

Publicações da Escola da AGU

O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões Práticas e Controvertidas

volume 9 - n. 04 - Brasília-DF, out./dez. 2017

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 9	n. 04	p. 1-312	out./dez. 2017
---------------------------------	----------	------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	Secretário-Geral de Consultoria
Izabel Vinchon Nogueira de Andrade	Procuradora-Geral da União
Fabício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Cleso José da Fonseca Filho	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador do Banco Central
Maria Aparecida Araújo de Siqueira	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor-Geral da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva	Diretora
Paulo Fernando Soares Pereira	Vice-Diretor
Eduardo Fernandes de Oliveira	Coordenador-Geral

EDITOR RESPONSÁVEL

Chiara Michelle Ramos Moura da Silva

CONSELHO EDITORIAL

Fábio Vítor da Fonte Monnerat
Luiz Henrique Diniz Araújo
Marco Aurélio Ventura Peixoto
Paulo Fernando Soares Pereira
Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

Diagramação/Capa: Niuza Lima/Gláucia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicações da Escola da AGU: O Código de Processo Civil de 2015 e a Advocacia Pública Federal. Questões Práticas e Controvertidas - Escola da Advocacia-Geral da União
Ministro Victor Nunes Leal - volume 9, n. 4, (out./dez. 2017).
Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, nº 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

SUMÁRIO

<i>Apresentação</i>	1
O Princípio da Primazia da Julgamento do Mérito e Suas Repercussões Práticas no Código de Processo Civil Brasileiro <i>The Principle of the Primacy of the Judgment of Merit and its Practical Implications in the Brazilian Civil Procedure Code</i> <i>Artur Orlando de Albuquerque da Costa Lins</i>	9
A “Conciliação” Como Elemento do Direito Fraternal: por uma jurisconstrução fraterna <i>“Conciliation” as an Element of Fraternal Law: by a fraternal jurisconstruction</i> <i>Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes</i> <i>Grégore Moreira de Moura</i>	27
Sistema de Precedentes Judiciais no CPC/2015 e Impactos nos Juizados Especiais Federais: o desafio da admissibilidade de pedido de uniformização fundado em jurisprudência dominante do STJ quando a TNU já julgou a mesma matéria no regime de recursos repetitivos <i>System of Judicial Precedents in CPC/2015 and Impacts on Federal Special Courts: the challenge of the admissibility of a request for uniformity based on dominant jurisprudence of the STJ when TNU already judged the same matter in the regime of Special Appeals</i> <i>Clístenes Leite Patriota</i>	41
O Processo Civil Eletrônico no Código de Processo Civil de 2015 <i>The Civil Electronic Process in the Civil Procedure Code of 2015</i> <i>Cristiane Rodrigues Iwakura</i>	59
Atuação Estratégica da Advocacia Pública nos Procedimentos de Formação de Pronunciamentos Vinculantes <i>Strategic Advocacy in Procedures for the Formation of Binding Statements</i> <i>Fábio Victor da Fonte Monnerat</i>	79
Delineamentos Iniciais Sobre os Honorários de Sucumbência no CPC/2015 <i>Initial Developments on Honorary in the CPC/2015</i> <i>Felipe Camilo Dall’Alba</i> <i>Guilherme de Carvalho Sperotto</i>	95
A Autocomposição e as Pessoas Jurídicas de Direito Público o que Mudou Depois da Lei de Mediação ? <i>He Self-Composition and the Public Legal Entities: what has changed after mediation law</i> <i>Kaline Ferreira</i>	117

O Agravo de Instrumento e a Primazia do Julgamento de Mérito <i>Appeal and Merit Judgement Primacy</i> Luiz Henrique Diniz Araujo.....	129
Musterverfahren x Pilotverfahren: os regimes de IRDR adotados pelos Tribunais Regionais Federais <i>Musterverfahren x Pilotverfahren: the IRDR's schemes adopted by the Federal Regional Courts</i> Marcelo Eugênio Feitosa Almeida	143
A Advocacia Pública e a Prerrogativa da Contagem em Dobro Para os Prazos Fixados Pelo Juiz <i>The Public Advocacy and the Double Counting Prerogative For the Deadlines Set by the Judge</i> Marco Aurélio Ventura Peixoto	161
Reclamação Constitucional no STJ e no STF <i>Constitutional Complaint Before the Supreme Court and High Court of Justice</i> Paulo Gustavo Medeiros Carvalho	177
Relativização da Coisa Julgada que Concedeu Direito a Quintos e Décimos Considerados Indevidos pelo STF no Recurso Extraordinário 638.115 <i>Relativization of the Judged Thing Which Gave Right to Fifths and Tenths Considered Improper by STF in the Extraordinary Remedy 638.115</i> Ricardo Cavalcante Barroso	203
Aplicações Atuais e Potencialidades do IRDR para o Aprimoramento da Defesa Judicial da União Current <i>Applications and Potential of IRDR for the Enhancement of Union Judicial Defense</i> Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues	223
O Rol Taxativo (?) das Hipóteses de Cabimento do Agravo de Instrumento <i>The Exhaustive List (?) of Hypotheses of Interlocutory Appeal</i> Rodrigo Frantz Becker.....	237
A Influência do Novo Código de Processo Civil sobre a Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova em Demandas Ambientais: uma análise sobre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça <i>The Influence of the New Civil Process Code on the Dynamic Distribution of the Burden of Proof in Environmental Demands: an analysis of the position of the Superior Court of Justice</i> Rogério Guedes.....	253

Cabimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Processos de Execução Fiscal <i>Suitability of the Disregard of Legal Entity in Tax Enforcement Process</i> <i>Silvia Ferraz Sobreira Fonseca</i> <i>Júlia Queiroz de Freitas</i>.....	275
Perspectivas e Desafios da Mediação na Administração Pública <i>Perspectives and Challenges of Mediation in Public Administration</i> <i>Tatiana de Marsillac Linn Heck</i>.....	291

APRESENTAÇÃO

A publicação que ora oferecemos ao público decorre de uma preocupação com a aplicação do Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que tange aos temas relacionados à atuação da Advocacia Pública Federal. Como sabemos todas e todos à larga, na atual fase metodológica de nosso Direito, em geral, e de nosso Direito Processual Civil, em especial, não basta conhecer o texto da lei, mas, fundamentalmente, quais são as normas efetivamente extraídas do texto, ou seja, o Direito “vivo”. Assim, o produto da interpretação, decorrente de um consenso mais ou menos relativo entre os intérpretes, entre eles os juízes e tribunais, com destaque para a jurisprudência e os precedentes, é que efetivamente norteará a conduta dos diversos atores processuais.

Essa é a bússola desta obra coletiva, que tem por finalidade contribuir para o debate, mas, também, trazer luz para a atuação prática de tantas e tantos colegas que se deparam com os temas abordados no exercício da defesa dos Entes Públicos em Juízo. Assim é que múltiplos temas são percuientemente abordados por membros da AGU experientes e estudiosos da Processualística, como é o caso do Sistema Multiportas, do Sistema de Juizados Especiais Federais, do Sistema Recursal, da Execução, Prerrogativas Processuais da Fazenda Pública, apenas para citar alguns exemplos entre tantos outros temas de grande relevância teórica e prática no Processo Civil Brasileiro, estudados no volume.

A obra conta com a participação, na abordagem de temas complexos, de colegas de diversas regiões do país e de diferentes carreiras da Advocacia-Geral da União, aliados de primeira hora, sempre dispostos a fazer as adequações editoriais necessárias para que o produto final, além do excelente conteúdo, guardasse uniformidade e rigor em seus aspectos formais. A todas e a todos, o nosso muito obrigado.

Necessário registrar, ainda, a respeitabilidade da Comissão Científica, nas pessoas dos colegas Dr. Paulo Gustavo Medeiros Carvalho, Vice-Advogado Geral da União, Dr. Paulo Fernando Soares Pereira, Vice-Diretor Nacional da Escola da AGU, Dr. Marco Aurélio Ventura Peixoto, Vice-Coordenador da Escola da AGU/PE e da Grade Nacional de Direito Processual Civil e do Dr. Fábio Victor da Fonte Monnerat, ex-Coordenador Nacional da Grade de Direito Processual Civil, atualmente oficiando na Procuradoria Regional Federal da 3.^a Região. A participação de nomes já consolidados na AGU e na vida acadêmica conferiu ainda maior prestígio e credibilidade à obra.

Agradecemos, ainda, à Ministra Grace Mendonça e à Dra. Chiara Michele Ramos Moura da Silva, Diretora Nacional da Escola da AGU, pelo apoio incondicional e por conferirem, pela seriedade de suas gestões, prestígio institucional ímpar à publicação que ora vem a público.

Por fim, nosso obrigado à equipe Editorial da Escola da AGU, nas pessoas de Niuza Gomes Barbosa de Lima, Glaucia Maria Alves Pereira e do estagiário Marcos Vinícius Simões de Castro, por terem realizado todos os ajustes necessários à bela apresentação que a obra findou por ostentar

LUIZ HENRIQUE DINIZ ARAUJO

Coordenador da EAGU/PE

Coordenador Nacional da Grade de Direito Processual Civil

O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA JULGAMENTO DO MÉRITO E SUAS REPERCUSSÕES PRÁTICAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

*THE PRINCIPLE OF THE PRIMAZY OF THE JUDGMENT
OF MERIT AND ITS PRACTICAL IMPLICATIONS IN THE
BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE CODE*

Artur Orlando de Albuquerque da Costa Lins

*Mestrando em Direito Processual Civil pela UFPE. Especialista em Direito
Processual Civil pela ESMape (Escola Superior de Magistratura de Pernambuco).
Professor convidado da Escola da Advocacia Geral da União. Procurador Federal.*

SUMÁRIO: 1 O Neoprocessualismo e o Reconhecimento da Força Normativa dos Princípios; 2 O Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito como Norma Processual Civil Fundamental e sua Positivação na Legislação Infraconstitucional; 3 O Modelo Cooperativo de Processo como Palco Adequado para a Concretização do Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito; 4 O Princípio da Primazia do Julgamento do Mérito e Algumas de Suas Regras Concretizadoras no CPC; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo aborda os fundamentos e a aplicabilidade de um novo princípio, no sistema jurídico brasileiro, que se constitui como uma das premissas basilares do novo modelo cooperativo de processo, denominado “princípio da primazia do julgamento de mérito”, positivado expressamente no art. 4º, CPC. No decorrer do trabalho, sustenta-se que a solução integral do mérito passou a ser um direito fundamental de ambas as partes, tendo sido construído um novo arcabouço de regras processuais concretizadoras deste princípio, objetivando sanar vícios/defeitos das postulações, quer iniciais, quer recursais, a fim de se julgar, efetivamente, a pretensão de direito material submetida ao crivo do Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Civil Brasileiro. Princípio Da Primazia do Julgamento de Mérito. Modelo Cooperativo de Processo.

ABSTRACT: This article deals with the foundations and applicability of a new principle in the Brazilian legal system, which constitutes one of the basic premises of the new cooperative process model, called “principle of the primacy of the merits judgment”, expressly stated in art. 4th, CPC. In the course of the work, it is maintained that the integral solution of merit became a fundamental right of both parties, and a new framework of procedural rules was constructed to concretize this principle, aiming to remedy defects of both initial and new applications in order to judge, effectively, the claim of material law submitted to the scrutiny of the Judiciary.

KEYWORDS: Code of Brazilian Civil Procedure. Principle of the Primacy of the Judgment of Merit. Cooperative Model of Process.

1 O NEOPROCESSUALISMO E O RECONHECIMENTO DA FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS

Não mais se tolera, nos dias de hoje, a onipotência e a onipresença legislativa, tradição presente, desde sempre, em nossa ordem jurídica, sendo certo que, paulatinamente, foi sendo ultrapassada aquela época constitucional bem diversa em que o padrão do direito era o legislador e os elementos do direito cingiam-se apenas à lei, através de uma postura metodológica em que a atividade judicial era meramente declaratória dos enunciados normativos sem qualquer interpretação da lei¹.

Exige-se, na verdade, a desconstrução da máxima de que o juiz seria “*escravo da lei*”, devendo-se sobressair uma visão para além da lei, sem desprezar totalmente, porém, o direito posto, que funcionaria como ponto de partida para as tarefas interpretativas essenciais a serem realizadas pelo operador jurídico.

Evidencia-se uma nova postura interpretativa do Direito, segundo a qual a diminuição da importância do positivismo jurídico se tornou uma realidade inafastável, porque o direito positivado não consegue acompanhar a incessante dinâmica das realizações humanas, que produzem, numa velocidade inimaginável, uma multiplicidade de novas culturas, novos hábitos e novos valores, donde a recusa à análise isolada da lei se apresenta como a melhor estratégia para superar o mencionado descompasso normativo.

Com efeito, deve-se abandonar a postura exclusivamente positivista do século passado, ou melhor, o exame isolado da legalidade estrita perde o seu *status* de dogma jurídico inquestionável, diante do surgimento de um novo paradigma de respeito incondicional aos direitos fundamentais, na tentativa de adequar a aplicação da ordem jurídica à realidade social, sendo este um dos marcos do *neoprocessualismo*.

A fase do *neoprocessualismo* representou, indubitavelmente, uma nova etapa da evolução histórica do direito processual civil, dotada de repertório teórico avançado, consubstanciado na revisão das categorias processuais e na previsão de novas premissas teóricas aptas a facilitar a interpretação do Direito como um todo.

A bem da verdade, a partir das conquistas alcançadas na fase do *neoprocessualismo*, que amplia, a olhos vistos, o alcance dos princípios da

1 O Estado Constitucional, no âmbito da teoria do direito, pode ser reconduzido, segundo a conhecida proposta de ZAGREBELSKY, ao direito “*mitte*”- maleável, moldável, dúctil, líquido. O direito deixa de ser apenas um elemento pré-dado pelo legislador a que cabe ao juiz tão-somente declarar numa atividade mecânica para ser compreendido como um problema que deve ser resolvido pelas partes e pelo juiz, em diálogo, a fim de que se encontre a solução mais justa para o caso concreto. Passa-se a empregar, na ciência jurídica, uma racionalidade prática em detrimento de uma racionalidade puramente teórica (apud MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62).

instrumentalidade das formas e da fungibilidade dos atos processuais, a hermenêutica jurídica contemporânea aponta que o julgador não mais se encontra adstrito a um círculo da legalidade, o qual não esgota o direito de juridicidade, mas sim ao da juridicidade, bem mais amplo que o primeiro.

Neste sentido, a atividade interpretativa do julgador não se deve prender a um sistema hermenêutico fechado, devendo levar em consideração o contexto histórico e interdisciplinar que envolve o julgamento, exercício que exige coragem para romper com as amarras do positivismo e do formalismos jurídicos.

Diante disso, assistiu-se à incorporação definitiva, pela ordem jurídica contemporânea, de princípios estruturantes com forte viés valorativo e com reconhecida força normativa, necessários para manter a integridade e a coerência capazes de permear as exigências de um sistema axiologicamente aberto, que se fizeram presentes cada vez mais na realidade jurídica do direito, especialmente na ordem jurídica processual brasileira.

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do *neoprocessualismo*. Princípios não são, tal como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados e alcançados por diferentes meios.

A ciência jurídica brasileira, inclusive o direito processual civil, passou a estruturar-se em normativas dependentes de valorações, nas quais o intérprete não apenas valora a hipótese, como também cria a consequência, ou cria a hipótese e valora a consequência, pautado em situações concretas e integrações axiológicas, as quais nem sempre se encontram abstratamente previstas.

Tal mudança de paradigma, empreendida no direito processual civil brasileiro, foi absolutamente natural por estar ligada à própria evolução e ao aprimoramento das decisões judiciais que devem, inevitavelmente, acompanhar o desenvolvimento social, a fim de que resultem eficazes no atual momento vivido, representado pelo *neoprocessualismo*.

Passa-se a reconhecer, dentro deste contexto, o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, que passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica ao caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes².

Vale dizer: o papel do Poder Judiciário passa a ser essencial para o equilíbrio e o fechamento coerente do sistema, pressupondo a ampla

2 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 131.

participação social e, especificamente das partes do processo, como próprio critério de legitimidade e de validade da decisão judicial. Isso acaba por tornar pouco crível posição no sentido da ausência de criatividade na atividade jurisdicional³.

Como já reiteradamente dito, os princípios, agora qualificados como espécie normativa, elementos norteadores do sistema dogmático, ganharam cada vez mais força, sendo que, em contrapartida, surgiu um problema correlato, na medida em que os textos desses princípios são ainda mais imprecisos (vagos e ambíguos) do que os textos legais e, ainda, muitas vezes contraditórios, se levados a suas consequências extremas, exigindo uma retórica da proporção⁴.

Realmente, o caráter principiológico que o pensamento jurídico contemporâneo vem assumindo, particularmente, no Brasil, ensejou, em contrapartida, um ativismo judicial nunca dantes visto, certo que as decisões judiciais emblemáticas, em regra, envolvem princípios e seu caráter retórico lhes confere alto grau de indeterminação, conferindo ao Judiciário a tarefa de concretizar o respectivo sentido normativo.

Esse ativismo judicial crescente no Brasil – repita-se – pode ser atribuído a inúmeros fatores, dentre eles, em razão de o juiz brasileiro, pela via do controle difuso, poder aplicar diretamente os direitos fundamentais, sem a necessidade de lei sobre o tema específico⁵, aliado ao já mencionado “caráter principiológico do direito”.

Contudo, aqui vale uma advertência: os princípios devem funcionar como “válvulas de descompressão do sistema”⁶, mas sem levar a um decisionismo, na tentativa de reduzir o espectro da discricionariedade do intérprete do direito, e não o sentido inverso, qual seja, o de ampliar a malsinada discricionariedade.

A percepção desses novos sentidos processuais, no Estado Democrático de Direito, além de não pode investir em essências meramente positivistas ou em interpretação originária, também não pode decorrer da mera subjetividade do intérprete, sob pena de se ensejar a discutível discricionariedade judicial.

A compreensão, interpretação e aplicação do novo ordenamento jurídico processual pátrio vai enfrentar, certamente, uma legislação entrecortada

3 MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. d. Salvador: Juspodvum, 2017. p. 133.

4 ADEODATO, João Maurício. Uma metodologia para compreender o crescimento do processo e do Poder Judiciário na sociedade complexa. In: *Procedimentalização do direito e crítica do processo no Brasil. Coleção de Monografias de Pós-graduação da Escola da Magistratura de Pernambuco*, v. 01, 2008. p. 11.

5 ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz de. *O ativismo judicial e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2017. p. 64-65.

6 *Ibid.*, p. 101.

por princípios e supostamente acolherá uma infinidade de possibilidades hermenêuticas, colocando os operadores do Direito num permanente desafio de uma interpretação democrática e adequada aos referenciais constitucionais.

O referido desafio deverá ser superado com aporte na retomada do diálogo entre direito e moral e na influência da virada ontológico-linguística, cuja missão é identificar eventuais incompatibilidades e limites semânticos nas normas principiológicas processuais, na tentativa de compreendê-las à luz das premissas fincadas no Estado Democrático de Direito.

Disso tudo, exsurge uma advertência por demais relevante: a baixa densidade semântica de alguns textos não se presta a autorizar o emprego indiscriminado de qualquer significado, nem autoriza que decisões judiciais possam legitimar-se pela criação de normas desconectadas da realidade constitucional, em um movimento já denunciado, veementemente, pela doutrina nacional⁷ sob a rubrica do “pan-principiologismo” ou ‘farra de princípios”.

Bem por isso, inobstante todas estas novidades, é imperativo que se enxerguem as referidas inovações com “novas lentes”, novos olhos, no influxo de se alcançar a verdadeira finalidade do processo, que deve voltar-se para a delimitação e a contenção do exercício do poder e para que o resultado processual e substancial seja justo.

Neste panorama, o CPC/2015 insere-se, naturalmente, no contexto do Estado Constitucional e encampa suas características, exigindo, de um lado, a observância aos princípios da legalidade, isonomia, segurança jurídica e confiança legítima, inerentes ao Estado de Direito, comungando, de outro, com o ideário do Estado Democrático, de onde retira a boa-fé objetiva, que se relaciona com a honestidade, probidade ou lealdade, que deve nortear o comportamento de todos os sujeitos processuais, colaborando para a decisão final e definitiva da lide⁸.

2 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO COMO NORMA PROCESSUAL CIVIL FUNDAMENTAL E SUA POSITIVAÇÃO NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O CPC/2015, tanto no aspecto formal (estruturação) como no âmbito material (conteúdo), revela-se assaz distinto em relação à legislação processual antecedente, sobretudo quando se verifica, no atual diploma processual, a existência de uma Parte Geral, contendo normas essenciais à interpretação sistêmica de todas as demais presentes ao longo do mencionado

7 Confira-se, por todos, STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009. p. 09.

8 CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 209, São Paulo: RT, 2012. p. 349-374.

diploma legal, sendo, por isso, aplicáveis a todos os procedimentos não-penais.

Com efeito, o CPC/2015 foi o primeiro Código Processual Civil brasileiro a possuir uma Parte Geral, em que se reúnem as disposições comuns aplicáveis à generalidade dos processos, atendendo aos reclamos de uma nova metodologia jurídica compatível com o pensamento jurídico contemporâneo, cujas principais características são as seguintes: a) reconhecimento da força normativa da Constituição Federal de 1988; b) desenvolvimento da teoria dos princípios jurídicos, passando a lhes reconhecer eficácia normativa; c) transformação da hermenêutica jurídica (com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; com o estabelecimento da distinção teórica entre *texto* e *norma*); e d) expansão e consagração dos direitos fundamentais⁹.

Realmente, uma das maiores inovações trazidas pelo CPC/2015, inclusive com grande repercussão prática, foi a relevância conferida à dimensão axiológica do processo, confirmada com a previsão, em uma parte geral, composta de normas fundamentais processuais, algumas delas principiológicas de caráter aberto, com densidade hermenêutica, a exemplo dos princípios da cooperação (arts. 8º e 10), do contraditório (art. 9º), e, por fim, o *princípio da primazia do julgamento de mérito*, inserta no art. 4º do referido diploma legal, objeto central dessa dissertação.

No Livro I da Parte Geral, precisamente no capítulo 1 do CPC/2015, podem ser encontrados dispositivos, que compõem a base do direito processual civil brasileiro, explicitando, além de princípios constitucionais já amplamente estudados (a exemplo do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais), outros princípios corolários destes últimos (da boa-fé objetiva e da cooperação), deixando assente a prevalência de um modelo cooperativo de processo.

Tal capítulo apresenta um rol não exaustivo^{10 11} das normas fundamentais do processo civil, prevendo, dentre outros, o *princípio da primazia da solução do mérito*, precisamente em seu art. 4º, cuja redação dispõe que “*as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*”.

9 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 01, 19. ed. Salvador: JusPodvum, 2017. p. 47-49.

10 O CPC/2015 foi redigido em conformidade com a Teoria Geral do Direito Contemporâneo, dedicando, com isso, um capítulo próprio para tratar das normas fundamentais do Processo Civil, as quais não se encontram, porém, taxativamente previstas, apenas, entre os arts. 1º a 12, daquele texto legal, porque algumas delas se encontram espalhadas ao longo do Código (a exemplo da relativa ao sistema de precedentes obrigatórios, prevista nos arts. 926 e 927, ambos do referido diploma legal), bem como há outras normas fundamentais constitucionais não replicadas na legislação processual civil infraconstitucional (como, por exemplo, o devido processo legal nem a proibição de prova ilícita).

11 Sobre esta temática, confira-se, por todos, DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. op. cit. p. 71-172.

Do referido texto legal, podem ser extraídos, simultaneamente, 03 (três) princípios que se inter-relacionam recíproca e necessariamente, quais sejam, o da *primazia da solução do mérito*, da duração razoável do processo e, por fim, o da efetividade da jurisdição.

Ao inserir em seu texto normativo a garantia constitucional da duração razoável do processo, o CPC/2015 pretendeu reforçar a necessidade observância do referido princípio constitucional, exigindo uma tramitação adequada e tempestiva dos processos judiciais, aí incluída não só a atividade judicial cognitiva, como também a conduta necessária à satisfação prática do direito material, sem o desgaste resultante das mazelas de uma insuportável demora na entrega da tutela jurisdicional.

Neste particular, é indubitoso que o CPC/2015 pretende resguardar a aludida garantia constitucional da duração razoável do processo, na medida em que tenta (re)construir todo um sistema voltado à produção de um resultado eficaz e útil do processo sem as malsinadas dilações indevidas e imotivadas, as quais – como sabido – não possuem qualquer justificativa para tanto.

Vale dizer, não basta que a sentença tenha sido proferida em tempo razoável, mas a concretização da atividade judicial executiva da pretensão deve, igualmente, ser obtida tempestivamente, sob pena de se tornar uma prestação insegura, ao não garantir efetividade na tutela do direito material.

Entretanto, insta rememorar a percuciente admoestação da doutrina pátria, segundo a qual “o direito à razoável duração do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente à fisiologia processual”¹².

De fato, a celeridade processual não pode ser tão cultuada a ponto de se tornar um fetiche, que, muitas vezes, dá o tônus de certas tomadas de posição pela jurisprudência pátria¹³, sendo certo, daí, que a preocupação deveria estar concentrada na razoável duração do processo, e não na celeridade-aceleração-finalização de um problema trazido à solução do Judiciário pelo jurisdicionado.

