apreciando minuta de anteprojeto de autoria do Ministério da Justiça, apresentou, em 26/9/1991, um trabalho com 172 artigos, do qual muitas sugestões acabaram aproveitadas na elaboração do anteprojeto do Executivo que resultou no Projeto de Lei 4.376/1993 e, enfim, no PLC 71, de 2003.

Do artigo doutrinário publicado na coletânea acima evocada, em coautoria com MARIA ODETE DUQUE BERTASI e LÍDIA VALÉRIO MARZAÇÃO, focalizando justamente o projeto 71, bem se extrai esta significativa constatação:

“A intervenção do Ministério Público não é obrigatória na ação de recuperação judicial, segundo o artigo 4º do Projeto, que dispõe, no entanto, que o juiz, ato contínuo ao recebimento

do pedido de recuperação, deverá determinar a intimação do membro do Ministério Público, que poderá intervir quando constatado indício de crime, infração à Lei ou ameaça de lesão ao interesse público. A Constituição Federal expressa atribuição ao Ministério Público apenas onde houver nítido e incontestável interesse público.” (in Doutrinas Essenciais – Direito Empresarial – Arnaldo Wald, Organizador – Vol. VI, pág. 277/278, RT, 2011)

De ver, a restrição já constava mesmo do projeto da nova lei e se justificava plenamente diante da fisionomia imprimida à matéria falimentar cuja normatização viria atender aos reclamos dos tempos sobrevividos ao segundo pós-guerra, de economia globalizada e tendência voltada para a preservação da empresa como fonte de riqueza, de trabalho, emprego e tributos. Prestigiava-se a etapa de chance para a empresa em crise se restabelecer, com a adoção do instituto da recuperação judicial onde deviam predominar os interesses privados dos protagonistas, a valorização da participação dos credores, inclusive na área fiscalizatória, e da atuação do administrador judicial, tudo com a menor burocracia possível, visando, em suma, tornar célere o processamento regulado.

A opinião geral, em sede doutrinária, pois, é que o veto ao artigo 4º do Projeto aprovado acarretou uma diminuição da atuação do Ministério Público, especialmente no processamento da Recuperação Judicial.

Com efeito, o texto do artigo vetado era o seguinte:

“Artigo 4º. O representante do Ministério Público intervirá nos processos de recuperação e de falência.

Parágrafo único. Além das disposições previstas

nesta Lei, o representante do Ministério Público intervirá em toda ação proposta pela massa falida ou contra esta.”

Reproduzia-se aí a regra da intervenção obrigatória do Ministério Público em todo o processo falimentar, incluídas as concordatas e ações conexas, tal como figurava no artigo 210 do Dec. Lei nº 7.661.

Foi, exatamente, essa regra da obrigatoriedade de intervenção do órgão ministerial que o veto afastou em relação ao atual regime.

Daí, então, impõe-se a conclusão insofismável: com o veto presidencial ao art. 4º do Projeto, a intervenção do Ministério Público deixou de ser obrigatória, sob a égide da Lei nº 11.101, no processamento da recuperação e da falência.

Com efeito, na Mensagem nº 59/2005, a Presidência da República, no encaminhamento das razões ao veto parcial ao Projeto, afirmou estar decidindo “por contrariedade ao interesse público”.

No que respeita especificamente ao veto ao artigo 4º, essas razões são bastante claras, como podemos depreender da transcrição abaixo:

“O dispositivo reproduz a atual Lei de Falências – Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, que obriga a intervenção do Parquet não apenas no processo falimentar, mas também em todas as ações que envolvam a massa falida, ainda que irrelevantes, e.g. execuções fiscais, ações de cobrança, mesmo as de pequeno valor, reclamatórias trabalhistas etc., sobrecarregando a Instituição e reduzindo sua importância institucional”.

Segue a Mensagem de Veto ressaltando, e reproduzindo, a subsistência, no texto legislativo, de “hipóteses, absolutamente

razoáveis, de intervenção obrigatória do Ministério Público, além daquelas de natureza penal”, observando que, assim comunicado a respeito dos principais atos processuais, “nestes terá oportunidade de intervir”. E, em suma, adverte:

“Ademais, o Projeto de Lei não afasta as disposições dos artigos 82 e 83 do Código de Processo Civil – referência ao CPC de 1973, hoje correspondendo aos artigos 178 e 179 do estatuto processual de 2015, os quais preveem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo no qual entenda haver interesse público, e, neste processo específico, requerer o que entender de direito.”

Dessarte, o entendimento a professar-se, o posicionamento a firmar-se, diante desse cristalino quadro, é o de que, efetivamente, sob a égide da Lei nº 11.101, e diversamente da época da antiga Lei de Falências, não é obrigatória, como regra, a intervenção do Ministério Público em todos os atos do processamento da recuperação judicial, e mesmo da falência, salvo naquelas hipóteses especificadas no texto legal. Nada obstante, poderá o *Parquet* atuar sempre que sua participação se fizer necessária em virtude da existência de interesse público evidente, cumprindo-lhe demonstrá-lo perante o juiz natural da causa.

Segundo o sempre acatado jurista FÁBIO ULHOA COELHO, in Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas, Saraiva, pág. 30, 2005, as inúmeras manifestações reservadas ao Ministério Público, no sistema anterior, não se justificavam. ***“Serviam, na maioria das vezes, unicamente para retardar o andamento do processo. A cultura forense associada à sistemática da Lei de 1945 deve ser, por isso, diluída, de forma a prestigiar a atuação minimalista do Ministério Público prevista pela nova lei. Isso será bom para***

todos: otimização do tempo do promotor de justiça, menor demora no andamento dos processos de falência e de recuperação judicial, menos distorção às funções constitucionais do órgão.”

Do mesmo pensar JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADE SANTOS afirma que o Ministério Público não tem mais atuação obrigatória no processo de recuperação (Comentários à Lei 11.101/05, ed. Syslook, pág. 293, São Paulo, 2005).

Nos comentários aos artigos 1º ao 6º, NEWTON DE LUCCA, em obra coordenada por ele e por ADALBERTO SIMÃO FILHO (Comentários à Nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências, São Paulo, 2005, ed. Quartier Latin, pág. 101), manifesta idêntico posicionamento ao dizer que a redução do papel do Ministério Público, “em razão do veto presidencial, revelou-se de todo conveniente. É que o **andamento célere do processo, de um lado, e a natureza predominantemente privada dos interesses em conflito, de outro lado**, recomendavam a oitiva do Ministério Público somente nos casos expressamente previstos em lei e naqueles em que houver relevante interesse público.”

O Professor e Advogado em São Paulo, MÁRIO SÉRGIO MILANI, na obra “Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada”, Malheiros, 2011, referindo-se à redução das atribuições do Ministério Público e às hipóteses em que o órgão ainda deve intervir, transcreve, na página 75, esta passagem de NEWTON DE LUCCA:

“Verifica-se, dessarte, que o elenco – não obstante o veto presidencial (...) – continua bastante extenso. Como já tive oportunidade de destacar anteriormente (...), talvez devesse ser lembrada, um pouco mais, aquela lição de CARVALHO DE MENDONÇA, para quem, em rigor, a intervenção do Ministério Público deveria limitar-se à parte penal da falência!

Não me atreveria a chegar a tanto, por certo, mas já me satisfaria se o Ministério Público se ativesse ao balizamento constitucional dado pelo caput do artigo 127 – já de amplíssimo espectro –, isto é, ‘a defesa da ordem pública do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.’”

SEBASTIÃO JOSÉ ROQUE tem sobre o assunto entendimento bem rigoroso, qualificado até como radical, porquanto sustenta a total desnecessidade de intervenção ministerial nos procedimentos concursais, raciocinando que

“...no Direito de Recuperação de Empresas, em que as relações jurídicas foram estabelecidas entre partes com o mesmo poder de barganha, cada um podendo defender seus interesses sem a proteção do Estado. Que necessidade haverá pois da presença do Ministério Público se o Estado não participa dos procedimentos concursais? A favor de quem interfere o Ministério Público? Da empresa devedora? Dos credores? Ante essas dúvidas, parece ser dispensável sua presença.” (in Direito de Recuperação de Empresas, Ícone Editora, São Paulo, 2005, página 355)

CARVALHO DE MENDONÇA, nosso comercialista mór, é dessa corrente, como já o dissemos, na invocação de NEWTON DE LUCCA.

O abalizado MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, embora sem aplaudir o veto presidencial ao artigo 4º, e após elogiar a atuação do Ministério Público na aplicação da lei aos casos de falência fraudulenta, com o que estamos de plena concordância, assim se manifesta sobre a matéria:

“...o melhor entendimento, que trará maiores garantias à sociedade, é no sentido de que os três

procedimentos previstos nesta Lei (...) envolvem sempre o interesse público e, por isso, até por se tratar de situação de crise da empresa, poderá haver ameaça de lesão a esse interesse. Em consequência, sempre que necessário, o Ministério Público deve ser ouvido, zelando o juiz do processo para que os autos lhe sejam remetidos quando a situação, a critério judicial, assim recomendar.”

E prossegue o doutrinador paulista:

“É verdade que o veto concede ao juiz um poder de direção maior no processamento das ações, não sendo obrigado a necessariamente remeter os autos ao Ministério Público. Até porque – e nesse ponto a crítica era procedente – a constante remessa dos autos ao Ministério Público era motivo de maior atraso no andamento do feito.”

Enfim, refere-se ao entendimento de NEWTON DE LUCCA, reputando conveniente o veto, em benefício da celeridade processual.

Na obra produzida pela Editora Forense em 2006, coordenada pelo eminente PAULO PENALVA SANTOS, sob o título “A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas”, há um artigo do preclaro Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, que foi juiz empresarial e é especialista no assunto, no qual consta esse importante esclarecimento sobre o efeito do veto ao artigo 4º no processamento da recuperação judicial:

“O artigo 4º, que foi vetado pelo Presidente da República, mandava que houvesse intervenção do Ministério Público nos processos de recuperação e de falência, em todas as situações. A justificativa do veto foi a de que o Ministério Público já participa do processo, por força de vários dispositivos legais que determinam sua intimação. Houve uma significativa

diminuição da intervenção do Ministério Público. Antes de se deferir a recuperação, por exemplo, não participa o Ministério Público. Antes da decretação da falência, também não. Praticamente a função precípua do Ministério Público é fiscalizar a execução do plano de recuperação e a sua eficácia (idem com relação à falência), em segundo lugar a alienação do ativo, e em terceiro lugar, grosso modo, a função precípua da persecução criminal. Fora dessas hipóteses, não se vislumbra legítima a intervenção do Ministério Público, seja para recurso ou para requerimento nos autos da Recuperação e da Falência” (n.g.) (pág. 195 – Nota de rodapé 17)

Não esqueceu o ilustre Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO de lembrar: *“O legislador da Recuperação da empresa buscou simplificar o sistema de defesa e de impugnação das decisões na nova lei.”* (pág.202)

Participando da mesma obra doutrinária, JOSÉ DA SILVA PACHECO refere-se ao artigo 4º como supérfluo, entrevendo nessa qualificação o motivo suficiente para o veto presidencial, ainda que não fosse do gosto do ilustre jurista.