Com efeito, com o advento do diploma processual em vigor, não se deve pretender, a todo custo, obter a celeridade processual sem a devida observância das exigências do novo modelo cooperativo processual, a exemplo do respeito ao contraditório substancial e da necessidade de

12 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. v. 01, 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 266; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. v. 01, 5. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 13.

13 RAMOS, Glauco Gumerato. Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e no amanhã. *Revista de Processo*, n. 239, São Paulo: RT, 2015. p. 428.

fundamentação analítica das decisões judiciais, que constituem, claramente, dilações devidas, consentâneas com as garantias constitucionais processuais.

Impõe-se uma releitura de diversos institutos jurídico-processuais clássicos, tais como a duração razoável do processo, a efetividade processual, o contraditório, o devido processo legal, a preclusão e a segurança jurídica, bem como a aplicação de novos princípios, a exemplo dos princípios da cooperação ou colaboração processual e o da primazia do julgamento de mérito, ambos fundados nas ideias da boa-fé objetiva e da confiança legítima.

Como já delineado linhas atrás, com o desenvolvimento da teoria dos princípios, o princípio deixa de ser técnica de integração do Direito, passando a se constituir numa espécie de norma jurídica. Eles – os princípios – não merecem ser entendidos como meros suportes para discussões acadêmicas, certo que se revelam como instrumentos essenciais à interpretação dos preceitos normativos, servindo como balizamentos para sustentarem o papel político-jurídico do processo, ao transmitirem proposições que organizam e disciplinam a natureza do processo como fenômeno de atuação do direito.

A própria adoção do modelo constitucional cooperativo de processo exige, à toda evidência, a caracterização da *primazia da solução de mérito* como norma-princípio, cujas regras concretizadoras devem ser efetiva e plenamente aplicadas, ao fito de se garantir o *direito ao processo justo (equo)*, isto é, a um processo não mais estuturado apenas formalmente (estático), mas entendido como *garantia mínima de meios e resultados*, para que seja concretizada não apenas a suficiência quantitativa mínima dos meios processuais, mas também um resultado modal (ou qualitativo) constante (*direito ao processo justo*), que nada mais é do que a face dinâmica do devido processo legal¹⁴.

Diante disso, sobreleva-se a noção do *Processo Justo*, como sendo aquele concluído mediante uma decisão justa, que implica correção no procedimento, adequada apuração dos fatos e adequada individualização do segmento normativo, interpretação do texto normativo e aplicação da norma jurídica ao caso concreto¹⁵.

Desse modo, erigir a norma da *prioridade da solução de mérito* à categoria de princípio, além de enaltecer as premissas axiológicas do CPC, termina por repercutir diretamente na criação de novas regras concretizadoras deste princípio, bem como influencia, inclusive, as interpretações realizadas pelos operadores do direito da ordem jurídica brasileira, visando à solução definitiva dos casos concretos.

14 COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. v. 1, 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 63.

15 CAVANI, Renzo. *Processo Justo: Princípio, direito fundamental e modelo de processo do Estado Constitucional*. Dissertação de Mestrado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, 2014. p. 19.

A propósito, como advertiu Leonardo Carneiro da Cunha, de modo didático, “*pode-se construir do texto normativo [...] o princípio da primazia do julgamento do mérito, valendo dizer que as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência, pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito*”¹⁶.

Bom é dizer, portanto, que se tentará constituir, na essência, a efetividade do processo, através do intenso aproveitamento do *princípio da preferência da solução do mérito* com o emprego de mecanismos e técnicas adequados para se obter a tutela jurisdicional perfeita, realizando-se a justa composição da lide.

Objetiva-se, pois, um exame do *princípio da primazia do julgamento de mérito*, no influxo de se alcançar uma conotação mais profunda de direito ao *processo justo*, que reflete um ideal a ser buscado no modelo do novo processo civil cooperativo, que, naturalmente, deve ser capaz de trazer “justiça” na prática.

A par disso tudo, deflui-se, inexoravelmente, que a norma fundamental da *primazia da solução do mérito*, sem dúvida, afigura-se como uma norma-princípio, que norteia a construção de diversas regras ao longo do CPC, premissa que – repita-se – é adotada ao longo deste trabalho.

3 O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO COMO PALCO ADEQUADO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO

Dentro deste contexto do novo modelo cooperativo de processo, onde se enaltecem a prevalência e o respeito ao contraditório substancial, ao devido processo legal material, à boa-fé objetiva, à confiança legítima e à segurança jurídica, situam-se, de modo umbilicalmente vinculados, tanto o *princípio da cooperação* como o *princípio da primazia do julgamento do mérito*, cujos conteúdos normativos, como todo princípio, residem na definição de um estado ideal de coisas que deve ser seguido pelo intérprete a partir da tomada de comportamentos necessários à realização desse fim.

Então, o estado ideal de coisas almejados por ambos os princípios consiste em dar preferência ao julgamento de mérito do processo, examinando-se diretamente o direito material perseguido na lide, tentando-se romper com o estado de coisas até então ocorrente (*status quo ante*), no qual o processo vinha sendo utilizado como subterfúgio para não conhecer o mérito, invertendo-se a lógica e a ordem natural da jurisdição, destoando, com isso, das aclamadas instrumentalidade e efetividade processuais.

16 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao-49-principio-da-primazia-do-merito/>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

Esse comportamento adotado, por inúmeras vezes, pelos juízes monocráticos e pelos tribunais ordinários e superiores, cujo intuito é, única e exclusivamente, diminuir a todo custo o acervo de processos, ficou conhecido como “*jurisprudência defensiva*”, expressão até hoje utilizada no sentido evidentemente pejorativo.

Vale dizer: em um sem número de situações, o órgão julgador, a bem da verdade, não se esforçava para examinar o mérito da ação ou do recurso, mas sim, de modo simplista e até mesmo irresponsável, procurava um defeito na postulação, seja formal, seja material, para, a todo custo, obstaculizar a resolução de mérito do conflito, acabando, com isso, por não realizar o seu papel de pacificador social e de distribuidor de justiça.

Assiste-se, com uma frequência recorrente, notadamente nos tribunais de superposição (STF e STJ), à utilização cada vez maior de instrumentos de contenção cuja serventia era, apenas e tão-somente, para a inadmissão de postulações iniciais ou recursais, logo em seu nascedouro, impedindo-lhes de alcançar a discussão maior do processo, relativa à pretensão de direito material, denominado juízo de mérito.

E pior: em muitas destas situações, a decisão judicial que obstaculiza(va) o prosseguimento normal da ação ou do recurso em direção ao julgamento de mérito se ampara(va) na suposta ausência de algum(ms) pressupostos processuais da ação ou de requisitos de admissibilidade recursal, quando, na verdade, em muitos desses casos, dito requisito se encontra(va) presente de molde a permitir o trâmite normal da postulação.

Na legítima expectativa de pôr fim a esse cenário, o vigente CPC pretende atingir um novo paradigma processual, que reside na busca incessante da solução do mérito para o caso concreto, ou seja, garantir que o processo, tanto na primeira instância, como nas instâncias superiores, seja melhor gerido, permitindo-se o saneamento dos vícios de natureza formal, com a fiel observância do contraditório substancial, possibilitando, daí, que sejam prolatadas decisões de mérito, versando sobre a pretensão de direito material posta em litígio.

Realmente, ao lado de outras normas fundamentais, o CPC amparou-se na premissa essencial de superabilidade dos vícios sanáveis, seja na fase cognitiva, seja na esfera recursal, permitindo a continuidade do processo até alcançar uma decisão judicial “definitiva”, que aborde o mérito da controvérsia discutida na relação jurídica posta em juízo, na tentativa de se produzir, finalmente, a coisa julgada material.

Como o seu próprio nome indica, o *princípio da primazia da solução do mérito*¹⁷ prescreve que tanto o órgão julgador como as partes, sempre

17 Conforme bem lembrou Leonardo Carneiro da Cunha, “a construção do princípio da primazia do exame do mérito, a partir do texto deste art. 4º, foi percebida por Fredie Didier Jr., em debate travado nas X Jornadas

que possível, na qualidade de sujeitos colaboradores no processo, persigam a solução do mérito do conflito de interesses posto sob apreciação judicial, devendo, para atingir tal desiderato, superar (através da correção, conversão ou até mesmo desconsideração), os vícios – formais e materiais – do processo que impediriam, em tese, uma decisão definitiva.

A solução integral do mérito passou a ser um direito fundamental de ambas as partes, tendo sido construído um novo arcabouço de regras processuais com a finalidade de se empreenderem esforços e superar vícios/defeitos formais das postulações, quer as iniciais, quer as recursais, a fim de se obter a verdadeira resolução do mérito.

Neste particular, reputa-se o verbo “superar” como o mais apropriado e pertinente para categorizar, em seu significado, o conjunto de condutas que podem ser adotadas, por todos os atores do processo, para ultrapassar alguns vícios processuais, que, a depender da situação, podem ser propriamente sanados/corrigidos ou simplesmente relevados.

Vale dizer, “superar” um vício processual não é apenas corrigi-lo ou saná-lo, mas igualmente desconsiderá-lo, para que o ato processual seja aproveitado em sua plenitude, em homenagem à efetividade da jurisdição.

Pretende-se, sem dúvida, combater a malsinada “jurisprudência defensiva”¹⁸ dos órgãos jurisdicionais, tanto os que exercem a jurisdição ordinária, como a extraordinária, na busca de ultrapassar a realidade do excesso de barreiras impostas pelos precedentes jurisprudenciais exarados especialmente pelos tribunais de superposição, alguns, inclusive, erigidos à categoria de súmulas persuasivas e vinculantes, a evidenciar uma tentativa legislativa louvável, a fim de se dar prioridade à solução de mérito.

Na lúcida ponderação de Rogério Mollica, *“o processo não pode ser um campo minado, no qual se espalham várias armadilhas para que os recursos sejam eliminados antes do julgamento. Não se pode mais conceber que os Tribunais passem mais tempo procurando por eventuais defeitos do que para o julgamento dos recursos propriamente ditos”*¹⁹.

Em outras palavras, os atores processuais devem pautar suas condutas no intuito de tentarem, ao máximo, evitar as extinções anômalas do processo,

Brasileiras de Direito Processual, realizadas sob a organização do IBDP, de 28 a 30 de agosto de 2017, em Campos de Jordão/SP” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 4º. Em: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 36).

18 Alguns autores brasileiros, a exemplo de Pedro Miranda de Oliveira, defendem que se trata de uma “jurisprudência ofensiva”, que “ofende o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; ofende o princípio do contraditório; ofende o princípio da boa-fé; ofende o princípio da cooperação. Enfim, ofende o bom senso, a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade. É ofensiva ao exercício da advocacia, pois coloca em xeque a relação cliente/advogado. E, dessa forma, ofende a cidadania” (In: “O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado. Óbice ao avanço da jurisprudência defensiva. *Revista dos Tribunais*, v. 950, p. 107-132, dez./2014).

19 MOLLICA, Rogério. A garantia a um processo sem armadilhas e o novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDPRO, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 465-475, abr./jun./2015.

causadas pelo acolhimento (não raras vezes, proposital pelo órgão julgador) de vícios processuais, que serviam de “armadilhas” para que não se alcançasse o mérito da lide, acarretando, em regra, decisões não definitivas, o que poderia redundar em novo ajuizamento de uma ação diversa ou, em algumas situações, em nova interposição de outro recurso.

Enfim, todo esse conjunto estrutural de regras insertas no CPC, que tentam concretizar o multicitado princípio da primazia do mérito, ampara-se num tema que representa um dos marcos da moderna perspectiva do processo civil, a denominada “instrumentalidade do processo”, noção que, a rigor, coloca o processo como efetivo instrumento para a tutela do direito substancial.

Esta, sim, deve ser uma temática valorizada sobremaneira no atual estágio de desenvolvimento do direito processual civil pátrio, pois “*o que importa acima de tudo é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado “processualismo”*”²⁰, de sorte que o formalismo exacerbado não pode servir de obstáculo à entrega da prestação jurisdicional efetiva e meritória.

Realmente, no atual contexto da ciência processual, a formalidade não pode sobrepujar a busca pelo julgamento de mérito, ou seja, “*sempre em que houver um confronto entre o rigor da forma e o mérito, com a possibilidade de relativização da forma, sem nenhum prejuízo processual ou que ocasione alguma nulidade, deve-se buscar a tergiversação deste rigor formal, para prestigiar a busca pela resolução do processo*”²¹.

Bem por isso, neste novo cenário do direito processual civil brasileiro, urge valorizar-se, com todas as forças, a tão desejada “instrumentalidade das formas”, porquanto a prestação jurisdicional, entendida esta como uma das facetas do amplo acesso à justiça, não pode ser negada pelo rigor técnico e formalista do processo, sob pena de se permitir o estabelecimento, inclusive, de uma verdadeira insegurança jurídica.

4 O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO E ALGUMAS DE SUAS REGRAS CONCRETIZADORAS NO CPC/2015

Dentro desta problemática, o CPC, amparado nas premissas do Estado Democrático de Direito, de modo bastante salutar, à evidência, procurou eliminar ou ao menos mitigar a malsinada “jurisprudência defensiva” em nossa ordem jurídica, a partir da previsão de inúmeras regras agora positivadas, que concretizam o *princípio da primazia do julgamento*

20 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 309-310.

21 LEMOS, Vinícius Silva. “*O princípio da primazia de mérito e a melhoria no acesso à justiça*”, monografia apresentada no Congresso Nacional do CONPEDI-UFMG/FUMEC/Dom Hélder Câmara (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), em Florianópolis/SC, 2015.

de mérito, cuja observância deve dar-se tanto pelas instâncias ordinárias, como também pelas extraordinárias, exercida nos tribunais superiores.

Realmente, existem várias disposições normativas espalhadas pelo diploma legal processual, que fornecem as condições de aplicação do multicitado princípio, de obrigatória observância pelos órgãos julgadores diversos, a fim de viabilizar, *sempre que possível*, o exame do mérito, através da concretização de um dos deveres decorrentes do princípio da cooperação, qual seja, o dever de prevenção a ser exercido pelo julgador.

Ora, se o processo, é, evidentemente, cooperativo, sobressaem-se várias regras, de caráter bilateral, necessárias à aplicabilidade desse novo modelo, impondo-se deveres tanto às partes como ao juiz, a quem é atribuído o *dever de prevenção*, ou seja, de prevenir as partes da ocorrência de eventuais defeitos, imperfeições e incorreções, a fim de que sejam corrigidos, possibilitando, com isso, o exame do mérito do conflito posto em julgamento.

Com efeito, o dever de prevenção, que não se reveste de caráter recíproco, porque dirigido apenas ao juiz, consiste no convite feito às partes para o aperfeiçoamento de suas petições e manifestações, ou melhor, deve o magistrado informar às partes acerca da eventual possibilidade de frustração de seu pedido em decorrência do uso inadequado do processo.

Em outras palavras, o dever de prevenção consiste, pois, no chamamento das partes para integração ou ratificação de seus arrazoados no intuito de evitar a decretação de um vício de natureza formal capaz de obstaculizar o conhecimento do mérito discutido em juízo, seja na ação, seja na esfera recursal.

Têm-se como exemplos clássicos desse dever de prevenção e, simultaneamente, da própria aplicabilidade do princípio da primazia do julgamento do mérito, as regras dispostas no art. 317 do CPC²², segundo a qual se impõe seja dada às partes, antes da prolação de uma decisão sem resolução do mérito, a oportunidade para, se possível, corrigir o vício formal, e no art. 932, p. único, do CPC²³, que impõe ao relator, no tribunal, o dever de conceder o prazo de 05 (cinco) dias ao recorrente para sanar vício formal ou complementar a documentação de seu recurso, antes que o mesmo seja considerado inadmissível.

De igual modo, numa clara manifestação do respeito ao aproveitamento dos atos processuais, e, por via oblíqua, ao próprio princípio da primazia da solução do mérito, exsurge a regra ínsita no art. 319, §2º, do CPC/2015, pela qual *“a petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu”*, regra esta que inexistia no regramento processual anterior.

22 Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução do mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

23 Art. 932, [...] Parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 05 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

Por sua vez, o art. 218, §4º, do CPC, pretendendo sepultar, de uma vez por todas, uma recorrente manifestação da “jurisprudência defensiva”, estabelece que será tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo, afastando, com isso, a possibilidade de inadmissão imediata dos atos e recursos supostamente interpostos antes de iniciado o seu prazo (o denominado “recurso prematuro ou precoce”).

Na mesma vereda, o art. 1.024, §5º, do CPC, afasta a necessidade de ratificação de recurso (seja ordinário, seja extraordinário) interposto anteriormente ao julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte contrária, desde que esses sejam rejeitados ou não alterem a conclusão do julgamento anterior, superando, finalmente, o enunciado da Súmula 418 do Colendo STJ²⁴, que, sem qualquer amparo teórico, exigia a ratificação do recurso previamente interposto naquele momento temporal supracitado.

Ademais, uma regra, que, na vigência da legislação processual pretérita, era por demais criticada, dado o seu vago conteúdo semântico, consistia na hipótese de determinação de emenda da petição inicial, sem apontar qual seria o defeito a ser corrigido, exigindo do advogado, no maior das vezes, um exercício de “futurologia” de qual seria a real intenção do magistrado quanto a isto.

Contudo, felizmente, o CPC, de maneira muito clara e didática, veio a substituir o dispositivo legal antigo (art. 284 do CPC/73), prevendo uma nova regra, agora exposta no art. 321 do CPC²⁵, muito mais compatível com os ditames do novo modelo de processo, ao exigir que o julgador indique, com precisão, qual o defeito da exordial a ser sanado, de modo a perfectibilizar a validade da peça inaugural.

Por fim, as últimas regras merecedoras de relevo são as previstas nos art. 1.032 e 1.033, ambos do CPC, segundo as quais se permite a fungibilidade ou convertibilidade entre os Recursos Extraordinários e Especial. Pela primeira, se o Recurso Especial versar sobre questão constitucional, o relator do STJ, ao invés de decretar, de plano, a sua inadmissão, deverá intimar o recorrente para, em 15 (quinze) dias demonstrar a existência de repercussão geral e se manifestar sobre a questão constitucional, ao passo que, conforme a segunda, se o STF considerar como reflexa a ofensa à Constituição Federal afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão de interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao STJ para julgamento do recurso especial.

24 Súmula 418 do STJ: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

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

5 CONCLUSÃO

Por tudo isso, o CPC, dando expressão às premissas do Estado Constitucional-Democrático, sem abonar uma postura de culto ao formalismo, elegeu o enfrentamento do mérito como objetivo maior, conferindo-lhe preponderância sobre os demais temas submetidos ao exame jurisdicional, enaltecendo-se, daí, o *princípio da primazia do julgamento de mérito*, valendo dizer que as regras processuais que regem o processo civil brasileiro devem balizar-se pela preferência, pela precedência, pela prioridade, pelo primado da análise ou do julgamento do mérito²⁶.

Percebe-se, portanto, que a resolução do mérito passa a ser sinônimo de efetividade processual, pois é o que, de fato, resolve a questão de direito material, sendo certo que a ausência de decisão judicial que trate sobre o mérito da questão posta em juízo, em decorrência de filigranas processuais, frustra as partes e não contribui para a pacificação social, que é, aliás, o objeto maior do direito processual civil.

Consolida-se, aí, um princípio fundamental: o de que se deve dar primazia à resolução do mérito e à consequente produção do resultado satisfativo do direito material em detrimento do reconhecimento de eventuais nulidades ou de vícios sanáveis, superando-se os obstáculos processuais surgidos, evitando-se, com isso, a extinção anômala do processo, sem o regular exame do mérito.

Assim se sucede, porque decretar a nulidade de um ato processual, extinguir o processo sem resolução do mérito ou inadmitir, de plano, um recurso são situações que merecem ser admitidas somente quando presente um vício insanável ou quando, embora oportunizada a sanção do defeito, tal correção não se concretize.

Em outras palavras, os atores processuais devem pautar suas condutas no intuito de tentarem, ao máximo, evitar as extinções anômalas do processo²⁷, causadas pelo acolhimento (não raras vezes, proposital pelo órgão julgador) de vícios processuais, que serviam de “armadilhas” para que não se alcançasse o mérito da lide, acarretando, em regra, decisões não definitivas, o que poderia redundar em novo ajuizamento da ação ou nova interposição do recurso cabível na hipótese.

Procura-se, daí, resolver, definitivamente, o conflito de interesses posto a julgamento, visando a evitar decisões tipicamente processuais e tão comuns no

26 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinião/opinião-49-princípio-da-primazia-do-mérito>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

27 Neste sentido, avulta a orientação doutrinária segundo a qual “a proliferação de sentenças extintivas representa o fracasso do meio, que não conseguiu atingir o seu fim” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 44).

sistema pretérito e que nada esclarecem ou contribuem para atender o direito material das partes, sem conseguir assegurar a “justiça” no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Uma metodologia para compreender o crescimento do processo e do Poder Judiciário na sociedade complexa. In: *Procedimentalização do direito e crítica do processo no Brasil*. Coleção de Monografias de Pós-graduação da Escola da Magistratura de Pernambuco, v. 01, 2008.

ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz de. *O ativismo judicial e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. v. 01, 5. ed. São Paulo: RT, 2000.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAVANI, Renzo. *Processo Justo*: Princípio, direito fundamental e modelo de processo do Estado Constitucional. Dissertação de Mestrado em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, 2014.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. v. 1, 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O Processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 209, São Paulo: RT, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Princípio da primazia do julgamento do mérito*. Disponível em: <<http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao-49-principio-da-primazia-do-merito/>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 01, 19. ed. Salvador: JusPodvum, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LEMOS, Vinícius Silva. *O princípio da primazia de mérito e a melhoria no acesso à justiça*. Monografia apresentada no Congresso Nacional do CONPEDI-UFMG/FUMEC/Dom Hélder Câmara (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), Florianópolis/SC, 2015.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. 2. ed. Salvador: Juspodvum, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil*. v. 01, 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOLLICA, Rogério. A garantia a um processo sem armadilhas e o novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO*: Belo Horizonte, ano 23, n. 90, abr./jun. 2015.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O princípio da primazia do julgamento do mérito recursal no CPC projetado. Óbice ao avanço da jurisprudência defensiva. *Revista dos Tribunais*, v. 950, dez. 2014.

RAMOS, Glauco Gumerato. Crítica macroscópica ao fetiche da celeridade processual. Perspectiva do CPC de hoje e no amanhã. *Revista de Processo*, n. 239, São Paulo: RT, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009.

A “CONCILIAÇÃO” COMO ELEMENTO DO DIREITO FRATERO: POR UMA JURISCONSTRUÇÃO FRATERNA¹

“CONCILIATION” AS AN ELEMENT OF FRATERAL LAW:
BY A FRATERAL JURISCONSTRUCTION

Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG.

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal (FDUC-IGC).

Professor Adjunto IV de Teoria da Constituição e Direito Constitucional do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Professor Adjunto IV de Teoria da Constituição e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS).

Grégore Moreira de Moura

Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Doutorando em Direito Constitucional pela UFMG. Ex – Diretor Nacional da Escola da Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Os Meios Consensuais de Resolução de Conflitos; 2 Contexto Processual Anti-Fraterno; 3 As Alterações Legislativas Fraternas; 4. Poder Público Conciliador e Fraterno: é possível?; 5 Conclusão; Referências.

¹ Trabalho adaptado como parte da tese de doutorado a ser apresentada na área de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da UFMG.

RESUMO: O objetivo deste artigo é demonstrar como é possível a aplicação prática do Direito Fraternal, sendo que uma de suas facetas pode ser perfeitamente aferida, através do fomento e desenvolvimento dos meios consensuais de resolução de conflitos, na busca de um Direito mais efetivo e menos violento.

PALAVRAS-CHAVE: Conciliação. Fraternidade. Direito Fraternal. Aplicação Prática.

ABSTRACT: The aim of this article is to demonstrate how the practical application of Fraternal Law is possible, and one of its facets can be perfectly verified, through the promotion and development of ADR – alternative dispute resolution, in the search for a more effective and less violent law.

KEYWORDS: Conciliation. Fraternity. Fraternal Law. Practical Application.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo demonstrar como é possível a aplicação prática do Direito Fraterno, sendo que uma de suas facetas pode ser perfeitamente aferida, através do fomento e desenvolvimento dos meios consensuais de resolução de conflitos, na busca de um Direito mais efetivo e menos violento.

Tal fato se dá pelo fato de que há necessidade de um resgate do princípio esquecido da Fraternidade, para, em seguida, relacioná-lo com os meios alternativos de resolução de conflitos, promovendo sua aplicabilidade prática.

Para tanto, seguir-se-á o seguinte caminho: abordagem dos meios consensuais de resolução de conflitos, com abordagem do contexto processual anti-fraterno que vige no Brasil nos dias de hoje.

Em seguida, passa-se à análise das alterações legislativas fraternas promovidas, principalmente pela edição no novo Código de Processo Civil e algumas leis extravagantes e, ao final, extrai-se deste cenário a figura do Poder Público como possível conciliador e promotor do Direito fraterno.

1 OS MEIOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Direito como instrumento de controle social baseado na coercitividade, não deixa de ser uma forma de violência. O que a fraternidade promove é a tentativa de diminuir a violência proporcionada pela coercitividade no Direito e a conciliação pode exercer perfeitamente esse papel.

Logo, a conciliação é um dos elementos do Direito Fraterno na medida em que promove a resolução material do conflito, através do fomento à não-violência e do respeito ao direito fundamental à duração razoável do processo, além de promover o reconhecimento do outro.

Ao contrário do que se pensa, a ideia de conciliação vem desde a Antiguidade, quando se relatam as formas de dizer o direito, através da evolução dos sistemas de vingança privada, composição e vingança pública.

A composição dos conflitos era, sem dúvida, uma forma de conciliar no Direito antigo e, com certeza, sua aplicação trazia a ideia de um Direito menos violento² (CINTRA, et al. 1997, p. 21/22).

2 Sobre o histórico: "Além da autotutela, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a autocomposição (a qual, de resto, perdura residualmente no direito moderno): uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou parte dele. São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje como referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou ambas as partes envolvidas. Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos

Ocorre que, quando o Estado consolida a vingança pública e assume o poder de *juris dictio*, a composição, assim como a fraternidade, ficam relegadas a segundo plano, parecendo que há uma verdadeira involução neste sentido.

Exemplo disso é a previsão na Constituição Imperial Brasileira de 1824 que em seus artigos 160 e 161³ diziam:

Art. 160: Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes⁴.

Art. 161: Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum⁵.

Visto que o tema não é novo, é preciso que se faça uma advertência terminológica, pois no título deste item, utiliza-se o termo conciliação em sentido amplo, ou seja, como forma alternativa de resolução de conflitos, onde pode se incluir também a mediação e a arbitragem.

males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos seus conflitos (parcial = por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em que as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes”.

- 3 Na atual Constituição da República não temos dispositivos semelhantes. Todavia, a carta Magna de 1988 traz tanto em seu preâmbulo, quanto como princípio que rege as relações internacionais da República Federativa do Brasil, a solução pacífica dos conflitos, o que pode, ainda que de maneira indireta, ser estendido a toda uma gama de aplicação constitucional e no Direito Fraterno ora constitucionalizado. Vale a transcrição: “Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a *solução pacífica das controvérsias*, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VII - *solução pacífica dos conflitos*” (grifos nossos).
- 4 Artigo muito interessante, já que permitia a aplicação de um instituto que agora aparece pintado como novidade no novo Código de Processo Civil, qual seja o negócio processual exposto no artigo 190 do diploma processual que ora se transcreve: “Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.
- 5 Ao que parece a Constituição trazia a tentativa de reconciliação como uma condição de procedibilidade da ação. Talvez seria o caso de alterarmos a legislação processual atual, para dar ainda mais força ao instituto da conciliação, como existia àquela época.

Todavia, sabe-se das diferenças técnicas existentes⁶(TARTUCE, 2016). entre as três modalidades supracitadas, quais sejam mediação⁷, conciliação⁸ e arbitragem⁹, mas, de antemão, observa-se que a que mais promove, sem sombra de dúvida, a fraternidade no direito é a mediação¹⁰, pois garante o ser no outro. E porque? O simples conceito de mediação comprova tal assertiva:

A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem (TARTUCE, 2016, p. 176).

Já a conciliação e a arbitragem, ainda que sejam meios consensuais de resolução de conflitos e por via indireta promoverem a fraternidade, podem ser assim definidas.

A conciliação consiste em um meio de solução consensual de conflitos de interesses, na qual se pressupõe que não haja uma prévia relação ou conhecimento entre os contendores, além do fato de que o terceiro imparcial não arbitra e decide o suposto litígio, mas pode propor um desfecho conciliatório, com base em técnicas e ferramentas que promovam a pacificação da relação jurídica.

Como aduz o artigo 165 § 2º do CPC/2015:

O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Neste caso, as próprias partes fazem concessões recíprocas para a solução do litígio, sendo que tal solução não é imposta pelo terceiro imparcial – o conciliador – o que promove a não-violência na aplicação do Direito, assim como a mediação, malgrado o conciliador tenha maior liberdade para propor o desfecho do conflito, ao contrário do mediador,

6 Apesar das diferenças, há também semelhanças entre a conciliação em sentido estrito e a mediação, como aduz TARTUCE: “São pontos comuns à mediação e a conciliação: 1. Participação de um terceiro imparcial. 2. A produção da comunicação em bases produtivas. 3. A não imposição de resultados. 4. A busca de saídas satisfatórias para os envolvidos. 5. O exercício da autonomia privada na elaboração de saídas para os impasses”.

7 Ver Lei 13.140/2015 – lei de mediação.

8 Ver Lei 13.105/2015 – novo Código de Processo Civil.

9 Ver Lei 13.129/2015 – lei de arbitragem.

10 A mediação gera economia de tempo e dinheiro; promove um espaço comum e participativo; quebra a hipócrita isenção do juiz imparcial; valoriza a experiência cognitiva e o apoderamento do conflito pelas partes, dentre outros. Tais características são trazidas e detalhadas em GHISLENI; SPENGLER, 2011.

que tem função primordial de propiciar e desenvolver a restauração da comunicação entre as partes. Há aqui, com absoluta certeza, a concretização da fraternidade ora proposta neste estudo, já que o conflito é solucionado por método ancorado na cultura da paz.

Em contrapartida,

Arbitration is a form of Alternative Dispute Resolution in which the parties work out the disputed issue without going to court. An impartial third party, known as an Arbitrator, is chosen by the parties to listen to their case and make a decision. The meeting takes place outside court, but is much like a hearing, in that both sides present testimony and evidence. As arbitration has been set as a method of relieving the congestion of court calendars, the decision the arbitrator makes is almost always final, and the courts will only rarely reconsider the matter.¹¹

No caso da legislação brasileira, há alguns requisitos para a arbitragem como: partes capazes de contratar, conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, realização mediante cláusula compromissória ou compromisso arbitral, dentre outros, na forma da Lei 9.307/96 com as modificações introduzidas pela Lei 13.129/2015.

Assim, com a escolha do árbitro pelas partes, o próprio conceito denota uma importância na condução da resolução do conflito, corroborando uma ligação direta com a não-violência na aplicação do Direito, o que demonstra a concretização da fraternidade, ainda que haja neste caso um terceiro imparcial decidindo a controvérsia¹².

2 CONTEXTO PROCESSUAL ANTI-FRATERNO

Para contextualizar o ambiente em que foram editadas as Leis 13.129/2015 (arbitragem), a Lei 13.140/2015 (mediação) e a Lei 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil – que fomenta e traz diversos artigos relacionados à conciliação) faz-se mister abordarmos dois aspectos: o inchaço do sistema jurídico promovido pela complexidade social atrelada à inflação legislativa de um lado e de outro lado a cultura da litigiosidade no Brasil.

11 Disponível em: <<https://legaldictionary.net/arbitration/>>. Acesso em: 16 maio 2017. Em tradução livre seria: A arbitragem é uma forma de resolução alternativa de litígios em que as partes tentam solucionar a disputa sem recorrer ao tribunal. Um terceiro imparcial, conhecido como um Árbitro, é escolhido pelas partes para ouvir o seu caso e tomar uma decisão. A reunião tem lugar fora do tribunal, mas é muito semelhante a uma audiência, em que ambos os lados apresentam testemunhas e provas. Como a arbitragem foi estabelecida como um método para aliviar o congestionamento dos calendários dos tribunais, a decisão que o árbitro toma é quase sempre definitiva, e os tribunais raramente reconsiderarão o assunto.

12 A nomeação dos árbitros está definida nos artigos 13 e seguintes da Lei 9.307/96.

Ambos levaram a Justiça brasileira ao verdadeiro caos, sendo, portanto, um exemplo claro de não-fraternidade. E por que?

Ora, a fraternidade perpassa pelo exercício de direitos, sendo que um dos caminhos para tal desiderato é o processo judicial, principalmente, em casos como o processo penal, em que não há possibilidade de aplicação de pena sem processo judicial.

No entanto, o que temos é exatamente o contrário, ou seja, o processo como efeito prático da ausência de fraternidade, pela duração irrazoável, pelo fomento à violência institucional, pelo incentivo à cultura de litigiosidade e pelos números astronômicos de ações judiciais no Brasil¹³.

Segundo o CNJ, “Justiça em Números”¹⁴, o Brasil teria aproximadamente 100 milhões de processos judiciais em andamento, sendo que na Justiça Estadual teríamos 20.282.181 novos casos em 2013; na Justiça Federal seriam 3.353.742 novos casos em 2013, por exemplo.

Tal fato gera a seguinte conclusão: para cada dois brasileiros existe um processo judicial, ou seja, vive-se a era da judicialização dos conflitos.

Porém, vale ressaltar que alguns dados dizem que o grande responsável por tal judicialização é o Poder Público, já que atua como demandante ou demandado em 50% a 60% dos processos (Fonte: “Para uma nova cartografia da justiça no Brasil” – FAFICH/UFMG e Secretaria de Reforma do Judiciário/Ministério da Justiça)¹⁵.

Com efeito, a fraternidade como direito público subjetivo e princípio constitucional deve ser exigida sob o aspecto vertical, para que o Estado melhore a prestação jurisdicional e reconheça como válida as formas alternativas de resolução de conflitos e respeite os direitos de cidadania.

Para tanto, é preciso que haja uma mudança de mentalidade dos atores das ciências jurídicas pela adoção e prática do Direito Fraterno, ao abandonar a cultura da atuação judicial e litigiosidade pela cultura da paz (não-violência fraterna).

Já por parte do Estado, faz-se mister investir na mudança do foco de sua atuação, para que incentive uma defesa estratégica, com investimento no

13 Como aduzem Karina Volpato e Kenia Volpato Camilo: “É comum entre os litigantes a sensação generalizada de injustiça, que decorre de uma série de fatores, tais como os elevados custos, financeiro e emocional, a lentidão e o longo tempo à espera de uma decisão definitiva que será, por fim, imposta, não havendo participação dos interessados em sua construção e que, não raro, desagrada a ambos. Ao aplicar a lei ao caso concreto, o Poder Judiciário não se debruça sobre a solução “do conflito” em si. Entrega a tutela jurisdicional, mas não necessariamente pacifica os litigantes, que ao fim do processo geralmente continuam firmes em suas posições antagônicas, por vezes ainda mais acentuadas”. VOLPATO, Karina; CAMILO, Kenia Volpato. Mediação e racionalidade no conflito empresarial. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258574,91041-Mediacao+e+racionalidade+no+conflito+empresarial>>. Acesso em: 11 maio 2017.

14 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em: 29 jul. 2016.

15 Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/para_uma_nova_cartografia_da_justica_no_brasil.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

assessoramento e no caráter preventivo dos seus corpos jurídicos, isto é, evitar ao máximo a judicialização pelo fortalecimento da assessoria preventiva¹⁶.

A alteração legislativa supramencionada já traz em seu bojo um direito fraterno processual, pois afirma a necessidade da prevalência da cultura da paz¹⁷ em detrimento da cultura da sentença e amplia as possibilidades de resolução de conflitos pela consagração do tribunal multiportas¹⁸.

Mas a mudança apenas na legislação, malgrado incentive e mude comportamentos, perpassa pelo seu aplicador, isto é, é preciso que haja o desenvolvimento de uma mudança cultural e de confiabilidade nas instituições públicas, como ocorre com a ampla aplicação do “plea bargaining” nos EUA, por exemplo¹⁹.

16 No ano de 2008, a PFE-INSS iniciou um programa de redução de demandas. Como exemplo: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/212518>.

17 A cultura da paz pode ser propiciada e desenvolvida pela reciprocidade gratuita, a qual seria consequência de uma interação social em regime de ágape. Como aduz Galindo Filho, “As ações e interações fundamentadas sobre o amor-ágape podem revigorar, sanar e gerar o tecido social nos seus elementos constitutivos. Os momentos de gratuidade, que parecem raros, mas que existem e dos quais experimentamos efeitos, possuem um enorme potencial que concerne à geração e à estabilização, desde relações interpessoais até a constituição da sociedade e das instituições, dos quais a expressão máxima é a reciprocidade gratuita. Até o momento os êxitos empíricos tendem a confirmar essa teoria”. GALINDO FILHO, Lucas Tavares. *Teoria e Empiria do Ágape nas Ciências Sociais: uma fundamental reviravolta na questão*. In: Cidadania, Participação e Fraternidade: uma abordagem multidisciplinar. Organizadores: Marconi Aurélio e Silva, Fernando Gomes de Andrade, Paulo Muniz Lopes. Recife: Universitária da UFPE, 2014. p.53.

18 Um bom esclarecimento do multi-door courthouse pode ser extraído no seguinte trecho: “The Multi-Door Dispute Resolution Division (Multi-Door) helps parties settle disputes through mediation and other types of appropriate dispute resolution (ADR), including arbitration, case evaluation and conciliation. The name “Multi-Door” comes from the multi-door courthouse concept, which envisions one courthouse with multiple dispute resolution doors or programs. Cases are referred through the appropriate door for resolution. The goals of a multi-door approach are to provide residents with easy access to justice, reduce delay, and provide links to related services, making more options available through which disputes can be resolved. The Multi-Door Dispute Resolution Division of the D.C. Superior Court assists parties to reach agreements that meet their interests, preserve relationships, and save time and money. Our mediators and dispute resolution specialists are trained at Multi-Door to serve in a wide range of cases, from civil to small claims, to family”. Disponível em: <http://www.dccourts.gov/internet/superior/org_multidoor/main.jsf>. Acesso em: 25 abr. 2016.

19 Segundo definição mais acessível emitida pela American Bar Association, órgão equivalente à nossa OAB: “Plea Bargaining: Many criminal cases are resolved out of court by having both sides come to an agreement. This process is known as negotiating a plea or plea bargaining. In most jurisdictions it resolves most of the criminal cases filed. Plea bargaining is prevalent for practical reasons. Defendants can avoid the time and cost of defending themselves at trial, the risk of harsher punishment, and the publicity a trial could involve. The prosecution saves the time and expense of a lengthy trial. Both sides are spared the uncertainty of going to trial. The court system is saved the burden of conducting a trial on every crime charged. Either side may begin negotiations over a proposed plea bargain, though obviously both sides have to agree before one comes to pass. Plea bargaining usually involves the defendant’s pleading guilty to a lesser charge, or to only one of several charges. It also may involve a guilty plea as charged, with the prosecution recommending leniency in sentencing. The judge, however, is not bound to follow the prosecution’s recommendation. Many plea bargains are subject to the approval of the court, but some may not be (e.g., prosecutors may be able to drop charges without court approval in exchange for a “guilty” plea to a lesser offense). Plea bargaining is essentially a private process, but this is changing now that victims rights groups are becoming recognized. Under many victim rights statutes, victims have the right to have input into the plea bargaining process. Usually the details of a plea bargain aren’t known publicly until announced in court. Other alternatives are also possible

Desta feita, para se concretizar o devido processo fraterno e conciliador pelo reconhecimento do tribunal multiportas, já foi dado o primeiro passo (formalização e alteração legislativa com possibilidade de exigência vertical), agora é preciso realizar a materialização e concretização da fraternidade no processo.

E como foi dado o primeiro passo? Quais as principais alterações na conciliação? O que o novo CPC propiciou?

3 AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS FRATERNAS

O CPC propiciou uma posição de protagonismo e estímulo aos atores focando mais nas pessoas que nos procedimentos, o que vai ao encontro do direito fraterno. Mas não só isso, tivemos alterações substanciais para fomentar a conciliação, dentre as quais pode-se citar: a transação feita antes da sentença dispensa custas processuais remanescentes, criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, liberdade das partes na escolha do conciliador, regras de vedações e impedimentos aos conciliadores para garantir a lisura e imparcialidade do processo; criação das câmaras de mediação e conciliação; indicação obrigatória na petição inicial sobre a opção por realizar ou não a conciliação; a audiência de conciliação é a regra sendo marco de contagem de prazo para apresentação de defesa; o não comparecimento à audiência de conciliação é ato atentatório contra a dignidade da Justiça e gera pena de multa; audiência de conciliação pode ser realizada por meio eletrônico²⁰; pode haver mais de uma audiência de conciliação não podendo ultrapassar mais de dois meses entre elas; deve ser respeitado um intervalo de 20 em 20 minutos para cada audiência de conciliação em respeito ao tempo das partes para a negociação; o termo de conciliação é título executivo judicial, dentre outros.

Por fim, trouxe como norma fundamental do processo o dever de cooperação das partes²¹ e obrigação do Estado em sempre tentar promover a prestação jurisdicional por meio das soluções alternativas de conflito, na forma do art. 3º do novo CPC, especialmente seus parágrafos 2º e 3º²².

in the criminal justice system. Many states encourage diversion programs that remove less serious criminal matters from the full, formal procedures of the justice system. Typically, the defendant will be allowed to consent to probation without having to go through a trial. If he or she successfully completes the probation - e.g., undergoes rehabilitation or makes restitution for the crime - the matter will be expunged (removed) from the records". Disponível em: <http://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/pleabargaining.html>. Acesso em: 10 out. 2016.

20 Exemplo é o portal de mediação digital do CNJ: <<http://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>>.

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

22 "*Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.*

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a *solução consensual dos conflitos*. (grifo nosso).

Já a mediação prevista na Lei 13.140/2015 traz um excelente exemplo de aplicação concreta da fraternidade no processo²³, visto que permite à parte o reconhecer-se no outro, por meio do diálogo²⁴, ou seja, estimula a busca da solução do conflito sem a intervenção direta de terceira pessoa, a qual talvez não tenha dimensão real do problema, ou seja, promove a emancipação do homem ao promover as partes como “donas do conflito” e da “sua solução”, o que resolve materialmente o conflito de interesses no auto-reconhecimento do erro porventura cometido, culminando na concretização do sentimento de justiça feita e não imposta²⁵.

Tal conduta é elemento da fraternidade, uma vez que promove a pacificação social pela não-violência estatal imposta pela sentença judicial que, na maior parte das vezes, resolve apenas formalmente o conflito em procedimento não-fraterno, isto é,

A mediação, enquanto alternativa fraterna de tratamento dos conflitos, pressupõe uma convivência baseada na cidadania, direitos humanos, jurisdição mínima, consenso, direito compartilhado e mediação. É um modelo realmente democrático e não violento que aposta no bem comum. (GHISLENI; SPENGLER, 2011. p.10).

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

23 Citando Resta, GHISLENI E SPENGLER dizem: “A proposta fraterna é o embasamento teórico da mediação e das demais formas alternativas de resolução de conflitos sociais, pois insere uma cota de complexidade no primado do justo sobre o bom, procurando “alimentar de paixões quentes o clima rígido das relações”. Sem esquecer que a ela está necessariamente atrelada a ideia de amizade, na medida em que prevê a “comunhão de destinos derivada do nascimento e independente das diferenças”. A mediação, por sua vez, é definida como “a interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa.” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 24).

24 A mediação, segundo o artigo 3º da Lei 13.140/2015 autoriza amplamente o diálogo, inclusive, podemos aplicar tal instituto em casos de recuperação judicial, visando o princípio da preservação da empresa. A propósito foi elaborado o Enunciado 45 da I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” que diz: “A mediação e conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais”. Disponível em: <file:///C:/Users/gregore.moura/Downloads/Enunciados%20Aprovados%201%20JPS-revisado.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2016.

25 “A mediação, portanto, é considerada uma das melhores formas da concretização do ideal fraterno, pois consiste na construção de uma decisão pelos conflitantes e não sua imposição. Além disso, possui caráter humano e cidadão, pois preserva a igualdade entre as partes, bem como a liberdade. A participação total das partes, inclusive na decisão final, faz com que a mediação se sobreponha às demais formas extrajudiciais de resolução de conflitos. Tal procedimento, além da celeridade e eficiência, traz mais satisfação e sucesso, visto que atua na verdadeira causa do problema e proporciona mudanças sociais na vida dos demandantes e da sociedade como um todo”. GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 83).

A ideia do mediador sem poder decisório²⁶ que busca apenas o diálogo é forma de aplicação prática da fraternidade, desde que baseada na confidencialidade e no preparo do mediador²⁷.

4 PODER PÚBLICO CONCILIADOR E FRATERNO: É POSSÍVEL?

Não só aos particulares a lei de mediação é aplicada, mas também ao Estado, podendo ocorrer pela autocomposição com a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver. Se não criada a referida câmara, podem ser aplicadas as regras da mediação, na forma do art. 33 da Lei 13.140/15²⁸.

Exemplo deste tipo de iniciativa é a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal criada pelo Ato Regimental AGU nº 05, de 27 de setembro de 2007²⁹, que é uma unidade da Consultoria-

26 Art. 1º da Lei 11.340/15: “Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

27 Em prefácio redigido pelo Professor Douglas Cesar Lucas essa ideia é muito bem retratada, a qual vale transcrever: “Precisamos transpor para o direito essa força transformadora que a amizade e a fraternidade desempenham no cotidiano do homem comum; precisamos aprender que os laços de amizade e de fraternidade que comprometem e responsabilizam os amigos podem ser potentes na definição de reciprocidades no âmbito de práticas alternativas de solução de conflitos, como é o caso da mediação. Enfim, tem razão o poeta e político Francês Alphonse de Lamartine quando disse que “O egoísmo e o ódio só têm pátria. A fraternidade não a tem”. Mediar, pois, é romper com a bruteza da ação e aproximar expectativas; é desarmar e potencializar a palavra; é falar e escutar; é enfim, poder ver no outro aquilo que sou”. (GHISLENI; SPENGLER, 2011).

28 “Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei. Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos”.

29 “A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF foi criada pelo Ato Regimental AGU nº 05, de 27 de setembro de 2007, com a finalidade de dar continuidade às atividades conciliatórias que já eram desenvolvidas com sucesso no âmbito da Advocacia-Geral da União pelas Câmaras de Conciliação ad hoc, assim designadas porque eram instaladas pelo Advogado-Geral da União para atuar exclusivamente na solução de cada caso concreto, conforme previsto no parágrafo único do art. 11 da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, e na Portaria AGU nº 118, de 1º de fevereiro de 2007 (posteriormente revogada pela Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007). A Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, instituiu a CCAF prevendo a competência de promover o deslinde, no âmbito da Advocacia-Geral da União, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, por meio de conciliação ou arbitramento. Em 2008, foi estendida a possibilidade de solução administrativa, aqui somente pela via da conciliação, para controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados” ou do Distrito Federal, conforme a Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008. Já em 2009, a Portaria AGU nº 1.099/2008 foi alterada pela Portaria AGU nº 481, de 06 de abril de 2009, para incluir na possibilidade de conciliação com a Administração Pública Federal, além da Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, a de Municípios que fossem Capital de Estado ou que possuam mais de duzentos mil habitantes. Em 2010,

Geral da União- CGU, órgão de direção superior integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União.

O objetivo desta Câmara é promover a conciliação em sentido amplo e evitar a judicialização de demandas em caráter preventivo, além de atuar em processos judiciais em curso, a fim de resolver o conflito de interesses.

A simples leitura dos seus objetivos, deixa claro o novo viés a que se pretende tratar as controvérsias no seio da Administração Pública, o que promove a longo prazo uma mudança de paradigma comportamental e quiçá produz a concretização da fraternidade.

Segundo a Cartilha da referida Câmara:

A CCAF foi criada com a intenção de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolviam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, mas, posteriormente, o seu objeto foi ampliado e hoje, com sucesso, resolve controvérsias entre entes da Administração Pública Federal e entre estes e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

Muitas são as vantagens desse novo instrumento de resolução de conflitos, já que na CCAF promove-se a conciliação de interesses divergentes dos diversos órgãos da Administração, estimulando-se a consolidação da prática conciliatória como mecanismo de redução dos conflitos, prática essa mais eficiente, porque construída por todos os envolvidos e que representa a racionalização de custos pela redução de demandas administrativas e judiciais envolvendo organismos da Administração Federal.

A CCAF além de tentar evitar a judicialização de novas demandas também encerra processos já judicializados, reduzindo sobremaneira o tempo na solução desses conflitos.

Também ganha cada vez mais força a ideia de que a Câmara de Conciliação possibilita a articulação de políticas públicas, já que os órgãos públicos por meio das reuniões de conciliação são estimulados a dialogarem e cooperarem um com o outro.

O reconhecimento das atividades desenvolvidas pela CCAF é um fato relevante dentro e fora da jurisdição da AGU, porém, é manifesta a necessidade da ampliação do marco legal de atuação da Câmara de Conciliação e as derivações decorrentes da matéria conciliada. Essa lacuna está sendo

sobreveio o Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, que ampliou a competência da CCAF, prevendo a possibilidade de promover a resolução de conflitos judicializados e de controvérsias administrativas, por meio de conciliação, entre entes e órgãos da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios (sem o limitador do número de habitantes)". Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217576>. p. 09.

tratada no âmbito da discussão do planejamento estratégico da CGU e o resultado pretendido será a edição da Lei da Conciliação e as respectivas normas de regulamentação dos procedimentos de conciliação³⁰.

A Câmara de Conciliação deverá ser, portanto, um elo entre a vontade dos que buscam o acordo antes de qualquer disputa, e o futuro da institucionalização das boas práticas de composição, que virá muito mais célere do que se imagina. Essa atitude institucional da AGU em reconhecer essa ferramenta, em seus conceitos e importância, é na prática uma inovação conceitual que dará forças para seguirmos rompendo as fronteiras afigura-se uma garantia que olhar para o futuro é uma aposta bem clara do presente³¹.