Na mesma toada, a obra “Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência – Teoria e Prática”, Forense, pág. 7, dos citados juristas PAULO PENALVA SANTOS e LUIS FELIPE SALOMÃO:

“Houve, também, substancial modificação no que tange à intervenção do Ministério Público, cuja atuação é limitada a alguns aspectos processuais da recuperação e falência, com ênfase na fiscalização para alienação de ativos e cumprimento do plano de recuperação. A sua função precípua, contudo, está na persecução criminal.”

Aliás, o entendimento de que a participação do Ministério Público não é obrigatória em todos os atos do processo de recuperação judicial foi ratificado recentemente pelo eminente Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, ao palestrar no Seminário “10 Anos da Lei de Recuperação e Falência”, ocorrido no dia 14 de agosto de 2015, na Sede da OAB/RJ.

Não posso deixar de mencionar o trabalho do Professor MÁRCIO SOUZA GUIMARÃES, membro do exemplar Ministério Público deste Estado do Rio de Janeiro, por muito tempo exercendo a Promotoria de Massas Falidas, o qual defende a necessidade de intervenção do *Parquet* em todos os passos do processo de falência e de recuperação judicial, nada obstante o veto presidencial ao artigo 4º. Esse trabalho pode ser visto na obra citada - “A Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas”, Forense, 2006, págs. 31 a 63.

Essa tem sido, aliás, a recomendação estratégica da maioria das Procuradorias Gerais de Justiça dos Estados, como, v.g., o da Procuradoria de nosso Estado do Rio de Janeiro.

O entendimento aqui esposado, embora sem ser unanimidade no mundo jurídico, conforme acabamos de ver, sobretudo em virtude do merecido prestígio do Ministério Público entre nós, bem como dos bons serviços em geral prestados pelos seus competentes membros e do movimento incessante de ampliar a sua esfera de atuação, o entendimento aqui esposado, repete-se, conta com forte respaldo também na jurisprudência, sobretudo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, nossa última instância em matéria infraconstitucional.

A propósito, vejamos o Recurso Especial nº 994.942 – DF (2007/0236789-2), interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e relatado pelo Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (Desembargador convocado do TJRS), em cuja decisão são invocados,

como precedentes, o Recurso Especial nº 996.264/DF, relator o Ministro SIDNEI BENETI, o Recurso Especial nº 996.264/DF, Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, e o Recurso Especial nº 867.128/SP, da mesma ilustre relatoria, nos julgamentos dos quais ficaram afirmadas as seguintes premissas:

“I - A nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/05) não exige a atuação geral e obrigatória do Ministério Público na fase pré-falimentar, determinando a sua intervenção apenas nas hipóteses que enumera, tendo-se em conta os interesses patrimoniais e disponíveis das partes;

II - O veto ao artigo 4º da Lei nº 11.101/05, que previa a intervenção do Ministério Público no processo falimentar de forma genérica, indica o sentido legal de reservar a atuação da Instituição apenas para momento posterior ao decreto de falência;

III – “Não subsiste, na legislação atual, norma cogente alguma que enseje, genericamente, a obrigatoriedade de intervenção ministerial” (in fundamentação da decisão proferida no REsp. 994.942 – DF);

IV – O interesse público que justifica a intervenção do Ministério Público nos procedimentos falimentares não deve ser confundido com a repercussão econômica que toda quebra compreende, ou mesmo com interesses específicos de credores trabalhistas ou fiscais.

V – Ressalva-se a incidência da regra geral de necessidade de intervenção do Ministério Público, mediante vista que o Juízo determinará, se porventura configurada alguma das hipóteses dos incisos do artigo 82 do Código de Processo Civil –

hoje correspondente ao art. 178 do estatuto de 2015, não se inferindo, contudo, a necessidade de intervenção “pela natureza da lide ou qualidade da parte” do só fato de se tratar de pedido de falência.

Referência necessária é de fazer-se ao voto da Ministra NANCY ANDRIGHI, mais uma vez merecidamente mencionada aqui, proferido em 2011, no julgamento do REsp nº 1.230.431 – SP, tendo sido acompanhado pelos Ministros MASSAMI UYEDA e PAULO DE TARSO SANSEVERINO, quando reafirmou entendimento já esposado, no sentido da não obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público no regime da Lei nº11.101, ficando a sua atuação restrita às hipóteses expressamente previstas em lei. E mais, assentou a eminente Relatora a inocorrência de nulidade, mesmo no caso de ausência de intervenção ministerial, se não ficar demonstrado efetivo prejuízo.

Aliás, essa posição, o Colendo STJ já adotara em outras ocasiões, mesmo com vista ao DL 7.661, aplicando os princípios da instrumentalidade das formas e o de *“pas de nullité sans grief”*, consoante se confere, e.g., nos REsp 840.401/GO, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, REsp 235.679/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, REsp 901.282/SP, Relator Ministro LUIZ FUX.

Vamos ver mais um julgado desse Egrégio Tribunal Superior. Refiro-me ao AgRg no Agravo de Instrumento nº 1.328.934 – GO, relatado pelo Ministro MARCO BUZZI, em cujo voto Sua Excelência reafirma, forte nos vários precedentes da Corte, a tese de que, “na vigência da atual legislação falimentar, a intervenção do Ministério Público só é obrigatória quando expressamente prevista na lei, não sendo plausível o argumento de que toda falência envolve interesse público a exigir

a atuação ministerial em todas as suas fases”. Nesse mesmo julgado aplicou-se mais uma vez o sobredito posicionamento sobre a questão da pronúncia de nulidade.

De ver ainda a referência, visível no ítem 3 da Ementa; à posição do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. A propósito, na seara da justiça estadual, o mesmo posicionamento podemos encontrar no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *in* Agravo de Instrumento 1.0024.07.463651-5/001, 1ª Câmara Cível, Relator Desembargador ALBERTO VILAS BOAS, 13/09/2007.

Também no Tribunal de Justiça do Paraná, no julgamento da Exceção de Suspeição nº 105.0315201, Relator o Desembargador Renato Lopes de Paiva, finalizado em 04/06/2014 (publicado o acórdão em 18/06/2015), ficou afirmado:

“Na égide do Decreto-Lei 7.661/45, em especial seu artigo 210, a previsão era a de que o Ministério Público participasse da ação falimentar em todas as suas fases.

No entanto, a partir da entrada em vigor da Lei 11.101/2005, tal regra foi alterada, passando a ser obrigatória a atuação do Ministério Público somente nos casos em que há expressa previsão legal.”

No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, onde a matéria não é pacífica, há um acórdão de 31/01/2007, no Agravo de Instrumento 20060020065270, Relator Desembargador JESUÍNO RISSATO, onde se reconheceu: ***“Inexiste nulidade na sentença que decretou a falência sem a manifestação prévia do Ministério Público, vez que a Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (Lei nº 11101, de 09.02.2005) não prevê a atuação ministerial na fase pré-falimentar.”***

No Tribunal de Justiça de São Paulo encontramos a questão bem debatida no julgamento do Agravo de Instrumento nº 463.512.4/9, Relator Desembargador LINO MACHADO, em cujo voto, após vislumbrar-se no objetivo da nova lei a “desjurisdicionalização” do processo falimentar, com destaque para os amplos poderes de fiscalização do Comitê de Credores, para a importância das atribuições do administrador judicial, para a força das decisões da Assembleia Geral dos Credores e para a relevância do controle judicial, conclui, reconhecendo, *litteris*:

“Clara a intenção do legislador objetivada nos termos da lei e no veto já referido de exigir apenas em pouquíssimas hipóteses a intimação do Ministério Público...”

No voto proferido no julgamento unânime do Agravo de Instrumento nº 531.020-4/3-00, ainda no pretório paulista, o relator, Desembargador PEREIRA CALÇAS, assim focalizou a questão em debate:

“... ao contrário da previsão do artigo 210 do revogado Decreto-Lei nº 7.661/45, que determinava a oitiva do representante do Ministério Público em todas as ações propostas pela massa ou contra ela, o veto ao artigo 4º da Lei nº 11.101/2005, cuja redação era similar à do artigo 210, afasta a determinação de participação do representante do “Parquet” em todas as ações em que a massa falida seja autora ou requerida. Apenas quando o juiz constatar que há algum interesse público ou da atividade empresarial em geral é que deverá intimar o Ministério Público para se manifestar nos processos de falência, recuperação judicial ou causas conexas a ela. Se não há exigência da participação obrigatória do Ministério Público em todas as ações judiciais em que a massa falida for autora ou

requerida, da mesma forma não é indispensável, nem cabível, a participação da referida instituição nos procedimentos de arbitragem em que uma das partes seja a massa falida”. (fls. 12/13 do voto do relator)

Importa trazer à colação, no mesmo passo, a decisão no Agravo de Instrumento nº 0150255-87.2011.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que o Tribunal de Justiça de São Paulo mantém-se no mesmo rumo, acerca do assunto, como se pode inferir da Ementa do Voto nº 22.629, do Relator Desembargador AROLDO TELLES:

“Recuperação Judicial. Exame dos requisitos positivos e negativos para processamento da medida. Intervenção do Ministério Público não prevista. Ausência de proibição que não a autoriza até para, mesmo sendo célere o pronunciamento, não atrasar a decisão culminante dessa fase.”

Os defensores da intervenção do Ministério Público nos processos falimentares, nada obstante o veto ao artigo 4º, apoiam-se na 2ª parte do inciso III do artigo 82 do CPC de 1973, *litteris*: “***...causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte”.***

Essa colocação, mesmo para os que a aceitam, precisa ser posta em termos, seja para temperá-la com a ressalva de que o interesse público, no caso, precisa ser demonstrado cabalmente, não sendo bastante a existência do processo de falência para configurá-lo, como ficou assente, entre outros, no julgamento do REsp 996.264/DF, STJ, relatoria do Ministro SIDNEI BENETI, DJe 03.12.2010. Seja para afastar a idéia de que o dispositivo daria base para a obrigatoriedade da atuação do *Parquet* em tais processos. Seja, ainda, para atentar-se ao advento do Novo CPC, cujo artigo 178, inciso III (correspondente ao 82,

III, do CPC de 1973) simplesmente não reproduz aquela parte final do anterior inciso III.

Do Portal do Superior Tribunal da Justiça datado de 18/12/2011, fls. 2, podemos extrair estas informações que bem denotam a consideração da Corte sobre o assunto:

“Com o advento da Lei 11.101, houve sensível alteração desse panorama – referência ao DL 7.661-, sobretudo ante a constatação de que o número excessivo de intervenções do Ministério Público vinha assoberbando o órgão e embaraçando o trâmite das ações falimentares. Diante disso, vetou-se o artigo 4º da Nova Lei de Falências, que mantinha a essência do artigo 210 do DL 7.661,, ficando a atuação do Ministério Público restrita às hipóteses expressamente previstas em lei.”

E referindo-se à excelente Ministra NANCY ANDRIGHI, noticia este excerto:

“Tendo em vista o princípio da instrumentalidade das formas, a anulação do processo falimentar ou de ações conexas por ausência de intervenção ou pela atuação indevida do Ministério Público somente se justifica quando for caracterizado efetivo prejuízo à parte”.