Logo, a Câmara de Conciliação da AGU criada desde 2007 ganha força com a nova legislação processual civil, com as leis de mediação e arbitragem, como pode-se ver no art. 174 do novo CPC³², o que possibilita o aumento da sua força institucional, bem como a institucionalização diuturna da cultura do diálogo, isto é, da fraternidade prática.

Tais aspectos são importantes para a consolidação do Estado Democrático de Direito e da concretização do princípio da fraternidade, pois não só há uma mudança prática no trato das questões da Administração Pública como mencionado acima, mas também há uma enorme economia para os cofres públicos, o que possibilita investimentos em outras áreas na defesa de direitos fundamentais. Logo, é possível um Poder Público Fraterno, basta termos vontade política, pois a legislativa já foi feita.

5 CONCLUSÃO

De todo o exposto, é preciso tratar a conciliação, a mediação e a arbitragem no âmbito dos conflitos privados e públicos como elemento concretizador do princípio da fraternidade, pois promove o diálogo, o reconhecer-se no outro, a solução não-violenta das controvérsias, impulsiona políticas públicas dialógicas ao aproximar os diversos atores, enfim, perpassa pela valorização do “ouvir” e da “não imposição”, ao invés da formalização de uma solução violenta e determinada por terceiro.

30 Vale lembrar que as leis foram editadas e o CPC modificado, o que não tinha sido feito na época da elaboração da cartilha.

31 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217576>. p. 07/08.

32 “Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta”.

Dado o primeiro passo na legislação e na criação de Câmaras de Conciliação, agora cabe aos aplicadores do Direito resgatar o esquecido princípio da fraternidade e aplicá-lo na prática, a fim de promover novas formas de resolução de conflitos, nos termos de uma jurisconstrução no dizer de Bolzan de Moraes e Spengler, citado por GHISLENI e SPENGLER, ao aduzir que:

[...]além de falar sobre a mediação, tratam da “jurisconstrução” que prevê justamente a ideia do direito construído em conjunto: por isso que propomos como gênero o estereótipo jurisconstrução, na medida em que esta nomenclatura permite supor uma distinção fundamental entre os dois grandes métodos. De um lado, o dizer o Direito próprio do Estado, que caracteriza a jurisdição como poder/função estatal e, de outro, o elaborar/concertar/pactar/construir a resposta para o conflito em que reúne as partes. (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 47).

Quiçá, este estudo possa promover uma jurisconstrução fraterna a partir da aplicação prática dos meios consensuais de resolução de conflitos, na esteira de um Direito Fraterno constitucionalizado.

REFERÊNCIAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GALINDO FILHO, Lucas Tavares. Teoria e Empiria do Ágape nas Ciências Sociais: uma fundamental reviravolta na questão. In: *Cidadania, Participação e Fraternidade: uma abordagem multidisciplinar*. Organizadores: Marconi Aurélio e Silva, Fernando Gomes de Andrade, Paulo Muniz Lopes. Recife: Universitária da UFPE, 2014.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação de Conflitos a partir do Direito Fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

RESTA, Eligio. *Il Diritto Fraterno*. Lecce: Laterza, 2005.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos Conflitos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

VOLPATO, Karina; CAMILO, Kenia Volpato. *Mediação e racionalidade no conflito empresarial*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258574,91041-Mediacao++racionalidade+no+conflito+empresarial>>. Acesso em: 11 maio 2017.

**SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO
CPC/2015 E IMPACTOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS
FEDERAIS: O DESAFIO DA ADMISSIBILIDADE
DE PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO FUNDADO EM
JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STJ QUANDO A
TNU JÁ JULGOU A MESMA MATÉRIA NO REGIME
DE RECURSOS REPETITIVOS**

*SYSTEM OF JUDICIAL PRECEDENTS IN CPC / 2015
AND IMPACTS ON FEDERAL SPECIAL COURTS: THE
CHALLENGE OF THE ADMISSIBILITY OF A REQUEST FOR
UNIFORMITY BASED ON DOMINANT JURISPRUDENCE
OF THE STJ WHEN TNU ALREADY JUDGED THE SAME
MATTER IN THE REGIME OF SPECIAL APPEALS*

Clístenes Leite Patriota

*Especialização em Direito Civil e Processual Civil (Empresarial) pela ESMAPE –
Escola Superior da Magistratura de Pernambuco, Procurador Federal, atualmente
atuando no Subnúcleo de JEF Previdenciário Segundo Grau do/da Núcleo/Divisão
Previdenciária da Procuradoria Regional Federal da 5ª Região em Recife/PE.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sistema de Precedentes Judiciais no Cpc/15 e sua Relação com os Juizados Especiais Federais; 2 Breve Análise do Conceito de Jurisprudência Dominante, o CPC/15 e os Juizados Especiais Federais: falta de uma delimitação legal que proveja o sistema de segurança jurídica sobre o ponto; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Dentro da perspectiva das primeiras aplicações práticas do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15 especificamente no âmbito dos Juizados Especiais Federais, este trabalho apresenta os conceitos, questionamentos e soluções propostas para um peculiar problema corriqueiro nesse segmento da Justiça Federal brasileira: o difícil desafio da admissibilidade do pedido de uniformização de jurisprudência fundado na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça - STJ na restrita hipótese de já ter a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais - TNU julgado a mesma controvérsia de direito material no regime de recursos repetitivos (ou representativo da controvérsia), o recurso cabível e a interpretação do novo regimento interno da TNU.

PALAVRAS-CHAVE: Pedido de Uniformização. Jurisprudência Dominante do STJ. Admissibilidade. Representativo da Controvérsia na TNU.

ABSTRACT: From the perspective of the first practical applications of the Code of Civil Procedure of 2015 - CPC / 15 specifically in the scope of the Federal Special Courts, this paper presents the concepts, questions and solutions proposed for a peculiar common problem in this segment of Brazilian Federal Justice: challenge of the admissibility of the request for uniformity of jurisprudence based on the dominant jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) in the narrow hypothesis that the National Court of Uniformization of the Federal Special Courts (TNU) has already adjudicated the same substantive right controversy under the regime of repetitive remedies or representative of the controversy), the appropriate appeal and the interpretation of the new internal bylaws of TNU.

KEYWORDS: Uniformity Request. STJ Ruling Jurisprudence. Admissibility. Representative of the TNU Controversy.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo apresentar questionamentos, dificuldades e propostas de soluções para o principal recurso previsto no microssistema dos Juizados Especiais Federais a ser interposto contra acórdão de Turma Recursal que julga questão de direito material: o pedido de uniformização de jurisprudência, com destaque para a hipótese normativa que prevê seu cabimento quando a decisão recorrida contrariar jurisprudência dominante do STJ, em especial para a peculiar situação de haver a TNU julgado a mesma questão no regime de recursos repetitivos ou representativo da controvérsia.

Embora já houvesse diversas prescrições legais no sentido do estabelecimento de um sistema de precedentes judiciais no direito processual brasileiro, é com o CPC/15 que ele se incorporou como diretriz fundamental, trazendo de forma muito clara, conforme se verifica em vários de seus dispositivos, a necessidade da fixação de uma força obrigatória dos precedentes.

Os impactos desse novo paradigma da processualística pátria, que busca concretizar, ao mesmo tempo, os princípios constitucionais da isonomia e da segurança jurídica, sem engessamento da evolução do direito e sem prejuízo da razoável duração do processo, ganham relevo nos Juizados Especiais Federais, os quais têm por uma de suas características, mas não exclusivamente, lidar com a litigiosidade de massa, isto é, com demandas repetitivas.

Nesse contexto, as tensões entre os precedentes produzidos pela TNU e pelo STJ trazem dificuldades de aplicação prática consistentes no cabimento do pedido de uniformização de jurisprudência, a ser julgado pela TNU, quando fundado na jurisprudência dominante do STJ, e do respectivo agravo.

O problema não traz maiores transtornos quando a TNU ainda não julgou a matéria ou quando já julgou, mas não ainda em regime de recursos repetitivos.

A dificuldade se evidencia quando o recurso, baseado na jurisprudência dominante do STJ, busca combater acórdão que já traz como fundamento decisão tomada pela TNU no regime de recursos repetitivos.

Pela literalidade do art. 14, §2º, da Lei n. 10.259/2001, a Lei dos Juizados Especiais Federais – LJEFS, cabe o recurso. Todavia, na prática, ao menos no âmbito das Turmas Recursais de Pernambuco, se a TNU já julgou a mesma matéria como representativo da controvérsia (nomenclatura dada aos recursos repetitivos no âmbito dos Juizados Especiais Federais), ainda que o pedido de uniformização tenha por lastro jurisprudência majoritária do STJ, não é possível fazer com que suba para a TNU, sobretudo em razão de dispositivo regimental quanto ao cabimento do agravo de admissibilidade nessa hipótese.

O propósito deste trabalho é enfrentar essa situação, apresentando a interpretação do regramento legal que no sentir do articulista é a mais consentânea com o devido processo legal, ampla defesa e com o duplo grau de jurisdição, além de buscar manter a coerência do sistema jurídico como um todo.

1 SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO CPC/15 E SUA RELAÇÃO COM OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

Não se verificam maiores debates acerca de ser a busca pelo estabelecimento de um sistema de precedentes judiciais no Direito brasileiro uma das marcas do CPC/15.

As discussões vistas em doutrina, em julgados e em notícias da imprensa, especializada ou não, se referem à maneira como se dará a implantação prática desse sistema no processo civil nacional e às críticas e elogios sobre os dispositivos legais trazidos pelo novo CPC atinentes à matéria.

Nessa ordem de ideias, é consenso que a grande novidade é o intento de se criar uma cultura jurídica no Brasil de observância dos precedentes, isto é, uma cultura de respeito aos entendimentos anteriores, sobretudo e inclusive pelos próprios tribunais que o produziram.

Trata-se de uma das expressões do princípio da segurança jurídica, previsto na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, cabeça), que, por atuar na construção de outras regras, precisa da definição de uma série de elementos para a sua aplicação aos casos concretos, com destaque para os elementos dinâmicos da segurança jurídica: a confiabilidade e a calculabilidade, consistente essa na *“perspectiva da segurança jurídica voltada para o futuro, relacionada com a capacidade de antecipação do espectro de consequências aplicáveis a atos e fatos e o espectro de tempo dentro do qual será a consequência aplicada.”* (PEIXOTO, 2016, p. 46 e 52).

À vista desse princípio ou regra, conforme a vertente doutrinária escolhida, embora se saiba que o microssistema dos juzados especiais é específico e, por essa razão, suas normas também o são, de modo que as previsões normativas da legislação processual codificada somente têm aplicação de forma subsidiária ou supletiva (KOEHLER; SIQUEIRA, p. 24/25), é certo que ao menos os Juzados Especiais Federais – como subsistema dos juzados cíveis – já nasceram com uma vocação de uniformização de jurisprudência.

Com efeito, o subsistema dos Juzados Especiais Federais é marcado pelas seguintes características: tem previsão constitucional no art. 98, I, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), para causas cíveis e criminais de menor complexidade e acabou por abranger também causas de pequeno valor econômico, com a Emenda Constitucional nº 22 de 18/3/99, que criou

parágrafo único, o qual passou a ser §1º em razão da EC nº 45/2004. A CF/88 atribuiu à lei federal dispor sobre a criação de Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, de modo que assim foi promulgada a Lei dos Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais (LJEF's), a Lei nº 10.259/2001, com competência para processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, bem como executar suas sentenças (art. 3º); previu a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95, no que não conflitar com a LJEF's (art. 1º da LJEF's), e do CPC; a LJEF's tem por princípios norteadores a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, bem como a busca, sempre que possível, da conciliação ou a transação; não há reexame necessário e tampouco se admite ação rescisória; os recursos se limitam ao recurso inominado (art. da LJEF's); agravo de instrumento contra deferimento ou indeferimento de medida cautelar ou de tutela antecipada (art. da LJEF's); embargos declaratórios; pedido de uniformização, que será nacional ou regional, conforme haja divergência entre o acórdão de Turma Recursal e acórdão paradigma de Turma Recursal da mesma ou de outra região, ou, ainda, divergência em face de acórdão da TNU ou de jurisprudência dominante do STJ e, quando presente matéria constitucional, recurso extraordinário e os respectivos agravos de admissibilidade.

A abordagem aqui realizada tem o foco principal nas questões de direito federal, matérias infraconstitucionais, haja vista que – sobretudo em razão do requisito da repercussão geral – a utilização do recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais é bastante reduzida em comparação com os pedidos de uniformização.

Vale ressaltar que o pedido de uniformização de interpretação de lei federal busca a consolidação de determinado entendimento sobre controvérsia de direito material, pela TNU ou por Turma Regional de Uniformização de Jurisprudência – TRU, em âmbito nacional ou regional, conforme o caso.

Cabe, ainda, incidente de uniformização de jurisprudência dirigido ao STJ, também em questão de direito material, *quando a orientação fixada pela TNU, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no STJ (art. 14, §4º, LJEF's)*.

Assim, de forma bastante resumida, é singela a estrutura de precedentes judiciais no âmbito dos Juizados Especiais Federais: em se tratando de matéria constitucional, obviamente o Supremo Tribunal Federal – STF será o norte a ser observado pelo STJ, pela TNU, Turmas Recursais e juízes singulares; em se tratando de matéria infraconstitucional, em questões de direito material ou processual, deverão ser observados os precedentes do STJ e, caso não haja jurisprudência dominante no STJ, o que for definido pela TNU e pela TRU da respectiva região.

Sobre o incidente cabível quando o entendimento da TNU contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STJ, acima referido, há críticas doutrinárias, haja vista que o enunciado 203 da súmula do STJ proclama não ser cabível Recurso Especial - REsp contra acórdão de Turma Recursal em virtude da redação do texto constitucional que fala em “Tribunal” e porque a competência do STJ não poderia ser ampliada por dispositivo infraconstitucional e tampouco por ele criada nova modalidade de REsp sem modificação da Constituição.

Embora tenham seu fundamento e certa razão e lógica, não há notícias de declaração de inconstitucionalidade da norma do art. 14, §4º, da LJEF. Por outro lado, a própria TNU já produziu enunciados em matéria processual relativos ao pedido de uniformização de interpretação de lei federal inspirados em enunciados idênticos editados pelo STJ que se aplicam justamente ao REsp, a exemplo da súmula 42 da TNU, que diz: *“Não se conhece de incidente de uniformização que implique reexame de matéria de fato.”* Trata-se de enunciado similar ao enunciado n. 07 da súmula do STJ: *“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”*

Ademais, não prospera o argumento de que não se pode ampliar por dispositivo infraconstitucional a competência do STJ e criar nova modalidade de REsp sem modificação da Constituição.

Realmente, não se trata de ampliação da competência do STJ, mas sim de preservação dessa competência e garantia da autoridade das suas decisões.

Por outro lado, não se cuida de nova espécie de REsp, mas de recurso que tem por finalidade manter a integridade do sistema jurídico da legislação federal, porquanto se o STF é o guardião da Constituição, o STJ é o órgão competente pela uniformização da interpretação da legislação federal, regra constitucional prevista no art. 105, III, “c”, bem como atende ao princípio também constitucional da isonomia.

Pode-se pensar na seguinte ideia, considerando a corrente expressão utilizada na doutrina “marcha processual”: imagine-se que o direito federal, questão de direito material, seja o destino ao qual se almeja chegar e os Juizados Federais e as varas comuns federais as vias de acesso. Imagine-se que os JEF’s sejam uma via com quatro pistas de rolamento – o que necessariamente a torna mais célere – e as varas comuns federais apenas uma pista de rolamento, o que a torna claramente menos rápida.

É de se indagar: apenas porque as vias são diferentes, muda-se o destino? A resposta só pode ser uma: em nome do princípio da isonomia ou igualdade, a concessão de um benefício ou gratificação ou o direito a uma revisão em um determinado benefício previdenciário deve ser garantida (ou, se não houver o direito, denegada) aos cidadãos onde quer que seja ajuizada a demanda, ou seja, não pode um segurado

ou servidor público, por exemplo, fazer jus a um determinado direito porque demandou perante a Fazenda Pública Federal nos JEF's e outro segurado, na mesma situação, ajuizou sua ação em uma vara comum federal e vice-versa.

Se se pretende um sistema de precedentes que forneça minimamente segurança, expressa nos critérios de integridade, coerência e estabilidade (art. 926 do CPC/15), ao menos no que tange à interpretação do direito federal, há de ser observada a competência constitucional do STJ de unificação da interpretação das leis federais, ainda mais quando é cediço que a composição da TNU muda a cada dois anos (art. 1º, §3º, do Regimento Interno da TNU - RITNU, aprovado pela Resolução nº CJF-RES-2015/00345, de 2 de junho de 2015, do Conselho da Justiça Federal (CJF).

Nesse sentido, os Juizados Especiais Federais, por mais que façam parte do microsistema dos juizados especiais, o qual, além dos JEF's, é composto também pelos juizados especiais na seara estadual (Lei n. 9.099/95) e pelos juizados especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei n. 12.153/09), e tenham peculiaridades e princípios norteadores próprios, não podem perder de vista que fazem parte de um todo maior, que é o Poder Judiciário brasileiro, em especial a Justiça Federal brasileira, em relação à qual não têm tão ampla autonomia a ponto de constituírem um fim em si mesmo.

Assentadas essas premissas, o sistema de precedentes judiciais nos JEF's deveria funcionar assim: a questão de direito material infraconstitucional já foi definida pelo STJ? Há jurisprudência dominante do STJ a respeito dessa matéria? Se a resposta é negativa, a TNU dará a última palavra sobre o tema até que se forme uma jurisprudência dominante no STJ – o que pode até nunca ocorrer por uma questão circunstancial: o ajuizamento das demandas nos JEF's apenas, principalmente em razão do valor da causa.

Em seguida, caso a questão de direito material infraconstitucional já tenha sido decidida pelo STJ com formação de jurisprudência dominante, caberá o pedido de uniformização nacional para a TNU e, se a TNU contrariar jurisprudência dominante ou súmula do STJ, caberá o incidente de uniformização ao STJ, a fim de que a matéria seja uniformizada em todo o país e para toda a Justiça Federal.

As questões mais tormentosas que se colocam tanto em relação ao incidente para o STJ quanto ao pedido de uniformização interposto com fulcro na jurisprudência ou súmula do STJ, cujo julgamento é de competência da TNU, mas sobretudo nesse recurso. Se o STJ possui jurisprudência dominante sobre o tema e a TNU não julgou a matéria

não haverá maiores dificuldades: o recurso é cabível e a TNU terá que se manifestar sobre ela.

Todavia, se o STJ possui jurisprudência dominante ou súmula sobre a questão debatida, mas a TNU já julgou idêntica matéria, haverá os seguintes desdobramentos, ora apresentados sob a forma de perguntas: 1) mesmo que por meio de várias decisões diferentes e reiteradas, sem que tenha produzido súmula ou tenha julgado o tema como representativo da controvérsia (similar ao regime de recursos repetitivos), caso a TNU contrarie o entendimento do STJ (súmula ou jurisprudência dominante), caberá, ao menos em tese, o incidente de uniformização ao STJ? Sim, tampouco aqui haverá maiores discussões; 2) o problema real surge quando a TNU editar enunciado de sua súmula de jurisprudência ou julgar a matéria como representativo da controvérsia em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ: caberá o incidente ao STJ? Não há dúvidas de que sim. E, na mesma situação, caberia o pedido de uniformização contra acórdão de Turma Recursal que aplicou o julgado da TNU tomado em representativo da controvérsia, ainda que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STJ?

A resposta a essa última questão passa pela análise do regramento legal sobre o cabimento do pedido de uniformização, mas também reclama um exame do regimento interno da TNU, sobretudo após a promulgação e entrada em vigor do CPC/15, que trouxe importantes modificações nesse ato normativo, o que acabou repercutindo na admissibilidade do mencionado recurso uniformizador.

Antes, porém, no próximo capítulo, serão debatidos os conceitos de súmula e jurisprudência dominante, sobretudo esse último, tema aparentemente pouco explorado na processualística pátria.

2 BREVE ANÁLISE DO CONCEITO DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE, O CPC/15 E OS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: FALTA DE UMA DELIMITAÇÃO LEGAL QUE PROVEJA O SISTEMA DE SEGURANÇA JURÍDICA SOBRE O PONTO

Ao se tratar de um sistema de precedentes, imposição normativa posta com o CPC/15, por óbvio é necessário um conceito de precedente, sendo aqui adotada meramente uma ideia inicial apresentada por Ravi Peixoto (PEIXOTO, 2016, p. 127), sem aprofundar no tema porquanto não cabe nos estreitos limites deste trabalho: “O precedente, de uma forma um tanto geral, é a decisão de um caso singular apta a, pelo menos, influenciar o julgamento de um caso posterior.”

Optou-se por fazer referência ao menos a uma ideia sobre um conceito de precedente para deixar claro que os operadores do Direito,

no âmbito dos Juizados Especiais Federais, trabalharão não apenas com a ideia de jurisprudência dominante, mas também com a de precedente. Em alguns casos, a jurisprudência dominante configurará precedente, inclusive obrigatório (vide o art. 927 do CPC/15).

No tocante ao pedido de uniformização fundado na jurisprudência dominante do STJ, o requisito legal, até por se referir a um período anterior ao dogmatismo recente de um sistema de precedentes, é mais abrangente.

Na lição de Wellington Saraiva (2013), “**Súmula** é o resumo de vários julgamentos de um tribunal sobre determinada matéria, quando as decisões são no mesmo sentido”, enquanto jurisprudência:

possui dois significados principais:

a) o conjunto de decisões de um tribunal ou de um conjunto de tribunais a respeito de certa matéria (esse é o significado mais comum no Direito brasileiro);

b) a própria Ciência do Direito (esse significado é pouco comum no Brasil, mas frequente nos Estados Unidos e na Europa; alguém que tenha o curso de doutorado em Direito, por exemplo, pode ser lá identificado como “doutor em jurisprudência”).

O conceito de jurisprudência, para os fins deste trabalho, refere-se ao conjunto de decisões de um tribunal ou conjunto de tribunais (ou, ainda, a um órgão jurisdicional colegiado, mas não necessariamente um tribunal) a respeito de certa matéria, ou seja, um conjunto de decisões judiciais, convergentes ou semelhantes, acerca de determinado assunto.

Há quem defenda que, com o CPC/15, a expressão jurisprudência dominante

deve ser interpretada em conformidade com o sistema de precedentes nele previsto e na própria Constituição, de modo que a ‘jurisprudência dominante’ consiste naquelas decisões proferidas nos casos dispostos nos incisos I a V do artigo 927 e, em algumas hipóteses, respeitado o requisito das ‘reiteradas decisões sobre a matéria’ (art. 103 A, CRFB/88) (NUNES; MOTA, 2015).

No entanto, a própria TNU já definiu que o conceito de jurisprudência dominante é bastante amplo, ao editar a questão de ordem nº 05, que dispõe:

Um precedente do Superior Tribunal de Justiça é suficiente para o conhecimento do pedido de uniformização, desde que o relator nele reconheça a jurisprudência predominante naquela Corte. (Aprovada na 6ª Sessão Ordinária da Turma Nacional de Uniformização, dos dias 30 e 31.08.2004).

Não fica claro na questão de ordem a que relator se refere: se seria o relator na TNU, que está a julgar processo que envolva divergência em relação à jurisprudência dominante do STJ, ou se seria o relator do acórdão paradigma do STJ que serviu de base para a interposição do recurso. Entende o subscritor que faz mais sentido considerar que seria o relator do acórdão paradigma do STJ, porquanto ninguém melhor para afirmar se a jurisprudência de uma determinada Corte é dominante ou não relativamente a uma matéria é um integrante da própria Corte.

Adota-se aqui o conceito mais amplo contido na questão de ordem da TNU citada, mas não sem antes lamentar a oportunidade perdida, com a promulgação do CPC/15, de fixar um conceito legal acerca do que se entende por jurisprudência dominante.

Realmente, a falta da definição legal (ou mesmo regimental, por delegação legal) de um conceito de jurisprudência dominante, seja no CPC, seja na própria LJEF, traz insegurança jurídica ao sistema processual como um todo e, no particular, ao microssistema dos Juizados Especiais Federais.

3 OS AGRAVOS CONTRA DECISÕES DE INADMISSÃO DE PEDIDOS DE UNIFORMIZAÇÃO. A ALTERAÇÃO DO REGIMENTO INTERNO DA TNU, A EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO V DO ART. 15 E O CONFLITO APARENTE DE NORMAS COM O PARÁGRAFO SEGUNDO DO MESMO DISPOSITIVO REGIMENTAL

O Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização – RITNU, aprovado pela Resolução nº 345/2015, foi alterado pela Resolução n. 392, de 19/04/2016, no intuito de adaptá-lo às disposições do CPC/15.

O modificado art. 15 do RITNU dispõe em sua cabeça que não será admitido o pedido de uniformização quando não obedecidos os requisitos de admissibilidade recursal, e traz incisos exemplificativos desses requisitos, a exemplo do inciso V, que diz da inadmissibilidade do recurso, notadamente se “estiver fundado em orientação que não reflita a jurisprudência adotada pela TNU, à época do exame de admissibilidade, *exceto quando contrária à jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça*.”

Por sua vez, o parágrafo primeiro desse mesmo dispositivo prescreve que o recurso cabível da decisão que inadmitir o pedido de uniformização é o agravo nos próprios autos a ser dirigido à TNU, “observados a necessidade de indicação do equívoco da decisão recorrida de inadmissão e o disposto no §2º deste artigo.”

Na sequência, o parágrafo segundo do referido artigo estabelece que se a decisão que inadmitir o pedido de uniformização estiver fundada

em “representativo de controvérsia ou súmula da Turma Nacional de Uniformização, caberá agravo interno, no prazo de quinze dias a contar da respectiva publicação, o qual, após o decurso de igual prazo para contrarrazões, será julgado pela Turma Recursal ou Regional, conforme o caso, mediante decisão irrecorrível.” (G.N.).

Como se vê, há um aparente conflito entre as normas do art. 15, V e parágrafos primeiro e segundo do RITNU.

Por outras palavras, em uma interpretação sistemática do dispositivo, levando em consideração a exegese que toma os dispositivos de forma conjugada, o pedido de uniformização deve ser admitido quando estiver fundado em jurisprudência dominante do STJ, ainda que a orientação não reflita a jurisprudência adotada pela TNU. Esse dispositivo nada mais é do que reflexo do disposto no art. 14, §4º, da Lei n. 10.259/2001.

Logo, o agravo interno somente teria cabimento quando o pedido de uniformização estiver fundado em representativo da controvérsia ou súmula – de mérito – da TNU acerca de matéria em relação à qual ainda não haja jurisprudência dominante do STJ, o que não é tão raro de acontecer.

Sempre que o pedido de uniformização tiver por base jurisprudência dominante acerca da questão de direito material discutida no processo, o agravo cabível contra a decisão que nega seguimento ao recurso é o agravo nos próprios autos, até por força do que dispõe o *art. 16, II, do RITNU*, também alterado pela nova resolução, que coloca como atribuição do Presidente da TNU determinar o retorno dos autos à origem para adequação ou dar provimento ao pedido de uniformização quando o acórdão recorrido estiver em manifesto confronto com súmula ou *jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça* ou em confronto com tese firmada em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, é fundamental destacar que a tese jurídica adotada no julgamento de recurso especial repetitivo deve ser observada por juízes e tribunais, a teor do art. 927, III, do Novo CPC (Lei n. 13.105/2015) e não se considera fundamentada qualquer decisão judicial que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, §1º, VI, do NCPC).

Interpretando esse dispositivo, Ravi Peixoto leciona que:

há posicionamento doutrinário defendendo que o art. 489, §1º, VI, autorizaria os juízes hierarquicamente inferiores a não aplicarem os precedentes mediante a fundamentação de que devem ser superados. Este não parece ser a interpretação mais adequada ao referido texto normativo. O que deve ser interpretado é que, ao fazer referência à

possibilidade de ‘deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de [...] superação do entendimento’, tem-se apenas autorização para: a) a Corte que editou o precedente ou a ela superior possa superá-lo, b) o órgão jurisdicional inferior deixe de aplicar o precedente quando ele tiver sido superado pela Corte competente ou sido revogado por norma legal. Isso sequer poderia ser denominado de *anticipatory overruling*, pois tal técnica não tem por objetivo a crítica de um precedente, mas apenas a antecipação de uma tendência demonstrada pela Corte superior, como será visto a partir do tópico 3.5.4 ou c) a aplicação da técnica da superação antecipada. (PEIXOTO, 2016, p. 171/172).

Nessa ordem de ideias, a alteração de precedente firmado em regime de recurso repetitivo se deve dar mediante fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (§4º do art. 927), pelo órgão competente do tribunal que proferiu o julgamento.

Na prática, porém, ao menos na das 2ª e 3ª Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Pernambuco, ainda que interpostos com base na jurisprudência dominante do SJT, os pedidos de uniformização não são admitidos pelas respectivas presidências quando já foi julgado recurso na TNU acerca da mesma questão de direito material como representativo da controvérsia (ou repetitivo).

Por conseguinte, os agravos nos próprios autos interpostos dessas decisões têm sido convertidos em agravo interno e desprovidos, sempre com fulcro na existência de decisão da TNU tomada em julgamento de recurso representativo da controvérsia, ainda que exista jurisprudência dominante do STJ sobre o mesmo assunto. Exemplificativamente, veja-se o acórdão que julgou agravo nos próprios autos no processo n. 050159969.2016.4.05.8312 (endereço eletrônico para acesso no capítulo referências).

A questão é, diante de uma decisão que não encaminha o agravo nos próprios autos, mas faz pior: converte-o em agravo interno tão-somente para desprovê-lo, que medida judicial tomar?

A rigor, pela interpretação isolada e literal do art. 15, §2º, do RITNU, a decisão colegiada que julga o agravo interno é irrecorrível.

A impetração de Mandado de Segurança já se mostrou infrutífera, conforme se extrai de acórdão proferido no bojo do processo n. 0500062-09.2017.4.05.9830, que tramitou perante a Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Pernambuco, haja vista que a competência para julgar o mandamus impetrado contra ato judicial irrecorrível teratológico ou abusivo é da própria Turma Recursal, conforme decidiu o STJ no CONFLITO DE COMPETENCIA CC 41190

MG 2004/0002646-5 (STJ) Data de publicação: 02/03/2006. No mesmo sentido: STJ, AGRMS 11.874, Proc. 200601093720/DF, Corte Especial, rel. Min. Laurita Vaz, DJ, 18 fev. 2008, p. 1; STF, MS-AgRg, Proc. 25.279/SP, rel. Min. Carlos Britto, DJ, 25 agl. 2006, p. 16 (CHIMENTI, 2012).

O fundamento é a aplicação analógica do art. 21, VI, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional - LOMAN, porquanto “não pode uma Turma Recursal conhecer de mandado de segurança contra decisão de natureza jurisdicional de outra Turma Recursal” (CHIMENTI, 2012).

Igualmente, já foi tentado o ajuizamento de reclamação para a preservação da competência e garantia da autoridade das decisões do STJ (RECLAMAÇÃO Nº 33.637 – PE), mas o próprio STJ entendeu, no caso concreto, que não houve usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça, tampouco afronta aos imperativos de suas decisões.

O recurso extraordinário tampouco parece ser a solução ideal. A menos que se verifique tratar-se de postura seguida por Turmas Recursais de todo o país ou ao menos da maioria das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais, o requisito da repercussão geral e como se trata de norma regimental, alegar ofensa direta à Constituição Federal de 1988 torna-se bastante difícil.

A situação é tanto mais grave quando se sabe que não cabe recurso de acórdão proferido por Turma Recursal dos JEF's que verse sobre matéria processual (enunciado n. 43 da súmula da jurisprudência da TNU e art. 14, cabeça, da LJEF's) e, em termos de procedimento, apenas têm legitimidade para formular consulta à TNU sobre matéria processual, quando verificada divergência no processamento dos feitos, sem efeito suspensivo, os coordenadores dos Juizados Especiais Federais, juízes das Turmas Recursais ou Regionais (art. 7º, RITNU).

Uma solução poderia ser o ajuizamento de demanda para declarar a ilegalidade da mencionada disposição normativa do RITNU, haja vista a clara ofensa ao disposto no art. 14, §§ 2º e 4º, da LJEF's.

Outra solução poderia ser o ajuizamento de incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que não há a restrição da discussão de matéria processual como há para o pedido de uniformização.

Todavia, a melhor solução parece ser a preventiva: no âmbito da Advocacia-Geral da União (AGU) e de suas quatro carreiras, é fundamental a criação de um sistema ou a inserção no(s) já existente(s) de uma ferramenta que estabeleça um “sistema organizado de compartilhamento organizacional”, que permita identificar, no rotineiro trabalho de acompanhamento dos processos judiciais a cargo dos membros, os casos emblemáticos, em especial os que tramitam perante os JEF's, para fins de acompanhamento junto à TNU.

Com a ciência dos temas relevantes ou prioritários pendentes de julgamento pela TNU, é possível que o setor responsável, no âmbito da AGU, possa colher informações junto aos membros que atuam perante instâncias inferiores, inclusive de sugestões de estratégia, o que poderá resultar em decisão favorável ou ao menos dar maior suporte a um futuro incidente de uniformização endereçado ao STJ, na estrita hipótese, versada neste artigo, de contrariedade a sua jurisprudência dominante.

3 CONCLUSÃO

Buscou-se com este singelo trabalho mostrar os questionamentos, dificuldades e propostas de soluções para superar o obstáculo processual para fazer subir à TNU pedido de uniformização de jurisprudência interposto contra acórdão de Turma Recursal quando ele jurisprudência dominante do STJ, em especial para a peculiar situação de haver a TNU julgado a mesma questão no regime de recursos repetitivos ou representativo da controvérsia.

É que com as alterações promovidas no RITNU em razão do CPC/15, o agravo cabível para essa hipótese, na interpretação de algumas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais, seria o previsto no art. 15, §2º, do citado regimento, a saber, o agravo interno, a ser julgado pela própria Turma Recursal que teve seu acórdão impugnado mediante a interposição do pedido de uniformização.

Para esse fim, propôs-se um amplo conceito de jurisprudência dominante, a viabilizar o futuro cabimento do incidente de uniformização ao STJ (art. 14, §4º, da LJEJ's), embora se tenha reconhecido que a falta da definição legal (ou mesmo regimental, por delegação legal) de um conceito de jurisprudência dominante, seja no CPC, seja na própria LJEJ, traz insegurança jurídica ao sistema processual como um todo e, no particular, ao microssistema dos Juizados Especiais Federais.

Em resposta ao questionamento proposto neste artigo, três soluções se mostram as mais viáveis: 1) o ajuizamento de demanda para declarar a ilegalidade do art. 15, §2º, quando se tratar de pedido de uniformização fundado na jurisprudência dominante do STJ e/ou 2) o ajuizamento de incidente de resolução de demandas repetitivas e/ou ainda 3) a criação de um mecanismo de sistema na AGU que possibilite o fiel acompanhamento de temas relevantes, com gestão tecnológica e estratégica da informação, a permitir a identificação de decisões contrárias à jurisprudência dominante do STJ pendentes de julgamento pela TNU, especialmente quando afetadas como repetitivo (ou representativas da controvérsia), no intuito de viabilizar a interposição de futuro incidente ao STJ.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *RESOLUÇÃO N. CJF-RES-2015/00345, de 2 de junho de 2015*. Dispõe sobre o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. Disponível em: <https://www2.jfjus.br/phpdoc/virtus/visualiza_atos_oficiais.php?seq=72>. Acesso em: 2 ago. 2017.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. *Questão de Ordem n. 05*. Um precedente do Superior Tribunal de Justiça é suficiente para o conhecimento do pedido de uniformização, desde que o relator nele reconheça a jurisprudência predominante naquela Corte. (Aprovada na 6ª Sessão Ordinária da Turma Nacional de Uniformização, dos dias 30 e 31.08.2004). Disponível em: <https://www2.jfjus.br/phpdoc/virtus/detalhar_questao_ordem.php?seq_questao_ordem=5>. Acesso em: 1 ago. 2017

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais. *Súmula 42*. Não se conhece de incidente de uniformização que implique reexame de matéria de fato. Disponível em: <<https://www2.jfjus.br/phpdoc/virtus/>>. Acesso em: 1 ago. 2017

BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. *Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Brasília, DF, 12 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 09 ago. 2017.

BRASIL. Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Pernambuco. Segunda Turma Recursal. *Processo n. 050159969.2016.4.05.8312*. Disponível em: <https://creta.jfpe.jus.br/cretainternetpe/cadastro/modelo/exibe_modelo_publicado.wsp?tmp.anexo.id_processo_documento=15420992&tmp.procproc_judicial.id_processo_judicial=725108>. Acesso em: 7 ago. 2017

BRASIL. Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária de Pernambuco. Segunda Turma Recursal. *Processo n. 0500062-09.2017.4.05.9830*. Disponível em: <https://creta.jfpe.jus.br/cretainternetpe/cadastro/modelo/exibe_modelo_publicado.wsp?tmp.anexo.id_processo_documento=15738919&tmp.processo_judicial.id_processo_judicial=783804>. Acesso em: 1 ago. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Repetitivo n. 1.401.560 - MT (2012/0098530-1)*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296865&num_registro=201200985301&data=20151013&formato=PDF>. Acesso em: 31 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 07. A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL*. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp>>. Acesso em: 31 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 203*. Não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. (*) Julgando o AgRg no Ag n. 400.076-BA, na sessão de 23.05.2002, a Corte Especial deliberou pela ALTERAÇÃO da Súmula n. 203. Redação anterior (decisão de 04.02.1998, DJ 12.02.1998): Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula203alteradapdf.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *CONFLITO DE COMPETENCIA CC 41190 MG 2004/0002646-5 (STJ)*. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7175494/conflito-de-competencia-cc-41190-mg-2004-0002646-5>>. Acesso em: 07 ago. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RECLAMAÇÃO Nº 33.637 – PE*. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNtipoPesquisaN&termo=201700539211&totalRegistrosPorPagina=40&aplic=processos.ea>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

CHIMENTI, R. C. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 241.

KOEHLER, F. A. L.; SIQUEIRA, J. P. F. H. de. A contagem dos prazos processuais em dias úteis e a sua (in)aplicabilidade no microsistema dos juizados especiais. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XX, n. 70, p. 23-28, set./dez. 2016.

PEIXOTO, RAVI. *Superação do Precedente e Segurança Jurídica*. 2. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador: JusPODIVM, 2016. 325 p.

SARAIVA, W. *Súmulas e jurisprudência*. Blog de Wellington Saraiva -Temas de Direito explicados para o cidadão. Disponível em: <<https://wsaraiva.com/2013/07/14/sumulas-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 1 ago. 2017.

NUNES, D; MOTA, D. *Jurisprudência Dominante no Novo Código de Processo Civil?* Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/jurisprudencia-dominante-no-novo-codigo-de-processo-civil-por-dierle-nunes-e-delio-mota-de-oliveira-junior-2/>>. Acesso em: 31 jul. 2017

O PROCESSO CIVIL ELETRÔNICO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

*THE CIVIL ELECTRONIC PROCESS IN THE CIVIL
PROCEDURE CODE OF 2015*

Cristiane Rodrigues Iwakura

Doutora e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade de Brasília. Pós-graduada em Regulação de Mercado de Capitais pelo Ibmec. Instrutora de Direito Processual Civil da Escola da Advocacia Geral da União no Rio de Janeiro. Professora convidada do LLM Litigation da Fundação Getúlio Vargas. Professora convidada de Soluções Corporativas do Ibmec. Procuradora Federal, lotada na Procuradoria Especializada da Comissão de Valores Mobiliários, no Rio de Janeiro.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Transição do Processo Físico para o Processo Eletrônico (Art. 193, Do CPC/2015); 2 Dos Princípios Norteadores do Processo Civil Eletrônico (Art. 194, Do CPC/2015); 3 Dos Requisitos para o Registro dos Atos Processuais Eletrônicos e das Garantias Processuais do Acesso à Justiça e da Oralidade (Art. 195, Do CPC/2015); 4 Do Papel do CNJ e dos Tribunais para a Regulamentação da Prática e da Comunicação de Atos Processuais Eletrônicos (Art. 196, Do CPC/2015); 5 da Publicidade dos Atos Processuais Eletrônicos e da

Configuração de Justa Causa (Art. 197, Do CPC/2015); 6 Da Garantia do Acesso à Justiça e da Viabilidade Técnica para o Armazenamento e Verificação de Autenticidade no Processo Eletrônico (Art. 198, Do CPC/2015); 7 Acesso à Justiça no Processo Eletrônico aos Portadores de Necessidades Especiais (Art. 199, Do CPC/2015); 8 Da Aplicação da Contagem dos Prazos em Dias Úteis nos Processos Eletrônicos e Outras Normas do CPC/2015 Relevantes Sobre a Matéria ; 9 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como enfoque uma análise sobre as normas incorporadas no CPC/2015 em matéria de processo civil eletrônico e sua correlação com as garantias processuais constitucionais existentes, com destaque para o acesso à justiça e a efetividade processual. Também almeja-se demonstrar que a adoção de um meio informatizado para a tramitação processual judicial demanda uma série de princípios norteadores diferenciados capazes de orientar não só a atividade dos sujeitos do processo, como também a forma de implantação e desenvolvimento dos sistemas de informática para a concretização dos objetivos delineados na Constituição em matéria de prestação jurisdicional. A partir destes elementos e da análise das normas do CPC/2015, chega-se à conclusão de que o tratamento legislativo trouxe avanços ao processo eletrônico, mais ainda não se demonstra suficientemente definido nas regras gerais, não sendo adequada a regulamentação subsidiária colocada a cargo do CNJ e Tribunais, uma vez que a descentralização normativa torna difícil a uniformidade e interoperabilidade tão almejada pelo ordenamento jurídico.

PALAVRAS CHAVE: Processo Civil Eletrônico. Código de Processo Civil de 2015. Acesso à Justiça. Efetividade Processual.

ABSTRACT: This article focuses on an analysis of the norms incorporated in the CPC/2015 on electronic civil process and their correlation with existing constitutional procedural guarantees, with emphasis on access to justice and procedural effectiveness. It is also hoped to demonstrate that the adoption of a computerized means for the judicial process demands a series of differentiated guiding principles capable of guiding not only the activity of the subjects of the process, but also the forms of implantation and development of the computer systems for the achievement of the objectives outlined in the Constitution regarding the provision of judicial. On the basis of these

elements and the analysis of the CPC / 2015 rules, it is concluded that legislative treatment has brought advances to the electronic process, but it is not yet sufficiently defined in the general rules, not being appropriate the subsidiary regulations placed by the CNJ and Courts, since the normative decentralization makes difficult the uniformity and interoperability so desired by the legal system.

KEYWORDS: Electronic Civil Procedure. Code of Civil Procedure of 2015. Access to Justice. Procedural Effectiveness.

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz em seu teor uma análise global sobre o tratamento do processo eletrônico conferido a partir da nova redação incorporada na Lei nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil de 2015.

Anteriormente ao advento do Código de Processo Civil de 2015, os processos civis eletrônicos eram regidos, basicamente pela Lei nº 11.419/2009, tendo sua idealização, no plano legislativo, concretizada a partir da edição da Lei nº 7.232/84, que passou a contemplar a Política Nacional de Informática.

Especificamente no campo do direito processual civil, a inserção dos meios tecnológicos se fez perceber sensivelmente por meio da inclusão do parágrafo único¹ ao art. 154 da Lei nº 5.869/73, que previu expressamente, de maneira inédita, a possibilidade de os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, disciplinarem a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP – Brasil.

Com o advento do CPC/2015 a disciplina dos atos processuais eletrônicos passou a ser regida em capítulo próprio, que, além de apresentar uma maior organização das normas incidentes, proporcionou a consolidação na base legislativa processual civil dos princípios e regras norteadores da tramitação processual no meio eletrônico, em observância às garantias processuais constitucionalmente existentes.

Destarte, na Seção II do CPC/2015, intitulada como “Da Prática Eletrônica de Atos Processuais” contempla-se a existência de seis dispositivos que tratam exclusivamente de matéria referente aos processos eletrônicos. Passa-se então, ao estudo de cada uma dessas normas.

1 Dispositivo incluído pela Lei nº 11.280/2006.

1 DA TRANSIÇÃO DO PROCESSO FÍSICO PARA O PROCESSO ELETRÔNICO (ART. 193, DO CPC/2015)

Corroborando-se a necessidade de se regulamentar a fase de transição do processo físico para o processo eletrônico, o legislador estabeleceu no art. 193 do CPC/2015 que “os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei”.

Vale salientar que preliminarmente que, de acordo com Pimentel (2016, P. 319), o uso do termo “digital” no caput do art. 193 do CPC/2015 como designação do ato processual tecnológico, também assim referendado pelo art. 8º da Lei nº 11.419/2006, refere-se a uma “espécie de ato eletrônico caracterizado pela codificação de seu conteúdo em dígitos binários, o qual é acessível e decodificado por uma máquina computacional”.

Não importa se a origem do documento ocorreu exclusivamente no meio digital para que ele tenha esta característica. Em outras palavras, por digital entenda-se tanto o documento que foi criado com o uso de processadores informatizados de texto, como também o documento originalmente escrito, que tenha sido escaneado e transformado para um formato legível exclusivamente no meio digital.

Destarte, elegeu o legislador preservar não só a nomenclatura eleita pela Lei nº 11.419/2006, como também a razão da norma prevista em seu art. 8º, conjuntamente com a redação do art. 154 do CPC/1973, ao estabelecer igualmente, no art. 193 do CPC/2015, a possibilidade de se praticarem os atos processuais de maneira total ou parcialmente digital, “de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei”.

Saliente-se que, no intuito de estender o movimento de informatização no âmbito dos serviços notariais e de registro regidos pela Lei nº 8.935/1994, estabeleceu o legislador a regra insculpida no parágrafo único do mencionado dispositivo do CPC/2015, no sentido de tornar expressamente reconhecida a aplicação da Seção II, no que for cabível, a todos os atos praticados pelos tabeliães e registradores.

Cuida-se de medida extremamente útil e relevante no cotidiano dos operadores do direito, na medida em que o processo eletrônico passa a contar com uma série de mecanismos complementares extrajudiciais, hábeis a reforçar ainda mais as garantias relacionadas à publicidade, autenticidade e segurança dos atos jurídicos envolvidos. De nada adiantaria conferir-se celeridade ao processo judicial por meio do uso da tecnologia, sem que houvesse norma análoga conferindo esta evolução procedimental e informacional aos tabelionatos e órgãos de registro.

Ainda se tomando como referencial a redação conferida ao art. 193 do CPC/2015, outras observações se demonstram pertinentes.

Em primeiro lugar, embora a Lei nº 9.800/99 permita expressamente no seu art. 1º que as partes utilizem o sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar “para a prática de atos processuais que dependam de petição escrita”, entende-se não ser conveniente contemplar esta prerrogativa nos processos eletrônicos em casos nos quais não haja urgência ou em que não se contemple qualquer situação fática que possa comprometer a tempestividade do ato.

Isto deve-se ao fato de que a informação trazida via reprodução fac-símile ser materialmente precária, além de não prover qualquer mecanismo eficaz quanto à verificação de sua autenticidade.

No caso do correio eletrônico, em que pese ainda ser bastante controvertida na jurisprudência sua admissibilidade como mecanismo similar hábil a agilizar excepcionalmente o envio de manifestações com risco de perda de prazo², fato é que existem condições materiais (do ponto de vista tecnológico) para que este seja um meio muito mais seguro e capaz de prover elementos que indiquem a autenticidade, a proveniência e o momento do envio e recebimento dos dados e informações nele veiculadas.

Neste ponto específico, o CPC/2015 deixou a desejar, pois era uma ótima oportunidade para que incongruências como estas fossem dirimidas. No entanto, preferiu o legislador transferir esta regulamentação mais detalhada ao CNJ e órgãos do Poder Judiciário.

Como já visto, se a jurisprudência não é uníssona quanto à eficiência de um meio eletrônico para que se veiculem atos e comunicações processuais, consequentemente a disciplina que ficaria a cargo de cada Tribunal também não será uniforme.

Restaria, portanto, como última instância, confiar no CNJ a missão de uniformizar o desenvolvimento do processo eletrônico judicial em todo o território nacional, mas não há nada que garanta sua concretização de maneira tão imediata e satisfatória. Melhor seria se o CPC/2015 tivesse aprofundado mais questões como estas em seu texto, dizendo expressamente em quais situações, por exemplo, o correio eletrônico poderia ser admitido, sem deixar uma lacuna sob o crivo da discricionariedade de cada tribunal.

Em segundo lugar, considerando-se que o CPC/2015 suprimiu a previsão da modalidade do agravo retido, tem-se que não mais restaria

² Em sentido favorável ao recebimento de recurso via e-mail, vide precedentes: AgR-REspe 28281 AM (TSE) Min. LUCIANA CHRISTINA GUIMARÃES LÓSSIO, julgado em 05/11/2014; Agravo de Instrumento nº 70053370359, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, julgado em 11/04/2013; e em sentido desfavorável vide precedentes: STJ, AgRg no Ag 976207 MG 2007/0278836-0, julgado em 19/02/2008; Apelação Cível Nº 70063089379, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, julgado em 10/02/2015;

necessária a manutenção da forma oral para a interposição de recursos no processo eletrônico, cingindo-se a partir de então a disciplinar o seu armazenamento nos autos sob a forma digital.

Uma terceira observação relevante relaciona-se como a afirmação no sentido de que as manifestações “por cota” não são incompatíveis com o processo eletrônico.

No sistema antigo do processo em papel, a manifestação por cota pressupunha um aproveitamento de folhas avulsas ou de páginas em branco dos próprios autos, para a veiculação de breves manifestações, de próprio punho, por parte de membros integrantes da Defensoria Pública, Fazenda Pública e Ministério Público. A ideia de economia processual nestes casos, funda-se na eliminação de atos de mero expediente de juntada e certificação, levando-se em conta as prerrogativas conferidas por lei a estes sujeitos do processo, no sentido de garantir-lhes uma atuação mais célere e simplificada, não só pela natureza das funções por eles desempenhadas, mas também por serem agentes dotados de fé pública.