No Ministério Público do Estado de Minas constituiu-se comissão especial para apresentar “Proposta de Otimização da Intervenção do Ministério Público no Processo Civil”, valendo colher do relatório final a seguinte transcrição:

“Determinada por expressa disposição legal, a intervenção do Ministério Público como custos legis no processo de falência fundamenta-se no interesse público que existe a partir da decretação da quebra,

com a existência do concurso de credores.

Cabe indagar, contudo, qual seria o momento inicial de intervenção: quando do pedido pré-falimentar ou apenas após a decretação da quebra?

Muito embora haja entendimento em sentido oposto, a intervenção do Ministério Público deve-se dar tão-somente a partir da existência da execução concursal.

Com efeito, o pedido de falência não se confunde com o processo de falência – este, sim, de execução coletiva, quando emerge o interesse público e a obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público, por expressa disposição legal. Desse modo, entende-se que o órgão do Ministério Público deve atuar no processo falimentar somente após a decretação da quebra.

Registre-se que 71% dos membros da instituição pesquisados concluíram pela desnecessidade dessa intervenção”.

E ainda reconhece o *Parquet* mineiro, em face do texto da Lei nº 11.101 e do veto presidencial ao artigo 4º do Projeto, que a intervenção do Ministério Público restou obrigatória somente nos casos expressa e legalmente previstos.

De inegável importância, e bastante sintomática, a Recomendação nº 16, de 28 de abril de 2010, dispondo sobre a atuação dos Membros do Ministério Público como órgão interveniente no processo civil. O Conselho Nacional do Ministério Público, em decisão colegiada unânime, reconheceu e declarou ser “desnecessária a intervenção ministerial” em **“requerimento de falência ou de recuperação judicial da empresa, antes da decretação ou do deferimento do pedido.”** (Artigo 5º, inciso XIII)

Conclusão:

O que a Lei nº 11.101 não acolheu foi a regra da intervenção obrigatória do Ministério Público em todos os atos do processamento da Recuperação Judicial em especial. Mas, previu hipóteses, altamente razoáveis, em que essa intervenção se faz necessária, aí sim, sob pena de nulidade.

As situações são as seguintes:

I – pelo artigo 52, inciso V, o Ministério Público será intimado do deferimento do processamento da recuperação judicial já nomeado o administrador judicial. Essa disposição está reproduzida no artigo 99, inciso XIII, relativamente à decretação da falência do devedor.

II – pelo artigo 59, § 2º, o Ministério Público será intimado da decisão concessiva da recuperação judicial porquanto também ele ostenta legitimidade para recorrer;

III – pelo artigo 60, em combinação necessária com os artigos 142, § 7º, e 143, o Ministério Público deverá ser intimado da alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, se essa alienação estiver prevista no plano de recuperação aprovado.

O Ministério Público será sempre intimado em qualquer modalidade de alienação porque ele, ao lado dos credores e do devedor, pode impugnar a arrematação.

IV – pelo artigo 30, § 2º, o Ministério Público pode requerer a substituição do administrador judicial ou dos membros do Comitê, na eventualidade de

nomeação contra legem;

V – pelo artigo 154, § 3º, o Ministério Público deve ser intimado para manifestar-se sobre as contas do administrador judicial, podendo impugná-las.

Já no âmbito de falência, o processamento se mostra complexo, com atuação mais constante do *Parquet*, o que se explica pela predominância do interesse público nessa parte da Lei 11.101 e pelas previsões de condutas criminais na área falimentar. Importa ter sempre em mente que a forte atuação dos credores no processamento da recuperação, seja *per se*, seja via Comitê, faz o interesse privado ser proeminente na fase pré-falimentar.

O órgão ministerial atua na habilitação de crédito (artigo 8º) e no quadro geral de credores (artigo 19), podendo até propor ação ordinária para exclusão, reclassificação ou retificação de qualquer crédito, nas hipóteses mencionadas na lei.

É vero que o Ministério Público pode atuar, tanto no processamento da falência como no da recuperação judicial, independente de disposição requisitiva da legislação especial. Como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais, encontra legitimação na legislação infraconstitucional, artigos 82 e 83 do CPC de 1973, correspondendo hoje aos artigos 178 e 179 do Novo CPC.

Entretanto, para ser admitida essa intervenção sem o respaldo da Lei nº 11.101 é imprescindível que demonstre nos autos, cabal e objetivamente, perante o juiz do processo, a existência do interesse público invocado, da violação ou descumprimento da lei ou de conduta delituosa, não bastando a simples alegação da natureza falencial da ação, consoante já decidiu o STJ, convindo esclarecer, quanto ao

ponto, que a expressão “nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade das partes”, encontrada na 2ª parte do inciso III do artigo 82 do CPC de 1973, não foi repetida na redação do dispositivo correspondente do CPC de 2015, o artigo 178, inciso III.

Vamos caminhar para a finalização dessa modesta colaboração tomando de empréstimo a exortação de LUIZ ANTONIO SOARES HENTZ, doutor em direito e advogado em São Paulo, ao concluir artigo doutrinário sobre o tema, *litteris*:

“... deve-se ver que à comunidade jurídica cabe implantar o novo regime jurídico da falência e recuperação de empresas. Uma lei não se faz por si mesma. E menos ainda tem capacidade de sobrepor-se a arcaicos mecanismos processuais – que tem barrado, no país, a oportunidade de recuperação de empresas e dos próprios credores obterem satisfação de seus créditos – referência à concordata e à falência do DL 7.661. Os institutos, agora criados ou remodelados exigem compreensão de suas finalidades e aplicações. Isso somente será alcançado com disciplina, atenção e boa vontade.”

O SUPERENDIVIDAMENTO NA VISÃO DO JUIZ DE COMPETÊNCIA EMPRESARIAL

A incessante busca do equilíbrio entre os direitos dos credores e a preservação da empresa. Necessidade de construção de um modelo de análise.

Juiz Fernando Viana

O superendividamento constitui-se em matéria mais afeta às relações consumeristas, posto que ocorre quando da impossibilidade do consumidor, de boa fé, pagar suas dívidas.

O presente trabalho visa apenas inaugurar debate acerca da hipótese da empresa ou empresário devedor invocar, em seu benefício, eventual superendividamento para justificar o atendimento de requisitos legais que lhe permitam o soerguimento econômico, através do processo de recuperação judicial.

Os juízos que possuem, em suas funções jurisdicionais, a competência para ações de recuperação judicial e falência de empresas, se deparam com o desafio da busca do equilíbrio entre os interesses individuais frente a estruturas societárias em dificuldades econômicas (falidas ou em recuperação judicial).

A lei 11.101/05 positivou o princípio da preservação da empresa, trazendo ao regulamento brasileiro, o instituto da recuperação judicial. Da análise desta norma, **indaga-se até quando é possível sustentar o princípio da preservação da empresa como fundamento a fazer com**

que os credores se curvem a uma dilação de prazo para pagamento dos seus créditos, impedindo, muitas das vezes, o exercício individual da ação. A própria lei de recuperação de empresas normatiza um caminho que faz com que o **credor seja retirado do pensamento egocêntrico da satisfação do seu crédito para participação de uma forma coletiva de novação obrigacional junto ao devedor empresário.** Assim, por exemplo, na recuperação judicial, se suspendem o curso das ações e execuções, na forma do art. 6º¹, de modo a criar condições para que o devedor em crise, se reorganize e proponha através de um plano de recuperação judicial, condições para pagamento dos seus débitos em massa. Já na falência, na expressão utilizada por Carvalho de Mendonça, ao afirmar que a falência é um mar onde desaguariam todos os rios, leva à precisa conclusão de que somente resta ao credor sujeitar-se a um regime em que todos os outros também participam compulsoriamente, comprometendo o direito individual pela busca de uma tutela coletiva².

Porém, deve-se ressaltar que o que a lei falimentar atual preconiza como preservação de empresas **tem os seus claros limites impostos por ela. Ou seja, não se trata de um fundamento absoluto, circunscrito a idéia de que a preservação é o caminho, de modo a se estabelecer presunção inabalável de que deve o juiz adotá-lo a qualquer custo.** Não. O magistrado, antes de tudo, deverá analisar e se sensibilizar com os exatos limites da função social exercida pela

1 Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário. § 1º Terá prosseguimento no juízo no qual estiver se processando a ação que demandar quantia ilíquida. § 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

2 Art. 115. A decretação da falência sujeita todos os credores, que somente poderão exercer os seus direitos sobre os bens do falido e do sócio ilimitadamente responsável na forma que esta Lei prescrever

atividade em crise. **Não se trata de buscar definição do que é justo ou injusto, mas sim daquilo que é lícito ou ilícito.** Assim, pela redação do art. 47 da lei³, a preservação da empresa deve ser buscada quando exista possibilidade de (a) se manter a fonte produtora; (b) se manter o emprego dos trabalhadores e (c) preservar os interesses dos credores. Todos os requisitos acima são cumulativos e devem ser enfrentados pelo magistrado.

Quanto ao primeiro, “manter a fonte produtora”, deve-se analisar se a atividade exercida está de fato sendo executada, sem que isto provoque mudanças totais do objeto do devedor. Assim, se uma sociedade é constituída para exercer determinada atividade, porém propõe uma recuperação judicial e, antes mesmo de qualquer plano de recuperação aprovado, não mais exerce aquele objeto constante nos seus atos constitutivos, deve-se indagar: ***qual atividade que está em crise e precisa ser mantida?***

Quanto ao segundo requisito, “manter o emprego dos trabalhadores”, o juiz de competência empresarial, por certo, não irá julgar questões trabalhistas que, até por disposição da lei falimentar⁴, se mantém na jurisdição constitucional da justiça do trabalho. No entanto, um bom indicador da importância de se manter uma atividade em funcionamento é indagar **qual a sua relevância na geração de empregos diretos ou indiretos na região em que se localiza o estabelecimento do devedor em crise.**

3 Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

4 Art. 6º § 2º É permitido pleitear, perante o administrador judicial, habilitação, exclusão ou modificação de créditos derivados da relação de trabalho, mas as ações de natureza trabalhista, inclusive as impugnações a que se refere o art. 8º desta Lei, serão processadas perante a justiça especializada até a apuração do respectivo crédito, que será inscrito no quadro-geral de credores pelo valor determinado em sentença.