Na prática, a manifestação por cota no processo eletrônico teria o mesmo efeito e a mesma forma de processamento de uma petição simples, somente se diferenciando de maneira eventual por trazer um teor mais sucinto, sem maiores especificidades, que poderia ser juntado em vários processos distintos sem qualquer alteração em sua redação. A respeito disso, Oliveira, P. G.M. (2016, p.2) ressalta que, diante da impossibilidade técnica de o processo eletrônico viabilizar as manifestações por cota em sua forma original, alguns defensores públicos estariam se utilizando do recurso de “cotas digitadas”, ou seja, “notas escritas em texto corrido, com estrutura menos formal que uma petição, elaboradas em aplicativo de edição de textos”. Como solução, sugere um mecanismo disponibilizado aos usuários previamente cadastrados pelo Tribunal que viabilize “a inserção de pequenos textos” que poderiam ser “colados” ou digitados em um simples editor de texto provido pelo sistema processual digital, cuja autenticidade seria atestada por um controle prévio de acesso ao sistema, via identificação com o uso de login e senha pessoal.

Destarte, resta evidente que o sistema processual eletrônico ainda é carente de um mecanismo ideal para que se veiculem as manifestações por cota, que devem pressupor a possibilidade de se escrever diretamente nos autos do processo, sem a necessidade de recursos adicionais como conversores de textos em formatos padrão para o recebimento de peças jurídicas, demonstrando-se mais conveniente que se elabore, futuramente, alguma maneira eficaz para o seu adequado processamento.

2 DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO CIVIL ELETRÔNICO (ART. 194, DO CPC/2015)

No art. 194 do CPC/2015 estabeleceu o legislador os princípios norteadores da tramitação processual eletrônica, ressaltando-se a necessidade de observância das garantias da publicidade dos atos processuais e do acesso à justiça, “observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções”.

Em tese de doutorado apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro³, tive a oportunidade de defender o reconhecimento no âmbito do processo eletrônico de um rol de princípios processuais especiais, uma vez que suas peculiaridades tornariam evidente a inadequação e insuficiência dos princípios habitualmente aplicáveis ao direito processual para lidar com todas as questões atinentes à veiculação das demandas no meio digital.

Neste conjunto principiológico apresentado, a interoperabilidade merece especial destaque, na medida em que o seu comando de otimização traz a constante necessidade de aprimoramento e o desenvolvimento do processo eletrônico rumo ao estabelecimento de padrões e uniformidade no processamento das ações judiciais, possibilitando a comunicação e interação entre os sistemas processuais existentes, de modo que os operadores do direito e usuários dos serviços jurisdicionais não encontrem maiores dificuldades, com a garantia do pleno acesso à justiça, efetividade e oralidade.

Vale destacar que a interoperabilidade como princípio não apenas norteia o desenho e o modo operacional que deverá ser estabelecido para o processo eletrônico, do ponto de vista da tecnologia da informação, mas também, serve como substrato para que o magistrado profira decisões judiciais que solucionem questões relacionadas à instrumentalidade do processo, revelando-se como perfeito comando de otimização hábil a ensinar a relativização dos aspectos formais previstos em lei em favor do direito posto em juízo, tal como se verifica a partir da possibilidade de devolução ou prorrogação de prazos ou até a repetição de atos processuais, nos termos do art. 223 do CPC/2015.

3 IWAKURA, Cristiane Rodrigues. *Acesso à justiça e processo civil eletrônico*. Orientador: Prof. Dr. Antônio do Passo Cabral. Tese (Doutorado). 300 f. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Defesa em 24.11.2016.

3 DOS REQUISITOS PARA O REGISTRO DOS ATOS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS E DAS GARANTIAS PROCESSUAIS DO ACESSO À JUSTIÇA E DA ORALIDADE (ART. 195, DO CPC/2015)

Estabelece o art. 195 do CPC/2015, por sua vez, alguns requisitos para o registro dos atos processuais eletrônicos, tendo também como objetivo a manutenção de outras importantes garantias constitucionais, como o direito à privacidade, o devido processo legal e a publicidade dos atos administrativos.

Quando se fala em devido processo legal, nota-se uma certa resistência quanto à adoção dos processos judiciais eletrônicos, sob o falso fundamento de que a informatização dos meios afastaria o contato humano entre juízes e partes, maculando de alguma forma a obtenção de um resultado justo e efetivo ao final de sua tramitação.

O processo eletrônico em si, na sua forma ideal, ou seja, quando bem planejado e implementado em conformidade com ditames legais e constitucionais, realmente demonstra-se capaz de otimizar a efetividade e a celeridade na tramitação, aproximando ainda mais as relações humanas, e não as afastando, na medida em que viabiliza uma melhoria na qualidade da comunicação e da divulgação de informações, dentro de um espaço de tempo razoável, e com maior dinamicidade.

Para uma melhor compreensão deste fenômeno, coloque-se como exemplo a possibilidade de se comunicar com o magistrado mediante o envio de uma mensagem eletrônica, devidamente autenticada e registrada no sistema, ao invés de se ir “despachar” o teor de uma peça processual em sua presença, no gabinete, marcando antecipadamente uma audiência em certa data e horário, ou aguardando a disponibilidade do juiz para o seu atendimento.

Do ponto de vista da comunicação, a mensagem pode ser passada da mesma forma. É claro que ao pleiteante não será possível passar suas emoções como choro, angústia ou ansiedade. Mas, por outro lado, haverá maior publicidade sobre este tipo de ato, celeridade, e também a quebra de barreiras geográficas, considerando a distância e a dificuldade no deslocamento de uma localidade até a sede do juízo.

Registre-se, por oportuno, que muitos magistrados não gostam de receber as partes em seu gabinete “de portas fechadas”, exigindo que estas audiências pessoais sejam realizadas com as portas abertas, ou até na presença de um representante da outra parte, mediante prévio agendamento na secretaria do juízo, prevenindo-se desta forma qualquer inconveniente que possa macular sua imparcialidade, ou a própria publicidade do processo.

Segundo Greco (2015, p. 17), o acesso à justiça apresenta como um de seus componentes “o direito do cidadão, em qualquer processo, se necessário, de entrevistar-se pessoalmente com o juiz, não apenas para ser ouvido sobre o que lhe foi perguntado, mas para travar com o magistrado um diálogo humano”. E, diante de tal afirmação, o autor pondera que “o processo escrito e o excesso de trabalho conduziram a um progressivo distanciamento entre o juiz e as partes”, bem como “à criação de resistências e dificuldades ao contato das partes com o julgador”, desvalorizando-se a oralidade.

Isto significa que, até diante do cenário anterior à realidade dos processos eletrônicos, o contato direto da parte com o magistrado já estava comprometido por questões extraprocessuais decorrentes das deficiências estruturais do Poder Judiciário. Portanto, atribuir-se este problema ao processo eletrônico, não é o melhor caminho, pois como já exaustivamente demonstrado, a inserção das novas tecnologias, em sua forma ideal, contribuiria, e muito, para a superação de obstáculos geográficos e operacionais, permitindo aos julgadores um maior espaço de tempo para ouvir as partes e seus representantes.

Importante atentar para a regra prevista no art. 195 que torna obrigatório o registro dos atos processuais eletrônicos em padrões abertos, que atendam aos requisitos de “autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e, nos casos que tramitem em segredo de justiça, confidencialidade”, observada a ICP-Brasil⁴, nos termos da lei.

Ademais, em cada situação concreta, atendidos preliminarmente os requisitos para o registro dos atos processuais eletrônicos, passa-se a analisar se há viabilidade fática para que se transmita a comunicação exclusivamente no meio digital. Do contrário, resta aplicável a inteligência da norma insculpida no art. 9º, § 2º da Lei nº 11.419/2006, no sentido de que na impossibilidade técnica de se proceder a realização de citação, intimação ou notificação, “esses atos processuais poderão ser praticados segundo as regras ordinárias, digitalizando-se o documento físico, que deverá ser posteriormente destruído”.

4 DO PAPEL DO CNJ E DOS TRIBUNAIS PARA A REGULAMENTAÇÃO DA PRÁTICA E DA COMUNICAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS (ART. 196, DO CPC/2015)

O art. 196 do CPC/2015, por sua vez, deixa bem claro, como já destacado anteriormente no presente trabalho, o papel do CNJ bem como dos Tribunais para promover, supletivamente, a regulamentação sobre a

⁴ Vide Medida Provisória 2.200-2/2001 que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP- Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

prática e a comunicação oficial de atos processuais no meio eletrônico, atendendo-se ao primado da interoperabilidade, expressa na norma como “compatibilidade de sistemas”.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado partir da EC 45/2004, nos termos do art. 92, § 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, instalado em 14/06/2005, e instituído em conformidade com o art. 103-B da CRFB/88, segundo a qual sua composição deve ser paritária, contando com um total de 15 membros escolhidos entre integrantes do Poder Judiciário, Ministério Público, advocacia e até cidadãos indicados pela Câmara dos Deputados e Senado Federal dotados de notável saber jurídico e reputação ilibada, com mandado de 2 anos, admitida uma recondução .

As atribuições do CNJ estão definidas no § 4º do art. 103-B da CRFB e consistem, basicamente, no exercício do poder de controle sobre a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, que, com base nos incisos VI e VII do referido dispositivo, demanda a elaboração de relatórios semestrais estatísticos sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário, além de relatórios anuais contendo a apresentação de propostas para providências que entender necessárias sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do CNJ, que integrará teor da mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa .

Frise-se também que, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, nos termos do art. 5º da Portaria nº 604, de 07/08/2009, foi criada a Comissão Permanente de Tecnologia da Informação e Infraestrutura. Cuida-se de comissão responsável pela análise do funcionamento do Poder Judiciário em suas várias instâncias, que tem a incumbência de propor a adoção de medidas tendentes a buscar infraestrutura adequada ao funcionamento desejado para o Poder Judiciário, além de criar planejamento estratégico em Tecnologia da Informação para garantir serviços de informática apropriados ao bom desempenho das atividades dos tribunais, mantendo-se sempre a interoperabilidade entre os diversos sistemas direcionada para o aperfeiçoamento e a implantação do processo eletrônico.

Outro importante segmento do Conselho Nacional de Justiça é o Departamento de Pesquisas Judiciárias, criado pela Lei 11.364/2006 e regulamentado pela Portaria CNJ nº 642/2009, que tem por objetivos: desenvolver pesquisas destinadas ao conhecimento da função jurisdicional brasileira; realizar análise e diagnóstico de problemas estruturais e conjunturais dos diversos segmentos do Poder judiciário

e fornecer subsídios técnicos para a formulação de políticas judiciárias. O Departamento de Pesquisas Judiciárias desempenha um trabalho com especial destaque para o estudo do processo eletrônico, pois é o responsável pela produção anual do Relatório Justiça em Números, que traz uma série de variáveis e indicadores que são capazes de reproduzir com razoável fidedignidade o desempenho dos tribunais.

A partir destes dados estatísticos, o Conselho Nacional de Justiça tem desempenhado sua função regulamentadora, editando diversas resoluções de grande importância para a formatação do processo eletrônico, dentre as quais se destacam: Resolução CNJ nº 12/2006, que teve por objetivo promover a padronização dos sistemas, criando para tanto, um Grupo de Interoperabilidade – “G-INP”; Resolução CNJ nº 41/2007, na qual efetivou a criação do domínio primário “jus.br” para sítios mantidos na rede mundial de computadores pelo Poder Judiciário; Resolução CNJ nº 46/2007, que estabeleceu parâmetros para a uniformização das movimentações de processos judiciais, especificando em uma tabela, todos os códigos e registros que devem ser observados pelos auxiliares da justiça, no momento de se fazer o registro dos atos processuais e das tarefas correspondentes, no sistema processual eletrônico; e Resolução CNJ nº 65/2008, que criou o Número Único de Protocolo (NUP), para a identificação dos processos judiciais e administrativos.

A regulamentação do processo eletrônico dos Tribunais, a seu turno, não tem se verificado de maneira uniforme em todo o território nacional, e também não tem sido desenvolvida no mesmo ritmo, dependendo da situação econômica e social da localidade em que se situam.

Por este motivo, as Resoluções CNJ nº 90, 91, 100 e 121/2009, trazem em seu texto diretrizes para o nivelamento da tecnologia da informação, enumerando requisitos mínimos para a manutenção do quadro de pessoal, sistemas de automação de TI e infraestrutura em geral, que serão fiscalizados pelo Conselho Nacional de Justiça, na forma do art. 17.

Além disso, caso o CNJ constate eventuais dificuldades pontuais em uma determinada localidade, poderá destinar recursos ou oferecer apoio técnico aos Tribunais com maior carência, visando o nivelamento tecnológico.

No intuito de promover a interoperabilidade com a uniformização dos sistemas processuais eletrônicos, a Resolução CNJ nº 181/2013 passou a contemplar a implantação do Processo Judicial eletrônico – PJ-e, eleito como o modelo operacional que deverá ser implantado em todo o país, eliminando-se, gradualmente, as plataformas diferenciadas ainda existentes em grande parte dos órgãos jurisdicionais.

5 DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS ELETRÔNICOS E DA CONFIGURAÇÃO DE JUSTA CAUSA (ART. 197, DO CPC/2015)

A publicidade dos atos processuais eletrônicos vem novamente expressamente contemplada no art. 197 do CPC/2015, trazendo consigo importante regra no seu parágrafo único ressaltando a configuração de justa causa para a repetição de atos processuais ou devolução de prazos na forma do art. 223, caput e § 1º, do referido diploma legal, nos casos em que se verifique problema técnico do sistema ou falha no registro dos andamentos por parte do servidor auxiliar da justiça.

Cuida-se de regra que se coaduna com o princípio do contraditório participativo contemplado nos arts. 9º e 10 do CPC/2015. Segundo Carneiro (2016, p. 96), trata-se de garantia que veda a prolação de “decisões surpresa” e permite a ampla participação das partes em todas as fases do processo de maneira equânime.

Pode-se dizer, que, sob este aspecto, a admissibilidade da intimação “ficta” no processo eletrônico, tal como prevista no art. 5º, § 3º da Lei nº 11.419/2006, violaria em tese a garantia do contraditório participativo na medida em que dispensa, para o seu aperfeiçoamento, a ciência efetiva dos atos e fatos processuais, pautando-se tão-somente na omissão da parte de se auto-intimar no prazo de 10 dias.

De qualquer modo, não se pode ignorar este avanço legislativo, bem como merece elogios a previsão do art. 197 do CPC/2015, ao trazer a configuração da justa causa como meio de mitigação dos eventuais prejuízos advindos da intimação ficta em situações de adversidade decorrentes de falhas técnicas ou humanas ao longo da tramitação no meio eletrônico.

6 DA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E DA VIABILIDADE TÉCNICA PARA O ARMAZENAMENTO E VERIFICAÇÃO DE AUTENTICIDADE NO PROCESSO ELETRÔNICO (ART. 198, DO CPC/2015)

O acesso à justiça vem novamente reforçado como garantia do jurisdicionado no processo eletrônico por intermédio da norma prevista no art. 198 do CPC/2015, na medida em que o legislador prevê em seu teor a obrigatoriedade das unidades do Poder Judiciário manterem, de forma gratuita, a disponibilidade de equipamentos de informática necessários à consulta processual, à prática de atos processuais e acesso aos documentos digitais ou digitalizados constantes do processo eletrônico.

De maneira complementar, de acordo com o parágrafo único do mencionado dispositivo, continua sendo admitida a prática de atos por

meio não eletrônico, quando a estrutura informatizada ideal (ou seja, na forma estabelecida no próprio caput) não tiver sido colocada efetivamente ao alcance dos jurisdicionados naquela localidade.

Em situações de inviabilidade técnica para a realização de determinado ato processual, como já comentado alhures, a lei confere, excepcionalmente, flexibilidade para que se admita sua realização na forma tradicional, a exemplo das disposições previstas no art. 9º, § 2º e 12, § 2º da Lei 11.419/2006, desde que seu armazenamento possa ser viabilizado no meio eletrônico, ao seu final.

Importante destacar que recaindo alguma dúvida quanto à autenticidade do ato processual eletrônico, Talamini (2016, p. 615) afirma ser plenamente cabível o manejo da “arguição da falsidade do documento produzido eletronicamente ou digitalizado”, na forma dos arts. 439 a 441 do CPC/2015, e do art. 11, §2º da Lei nº 11.419/2006.

O CPC/2015 contempla no art. 439 outra importante regra processual relacionada com a autenticidade, segundo a qual “a utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá da sua conversão à forma impressa e da verificação da sua autenticidade, na forma lei”.

A respeito deste dispositivo, Oliveira, R. A. (2016, p. 631) afirma que sua existência não seria necessária, e, além disso, tal previsão poderia induzir a uma “interpretação equivocada”, dele extraindo-se “conclusões precipitadas, que desfavoreçam a utilização” dos documentos eletrônicos.

Isto se deveria ao fato de se extrair a falsa percepção de que a parte só pode fazer uso do documento eletrônico no processo físico, mediante a sua conversão em papel. Trata-se de uma premissa completamente errônea, pois, como o autor bem esclarece, existem documentos que não são suscetíveis de conversão para a modalidade impressa, como é o caso de gravações audiovisuais, que só podem ser juntadas aos autos físicos, por meio de alguma mídia, como o DVD, ou um pen drive.

No que tange à segurança e confiabilidade dos documentos produzidos por meio digital, vale observar a partir da redação do art. 441 do CPC/2015, que mais uma vez o legislador estabelece a necessidade de serem observados critérios previstos em lei específica para que se admita sua apresentação em juízo como meio de prova.

Neste ponto, Oliveira, R. A. (2016, p. 632) destaca alguns requisitos essenciais para a conferência da autenticidade e a preservação da segurança sobre esta espécie de documento, ou seja, destacando-se a importância de se fazerem presentes alguns elementos como a assinatura digitalizada, as firmas biométricas, as senhas de acesso, e recursos conexos à técnica da criptografia, como a esteganografia, e a estrutura de chaves públicas, nos termos da Medida Provisória nº 2.200-2/2001.

6 ACESSO À JUSTIÇA NO PROCESSO ELETRÔNICO AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS (ART. 199, DO CPC/2015)

Por fim, dispõe o art. 199, último dispositivo sobre atos processuais eletrônicos integrante da Seção II, que as “unidades do Poder Judiciário assegurarão às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica”.

Trata-se de mais uma das vertentes do acesso à justiça – a inclusão das pessoas portadoras de necessidades especiais revela-se uma importante preocupação do legislador, que, com o advento e constante desenvolvimento do meio tecnológico, vem proporcionando cada vez mais a participação deste grupo na realização de atos civis e do cotidiano sem a necessidade de assistência ou representação.

Neste ponto, vale enfatizar a Lei nº 13.146 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), editada e publicada posteriormente ao CPC/2015, que, além de ampliar a capacidade civil com reflexos no conceito de capacidade processual por meio da alteração dos artigos 3º a 5º da Lei 10.406/2002 (Código Civil), trouxe expressamente o tratamento do acesso à justiça aos portadores de necessidades especiais em seu Capítulo I. Para este público, não basta a informatização dos meios de processamento, sem que se desenvolvam mecanismos especiais de leitura e de acesso, que lhes garantam o efetivo manejo do processo civil eletrônico, livre de quaisquer obstáculos.

7 DA APLICAÇÃO DA CONTAGEM DOS PRAZOS EM DIAS ÚTEIS NOS PROCESSOS ELETRÔNICOS E OUTRAS NORMAS DO CPC/2015 RELEVANTES SOBRE A MATÉRIA

Impende salientar que as regras referentes ao processo eletrônico não se esgotam nos mencionados arts. 193 a 199 da Lei 13.105/2016, nos quais se veiculam as normas sobre a prática eletrônica dos atos processuais. Ao longo da lei processual, verificamos outros dispositivos legais que tratam de assuntos relativos ao processo eletrônico, igualmente relevantes, como, por exemplo, o art. 105, § 1º que autoriza a assinatura digital na Procuração, o art. 205, § 2º, que permite também a assinatura eletrônica dos magistrados em suas decisões judiciais, e o art. 937, § 4º do CPC/2015, que autoriza ao advogado, que tenha “domicílio profissional em cidade diversa daquela onde está sediado o tribunal, realizar sustentação oral por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real”, quando fizer requerimento neste sentido, até o dia anterior ao da sessão de julgamento.

Uma das maiores novidades advindas do CPC/2015 foi a modificação sobre a forma geral de contagem dos prazos processuais. Assim, dispõe o seu art. 219 que, na contagem de prazos processuais fixadas em lei ou pelo juiz em dias serão apenas computados os dias úteis.

A partir da norma em questão, cabe ao aplicador da lei identificar quando se está realmente diante de um prazo processual, devendo ao mesmo tempo, ter o cuidado de fazer incidir esta regra de contagem somente aos prazos previamente fixados em dias.

Desta forma, se um magistrado não desejar a incidência da contagem em dias úteis sobre um prazo processual que possa fixar, como por exemplo, o prazo para o cumprimento de uma obrigação, deverá ter o cuidado de convencená-lo em horas, meses ou ano. Então, ao invés de fixar o prazo de 45 dias, que o faça como um mês e meio; da mesma forma, em um prazo de 2 dias, que o faça como 48 horas, e assim por diante.

Ao destinatário do comando judicial tecem-se as mesmas considerações, para que não incorra em erro no momento de fazer a contagem, identificando assim o dia do seu término, com maior segurança.

No mais, eis que surge uma nova problemática no direito processual. Mesmo sendo o CPC/2015 expresso no sentido de que esta regra de contagem também se aplica aos procedimentos especiais – cuja lei regulamentadora não preveja norma que se apresente manifestamente incompatível com seu teor – esta aplicação subsidiária da norma processual geral não tem sido reconhecida de maneira uniforme em todo o território nacional, em vários casos. Uma destas situações de contradição jurisprudencial alarmante, refere-se à multiplicidade de entendimentos sobre a aplicação da regra de contagem dos dias úteis em sede de juizados especiais, de maneira subsidiária, por força do art. 15 do CPC/2015.

Da mesma forma, não há um consenso sobre esta contagem no processo eletrônico, na medida em que se trataria igualmente, de um procedimento célere, portanto, incompatível com este tipo de estipulação.

De acordo com Wambier (2016, p.2) haveria dúvida quanto à possível derrogação do art. 5º, § 3º, Lei nº 11.419/2006 pelo art. 219 do CPC/2015, na medida em que aquela norma, ao prever a contagem em dias corridos para fins de intimação ou citação ficta, seria manifestamente incompatível com a contagem em dias úteis trazida na lei processual geral.

Não se trata de uma simples questão que seria facilmente dirimida a partir do critério da especialidade, pois o processo eletrônico, como já visto de maneira exaustiva ao longo do presente trabalho, não é um procedimento especial, mas sim, um meio de processamento, que será

futuramente aplicável a todas as formas de procedimentos existentes em nosso ordenamento. Igualmente, seria um absurdo afirmar-se que o processo de papel era um procedimento especial.

Portanto, o verdadeiro embate que se inaugura para a resolução desta eventual colisão de normas reside no fato de se identificar ou não a existência de um prazo processual no art. 5º, § 3º, da Lei nº 11.419/2006. Sendo a resposta afirmativa, logicamente a norma do art. 219 do CPC/2015 derrogaria a parte do dispositivo na qual se lê “dias corridos” para que se faça a leitura como “dias úteis”.

Neste ensejo, Wambier (2016, p. 3) esclarece que, embora o prazo de 10 dias para a intimação ficta no processo eletrônico não se refira à prática de um ato processual, mas sim à um lapso temporal estabelecido para que se presuma a ocorrência de atos de comunicação processual, restaria indubitável que efeitos processuais foram produzidos a partir de seu transcurso, fato que consolida sua condição como prazo processual, na forma do art. 219 do CPC/2015. Ademais, em havendo dúvida sobre a natureza de um prazo, se este seria material ou processual, bastaria verificar se houve na prática, alguma conduta correlacionada ao seu decurso, que, além de ter que ser praticada dentro do processo, causaria alguma consequência na marcha processual.

Igualmente sob os aspectos dos princípios da celeridade e eficiência, demonstra-se perfeitamente defensável que a contagem de prazos no processo eletrônico, em razão de suas peculiaridades, possa ser realizada em dias úteis, sem que disto resulte qualquer prejuízo.

Marcacini (2016, p. 319) ressalta que o ganho de tempo proporcionado pela eliminação total do “tempo morto do processo”, sendo este o verdadeiro elemento responsável pela morosidade na tramitação processual, viabilizaria uma ligeira ampliação do prazo para a resposta do réu, favorecendo-se litigantes não-habituais, ou seja, que não tenham preestabelecida a constituição de um defensor, portanto, que não disponham de uma infraestrutura favorável voltada para a promoção de sua defesa.

Veja-se que a evolução do direito processual aponta exatamente no sentido de que os prazos diferenciados, como é o caso da Fazenda Pública em juízo, não mais se justifiquem diante da eliminação gradual de entraves burocráticos e pela benesse decorrente da adoção de critérios elásticos, como a contagem em dias úteis, em favor de todos os sujeitos do processo, sem distinção.

Talvez tenha sido por esta razão, que o legislador tenha conferido uma nova redação no CPC/2015 para a regra anteriormente prevista art. 188 do CPC/37 e na Lei 1.060/50, que estabelecia em favor da Fazenda Pública e Ministério Público prazo em quádruplo para contestar e em dobro para

recorrer, fazendo contar como prerrogativa a contagem do prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, consolidando também em seu texto a benesse em favor da Defensoria Pública, na forma dos arts. 180, 183 e 186.