Por fim, cumulativamente aos demais, “a preservação dos direitos dos credores”, talvez o ponto mais nevrálgico desta análise. Por mais que possa parecer contraditório para aqueles que indevidamente assemelham a recuperação judicial à antiga concordata, a submissão dos credores ao processo de recuperação judicial pode se basear na busca pela satisfação do seu crédito, algo que poderia se tornar distante com a sua atuação individual ou submetido à drástica classificação dos créditos em um processo falimentar. Mas como afirmado acima, **a busca é pelo equilíbrio e não pela criação açodada de presunções que penderiam o peso da balança em benefício exclusivo de uma das partes.** Nas palavras de Scilio Faver,

“deve-se evitar não só o privilégio desmedido do devedor em buscar o instituto recuperatório, mas também repelir atitudes drásticas de certos credores que numa tentativa de satisfação do crédito não se preocupam com o bem maior de se manterem atividades empresariais rentáveis” (Curso de Recuperação de Empresas, Ed. Atlas, p. 7)

e ainda, continua o autor, deve ser buscado a

“efetiva participação dos credores nas assembléias, combatendo-se a terrível tradição brasileira de absenteísmo nos conclaves. De nada adianta um processo que visa à recuperação e preservação de atividades econômicas se não houver uma convergência, principalmente dos submetidos a essa recuperação com os integrantes e membros da recuperanda” (Curso de Recuperação de Empresas. Ed. Atlas, p. 10).

Algumas vezes, a própria lei cria situações que impediriam, em um cenário de interpretação literal, a própria recuperação judicial,

devendo o magistrado, sempre tendo em mente o preenchimento dos já citados três requisitos da preservação da empresa, redefinir a aplicação prática de certos preceitos. Basta ver que o STJ vem flexibilizando a aplicação de algumas regras, tal como a prorrogação do prazo de suspensão das ações e execuções⁵ e o impedimento de atos de constrição das execuções fiscais⁶, que por lei, continuam em andamento⁷.

Porém, diante do cenário econômico brasileiro, um dos grandes desafios ainda é a concessão de crédito ao empresariado, muitas das vezes formalizado através dos contratos de alienação fiduciária de recebíveis do devedor em crise. Pela atual legislação, os credores de alienação fiduciária não estão submetidos ao processo, podendo, por

5 Precedentes do STJ no sentido de que o decurso do prazo de 180 dias assinaldo no art. 6º § 4º não impõe a continuação das ações e execuções : AgRg no CC 127629/MT,Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO,Julgado em 23/04/2014,DJE 25/04/2014; RCD no CC 131894/SP,Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 26/02/2014,DJE 31/03/2014; AgRg no CC 125893/DF,Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 13/03/2013,DJE 15/03/2013; AgRg nos EDcl no Ag 1216456/SP,Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA,Julgado em 12/03/2013,DJE 21/03/2013; AgRg no CC 119624/GO,Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO,Julgado em 13/06/2012,DJE 18/06/2012; AgRg no CC 104500/SP,Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), SEGUNDA SEÇÃO,Julgado em 27/04/2011, DJE 02/06/2011; CC 112390/PA,Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO,Julgado em 23/03/2011,DJE 04/04/2011

6 Precedentes do STJ no sentido de que o deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos que importem em constrição ou alienação do patrimônio da recuperanda devem se submeter ao juízo universal.: EDcl no REsp 1505290/MG,Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA,Julgado em 28/04/2015,DJE 22/05/2015 AgRg no CC 136040/GO,Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZI, SEGUNDA SEÇÃO,Julgado em 13/05/2015,DJE 19/05/2015 AgRg no REsp 1519405/PE,Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA,Julgado em 28/04/2015,DJE 06/05/2015 AgRg no CC 133509/DF,Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, Julgado em 25/03/2015,DJE 06/04/2015 AgRg no CC 138836/SC,Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO,Julgado em 25/03/2015,DJE 30/03/2015 AgRg no CC 129079/SP,Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO,Julgado em 11/03/2015,DJE 19/03/2015 EDcl nos EDcl no CC 128618/MT,Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO,Julgado em 11/03/2015,DJE 16/03/2015 AgRg no REsp 1462032/PR,Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA,Julgado em 05/02/2015,DJE 12/02/2015 AgRg no CC 124052/SP,Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO,Julgado em 22/10/2014,DJE 18/11/2014 AgRg no REsp 1462017/PR,Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA,Julgado em 14/10/2014,DJE 12/11/2014

7 Art. 6 § 7o As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

isso, exercerem os seus direitos creditórios individuais, nos termos do art. 49 § 3º da lei. Recentemente o STJ, pontuou que os contratos de cessão fiduciária de recebíveis não estão submetidos por serem modalidade de alienação fiduciária:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO GARANTIDO POR CESSÃO FIDUCIÁRIA. NÃO SUBMISSÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTES.1.- Conforme a jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial, uma vez que possui a mesma natureza de propriedade fiduciária, podendo o credor valer-se da chamada trava bancária.2.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1326851/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, Dje 03/12/2013).

Ocorre que muito mais do que enquadrar tal contrato (muito comum na prática bancária) como fiduciário ou não, e portanto, submetido ou não à recuperação judicial, **é enxergar os reflexos que tal enquadramento pode trazer na aplicação do princípio da preservação da empresa.** Ora, uma vez atendidos os requisitos já enumerados acima, se colocaria uma empresa numa situação de insolvência, pelo fato de possuir grande parte do seu passivo nas mãos de credores bancários com contratos desta natureza? Como equilibrar tal questão com os interesses dos outros credores e trabalhadores que, conforme dito, vêm no processo, muitas das vezes, a solução para o recebimento dos seus créditos e a válvula de escape para um processo de falência?

Vários são os posicionamentos, como por exemplo, aqueles que

não enxergam na cessão fiduciária de recebíveis uma modalidade de propriedade fiduciária, dentre eles ALEXANDRE CAMARA, senão vejamos:

TJRJ. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 2009.002.01890. Rel. Des. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara. Direito empresarial. Recuperação judicial de empresa. Credor que se apresenta como proprietário fiduciário mas, na verdade, é credor pignoratício. Sujeição dos créditos garantidos por penhor ao processo de recuperação. Legitimidade da decisão judicial que autoriza o levantamento de metade dos recebíveis, liberando tais verbas do mecanismo conhecido como “trava bancária”. Aplicação dos princípios da preservação da empresa e da função social do contrato. Recurso a que se nega provimento

Ainda há os que, não obstante até reconhecerem o modal fiduciário, não se convencem de ser tal propriedade fiduciária aquela que estaria englobada no texto da lei falimentar que considera como credor excluído da recuperação. Nesta linha, mais uma vez, transcrevem-se as lições citado autor:

Deve-se, no entanto, ressaltar que numa visão sistemática da lei, percebe-se que o art. 49, par. 3º da LFRE, elenca aqueles credores proprietários de bens corpóreos, moveis infungíveis e/ou imóveis, sendo certo que o credor titular de cessão fiduciária de direitos creditórios, detém apenas a expectativa de usufruir tais direitos, figurando como bens moveis fungíveis. Além do mais, deve-se frisar que a norma não pode ser interpretada de maneira extensiva, já que pelo caput do art. 49 verifica-se que, salvo disposição expressa da lei em contrário, todos os

credores se submetem a recuperação judicial. Aquilo que se excepciona não poderá servir para ampliar o seu rol. Ainda mais, em se tratando da utilização da ferramenta de alienação fiduciária a ponto de criar um superprivilegio (análogo ao fisco na recuperação) em outra gama de credores. (Curso de Recuperação de Empresas, p.79, Ed. Atlas, 2014)

O que se percebe, ao final, é que torna-se indispensável a **razoabilidade** para se enxergar a necessidade e adequação da recuperação judicial aos interesses globais, e não apenas a interesses isolados.

A forma como o juiz de um processo enxerga o superendividamento poderá resultar na continuação de uma atividade econômica ou na decretação do seu fim. Em ambas as situações os reflexos não são apenas entre partes, ou processuais, são, como tudo, globais e transcendem as fronteiras de qualquer escrito.

De qualquer sorte, e concluindo, **não há como visualizar boa fé nas hipóteses de superendividamento do empresário, se a assunção das dívidas não estiver enraizada no atendimento aos três requisitos que informam o princípio da preservação da empresa.**

A contrario sensu, se a empresa se superendividar, não de forma deliberada, mas como meio de manter sua fonte produtora, preservar os contratos de trabalho e, notadamente, buscar a preservação dos direitos creditórios – a teor do art. 47 da LFR, o Juiz terá condições de presumir sua boa fé, e sopesar tal presunção na aplicação dos benefícios contemplados na lei.

A EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO PELA SATISFAÇÃO PARCIAL DO CRÉDITO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA

Maria Cristina de Brito Lima

Juíza Titular da 6ª Vara Empresarial

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: **1.** A figura do empresário no ordenamento jurídico brasileiro. **2.** Mitigação de riscos. **3.** A figura esteriotipada do empresário brasileiro. **4.** O papel do Estado neste contexto. **5.** Circunstância autorizativa da extinção das obrigações do falido pela satisfação parcial dos créditos. **6.** Conclusão

1. A FIGURA DO EMPRESÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

De acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406/2002), empresário é aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (artigo 966). Mas o que efetivamente está por trás deste perfil de quem exerce esta atividade profissional? Que figura é esta no contexto brasileiro? O que caracteriza este profissional? O que a sociedade espera dele?

O mestre Rubens Requião¹ destaca dois elementos essenciais para a configuração da figura do empresário: *(i) iniciativa* e *(ii) capacidade de assumir riscos*.

1 Curso de Direito Comercial Vol. 1 - 26ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

Em outras palavras, a *iniciativa* do empresário está caracterizada por sua competência para determinar o caminho a ser percorrido pela empresa (estrutura organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços), com conveniência e determinação no ritmo de sua atividade.

Já na *capacidade de assumir riscos*, evidencia-se a aptidão para assunção dos riscos do negócio, pelos quais responderá o empresário, uma vez que a ele cabe analisar as melhores perspectivas para sua atividade, assumindo, ainda, as desvantagens do insucesso.

Nessa linha, tem-se que, para ser empresário, é imperioso que se tenha uma boa dose de *audácia*, uma *visão de longo prazo* e uma *flexibilidade inovadora*, uma vez que não se pode desconsiderar eventuais obstáculos no percurso, os quais devem ser superados.

Na verdade, a observância dessas características acabam por beneficiar toda a sociedade, pois é inegável que a atividade empresarial promove o desenvolvimento econômico e social da Nação. Insta evidenciar que a figura do empresário é imperiosa para que se alcance a estatura de uma sociedade minimamente desenvolvida.

São muitos os exemplos que comprovam a mudança de cidades e pessoas com a chegada de empresas; são empregos criados, diretos e indiretos, são necessidades educacionais e de saúde atendidas, são formas de lazer propiciadas; enfim, é uma mudança plena na vida da sociedade, que só se verifica justamente pela *audácia* e *espírito empreendedor* do empresário.

Vale, por exemplo, lembrar como era a da cidade de Volta Redonda (RJ), antes da Companhia Siderúrgica Nacional (CSN); a cidade de Concórdia(SC), antes da (ex) Sadia (atual BRF); a cidade de Pindamonhangaba (SP), sem a empresa Nobrecel S/A Celulose e Papel; a cidade

de Ribeirão Preto (SP), sem a Indústria de Alimentos Nilza; o que falar ainda da cidade de Ibema (PR), a qual nascera em 1988 por desmembramento do Município de Catanduvas (PR) e assim fora batizada em homenagem à empresa Ibema Papelcartão, lá sediada.

Amartya Sen², fundador do Instituto Mundial de Pesquisa em Economia do Desenvolvimento, laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em memorial de Alfred Nobel de 1998, por suas contribuições à teoria da decisão social e do “*welfare state*”, é cirúrgico ao revelar que:

“a ligação entre liberdade individual e realização de desenvolvimento social vai muito além da relação constitutiva – por mais importante que ela seja. O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades”.

Por aqui se pode perceber o quão importante é para a sociedade que alguns de seus membros possam desenvolver e nutrir a *audácia* de ter *iniciativa* e forte *capacidade de assumir riscos* pelo seu exercício, pois o Estado “sozinho” não conseguiria suprir todas essas necessidades humanas. Sua função constitucional precípua, portanto, está em ser agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, funções de fiscalização, incentivo e planejamento (artigo 174), revertendo o proveito fiscal advindo das atividades econômi-

² *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 1999, p. 19.

cas desenvolvidas pelo empresário no atendimento das necessidades sociais (educação, saúde, seguridade social, segurança pública, dentre outros direitos sociais – artigos 6º, 144, 196, 205, 217).

Na essência, se o empresário desempenha bem sua atividade econômica, significa maior circulação de riqueza e, por conseguinte, maior recolhimento de tributos, possibilitando uma melhor arrecadação do Estado para atender ao seu fim primordial. Além dos benefícios decorrentes da atividade econômica propiciarem incremento no PIB do País, o seu exercício ainda tem o condão de incrementar o IDH populacional³.

Sem a atividade empresarial não estaríamos, nem de longe, experimentando o atual nível de desenvolvimento tecnológico em todos os segmentos que hoje o mundo vivencia.

2. MITIGAÇÃO DE RISCOS

Nada mais justo que nesse contexto, a sociedade concorde em assumir algumas responsabilidades inerentes ao desenvolvimento econômico e tecnológico, a fim de incentivar que aqueles seus membros audaciosos possam promover o esperado desenvolvimento econômico e social que almejamos. Os empresários assumem os riscos, mas, com efeito, todos nós nos beneficiamos dos resultados.

Veja-se, por exemplo, a telefonia celular. Ela já é parte indissociável do nosso cotidiano. A sociedade até tem ciência da probabilidade de eventual dano à saúde que o seu uso corriqueiro possa ocasionar, mas mesmo assim não abre mão de utilizar o fabuloso aparelhinho

3 O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é uma medida resumida do progresso a longo prazo em três dimensões básicas do desenvolvimento humano: renda, educação e saúde. O objetivo da criação do IDH foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) *per capita*, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1998. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/DH.aspx>. Acessado: 25.10.2015.

celular que pode, a todo momento, ser utilizado.

Da própria leitura do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) verifica-se que o legislador impõe à sociedade a assunção de determinados riscos em produtos e serviços, ou seja, se o uso e os riscos são aqueles que razoavelmente se espera, não há falar em defeito (artigos 12 § 1º, II e 14 §1º, II). Tudo para demonstrar que compete também à sociedade arcar com uma parcela do desenvolvimento tecnológico e social implementado por aqueles que desbravam o árduo e inovador campo da tecnologia, como atividade econômica que gera benefícios diretos para toda a sociedade.

Mas não é só aqui que vemos esta necessária divisão de responsabilidades entre o empresário e a sociedade brasileira.

Não é em vão a preocupação que a quebra de qualquer sociedade empresária gera no meio em que está inserida. Desemprego, queda de arrecadação, distúrbios familiares⁴, falta de perspectivas de vida, entre outras tantas mazelas. E tanto isso é verdade que levou o legislador brasileiro a positivar, no artigo 47 da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei 11.101/2005), o princípio da preservação da empresa⁵.

A preservação da empresa norteia-se pela geração de riqueza econômica que contribuí para o crescimento e o desenvolvimento social do País. Os princípios que a sustentam não só prestigiam a sua preservação, mas também passam pela separação dos conceitos de empresa e empresário, pela celeridade e eficiência dos processos judiciais e, em especial, na segurança jurídica.

4 Vale aqui o dito popular: *“Em casa que não há pão, todos brigam sem razão”*.

5 *“Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”*.

A empresa acaba se tornando mais importante que o seu criador, leia-se empresário. Frise-se que ela cria emprego e renda, desempenhando, assim, uma função social de relevo no contexto brasileiro, além dos diversos benefícios que trás à sociedade, principalmente no que toca à estabilidade das relações sociais.

Ao distinguir o conceito de empresa e de empresário, evidenciando naquela um conjunto organizado de capital e trabalho para a produção ou circulação de bens ou serviços e neste a pessoa natural ou jurídica que a controla, a Lei especial reitora da matéria viabilizou uma nova oportunidade para ambos os entes: empresa e empresário. A empresa recupera-se; o empresário reabilita-se. A criatura separa-se do criador. É como um filho que nasce; uma vez nascido, separado da mãe está, tendo vida própria. Como filho, recebe os conselhos e advertências paternas e, uma vez amadurecido, ganha autonomia. No caso da empresa, a autonomia se reflete numa governança corporativa eficaz, que se desvincula, de certa forma, do seu criador⁶.

3. A FIGURA ESTEROTIPADA DO EMPRESÁRIO BRASILEIRO

Outro aspecto que convém ser abordado, é o do imaginário popular. Para este, o empresário é aquele que usufrui dos benefícios que o lucro propicia e nada mais. Daí a conclusão de que aquele que tem um “carrão”, ou um “casarão” beneficiou-se dos “favores” do capital às custas do suor alheio.

Essa visão está impregnada de crenças religiosas, que, via de regra,

6 O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) define a Governança Corporativa como um sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os acionistas e os cotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. As boas práticas de governança corporativa têm a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>. Acessado em: 25.10.2015.

faz do agente econômico um “*usurpador*”, numa visão distorcida do que efetivamente é a atividade empresarial. Vale dizer, desconsidera todo o esforço e poupança empregados, bem como os elevados riscos que lhe são inerentes.

Confunde-se o exercício da atividade econômica e seus riscos com a usura. Sabe-se que a proibição à usura vem desde há muito. O Código de Hamurabi já abolia a usura, entendendo tratar-se de cobrança de remuneração abusiva pelo uso do capital. Aristóteles, em sua obra “*Política*”⁷, já evidenciava ser a usura abominável, considerando-a *mais odiosa que o tráfico de dinheiro, que consiste em dar para ter mais e com isso desviar a moeda de sua destinação primitiva*.

Contudo, essa visão parece ser equivocada, uma vez que o próprio empresário também sofre os efeitos da incidência de cobrança abusiva de juros. O capital também é para ele relevante, viabilizador do fim maior: a organização econômica destinada a fazer circular a riqueza (bens e serviços).

A despeito de tempos difíceis como o hodierno, em que os efeitos da “Operação Lava Jato”⁸ vem desconstruindo moralidades falsificadas e revelando verdades ocultas dos seus autores (outrora conhecidas como figuras respeitáveis), é preciso atentar para a necessidade de o País mudar de mentalidade e dar crédito a quem merece ter crédito.

Existem Empresários e empresários. Assim, como Profissionais e profissionais. Existem aqueles que efetivamente assumem o seu papel de agente propulsor do desenvolvimento econômico e social e aqueles que pensam ser a vantagem pessoal sua meta. Com os primeiros, a lei deve dialogar; com os últimos, ela deve rugir!

7 ARISTÓTELES, 1252 a.C.. A Política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.28.

8 Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acessado: 25.10.2015.

Diferenciar o bom do mau é uma verdadeira lei natural. O próprio sistema econômico se encarrega de fazê-lo diariamente. É lei de mercado. O bom pagador goza de benefícios, enquanto o mau pagador é punido, sequer consegue crédito.

O mau empresário também deve ser punido, justamente para que se fortaleça a figura do bom empresário, aquele que gera riqueza, propiciando o desenvolvimento econômico e social da Nação.

E o ordenamento jurídico brasileiro está em linha com essa tese, tanto punindo o mau empresário por meio das diversas normas existentes --- *como por exemplo a Lei 7.492/1986 (conhecida como Lei do colarinho branco), a Lei 12.683/2012 (Lavagem de dinheiro); a Lei 4.729/1965 (Sonegação fiscal) -----*, como concedendo o justo tratamento ao bom empresário ---- *como o da Lei de Recuperação Judicial, a Lei 9.964/2000 (Programa de Recuperação Fiscal –Refis), a Lei Complementar 123/2006 (instituidora de regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte).*

Na verdade, se não houvesse essa distinção entre o bom e mau empresário, estar-se-ia frente a um ordenamento jurídico injusto, com conseqüências extremamente negativas para o próprio País. Desestimular-se-ia os valores que a própria Constituição Brasileira pugna como seus princípios e objetivos fundamentais (artigos 1º, IV, 3º, II, 170, 173 e 174).

A atividade empresarial é uma atividade essencialmente de risco. O empresário, quando tem a ousadia de investir seus esforços, capital e patrimônio em uma atividade econômica, ele não se baseia apenas na sua capacidade intelectual, pois fatores variáveis e exógenos podem interferir diretamente no resultado que propugna.

É fato que o empresário deve se empenhar em desenvolver um

bom plano de negócios, que resulte da análise de diversas variáveis, mas ele não pode afastar as áleas extraordinárias⁹.

Essas hipóteses, por exemplo, até constituem exclusão de responsabilidade do gestor da empresa, nos termos da Lei Sociedade Anônima (6.404/1974), artigo 159 § 6º, que autoriza o juiz a considerar a sua conduta de boa-fé, visando ao interesse da companhia.

4. O PAPEL DO ESTADO NESTE CONTEXTO

O Estado, a seu turno, tem um papel relevante nessa trajetória, o qual está bem delineado na Constituição, qual seja, o de: *agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado* (art. 174).

Não é à toa que o Brasil adota como um dos seus princípios fundamentais os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, IV), tendo por objetivo fundamental a garantia do desenvolvimento nacional (artigo 3º, II).

E mais. Por escolha constitucional, a sociedade brasileira também decidiu que a atividade econômica será exercida preponderantemente pelo particular, ficando patente pelo seu artigo 173, que, *“ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”*.

Logo, o Estado colocou-se na posição de subsidiariedade no que

9 Como por exemplo: crises políticas, fato do príncipe, caso fortuito, força maior, entre outros fatores que interferem na movimentação urbana, como obras do Poder Público, desvio de percurso, que afetam diretamente o seu negócio.

toca à execução direta da atividade econômica, só atuando com esse viés em situações excepcionais e em caráter subsidiário.

Nesse diapasão, o legislador infraconstitucional, no que tange à atividade econômica, imbuí-se do dever de discipliná-la de forma coerente e conforme os princípios eleitos pelo Estado Brasileiro.

É fato que a Constituição de 1988 deu nova roupagem ao papel do Estado, tornando hoje mais claro o seu mister. Entretanto, é forçoso reconhecer que os diplomas fundamentais anteriores já consignavam a importância do empresário e da empresa privada como parte inerente do desenvolvimento econômico e social do País.

Tal assertiva é corroborada pelos comandos normativos emanados das normas infraconstitucionais, reflexos, pois, dos princípios já eleitos à época.