Como se demonstra praticamente impossível, do ponto de vista legislativo, exaurirem-se todas as situações de desigualdade que deveriam ser mitigadas, resta evidente que a melhor medida a ser fomentada, consiste na eliminação de barreiras que impeçam uma tramitação célere e eficiente em relação a todos os sujeitos, indistintamente.

Por esta razão, assevera-se que o CPC/2015 demonstra em sua redação exatamente a incorporação deste ideal, representando de certa forma um avanço legislativo, ainda que de maneira não tão expressiva e ainda embrionária, pois os prazos de uma maneira geral poderiam ter sido unificados em patamares ainda maiores sem o comprometimento da garantia da duração razoável do processo. Mas para que isto ocorra futuramente, há que se prover uma adequada tramitação processual no meio eletrônico, com a eliminação dos espaços temporais mortos e os entraves burocráticos.

8 CONCLUSÃO

A partir de uma interpretação sistemática sobre as regras do CPC/2015 destacadas ao longo do presente artigo, conclui-se que o regramento geral em matéria de processo eletrônico ainda não se demonstra suficiente, abrindo-se um grande espaço para que o CNJ, e, supletivamente, os Tribunais, regulamentem toda a matéria que não foi devidamente detalhada e especificada na lei processual com certo grau de discricionariedade, sem que se preze pela uniformidade em sua concepção ideal.

Outrossim, do ponto de vista técnico, considerando-se as regras de competência legislativa previstas nos arts. 22, I e 24, XI da Constituição, resta também possível evidenciar que, por se tratar de matéria que versa sobre direito processual, não seria adequado relegar sua regulamentação de maneira subsidiária aos órgãos do Poder Judiciário (CNJ e Tribunais) sem que houvesse um maior aprofundamento legislativo, uma vez que as lacunas decorrentes não se referem estritamente a matéria de organização judiciária.

Desta forma, pode-se asseverar que, se o Código de Processo Civil tivesse sido mais exaustivo quanto às normas sobre o processo eletrônico, certamente a segurança jurídica seria maior quanto ao seu funcionamento e desenvolvimento, assim como também a concretização na prática da tão almejada uniformização de sistemas e procedimentos eletrônicos em todo o território nacional.

Por outro lado, também se demonstram inegáveis alguns avanços legislativos observados ao longo do CPC/2015 em matéria de processo eletrônico, mediante a eliminação de entraves burocráticos e obstáculos de ordem financeira e geográfica, por intermédio das vantagens extraídas da utilização dos recursos tecnológicos.

Pelo exposto é forçoso concluir que o tratamento conferido ao processo eletrônico no CPC/2015 certamente teve como prioridade, nesta fase inicial, dirimir apenas as questões mais amplas e de ordem principiológica relacionadas à sua tramitação, relegando-se em segundo plano, a resolução de demandas operacionais alusivas à rotina e ao processamento judicial informatizado, atualmente a cargo do CNJ e Tribunais.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Paulo Cezar. Das normas fundamentais do processo civil (art. 1º a 12 do CPC/2015). In: *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Coordenadores Teresa Arruda Alvim Wambier... [et al.]. 3. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. v I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. *Acesso à justiça e processo civil eletrônico*. Orientador: Prof. Dr. Antônio do Passo Cabral. Tese (Doutorado). 300 f. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. Defesa em 24.11.2016.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Processo e Tecnologia: Garantias processuais, efetividade e a informatização processual*. São Paulo: Augusto Tavares Rosa Marcacini Editor, 2013.

OLIVEIRA, Pedro González Montes de. PJE deve manter possibilidade de manifestação por cota nos autos. *Revista Consultor Jurídico*, 28 jul. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jul-28/tribuna-defensoria-pje-manter-possibilidade-manifestacao-cota-autos#_ftn16>. Acesso em: 21 ago. 2016.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Arts.439 e 440. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIMENTEL, Alexandre Freire. Arts. 193 a 199 do NCPC. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Arts. 430 e 431. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; LOBO, Arthur Mendes. Prazos processuais devem ser contados em dias úteis com novo CPC. *Revista Consultor Jurídico*, 7 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-07/prazos-processuais-contados-dias-uteis-cpc>>. Prazos processuais devem ser contados em dias úteis com novo CPC. Acesso em: 15 out. 2016.

ATUAÇÃO ESTRATÉGICA DA ADVOCACIA PÚBLICA NOS PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO DE PRONUNCIAMENTOS VINCULANTES

*STRATEGIC ADVOCACY IN PROCEDURES FOR THE
FORMATION OF BINDING STATEMENTS*

*Fábio Victor da Fonte Monnerat
Mestre e Doutorando em Direito Processual Civil pela PUC-SP
Procurador Federal – PRF 3ª Região.*

SUMÁRIO: Introdução: Os pronunciamentos Vinculantes no CpC/2015; 1 O Tratamento Coletivizado dos Processos Repetitivos; 1.1 Do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; 1.2 Do Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos; 2 Da Necessidade de Atuação e Gestão Estratégicas dos Processos Repetitivos Pelos Órgãos da Advocacia Pública; 3 Rol Exemplificativo de Atividades Estratégicas da Advocacia Pública no Contexto de Litigância de Massa e Pronunciamentos Vinculantes; Referências.

RESUMO: O texto, partindo do microssistema de valorização das súmulas, precedentes qualificados e das técnicas de gestão de processos de massa previstos no Código de Processo Civil de 2015, volta-se a analisar as possibilidades de atuação estratégica dos órgãos da Advocacia Pública e dos impactos desta atuação na atividade de defesa da Fazenda Pública em juízo, realizando inclusive um mapeamento de atividades e mecanismos de atuação possíveis, com foco na otimização e aprimoramento da atuação do advogado público.

PALAVRAS-CHAVE: Súmula. Precedentes Qualificados. Litigância Repetitiva. Advocacia Pública. Atuação Estratégica. Gestão De Contencioso De Massa.

ABSTRACT: The text, starting from the microsystem of valorization of precedents, qualified precedents and techniques of management of mass processes provided in the Code of Civil Procedure of 2015, analyzes the possibilities of strategic action of the organs of Public Advocacy and impacts of this action in the defense of the Public Treasury in court, including a mapping of activities and possible mechanisms of action, focusing on optimizing and improving the performance of the public attorney.

KEYWORDS: Precedent. Qualified Precedents. Repetitive Litigation. Public Advocacy. Strategic Action. Mass Litigation Management.

INTRODUÇÃO: OS PRONUNCIAMENTOS VINCULANTES NO CPC/2015

O art. 927 do novo Código de Processo Civil arrola uma série de pronunciamentos que devem ser obrigatoriamente observados pelos juízes e tribunais, quais sejam: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados¹.

O dispositivo nos permite concluir que a existência de um dos pronunciamentos nele arrolados influenciam diretamente no *conteúdo da decisão judicial* dos demais processos que versem sobre o tema já sumulado ou consagrado em um dos precedentes ali identificados.

De uma certa maneira, a expressa referência àqueles pronunciamentos sugerem que estes precedentes e os enunciados de súmulas sejam a forma sugerida pelo Código pela qual os tribunais cumpram o dever estabelecido no art. 926, qual seja, o dever de uniformizar a jurisprudência.

De outro lado, o sistema do Código de Processo Civil estabelece que, uma vez existentes estes precedentes, restam legitimados *cortes procedimentais que aceleram o procedimento* como é o caso, por exemplo, da dispensa do reexame necessário prevista no art. 496, §4º - que acelera o trânsito em julgado -, do julgamento monocrático do relator a teor do art. 932, incs. IV e V - que dispensa a sessão de julgamento e os atos nela praticados, como a sustentação oral e o voto dos demais magistrados - e o julgamento liminar de total improcedência nos termos do art. 332 que autoriza a prolação da sentença de mérito logo quando da análise da petição inicial².

É de se destacar que tanto a eficácia vinculante quanto a potencialidade de impactar no procedimento e permitir a “aceleração” procedimental fulcrada na prévia uniformização só é autorizada pelo Código quando o entendimento estiver consagrado em “súmula” e em alguns precedentes que, por esta razão, devem ser tidos como “precedentes qualificados”.

Neste aspecto destaca-se uma sensível diferença em comparação ao sistema do CPC de 1973 que autorizava a aceleração do procedimento

1 Nesse sentido, o enunciado FPPC n. 170, verbis: “(art. 927, caput) As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos.”

2 Sobre o tema nosso: “A jurisprudência uniformizada como estratégia para a aceleração do procedimento” MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

com base em “jurisprudência dominante” - não *formalmente enunciada* portanto - (art. 557 CPC/73) e em “precedentes do próprio juízo” (art. 285-A) que não possuíam qualquer qualidade ou peculiaridade digna de destaque no que tange ao procedimento de sua formação.

As técnicas de aceleração a estas equivalentes, na sistemática do CPC 2015 só estão autorizadas, repita-se, por “*súmulas*” ou “*precedentes qualificados*”³.

Por *súmulas*, devem ser entendidas a representação formal da jurisprudência pacífica, ou dominante, que emerge de um procedimento especificamente voltado ao reconhecimento da pacificação ou domínio do entendimento jurisprudencial.

Já os *precedentes qualificados* devem ser entendidos como julgamentos proferidos em procedimentos previstos em lei voltados a formação de uma precedente, apto à expressar o entendimento do Tribunal sobre uma questão de direito e a ser aplicado nos demais casos que envolverem a mesma matéria.

Estes precedentes são *qualificados*, não apenas pelo fato de serem vinculantes e por legitimarem *cortes procedimentais*, mas também porque os procedimentos previstos para sua formação são dotados de uma maior influência dos princípios do contraditório, motivação e publicidade⁴.

Nesse sentido, é nítido da análise do sistema do Código a preocupação em *maximizar a publicidade, o contraditório e a motivação* nos procedimentos voltados à formação do precedente qualificado, o que pode se depreender da leitura dos arts. 950, 979, 983, 1.038, 1.040, por exemplo.

Desta feita, tais precedentes podem ser tidos por qualificados: a) pela sua autoridade (força) e capacidade de influenciar nos demais processos que versem sobre a mesma questão jurídica, e; b) pela maior qualidade do procedimento de sua produção.

Os procedimentos de formação de precedentes qualificados são regulamentados pelo próprio Código de Processo Civil, notadamente nos arts. 947; 976 a 986 e arts. 1.036 a 1.040.

Já em relação às súmulas, o Código se limita a determinar que os tribunais a editem mas não se preocupa em estabelecer o procedimento de edição, apenas dispondo que as mesmas serão editadas “na forma

3 Sobre o tema nosso: “O Precedente Qualificado no Processo Civil Brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais” MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. In: *Sistemi Processuali a confronto: il Nuovo Codice di Procedura Civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento*, Publicações Específicas da Escola da AGU, vl. 08, 2016. p. 100).

4 Nesse contexto, vale o destaque do Enunciado nº 460 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC, verbis: “(arts. 927, §1º, 138) O microsistema de aplicação e formação dos precedentes deverá respeitar as técnicas de ampliação do contraditório para amadurecimento da tese, como a realização de audiências públicas prévias e participação de amicus curiae.”

estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno (art. 926, §1º).

De toda sorte, a teor do disposto no art. 927, IV do CPC, os enunciados de súmulas que possuíam caráter meramente persuasivo no sistema de 1973, possuem no sistema atual, um caráter de obrigatoria observância, o que implica na necessidade de um maior acompanhamento na produção e formação destes pronunciamentos judiciais.

1 O TRATAMENTO COLETIVIZADO DOS PROCESSOS REPETITIVOS

A par de arrolar pronunciamentos vinculantes, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece normas direcionadas a *racionalizar o processamento e o julgamento das demandas individuais repetitivas* que, não obstante formalmente individuais, recebem do Código um “tratamento coletivizado”.

Este tratamento coletivizado de processos que envolvam demandas repetitivas, em essência, se caracteriza por: a) *concentração* da solução da questão múltipla; b) *sobrestamento* de todos os processos que versem sobre a questão idêntica; c) *formação de um precedente qualificado*, d) *aplicação do precedente qualificado de forma vinculante* (art. 927, III, art. 985, I e II e art. 1.040) e “acelerada” (ex.: art. 332, 932, inc. IV e V) a todos os processos até então suspensos.

Tal sistemática portanto, pauta-se, especialmente, pela *formação e valorização de precedentes qualificados* que, uma vez produzidos, autorizam, legitimamente, a aceleração do procedimento e impõe a repetição da aplicação da tese consagrada no julgamento de todas as demandas individuais idênticas ajuizadas.

A existência destes precedentes, portanto, é legitimadora de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional que, se bem aplicadas, podem não só levar a um processo mais rápido e eficiente, homenageando o princípio da duração razoável do processo, como também torná-lo mais justo, aplicando a todos que se encontram na mesma situação no plano do direito material o mesmo entendimento.

O Código de Processo Civil, nesse aspecto, combate a concepção antiga de que cada processo e cada um dos autos é “um mundo”, que implicaria em aceitar a já denominada “loteria jurisdicional” e tolerar que duas pessoas em uma mesma situação jurídica recebam tratamentos rigorosamente opostos por terem sido julgadas por juízes com diferentes “entendimentos”.

Além de uma técnica de formação e aplicação de precedentes, é importante notar que as técnicas de tratamento coletivizado de causas

repetitivas também funcionam como uma *ferramenta de gestão de processos repetitivos*⁵.

Isso porque, conforme asseverado acima, uma das consequências da *instauração do procedimento de formação do precedente implica na suspensão de todos os processos que versam sobre a mesma matéria*, nos termos disposto nos arts. 982, I e §3º e 1.037, II do Código.

A suspensão, ao proibir a prática de atos processuais (art. 313, IV do CPC) implica em uma *diminuição em larga escala de atos de comunicação e movimentação*, como citação, intimações, carga dos autos, etc., assim como a *paralisação da contagem dos prazos processuais*. Além disso impede a proliferação de decisões conflitantes durante o incidente de solução concentrada.

Em síntese, a suspensão a) evita a prática de atos processuais decisórios sobre tema, em grande medida divergentes, a depender do posicionamento do juiz ou desembargador, e; b) impe a prática de atos pela Procuradoria, pelas partes, assim como os atos auxiliares do juízo e todos os atos de comunicação e movimentação processuais.

1.1 DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Com o objetivo de racionalizar o julgamento de processos que versam sobre questões repetitivas não afetadas pelos tribunais superiores, via recurso especial ou extraordinário repetitivos, e de prestigiar a isonomia, segurança jurídica, celeridade e efetividade processuais, o Código de Processo Civil de 2015 criou o incidente de resolução de demandas repetitivas, regulamentando-o entre os arts. 876 e 986.

Tal técnica tem lugar no âmbito dos tribunais de 2º grau de jurisdição pois, para os tribunais superiores o CPC institui uma técnica semelhante, a dos recursos excepcionais repetitivos, entre os arts. 1.036 e 1.041, a seguir comentada.

Assim, identificada a questão repetitiva abre-se a possibilidade de instauração do IRDR nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Podemos entender por demandas repetitivas aquelas que não possuem questões controvertidas acerca de fatos, mas exclusivamente de direito, e que, por disciplinar uma relação jurídica massificada, atingem individualmente um grande grupo de jurisdicionados (contribuintes de determinado tributo, consumidores de certos serviços, aposentados, etc.), e, por isso, em caso de conflito ou ambiguidades na interpretação e aplicação do direito, proporcionam uma enorme quantidade de ações propostas com pedido e causa de pedir semelhantes.

5 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3, 14. ed. Juspodium, p. 672.

Muitas vezes, inclusive, é comum que as diversas demandas sejam propostas contra um mesmo sujeito, em especial entes públicos (União Federal, autarquias federais, empresas públicas, fazendas estaduais e municipais), significando um motivo a mais para o tratamento coletivizado, uma vez que, nessas hipóteses, além da demanda representada na petição inicial, também as respostas do réu, notadamente a contestação, tendem a ser padronizadas, o que justifica um procedimento mais simples, se comparado com o de uma demanda inédita ou única e, mais do que isso, uma decisão com conteúdo equivalente.

Por estas razões, grande parte das causas patrocinadas pelos órgãos e unidades da Advocacia Pública possuem a capacidade de se enquadrarem no conceito de causas repetitivas e, em havendo decisões judiciais em mais de um sentido, resta preenchido também o requisito “risco de ofensa a isonomia” (art. 976, I e II do CPC).

A instauração do incidente pode ser realizada de ofício pelo juiz ou relator, ou *a requerimento da parte*, Ministério Público ou Defensoria Pública, conforme o art. 977 do Código.

Em função da força emprestada às decisões tomadas em sede do incidente de resolução de demandas repetitivas, a sistemática prevista no CPC *potencializa* os princípios processuais constitucionais no curso de seu procedimento, especialmente a *publicidade, o contraditório e a motivação*.

O princípio da publicidade é maximizado especialmente pelo art. 979, que, em seu *caput*, reza que “a instauração e julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio do registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça”.

O parágrafo único do mesmo dispositivo, por sua vez, determina que “os tribunais promoverão a formação e atualização de banco de dados eletrônico sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando, imediatamente, ao Conselho Nacional de Justiça, para a inclusão no cadastro”.

Tais regras possuem um claro intuito de promover o mais amplo conhecimento possível da instauração e do julgamento do incidente, viabilizando uma participação abrangente, dos magistrados, advogados e demais operadores de Direito e da própria sociedade no procedimento e maior observância do decidido.

Nesse contexto, cabe a Advocacia Pública acompanhar “em tempo real” a formação e alimentação e atualização dos referidos bancos de dados em razão dos impactos dos precedentes nos processos em que ela atua.

Também o princípio do contraditório é potencializado no incidente, pela previsão de participação do Ministério Público, quando esse não

for o requerente (art. 982, III), e pela possibilidade de o relator, antes de proferir decisão sobre a questão de direito, ouvir as partes e os demais interessados, assim entendidas “pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia”.

A participação desses interessados possui clara natureza de *amicus curiae*, modalidade de intervenção de terceiro já existente na legislação processual extravagante e que passa a possuir tratamento no sistema codificado no art. 138 do CPC 2015.

A legitimidade para intervir como *amicus curiae*, segundo a mais autorizada doutrina sobre o tema⁶, decorre da demonstração, cumulativamente: a) do interesse institucional, conceito mais abrangente do que o de interesse jurídico previsto na regulamentação do instituto da assistência; e b) de adequada representação, ou seja, a representatividade dos postulantes.

Cassio Scarpinella Bueno⁷ sugere como “um referencial importantíssimo, mas não suficiente”, o rol de legitimados pelo direito processual para propor ações coletivas, salientando, todavia, que não há como recusar que quaisquer interessados, “mesmo não admitidos pela lei brasileira como legitimados para propor ações coletivas, possam pretender desempenhar a função de *amicus curiae*”.

É possível, ademais, vislumbrar um interesse jurídico objetivamente constatável, para que, com fulcro no princípio do contraditório, determinados sujeitos possam participar do incidente de resolução de demandas repetitivas, quais sejam, *aqueles que figurem como parte em demandas individuais que versam sobre a mesma matéria* e que potencialmente serão atingidos pelo decidido no procedimento.

Portanto, no grupo de legitimados para intervir incluem-se todas as partes dos processos que envolvam a mesma questão de direito, que, apesar de não possuírem interesse institucional, têm interesse jurídico na solução do incidente.

Neste contexto, a atuação da Advocacia Pública pode ir desde a atuação na qualidade de *amicus curiae* em procedimentos já instaurados, como também e, sobretudo, na provocação e acompanhamento estratégico de incidentes de resolução de casos repetitivos.

Uma vez julgado o incidente, a tese deve ser aplicada a todos os processos que envolvam a questão em função do disposto no art. 985 do Código que, apesar de não se utilizar da expressão “eficácia vinculante”, determina a observância obrigatória do entendimento firmado no incidente

6 BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 141.

7 Ibidem, p. 648.

por todos os órgãos de jurisdição inferior vinculados ao tribunal prolator da decisão, inclusive nos processos que se desenvolvem perante os juizados especiais.

A produção destes efeitos vinculantes, a um só tempo, promove igualdade e segurança jurídica (no sentido de previsibilidade), além de desestimular a litigância nas situações já consolidadas.

Ademais, em razão das técnicas processuais de aceleração procedimental fulcradas nos pronunciamentos vinculantes, os processos pendentes e os eventualmente ajuizados terão seu rito abreviado em razão dos cortes procedimentais autorizados pelo Código nestas situações, tais como a improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC) e o julgamento monocrático do relator (art. 932, inc. IV e V do Código).

1.2 DO JULGAMENTO DOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL REPETITIVOS

O Código de Processo Civil, em seus artigos 1.036 a 1.041, estabelece um procedimento de julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, assim entendidos os recursos especial ou extraordinário múltiplos, fundados em idêntica questão de direito.

Nesse aspecto, a primeira inovação é a padronização do procedimento, no âmbito legislativo, do tratamento tanto do recurso especial, quanto do recurso extraordinário, o que não ocorria com o Código de Processo Civil de 1973, no qual o tratamento procedimental dos recursos excepcionais repetitivos, não obstante semelhantes, encontram-se disciplinados em dispositivos distintos, art. 543-A, 543-B, dedicados ao recurso extraordinário, e art. 543-C, que trata do procedimento do recurso especial repetitivo.

Todavia, diferenças procedimentais podem se mostrar presentes, não apenas pelo fato da exigência da repercussão geral da questão discutida no recurso ser uma exigência constitucional apenas para o recurso extraordinário, como também pelo fato de o art. 1.036 do Código determinar a observância do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Outra novidade criada pelo CPC 2015, quando comparado com o CPC 1973, é a possibilidade de *suspensão* não apenas dos recursos excepcionais que envolvam a mesma questão de direito mas *de todos os processos pendentes que versem sobre a questão repetitiva* (art. 1.037, II).

Em outras palavras, a instauração do incidente de julgamento de recurso especial ou extraordinário repetitivo, paralisa todos os processos que versem sobre a questão afetada, em 1ª e 2ª instâncias, além de, obviamente,

impedir a tramitação e julgamento dos recursos excepcionais que versem sobre a matéria.

No que se refere ao procedimento do julgamento do recurso “representativo da controvérsia”, é estabelecida, de forma coerente com os efeitos vinculantes da decisão, a necessidade de maximização dos princípios constitucionais da publicidade e do contraditório, este último pela expressa previsão de participação do Ministério Público, e demais pessoas, órgãos ou entidades com “interesse na controvérsia”, que atuariam na qualidade de *amicus curiae*, de modo extremamente semelhante à participação dos mesmos no incidente de resolução de demanda repetitiva comentada acima.

Nessa esteira, a *motivação também é potencializada* pois, nos termos do art. 1.038, § 3º “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários”.

Julgado o recurso repetitivo, forma-se um precedente qualificado, com eficácia vinculante.

Portanto, a tese nele consagrada deve ser aplicada por todos os órgãos jurisdicionais sejam eles juízes, tribunais de 2º grau ou mesmo os próprios tribunais superiores a depender de fase procedimental que o processo tenha sido suspenso.

Se o recurso excepcional, quando suspenso já estiver pendente no tribunal superior, o julgamento deverá se dar monocraticamente pelo relator, conforme art. 932, IV e V do CPC, aplicando-se a tese consagrada no precedente qualificado.

Caso o processo esteja suspenso no tribunal de origem aguardando o juízo de admissibilidade pelo presidente ou vice presidente do tribunal o recurso deverá, a depender da hipótese: a) ter seguimento denegado quando o acórdão recorrido consagrar a tese decidida pelo Tribunal Superior no julgamento do recurso paradigma; e b) ser reexaminado pelo tribunal *a quo* na hipótese contrária, em que o acórdão recorrido divergir da orientação do Tribunal Superior, momento em que está autorizado o tribunal *a quo* a exercer o juízo de retratação, adaptando o acórdão recorrido ao entendimento consagrado no julgamento concentrado.

Se, após a referida reanálise pelo tribunal de origem, for mantido o acórdão em termos contrários à orientação firmada pelo Tribunal Superior quando do julgamento do recurso paradigma, o procedimento deve ser: c) análise da admissibilidade do recurso excepcional e encaminhamento para o Tribunal Superior competente (art. 1.041).

Obviamente, esta última hipótese é frontalmente combatida pelo sistema, até porque é clara a determinação do Código o sentido de que os tribunais de 2º grau de jurisdição devem observar e aplicar a tese

consagrada no julgamento do recurso paradigma independentemente da “jurisprudência local”, pois o contrário significa negar sentido ao procedimento de resolução concentrada.

Já os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento, pelos juízes e relatores (monocraticamente, a teor do art. 932, IV e V) que devem, na ocasião, observarem e obrigatoriamente aplicarem a tese firmada pelo tribunal superior.

Nesse ponto, importante destacar que, mesmo que a decisão dos órgãos de 1º e 2º graus contrarie a tese consagrada no julgamento dos recursos excepcionais repetitivos não é admissível *imediatamente* a reclamação.

Isso porque, de acordo com a sistemática estabelecida pelo Código a partir da alteração empreendida pela Lei 11.256/2016 que entrou em vigor no mesmo dia que o próprio CPC, a reclamação proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, é inadmissível enquanto não “esgotadas as instâncias ordinárias”.

No caso da ocorrência do indesejável desrespeito ao entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça, caberá a parte prejudicada interpor o recurso cabível visando modificar a decisão (*v.g.* apelação, agravo interno), estando impedida de ajuizar *imediatamente* a reclamação diretamente no tribunal superior.