Em outras palavras, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 é um exemplo típico para a presente análise. Este não só reconhecia a necessidade de intervenção do Estado-juiz para garantir ao empresário o benefício da concordata, como favorecia a extinção das obrigações do falido nas hipóteses em que este ou (i) pagava o débito ou novava os créditos com garantia real; ou (ii) rateava mais de quarenta por cento (40%) do seu crédito, depois de realizado todo o ativo, ..., se para tanto não bastou a integral liquidação da massa; e ainda quando (iii) decorria o prazo de cinco anos, contado a partir do encerramento da falência, se o falido, ou o sócio gerente da sociedade falida, não tivesse sido condenado por crime falimentar ou, caso tivesse, após o decurso do prazo de dez anos (artigo 135 e seus incisos).

5. CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZATIVA DA EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES DO FALIDO PELA SATISFAÇÃO PARCIAL DOS CRÉDITOS

A Lei de Recuperação Judicial (Lei nº 11.101/2005) vem dando con-

tinuidade ao anteriormente previsto na legislação reitora da matéria, prevendo, outrossim, no artigo 158 que:

Extingue as obrigações do falido:

I – o pagamento de todos os créditos;

II – o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

III – o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV – o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

Se para a análise da incidência dos incisos III e IV do dispositivo legal invocado importa a sentença de encerramento da falência, para os incisos I e II este não tem a menor relevância. Para eles, requer-se a ocorrência do fato, ou seja, um dado objetivo.

Assim é que a lei reitora da matéria, em consonância com o arcabouço constitucional brasileiro, permite a extinção das obrigações do falido com *o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários.*

O legislador garantiu o pagamento integral aos créditos que merecem tratamento especial em razão de sua importância, destacando-se nestes os créditos derivados da legislação do trabalho, os com garantia real até o limite do bem gravado, os tributários, os privilégios especial e geral (artigo 83).E quanto aos quirografários, entendeu que, uma vez

atendido 50% (*cinquenta por cento*) deles mesmo após a integral liquidação do ativo, o restante seria considerado ônus de toda a coletividade, pelo esforço pessoal do empresário falido.

Com efeito, esta escolha coube ao legislador, legitimado pela própria sociedade para tais escolhas. Portanto, não se pode afastar do empresário falido o direito constitucionalmente assegurado de ser reabilitado para a prática da atividade empresarial. Atar-lhe a possibilidade de retornar à atividade econômica por não atender integralmente aos créditos quirografários é ceifar direito construído com base nos princípios e objetivos fundamentais do Estado brasileiro, ferindo, de morte, a segurança jurídica.

Aquele que apresenta uma demanda a julgamento, nutre a expectativa de que o Estado-juiz vá examinar os argumentos que servem de suporte à sua pretensão. Afinal, de outra forma não haveria qualquer sentido na determinação de se fazer necessariamente incluir na peça inicial, além do fato e do próprio pedido, os seus fundamentos jurídicos, aqui entendidos como argumentos que justifiquem a demanda posta, como impõe o diploma processual civil.

A contrapartida para a forma processual vem justamente na fundamentação deduzida pelo julgador ao decidir o pleito. Nessa esteira, tem-se que ao juiz se impõe o dever de fundamentar suas decisões, a fim de que, não só o autor do pedido de prestação jurisdicional, mas também a outra parte, possam se convencer da acuidade da decisão conferida à hipótese fática apresentada.

A ideia de que o Poder Judiciário --- em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro --- deve se mover sob o enfoque dos princípios fundamentais estabelecidos pela sua Constituição, vem reforçar a assertiva de que a legitimação da decisão judicial decorre necessaria-

mente da argumentação jurídica desenvolvida especificamente para o caso concreto.

Afirmar princípios e regras diante de interesses emergentes exige do Estado-juiz o necessário enfrentamento das questões postas, dos argumentos deduzidos pelas partes e o adequado delineamento estruturante da decisão tomada. Qualquer decisão (de deferimento ou indeferimento) deve caminhar para a legitimação formal dos direitos constitucionais.

Nesse afã, ganha grande relevo o direito a decisão judicial fundamentada (Constituição da República Federativa do Brasil, art. 93, IX c/c 5º, § 2º), como corolário do direito à tutela jurisdicional, conforme artigo 5º, XXXV.

A concretização do ordenamento jurídico pelo Judiciário demonstra que a distinção apresentada pela doutrina entre regra e princípio não se apresenta previamente ao aplicador. Assim, a ele, aplicador e intérprete, diante do caso concreto a solucionar, caberá desenvolver conexões axiológicas entre eles (caso e dispositivo), chegando à construção do significado da norma. Assim, o teor e densidade da fundamentação a ser produzida dependerão desse passo inicial.

Porém, é certo que a conexão axiológica desenvolvida pelo julgador consubstanciará a fundamentação da decisão, a qual necessariamente deverá ser exteriorizada, compondo, assim, o seu conteúdo. Aduza-se, que a fundamentação converte-se no insumo de eventual recurso a uma instância superior.

Logo, imperioso que atenda ao fim a que se destina, ou seja, que possa efetivamente demonstrar as razões que levaram o julgador a decidir da forma como o fez. Ademais, a fundamentação da decisão judi-

cial é indissociável do seu núcleo, não se podendo admitir uma decisão que não exteriorize claramente no seu bojo as razões consideradas pelo julgador para decidir.

Portanto, a fundamentação da decisão judicial é mais do que um simples dever do Estado-juiz, constituindo-se, com efeito, em um direito fundamental do jurisdicionado (para o contexto, o empresário falido), o qual se impõe por força do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito¹⁰.

6. CONCLUSÃO

De todo o exposto, o pagamento *pelo empresário falido, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários* (Lei nº 11.101/2005, art. 158, II) configura dado objetivo à hipótese de incidência da extinção material de suas obrigações – subsunção legal do fato à norma ---, não podendo o Estado-juiz esquivar-se de reconhecê-lo a qualquer pretexto, pois obraria *contra legem*, criando distinções não autorizadas pelo legislador.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei nº 11.101, de 09.2.2005.

10 O preâmbulo da Constituição Brasileira dá o propósito de sua existência, qual seja, o da constituição de um Estado Democrático. O artigo 1º combinado com o seu parágrafo único, a seu turno, reforçam o indicador preambular, gizando que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Foi na Constituição de 1988 que a expressão brilhou pela primeira vez na conceituação constitucional brasileira. De tal expressão emerge que o Estado Brasileiro é um Estado submetido ao Direito, isto é, um Estado com uma constituição limitadora de poder através do império do direito.

Jornal Folha de São Paulo – Operação Lava Jato. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acessado: 25.10.2015.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD Brasil. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/IDH/DH.aspx>. Acessado: 25.10.2015.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Disponível em: <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18161>. Acessado em: 25.10.2015.

ARISTÓTELES, 1252 a.C.. A Política. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEZERRA FILHO, Manuel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência*. Lei nº 11.101/2005. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências*. Lei nº 11.101/2005. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial Vol. 1 - 26ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

VIEIRA DE ANDRA, José Carlos. *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: 1992.

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS CONFLITOS DE INTERESSES DERIVADOS DA SAÍDA TEMPORÁRIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL

Juiz Marcello de Sá Baptista

O presente trabalho busca analisar o tema, referente saída temporária do apenado, que cumpre pena privativa de liberdade, em estabelecimento prisional, sem vigilância direta, que reiteradamente gera conflitos de interesses a serem dirimidos na Vara de Execuções Penais e Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O tema já mereceu estudo realizado no CEDES (Centro de Estudos e Debates), tendo inclusive, motivado uma proposta de enunciado de súmula criminal, que será objeto de análise pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

O trabalho é voltado a analisar a vedação das saídas temporárias, com fundamento na gravidade e/ou hediondez do crime praticado, tempo ainda faltante para o cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada, possibilidade de evasão do apenado e pequeno lapso temporal decorrido, após progredir o apenado, para o regime prisional semiaberto.

A coletividade, através de seus representantes, devidamente eleitos, traça as normas de conduta, que devem ser adotadas, pelas pessoas que vivem em coletividade, dentro de um Estado Democrático de Direito.

O Legislador Constituinte Originário, expressamente realizou uma repartição constitucional de competência e, definiu a pessoa jurídica de direito público interno, que possui competência, para legislar sobre matéria considerada de cunho social relevante, devendo ser sempre observada a intervenção mínima do Estado.

Na forma do art. 22, I da CRFB/88, compete a União, legislar sobre normas de execução penal.

A norma jurídica sempre representa a vontade da coletividade, exteriorizada pelos seus representantes, devidamente eleitos, em total observância ao Estado Democrático de Direito.

A representatividade da coletividade, deriva do processo de escolha realizado e será mais eficaz, tanto quanto, forem realizadas escolhas de representantes mais qualificadas.

Não deve ser confundido o controle de legalidade ou constitucionalidade realizado pelo Poder judiciário, com fatores inerentes à adequação da norma, sendo observada sua efetivação perante a coletividade.

Uma norma jurídica pode preencher os requisitos legais exigidos, mas não ser considerada como adequada, quando analisada pelos seus destinatários diretos ou indiretos.

A abordagem do tema é relevante pois, deve ser pontuado, que todos os benefícios previstos na lei de execuções penais, derivam da vontade da coletividade, ainda que possam parecer inadequados, quando analisadas de forma individualizada, sem que haja uma verificação do sistema criado como um todo e, seu objetivo maior, que é a ressocialização do apenado, antes de ser novamente reintegrado

ao convívio em coletividade.

As normas jurídicas delimitam o comportamento exigido das pessoas que vivem em coletividade.

O Legislador Constituinte Originário expressamente declara no art. 5º, II, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

Podemos conviver em sociedade, realizando tudo que desejamos desde que a coletividade, não tenha entendido, que determinado comportamento seja vedado.

As limitações implementadas pelas normas jurídicas derivam da vontade da própria coletividade e assim, não violam o preceito de liberdade instituído.

Somos livres para fazermos o que desejamos, mas essa liberdade é mitigada, sempre que o interesse coletivo venha preponderar em relação ao individual.

Assim são criadas normas, que inibem comportamentos, que violam bens juridicamente tutelados, que entendeu o legislador, haver necessidade de proteger.

Nem sempre é suficiente, que haja uma norma, inibindo um comportamento considerado, como violador de bens que juridicamente foram tutelados.

A grande maioria das pessoas que vivem em coletividade, felizmente, adequam o seu comportamento social ao exigido, possibilitando uma convivência em coletividade harmoniosa.

Alguns membros que integram a coletividade, não conseguem se adequar as normas de convivência em sociedade e praticam atos, que constituem lesão a bens juridicamente tutelados.

Novamente compete à coletividade, através de seus representantes, decidir o que fazer, com os agentes, que violam as normas previstas como necessárias, para convivência em sociedade.

A lesão à bem juridicamente tutelado, que nos interessa é a que constitui um ilícito penal.

O agente se adequa a conduta tida como criminosa e compete à coletividade, determinar, como será o fato tratado.

No nosso sistema legal, foram criadas sanções, que são impostas, caso uma pessoa, venha praticar uma conduta comportamental, passível de gerar uma adequação a fato considerado como ilícito penal.

Uma das sanções penais, que é aplicada ao agente, que pratica um ilícito penal é a privação de sua liberdade.

No tema em análise, nos interessa a pena privativa de liberdade, imposta ao agente, que pratica um comportamento considerado como ilícito penal, como forma de sanção.

O agente pratica uma conduta considerada como criminosa e, após lhe ser garantida a ampla defesa e o contraditório em ação penal, suporta uma condenação, lhe sendo imposta, uma pena privativa de liberdade.

Passa haver a execução provisória ou definitiva da pena privativa de liberdade, sendo necessário respeitar e cumprir, todos os preceitos legais previstos pelo Legislador.

Guilherme de Souza Nucci ao analisar o objetivo da pena dispõe:

A pena tem caráter multifacetado, envolvendo, necessariamente, os aspectos retributivo e preventivo, este último nos prismas positivo geral e individual, bem como negativo geral e individual, conforme sustentamos em nosso trabalho intitulado Individualização da pena.

Não se pode pretender desvincular da pena o seu evidente objetivo de castigar quem cometeu um crime, cumprindo, pois, a meta do Estado de chamar a si o monopólio da punição, impedindo-se a vingança privada e suas desastrosas consequências, mas também contendo o inconsciente coletivo da sociedade em busca de justiça cada vez que se depara com lesão a um bem jurídico tutelado pelo direito penal.

Por outro lado, reprimindo o criminoso, o Estado promove a prevenção geral positiva (demonstra a eficiência do direito penal, sua existência, legitimidade e validade) e geral negativa (intimida a quem pensa em delinquir, mais deixa de fazê-lo para não enfrentar as consequências decorrentes da punição). Quanto ao sentenciado, objetiva-se a prevenção individual positiva (reeducação e ressocialização na medida do possível e da sua aceitação), bem como a prevenção individual negativa (recolhe-se, quando for o caso, o delinquente ao cárcere para que não torne a ferir outras vítimas).

Dentro dos preceitos anteriormente analisados, a coletividade, determinou o que é juridicamente tutelável e a sanção para quem não se adequa ao comportamento social exigido.

Bastante difícil de ser compreendido ao homem médio comum, como o apenado, que cumpre pena privativa de liberdade, possa ter garantido o direito de sair temporariamente, sem vigilância do estabelecimento prisional.

O fato deriva da vontade da própria coletividade, exteriorizada, através de seus representantes, que traçaram diretrizes para execução da pena privativa de liberdade, atendendo aos interesses conflitantes envolvidos.

A ressocialização, numa primeira análise, constitui um benefício direto do apenado, mas vai muito além das consequências para o mesmo.

O Estado puniu o agente que violou bem juridicamente tutelado e privou sua liberdade. Mostrou para os cidadãos, o que acontece com quem pratica ilícito penal. Mas o Estado que pune é o mesmo que deve gerar meios, para que o apenado possa ser ressocializado.

O apenado, não ficará eternamente preso em estabelecimento prisional. Será colocado em liberdade e, novamente, passará a conviver em sociedade.

Assim a ressocialização do apenado, durante o período em que cumpre pena privativa de liberdade, em estabelecimento prisional, se demonstra necessária, para o bem estar da sociedade, pois quando libertado, passará a viver em coletividade, devendo estar preparado e consciente, que necessita adequar sua conduta social a exigida das demais pessoas.

A inclusão do agente que praticou crime, no sistema carcerário, não pode funcionar apenas, como um local para ficar depositado, até que decorra o período da pena e seja libertado, ocorrendo sua reinserção no convívio social, sem a menor possibilidade de manter o comportamento desejado e exigido das pessoas que vivem em sociedade.

O Estado chamou para si a responsabilidade de compor os conflitos de interesse e afastou a possibilidade de haver justiça privada.

A responsabilidade do Estado, não consiste apenas, em punir o agente delincente, restringindo sua liberdade e devolvendo o mesmo ao convívio social, quando cumprida sua pena.

Os interesses jurídicos, coletivos e individuais, foram temperados, quando instituído o sistema, que regulamenta a execução das penas privativas de liberdade.

O Legislador Constituinte Originário no art. 5º, XLVII da CRFB/88, dispõe que as penas não poderão ser de morte (salvo nos casos do art. 84, XIX), perpétuas, cruéis, de trabalhos forçados ou de banimento.

No art. 5º, XLVIII da CRFB/88 é garantido ao preso, cumprir a pena em estabelecimentos distintos e de acordo com a natureza do delito, idade e sexo.

No art. 5º XLIX da CRFB/88 é garantido ao preso o respeito a sua integridade física e moral.

O apenado que cumpre pena privativa de liberdade, mantém todos os direitos garantidos aos cidadãos, salvo os que expressamente lhe foram suspensos, durante o período de prisão.

O agente é punido pela prática de um crime, mas a sanção deve ser aplicada, com dignidade, sendo respeitados todos os direitos que lhe são outorgados e não lhe foram suspensos.

O Estado pune pela violação de norma jurídica, mas não pode deixar de observar os deveres, que lhe foram impostos e garantir os direitos outorgados aos apenados.

O Estado pune pela violação de preceito legal, mas a punição não pode ocorrer, com violação do ordenamento jurídico.

Assim o cidadão deve respeitar os preceitos legais vigorantes, em observância aos interesses coletivos, mas os direitos individuais do agente punido, não podem ser desconsiderados pelo Estado.

O Estado optou em punir quem violou bem juridicamente tutelado, devendo arcar com os custos e obrigações do sistema adotado.

Quando o agente suporta uma sanção de privação de liberdade, busca o Estado, preservar os interesses coletivos.

Quando o apenado, entra no sistema prisional, devem ser observados todos os direitos outorgados ao mesmo, que sempre buscam a sua ressocialização, que o beneficia de forma direta e, indiretamente, atingirá a coletividade, quando for reinserido no convívio social.

A lei de execuções penais prevê vários direitos do apenado e obrigações dos Entes Estatais, no sentido, que haja uma ressocialização.

O sistema prevê a ressocialização do apenado de forma gradativa.

A progressão de regime prisional, o livramento condicional e a saída temporária, constituem alguns direitos do apenado, durante a execução da pena privativa de liberdade, que buscam permitir uma ressocialização gradativa, possibilitando seja reinserido na sociedade, com reduzidas possibilidades de voltar a violar bens juridicamente tutelados.

Volto a ressalvar que os estabelecimentos prisionais, não podem ser meros depósitos de presos, não havendo o cumprimento das

normas de execução penal instituídas.

A coletividade expressamente delimitou a forma que as penas devem ser aplicadas e cumpridas.

Não há o que se falar de inadequação da norma prevista, pois deriva da vontade da coletividade, dentro de um Estado Democrático de Direito.

As normas jurídicas, não são meros textos escritos, mas sim, o que a sociedade deseja.

Dispõem os artigos 122, 123, 124 e 125 da LEP:

Art. 122 - Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II - frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

Art. 123 - A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

Art.124 - A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

§ 1o Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado:

I - fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício;

I - recolhimento à residência visitada, no período noturno;

III - proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.

§ 2o Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes.

§ 3o Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra.

Art. 125. O benefício será automaticamente revogado

quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender as condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

Parágrafo único. A recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição no processo penal, do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado.

Julio Fabbini Mirabete sobre o tema dispõe:

As saídas temporárias servem para estimular o preso a observar boa conduta e, sobretudo, para fazer-lhe adquirir um sentido mais profundo de sua própria responsabilidade, influenciando favoravelmente sobre sua psicologia. Sua maior justificação dogmática, segundo René Ariel Dotti, está em preparar adequadamente o retorno à liberdade e reduzir o caráter de confinamento absoluto da pena privativa de liberdade, caracterizando uma etapa de forma progressiva de execução e podem ser consideradas como a sala de espera do livramento condicional. A opinião doutrinária é unânime em considerá-las como muito benéficas para ressocialização dos presos...

A saída temporária é gênero. Constituem espécies de saídas temporárias, a visita à família, frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior, na comarca do Juízo da execução e participação em atividade que concorram para o retorno ao convívio social.

Os requisitos exigidos para acessar os benefícios são de cunho objetivo e subjetivo.

Para ter acesso aos benefícios, o apenado deve estar cumprindo pena em regime prisional semiaberto. Em que pese não estar incluído

no art. 123 da LEP, não deixa de ser um requisito para concessão dos benefícios. O art. 122 da LEP expressamente dispõe, que os condenados que cumprem pena em regime semiaberto, poderão ter direito a saída temporária não vigiada, constituindo assim, um requisito legal exigido.

O apenado cumprir pena em regime semiaberto constitui um requisito de cunho objetivo.

O apenado deve ter cumprido 1/6 da pena se primário e 1/4 da pena se reincidente. Podemos considerar esses dois fatores, como de cunho objetivo.

Deverá ainda o apenado demonstrar um comportamento adequado e haver compatibilidade do benefício, com os objetivos da pena.

Podemos considerar esses dois fatores, como de cunho subjetivo.

Em relação aos fatores objetivos, não existem grandes dificuldades de análise.

Poderia até haver alguma divergência, em relação à forma de ser computado o prazo de cumprimento de 1/6 ou 1/4 da pena privativa de liberdade imposta ao apenado, quando previsto, que fosse iniciada em regime prisional fechado.

Assim poderia ser questionada a necessidade do prévio cumprimento de 1/6 ou 1/4 das penas aplicadas, conforme o caso, em regime semiaberto, após progressão do regime fechado, para que fosse preenchido o requisito legal de cunho temporal, para ter direito ao benefício.

Não deve ser criada interpretação desfavorável ao apenado, pelo

Poder Judiciário, contrária a norma vigente e seus objetivos.

O Legislador prevê que o apenado esteja cumprindo pena em regime semiaberto, no art. 122 da LEP, quando institui as formas de saída temporária.

Posteriormente no art. 123 da LEP, quando prevê os requisitos para o deferimento do benefício, institui o critério temporal.

Desejando o Legislador que o benefício, somente fosse outorgado, com o cumprimento de 1/6 ou 1/4 da pena em regime semiaberto, teria expressamente definido o fato como requisito.

O executado deve estar cumprindo pena em regime semiaberto e haver 1/6 ou 1/4 de cumprimento da pena, conforme leitura a ser feita dos dispositivos legais, para passar haver a possibilidade de outorga do direito.

O Legislador, quando institui o requisito temporal, para acessar o benefício da saída temporária, o faz, observando o quantitativo total da pena privativa de liberdade aplicada e não o período cumprido, em regime semiaberto.

Deve assim ser considerado o cumprimento de 1/6 ou 1/4 do quantitativo total da pena privativa de liberdade aplicada, desde que com esse período, o apenado, já esteja ou tenha progredido ao regime prisional semiaberto.

Compete ao Juiz da execução Penal, decidir sobre o direito ao benefício, após ouvir o Ministério Público e a Administração Penitenciária.

A oitiva prévia do Ministério Público e Administração Penitenciária,

não constituem meras faculdades, mas sim, um dever do Juiz da Execução, antes de decidir sobre a saída temporária.