O não cabimento - *imediato* - da reclamação, contudo, não retira a natureza vinculante e a necessidade de observância obrigatória do precedente qualificado formado no julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos.

Isso porque, a *natureza vinculante do precedente qualificado decorre da determinação legal que no sentido de que a tese nele consagrada deve ser observada* não estando, portanto, diretamente ligada à natureza do mecanismo voltado a impugnar a decisão contrária ao precedente.

2 DA NECESSIDADE DE ATUAÇÃO E GESTÃO ESTRATÉGICAS DOS PROCESSOS REPETITIVOS PELOS ÓRGÃOS DA ADVOCACIA PÚBLICA

Considerando a imensa quantidade de processos que envolvem temas repetitivos, em que uma das partes é a Fazenda Pública, é da Advocacia Pública o papel de gerenciar formação dos precedentes qualificados e demais pronunciamentos vinculantes nas causas repetitivas cujo tema tenha relação direta com a defesa do interesse público em juízo.

Inúmeras vantagens podem advir, não apenas da formação de um precedente, mas também da própria instauração destes incidentes.

Isso porque, como dito linhas atrás, *a simples instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas, por exemplo, implica na suspensão dos processos que versam sobre a mesma matéria (art. 982) o que por si só, permite a gestão das demandas repetitivas e uma maior racionalização da atividade da Procuradoria que, com a maioria esmagadora dos processos idênticos suspensos, terá maiores condições materiais e humanas de se dedicar ao incidente de solução concentrada à resolução da questão de direito repetitiva.*

Ademais, *a formação de precedentes vinculantes favoráveis a Fazenda Pública implicará em uma procedência em escala regional (IRDR, art. 985, I e II) ou nacional da tese (art. 987, IRDR e 1.040 – RE e RESP Repetitivo do CPC), com significativa diminuição da atividade processual, quer pela inibição do ajuizamento de demandas, quer pelos cortes procedimentais proporcionados pela pré-existência dos pronunciamentos a exemplo da improcedência liminar do pedido (art. 332 do CPC) que dispensa, inclusive, a citação da pessoa jurídica de Direito Público ré.*

Por fim, na hipótese de o pronunciamento vinculante vir a ser contrário ao interesse defendido pela Advocacia Pública, caberá aos seus órgãos orientar os membros no que tange a atuação diante do precedente desfavorável.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, por exemplo, é necessária a orientação da atuação em relação a aplicação e ao alcance das Portarias AGU 487/2016 e AGU 488/2016 que, *v.g.*, dispõe que os advogados da União e os Procuradores Federais “ficam autorizados a reconhecer a procedência do pedido, a abster-se de contestar e de recorrer e a desistir dos recursos já interpostos quando a pretensão deduzida ou a decisão judicial estiver de acordo com:

- I - súmula da Advocacia-Geral da União ou parecer aprovado nos termos dos artigos 40 ou 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993;
- II - súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal;
- III - acórdão transitado em julgado, proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade;
- IV - acórdão transitado em julgado, proferido em sede de recurso extraordinário representativo de controvérsia, processado nos termos do artigo 1.036 do CPC;

- V - acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário em incidente de resolução de demandas repetitivas, processado nos termos do artigo 987 do CPC;
- VI - acórdão transitado em julgado, proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de incidente de assunção de competência, processado nos termos do artigo 947 do CPC; e
- VII - acórdão transitado em julgado proferido pelo plenário e súmula do Supremo Tribunal Federal, caso a controvérsia sobre matéria constitucional seja atual

Portanto, quer durante o processamento dos incidentes de julgamento de casos repetitivos, quer após seu julgamento e formação dos precedentes vinculantes, há inúmeras vantagens em especial: a) a *gestão dos processos de massa* que envolvem as pessoas representadas pela Advocacia Pública; b) da *padronização de atuação* de procuradores, e; c) e *uniformização do tratamento dado aos administrados* que litigam contra a Fazenda.

Ademais, nada impede que os pronunciamentos vinculantes produzidos neste ambiente sirvam como “referência normativa” para a adaptação de práticas não apenas da Procuradoria, mas também dos órgãos assessorados e representados pela PGF, *prevenindo a litigiosidade*.

3 ROL EXEMPLIFICATIVO DE ATIVIDADES ESTRATÉGICAS DA ADVOCACIA PÚBLICA NO CONTEXTO DE LITIGÂNCIA DE MASSA E PRONUNCIAMENTOS VINCULANTES

Nesse contexto, vale destacar um rol exemplificativo de atividades e espécies de atuação dos órgãos da Advocacia Pública, vejamos:

- *Atuar estrategicamente na formação de precedentes qualificados*, provocando a instauração de incidentes de julgamento de causas repetitivas (art. 928 CPC) e *monitorando e participando de processos* cuja instauração do incidente tenha se dado de ofício ou por iniciativa de outros sujeitos
- *Gerenciar as causas repetitivas* e obter a suspensão da tramitação de processos que versem sobre questões idênticas no âmbito local (arts. 982, I do CPC) ou nacional (arts. 982, §3º do CPC)

- *Uniformizar a atuação dos órgãos da Advocacia Pública nos casos em que houver pronunciamento vinculante ou precedente qualificado transitado em julgado*
- *Prevenir litigiosidade e promover isonomia, segurança jurídica e eficiência por meio de orientações formais direcionada aos órgãos da Administração sobre o alcance e conteúdo dos pronunciamentos*
- *Mapear as questões de direito repetitivas passíveis de uniformização via técnicas de julgamento de casos repetitivos, edição de súmulas e demais precedentes qualificados;*
- *Propor a instauração de julgamento de recursos especial e extraordinários repetitivos perante o STJ e STF;*
- *Propor, por meio das Procuradorias Regionais, Incidentes de Resolução de Demandas repetitivas perante os Tribunais Regionais Federais;*
- *Acompanhar e atuar nos incidentes de julgamento de causas repetitivas instaurados a requerimento dos órgãos da Advocacia Pública;*
- *Identificar a eventual instauração de incidentes de julgamento de causas repetitivas de iniciativa de outros sujeitos ou instaurados de ofício pelo Judiciário;*
- *Acompanhar e atuar na qualidade de amicus curiae (art. 138 CPC) nos incidentes de julgamento de causas repetitivas de iniciativa de outros sujeitos ou instaurados de ofício pelo Judiciário;*
- *Propor o pedido de suspensão nacional junto ao STJ ou STF, conforme o caso, nos termos do art. 987 do CPC quando instaurado um incidente de resolução de demandas repetitivas em um dos TRF's ou tribunais de justiça;*
- *Propor a edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula de jurisprudência dominante (art. 926, §1º e 927, IV do CPC) relacionado às matérias de interesse dos órgãos representados pela Advocacia Pública;*

- *Comunicar aos demais órgãos e unidades e membros sobre a instauração de incidentes de julgamento de causas repetitivas*, em especial sobre a decisão de suspensão dos processos que versam sobre a mesma matéria nos termos do art. 982, I e §§ 3 e 1.037 do CPC, e *orientar o pedido de suspensão dos feitos idênticos*;
- Comunicar aos demais órgãos, unidades e membros sobre o trânsito em julgado dos acórdãos proferidos em incidentes de julgamento de causas repetitivas *orientando, quando necessário, sobre o sentido e alcance do pronunciamento vinculante e possibilidade de aplicação das Portarias AGU n. 487 e AGU n. 488*;
- *Orientar, quando for o caso, a continuidade da discussão judicial da tese até o esgotamento das instâncias ou para arguir superação ou distinção apesar da existência de pronunciamento vinculante*;
- *Propor orientações formais direcionada aos órgãos da Administração sobre os pronunciamentos vinculantes*, com a finalidade de prevenir litigiosidade e promover isonomia, segurança jurídica e eficiência.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3, 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *O precedente qualificado no Processo Civil Brasileiro: formação, eficácia vinculante e impactos procedimentais*, in *Sistemi processuali a confronto: il nuovo Codice di Procedura Civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento. Publicações da Escola da AGU*. Brasília: Fórum, 2016.

_____. A jurisprudência uniformizada como estratégia para a aceleração do procedimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

_____. Função nomofilática dos tribunais superiores no Brasil e na Itália e a necessidade de respeito aos seus precedentes. In: *Curso de Introdução ao Direito Europeu, Publicações da Escola da AGU*, n. 21, v. 2, Brasília. 2012.

_____. Conceito, classificação e eficácia executiva da sentença no novo regime de execução de títulos executivos judiciais. In: SHIMURA, Sérgio; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). *Execução civil e cumprimento de sentença*. v. 2, São Paulo: Método, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

DELINEAMENTOS INICIAIS SOBRE OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NO CPC/2015

*INITIAL DEVELOPMENTS ON HONORARY IN THE
CPC/2015*

Felipe Camilo Dall'Alba

*Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela UFRGS. Professor
Universitário. Procurador Federal.*

Guilherme de Carvalho Sperotto
Acadêmico em Direito na UPF.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Honorários de Sucumbência; 1.1 Definição e Abrangência; 1.2 Sucumbência Total, Parcial, Mínima; 1.3 Sentença com Fundamento em Desistência, Renúncia ou Reconhecimento do Pedido e Transação; 1.4 Procedência da Demanda Por Fato ou Direito Superveniente; 1.5 Honorários Advocatícios e Justiça Gratuita; 2 Valor dos Honorários de Sucumbência; 2.1 Causas Não Envolvendo a Fazenda Pública; 2.2 Causas Envolvendo a Fazenda Pública; 2.3 Causas de Valor Inestimável ou de Irrisório Proveito Econômico; 2.4 Causas Relativas à Indenização Por

Ato Ilícito Contra Pessoa; 3 Inovações do Cpc 2015; 3.1 Vedação da Compensação de Honorários; 3.2 Honorários Recursais; 3.3 Honorários Para Advocacia Pública; 3.4 Cumulação dos Honorários com Outras Multas e Sanções; 3.5 Pagamento dos Honorários em Favor da Sociedade de Advogados; 4 Conclusão; Refêrendas.

RESUMO: O artigo trata dos honorários advocatícios no CPC. Os honorários são devidos pelo perdedor ao advogado vencedor da demanda. A fixação dos honorários de sucumbência é diferente se tem a presença da fazenda pública no feito. O CPC veda a compensação de honorários, fixa honorários recursais, estipula honorários para advocacia pública.

PALAVRAS-CHAVE: Honorários Advocatícios. Advogado Vencedor. Vedada Compensação.

ABSTRACT: The article deals with legal fees in the CPC. The fees are due by the loser to the attorney winning the lawsuit. The fixing of the fees of succumbency is different if it has the presence of the public farm in the done. The CPC prohibits compensation of fees, establishes recourse fees, stipulates fees for public advocacy.

KEYWORDS: Attorney's Fees. Winning Lawyer. Sealed Compensation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar os honorários de sucumbência no CPC de 2015. O CPC consignou expressamente que os honorários de sucumbência são do advogado, proibindo a compensação na hipótese de sucumbência parcial. Inovou, também, ao criar a figura dos honorários recursais, para inibir a interposição de recursos.

Outro assunto, que merecerá explicitação no estudo, serão os honorários fixados nas causas envolvendo a Fazenda Pública, já que houve uma mudança importante de rumo, pois, se no CPC revogado os honorários eram fixados pela equidade, no atual, há bases sólidas e fixas na sua estipulação.

Assim, na abordagem do tema, procurar-se-á unir teoria e prática por meio da jurisprudência, especialmente a do STJ.

1 HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

1.1 DEFINIÇÃO E ABRANGÊNCIA

Os honorários são uma retribuição pelo trabalho exercido pelo advogado. Três são as espécies dos honorários advocatícios: contratuais, por arbitramento e sucumbenciais. Estes visam remunerar o advogado pelo trabalho realizado em juízo. Não se confunde com os honorários contratuais, que são aqueles convencionados entre a parte e o advogado contratado para representá-la no processo.¹ Já os honorários fixados por arbitramento, segundo o art. 22, § 2º da Lei 8906/94, se dá quando na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

O princípio da sucumbência foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a vigência da Lei 4.632/65, que modificou o art. 64 do Código de Processo Civil de 1939. No Código de 1973, o preceito fundamental do ônus da sucumbência estava disciplinado no art. 20 do Código. Hodiernamente, tal princípio está elencado no art. 85 da novel codificação. Deve-se abrir um parêntese para parabenizar a redação do art. 85, pois está exaustivamente clara.

Segundo Dower, “o princípio da sucumbência é aquele que determina que o ônus advindo das despesas do processo e dos honorários do advogado

1 DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 136.

serão de responsabilidade daquele que sucumbir”.² Prossegue o mesmo autor: “se aquele que contratou um advogado sucumbe da ação, deve pagar as custas e as despesas processuais realizadas pelo adversário, bem como pagar os honorários advocatícios fixados pelo juiz na sentença e também os honorários de seu advogado”.³

Conforme Cahali, “a lei, no ápice de uma longa evolução histórica, acolhe a regra da sucumbência, entendendo, com isso, que o direito deve ser reintegrado inteiramente, como se a decisão fosse proferida no mesmo dia da demanda. Se as despesas tivessem de ser pagas pelo vencedor, a recomposição do direito reconhecido pela sentença seria, sem qualquer justificação, apenas parcial. A ideia de culpa se substitui, assim, a ideia do risco; quem litiga, o faz a seu risco, expondo-se, pelo só fato de sucumbir, ao pagamento das despesas”.⁴ Segundo Chiovenda o fato objetivo da derrota é que impõe o ressarcimento das despesas.⁵

Assim, o art. 85 do CPC atual estabelece que a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. Portanto, o dispositivo deixa claro que a fixação dos honorários não depende de culpa e, além disso, o titular dos honorários é o advogado, terminando com a discussão lançada no CPC/73. Com razão Eduardo Talamini, quando afirma que “a relevância da atividade advocatícia para o exercício da Jurisdição corresponde a necessidade de sua adequada remuneração”.⁶

O art. 85, § 1º, assinala, expressamente, que são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença provisório ou definitivo, na execução resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente. As verbas de sucumbência arbitradas em embargos à execução rejeitados ou julgados improcedentes e, em fase de cumprimento de sentença, serão acrescidas no valor do débito principal, para todos os efeitos legais (§ 13). Com efeito, o STJ já julgou que, “nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, os embargos à execução constituem ação autônoma e, por conseguinte, é possível a cumulação da condenação em honorários advocatícios arbitrados na ação de execução com aqueles arbitrados em embargos à execução, observado o limite percentual de 20% (art. 20, § 3º, do CPC) na soma das duas verbas. Entretanto, essa autonomia não é absoluta, pois o sucesso dos embargos do devedor importa

2 DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil*. 3. ed. v. 1, São Paulo: Nelpa – L. Dower Edições Jurídicas, 199. p. 151.

3 Ibidem, p. 150.

4 CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 50.

5 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Campinas, 2002. p. 242.

6 TALAMINI, Eduardo. Os fundamentos constitucionais dos honorários de sucumbência. A&C - *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n. 62, out./dez. 2015.

a desconstituição do título exequendo e, conseqüentemente, interfere na respectiva verba honorária. Logo, apesar de a condenação ao pagamento de honorários na execução não estar condicionada à oposição dos embargos, a sorte desses influencia no resultado daqueles, de modo que a fixação inicial dessa quantia tem caráter provisório”.⁷

Inclusive, o art. 85, § 17, estipula, como não poderia deixar de ser, que os honorários serão devidos, quando o advogado atuar em causa própria. Além disso, caso a decisão transitada em julgado seja omissa quanto ao direito aos honorários ou ao seu valor, é cabível ação autônoma para sua definição e cobrança (art. 85, § 18).

Outrossim, há de se fazer distinção entre despesas processuais e honorários de advogado. Cahali “deixa claro que não se considera *despesas os honorários de advogado*”.⁸ Segundo Lopes, “apesar de sua natureza eminentemente processual, por estar inserido na técnica do processo como decorrência de sua instauração e ter por objetivo tutelar de modo integral o direito reconhecido em juízo, ele confere um direito subjetivo de crédito ao advogado perante a parte que deu causa ao processo”.⁹

A jurisprudência do STJ era no sentido de reconhecer a legitimidade da parte e do seu advogado, para cobrar a verba honorária devida em razão de sucumbência judicial.¹⁰ Com o novo CPC, tendo em vista a titularidade ter sido dada somente ao advogado, a ele cabe executar o valor dos honorários; certamente, se a verba honorária está sendo executada juntamente com o valor principal, é possível cobrar em litisconsórcio com a parte. Inclusive, se o advogado executar valor superior ao devido, em havendo impugnação, terá de pagar honorários de sucumbência, pois é o exequente.

Deve-se atentar, também, ao art. 99, § 5º, pois, se o recurso versar exclusivamente sobre valor de honorários de sucumbência, fixados em favor do advogado de beneficiário da justiça gratuita, estará sujeito a preparo, salvo se o próprio advogado demonstrar que tem direito à gratuidade. O dispositivo, como se vê, parte do pressuposto de que o advogado é o titular da verba; portanto, a justiça gratuita concedida ao cliente não se transfere ao procurador. Com efeito, caso o advogado não pague o preparo, o recurso não será conhecido.

7 AgRg no REsp 1559922/RS, Rel. ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015.

8 CAHALI, Yusef Said. *Honorários advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 393.

9 LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10. (Coleção Theotônio Negrão).

10 AgInt no AREsp 1045799/RS, Rel. ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/6/2017.

1.2 SUCUMBÊNCIA TOTAL, PARCIAL, MÍNIMA

Pelo princípio da sucumbência, também conhecido como princípio do sucumbimento e princípio da mera sucumbência, entende-se, nos dizeres de Portanova, “quem vai a juízo desassistido de direito (vencido em sentido amplo), responde tanto pelas custas processuais quanto pelos honorários advocatícios daquele que foi merecedor da tutela (vencedor em sentido amplo)”.¹¹ Para Dower, “sucumbir significa perder a demanda, ser derrotado em litígio, na lide que pende ou que flui em juízo”.¹² Dessa forma, de acordo com o princípio da sucumbência, cabe ao vencido na ação o ônus advindo das despesas processuais e dos honorários advocatícios.

O Código de Processo Civil de 1973 adotava o princípio da sucumbência, em seu art. 20, pelo qual “a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios”. No Novo CPC, tal princípio encontra-se no art. 85 que disciplina: “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.”

A sucumbência parcial, por sua vez, ocorre quando o pedido formulado pela parte autora não foi acolhido completamente ou quando, na situação de cumulação de pedidos, um dos pedidos não for acolhido. O *caput* do art. 86 do CPC estabelece que “se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas”. Nesses casos, o total dos gastos do processo é rateado entre as partes, na proporção em que se sucumbiram. Ovídio Baptista da Silva nos dá alguns exemplos da distribuição das verbas de sucumbência, nos casos de parcial procedência: “O autor pedira 100, vindo a sentença a atribuir-lhe apenas 80. Decaíra, portanto, de vinte por cento do pedido. Atribuir-se-ão ao autor honorários e despesas correspondentes a 80, e ao réu o valor relativo aos 20 não obtidos pelo autor. O autor pedira restituição do imóvel e indenização. O pedido de indenização não foi acolhido pela sentença. Quantifica-se o valor da indenização, para estabelecer sua proporção relativamente à pretensão principal atendida pela sentença. A diferença quantitativa entre ambos os pedidos dará o critério para proporcionalizar os encargos da sucumbência. O autor pedira a rescisão do contrato, mais a respectiva multa contratual. Decaíra do último pedido, concedendo-lhe a sentença apenas a rescisão do contrato, não a multa. Ao autor são atribuídos os honorários e as despesas, deduzido o valor da multa.”¹³

11 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 254.

12 Ibidem, p. 151.

13 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 130.

O art. 86, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, dispõe a respeito do litigante que sucumbe em parte mínima do pedido, situação na qual o magistrado desprezará a sucumbência recíproca e atribuirá ao outro, por inteiro, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários. É a chamada sucumbência mínima. Já decidiu o STJ que, havendo a rejeição do pedido principal e o acolhimento de outro subsidiário, estará configurada a mútua sucumbência, podendo ainda o juiz, no caso concreto e com respaldo na equidade, atribuir os ônus de sucumbência integralmente ao réu, quando reconhecer a sucumbência mínima do autor, naqueles casos em que há parcial equivalência entre os pedidos principal e subsidiário.¹⁴ Observe-se que o juiz não tem discricionariedade para entender como mínima a sucumbência, devendo, portanto, fundamentar tal situação, já que terá impacto severo na verba honorária.

1.3 SENTENÇA COM FUNDAMENTO EM DESISTÊNCIA, RENÚNCIA OU RECONHECIMENTO DO PEDIDO E TRANSAÇÃO

O art. 90 estipula que, na sentença proferida com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu, ou seja, pela parte que deu causa. Mas, sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu (§ 1º).

No caso de transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente. Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver (§ 2º, § 3º). Inclusive, nas demandas com assistência jurídica, é adequado à parte abrir mão do benefício, para possibilitar a remuneração dos advogados, pois haverá mudança da situação econômica com o pagamento do débito.

Por fim, se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade (§ 4º). É importante tal dispositivo, pois incentiva a resolução pacífica e rápida do litígio.

1.4 PROCEDÊNCIA DA DEMANDA POR FATO OU DIREITO SUPERVENIENTE

Nos casos em que, no decorrer do processo, ocorre fato superveniente, que determina a vitória de quem iria perder a demanda, deve-se dar

¹⁴ EREsp 616.918-MG, Rel. min. Castro Meira, julgado em 2/8/2010.

um tratamento especial. Lembre-se de uma demanda proposta por um segurado da previdência social, que busca uma aposentadoria por tempo de serviço; ao propor a demanda, não havia completado o tempo, o que ocorreu no decorrer do processo. Nesse caso, o entendimento é de que o tempo de serviço, decorrido ao longo do processo, pode ser levado em conta na sentença. Porém, ao distribuir a verba honorária, o autor deve ser condenado, pois ele deu causa a uma demanda que, não fosse o fato superveniente, seria julgada improcedente. Lembra Ovídio Baptista da Silva que deve-se condenar, por exceção, o ganhador da demanda, que seria o perdedor, se o ato ou direito superveniente não tivessem ocorrido, pois, nesse caso, foi o ganhador que deu causa à demanda.¹⁵

Em importante voto, o ministro Cesar Peluso, quando desembargador do TJSP, julgou que, “ocorrendo fato superveniente (*ius superveniens*), que, não imputável a nenhuma das partes, leve à extinção do processo por falta de objeto, responde pelo ônus do sucumbimento à parte que sucumbiria se, prosseguindo a causa, não sobreviesse o fato extintivo”. Observa o ministro, ao longo do voto, que “ora, em tal hipótese, o que decide a distribuição dos ônus do sucumbimento é a regra da causalidade, cujo alcance está nisto: pelas despesas de processo extinto por fato superveniente, não imputável a nenhuma das partes, responde aquela que, sem razão jurídica, levou a outra, que tinha razão jurídica originária, a recorrer à jurisdição. Noutras palavras, enquanto responsável pelos gastos do processo, sucumbente é a parte que sucumbiria se, prosseguindo a causa, não houvera sobrevindo o fato extintivo. “*In questi casi si dice cessata la materia del contendere: una dichiarazione di diritto non è più possibile, ma il processo continua ai fini del regolamento delle spese. E a questo si provvederà ricostruendo la soccombenza che si sarebbe avuta se il diritto non fosse venuto meno*” (CHIOVENDA. *La condanna nelle Spese Giudiziali*. 2. ed. Roma: Soc. Ed. del Foro Italiano, 1935, p. 267, n. 269-bis.). Vem, aliás, de Chiovenda a formulação do princípio básico de que não pode o processo reverter em dano de quem tinha razão para o instaurar.¹⁶

Assim, ao fim e ao cabo, responde pelas verbas da sucumbência aquele que deu causa à instauração do processo (art. 85, § 10).

1.5 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E JUSTIÇA GRATUITA

Conforme o art. 98, § 3º do CPC, vencido o beneficiário da justiça gratuita, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição

15 BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 123.

16 TJSP – Ap 205.963-1/2 – 2.ª Câmara – j. 8/2/1994.

suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações ao beneficiário.

Assim, o beneficiário da justiça gratuita será condenado na verba da sucumbência; porém, a condenação fica sob condição suspensiva. Enfim, a condenação existe, mas o valor não pode ser exigido.

Contudo, até cinco anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão, o credor pode demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos e cobrar as verbas. Assim, por exemplo, se o crédito a ser recebido na ação principal for em valor elevado, deixa de existir a situação de insuficiência de recursos. Sobre esse assunto, a CLT, no art. 791-A, § 4º, estipula que, vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade. Tal dispositivo deve ser aplicado em todos os tipos de processos, pois não faz sentido isentar o pagamento de honorários de dez mil reais, se a parte tem um crédito de duzentos mil reais para receber.

Advoga-se a ideia, no presente texto, de que a justiça gratuita deve ser o máximo possível restringida, para incentivar a parte a buscar meio alternativo de resolução dos litígios, como arbitragem, mediação e conciliação. Observe-se que o art. 3º do CPC coloca a arbitragem, a mediação e a conciliação como meios jurisdicionais de resolução dos conflitos, para corrigir a rota hoje presente da litigiosidade total.

2 VALOR DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA

Desde já, é importante dizer que sempre constituiu matéria controvertida em doutrina a definição do correto critério, que deve ser adotado pelo legislador, para o arbitramento dos honorários.