O comportamento do condenado na execução da pena privativa de liberdade, somente pode ser conhecido e analisado, com as informações prestadas pela Administração Penitenciária.

Assim é a Administração Penitenciária, que fornece informações, no sentido do apenado possuir bom comportamento, não praticar infrações administrativas, desempenhar as tarefas que lhe são determinadas, demonstrar senso de responsabilidade e disciplina, compatíveis com o benefício requerido.

Através das informações fornecidas pela Administração Penitenciária, que o Ministério Público e o Juiz da Execução, poderão verificar o preenchimento do requisito legal, referente o apenado possuir comportamento adequado.

A saída temporária deve ainda, guardar plena compatibilidade, com os objetivos da pena. O requisito legal é de cunho subjetivo.

A oitiva do Ministério Público deve ocorrer, após a manifestação da Administração Penitenciária.

Com as manifestações da Administração Penitenciária e Ministério Público, possuirá o Juiz da Execução, elementos para analisar o direito ao benefício requerido.

O comportamento adequado do apenado, deve ser considerado como um requisito subjetivo para concessão do benefício, referente saída temporária, mas guarda vinculação, com fatos concretos, verificados, durante a execução da pena privativa de liberdade.

O subjetivismo dos requisitos, exigidos pelo legislador, para o benefício ser alcançado, não guarda relação, com a faculdade de ser outorgado ao apenado.

O Juiz da Execução não outorga o benefício, conforme sua mera vontade. Não é uma faculdade, favor ou benevolência, mais sim um dever, pois os benefícios foram criados para serem outorgados, quando preenchidos os requisitos legais.

Havendo o preenchimento dos requisitos exigidos pelo Legislador, nasce o direito do apenado em acessar o benefício, dentro do sistema de execução penal instituído, que sempre busca a ressocialização.

Há um aspecto meramente fático, no caso, estar o apenado cumprindo pena em regime semiaberto.

Há um aspecto meramente matemático, no caso, percentual de pena cumprido.

Nenhuma dúvida pode ser levantada, pois os fatores são de mera constatação.

Em relação à observância do comportamento adequado do apenado, durante a execução da pena privativa de liberdade, para concessão da saída temporária, possível o reconhecimento da existência de um subjetivismo, mas vinculado a fatos efetivamente concretos, conforme informações da Administração Penitenciária. Há cunho subjetivo, mas devidamente vinculado a fatores fáticos concretos.

O subjetivismo da compatibilidade do benefício da saída temporária, com os objetivos da pena, certamente, constitui fator, que pode gerar análise de situações, que não sustentadas de forma

concreta, levem a inobservância de preceitos legais instituídos. Na análise do requisito surge a maioria dos conflitos de interesse, em relação à concessão do benefício.

O benefício sempre deve ser positivo ao apenado e estar voltado a sua ressocialização. Nunca sendo perdido de foco, que a coletividade não deve suportar riscos, com o benefício a ser outorgado.

Em que pese à existência de requisitos de cunho subjetivo, os fundamentos que motivam o indeferimento de benefício, durante a execução da pena privativa de liberdade, sempre devem ser amparados em fatos efetivamente concretos.

Na forma do art. 93, IX da CRFB/88, todas as decisões proferidas no exercício das funções jurisdicionais, devem ser devidamente fundamentadas.

A Jurisprudência dos nossos Tribunais, além de assegurar, que seja observado o disposto no art. 93, IX da CRFB/88, nas decisões referentes ao indeferimento dos requerimentos de saída temporária, durante a execução da pena privativa de liberdade, exige que observem fatos efetivamente concretos.

A decisão que indefere o benefício assim passa a ser qualificada, pela necessidade de ser amparada, em fatos concretos e idôneos.

Não devem ser proferidas decisões, ainda que fundamentadas, amparadas em meras possibilidades, que reflitam situações dentro do campo do abstrato.

Observamos assim decisões, que indeferem requerimentos de saída temporária, pelo fato do crime cometido ser grave e/ou hediondo. Haver o apenado progredido há pouco tempo para o regime

semiaberto. Haver ainda grande lapso temporal de pena a ser cumprida. Possibilidade do apenado, fugir e não retornar ao estabelecimento prisional.

A jurisprudência tem firmado entendimento, que por si só, os fatos anteriormente elencados, não são suficientes, para inibirem o benefício, referente à saída temporária do estabelecimento prisional.

Não podem ser feitas interpretações extensivas e limitadoras de direitos, que violam o sistema de execução da pena privativa de liberdade, voltado a todo tempo, para ressocialização do apenado, prevendo sua gradativa reinserção em núcleos familiares e sociais, mesmo durante o período em que ainda se encontra cumprindo pena privativa de liberdade.

O Poder judiciário nunca deve figurar como Legislador Positivo, realizando interpretações da norma, que impliquem na realidade, em traçar preceitos diversos dos desejados, quando a mesma foi elaborada.

O fato de o apenado ter praticado crime grave e/ou hediondo, não figura de forma expressa, como sendo impeditivo do benefício, referente à saída temporária do estabelecimento prisional.

Em regra o agente que pratica crime grave e/ou hediondo, suporta pena privativa de liberdade, mais enérgica e com maior prazo de duração. Em que pese o percentual de cumprimento da pena não suportar modificação, não pode ser perdido de foco, que necessitará o apenado, ficar mais tempo cumprindo pena, antes de preencher o requisito temporal exigido, para saída temporária, já constituindo um componente, que dificulta o acesso ao benefício e melhor qualifica o mesmo.

Nos casos dos crimes hediondos ou equiparados ao mesmo, em que a pena, deva ser iniciada em regime prisional fechado, a progressão para o regime semiaberto, depende de percentual maior, que o exigido no art. 123 da LEP. Assim o benefício previsto no art. 122 da LEP, será alcançado de forma mais difícil e onerosa para o apenado. O Legislador assim, nesta hipótese específica, já previu um fator diferenciador, para ser acessado o benefício, em face hediondez do crime praticado.

A hipótese não guarda relação com uma interpretação progressiva da norma, pelo fato da lei 8072/90, ter sido promulgada, após a entrada em vigor da Lei de execuções Penais.

As normas são compatíveis e não houve revogação dos preceitos legais anteriormente instituídos, sendo apenas exigido, maior tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade, para que seja alcançado o benefício previsto no art. 122 da LEP, na hipótese de ser iniciada a pena privativa de liberdade em regime prisional fechado.

A gravidade e/ou hediondez do crime, não podem, por si só, constituírem fundamentos idôneos, para amparar o indeferimento dos benefícios previstos no art. 122 da LEP.

Para ser alcançada progressão para o regime semiaberto, devemos partir da ideia, que a pena privativa de liberdade, foi inicialmente fixada em regime fechado.

Poderíamos também até, estarmos no campo da regressão de regime prisional anteriormente ocorrida, no caso para o regime fechado, com posterior progressão para o regime semiaberto.

Não sendo a hipótese de crime Hediondo ou equiparado ao mesmo, fixada a pena privativa de liberdade, em regime prisional

inicial fechado, quando houver progressão para o regime prisional semiaberto, o requisito temporal objetivo, para ser outorgado o benefício previsto no art. 122 da LEP, referente ao cumprimento de 1/6 da pena privativa de liberdade, estará alcançado, sendo observado o disposto no art. 112 da LEP.

Consequentemente o apenado, ao progredir para o regime semiaberto, terá alcançados dois requisitos exigidos pelo Legislador, no caso, estar em regime prisional semiaberto e ter cumprido 1/6 da pena privativa de liberdade, caso não seja reincidente.

Na hipótese de ser reincidente o apenado, sendo exigido 1/4 de cumprimento da pena aplicada, após progredir para o regime semiaberto, deverá ainda, cumprir o período faltante, para alcançar o requisito temporal objetivo exigido, para concessão da saída temporária.

Sendo a hipótese de crime hediondo ou equiparado ao mesmo, com a progressão para o regime prisional semiaberto, já terá cumprido o apenado, mais que 1/6 da pena e na hipótese de ser reincidente, mais que 1/4 da pena, em face haver regra específica mais gravosa, para a progressão de regime prisional.

O apenado para acessar o benefício da saída temporária, deve necessariamente estar em regime prisional semiaberto, que é menos gravoso e já permite a execução da pena, em condições, que garantem ao mesmo, venha a sair do estabelecimento prisional, na forma do art. 35, § 2º do CP.

Na progressão de regime, o apenado, já demonstrou o preenchimento de requisitos subjetivos, que comprovam ser merecedor de suportar a pena privativa de liberdade de forma menos gravosa.

Assim a saída temporária, não constitui nenhuma novidade e fato incomum ao apenado, que cumpre pena privativa de liberdade em regime prisional semiaberto. Constitui apenas, mais um dos benefícios permitidos ao apenado, em regime prisional semiaberto, dentro do sistema de execução instituído, que sempre busca ser promovida a reinserção gradativa do apenado em sociedade e sua final ressocialização.

O critério temporal é objetivo e não permite interpretações, que venham ampliar os prazos fixados em lei.

Quando o benefício de saída temporária, em qualquer de suas modalidades, está sendo indeferido, pelo fato de haver progressão para o regime semiaberto, há pouco tempo, na prática, está sendo ampliado a prazo de concessão do benefício e modificado o critério objetivo instituído, passando o intérprete a figurar, como Legislador Positivo, o que não deve ser admitido.

A mera possibilidade do apenado, poder não voltar, para o estabelecimento prisional, após a concessão do benefício da saída temporária, não pode amparar o indeferimento do mesmo, pois a fundamentação é amparada em fato dentro do campo do abstrato.

Quando concedido livramento condicional, progressão para o regime aberto, saída para estudar ou trabalhar durante a execução da pena em regime prisional semiaberto, sempre haverá o risco de o apenado fugir.

Sempre que é permitido ao acusado cumprir pena, em liberdade, após ser iniciada em estabelecimento prisional, haverá a possibilidade de fuga, mas o risco foi assimilado pelo Legislador, dentro do sistema que instituiu, não devendo assim, a possibilidade abstrata de haver

fuga, ser fundamento legítimo e idôneo, para amparar o indeferimento de benefício ao apenado.

Assim, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos, não pode ser vedado o deferimento ao benefício da saída temporária, sendo criados novos requisitos, não previstos pelo Legislador, passando o Poder Judiciário a figurar como Legislador Positivo.

Não pode ser afastada a manifestação de vontade da coletividade, exteriorizada através de seus representantes, que instituíram um sistema de execução das penas privativas de liberdade.

A gravidade do crime, sua hediondez, grande período de pena ainda restante a ser cumprido, curto período de pena cumprido em regime prisional semiaberto, possibilidade abstrata de fuga, por si só, não constituem fundamentos idôneos, para o indeferimento do benefício da saída temporária.

O indeferimento da saída temporária, sendo utilizados os fatos anteriormente verificados, por si só, analisados dentro do campo do abstrato, viola a estrita legalidade e afasta direitos criados para os apenados, derivados da vontade da coletividade, tornando o Poder Judiciário um Legislador Positivo, deixando de ser observado de forma efetiva, seu papel dentro do Estado Democrático de Direito.



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES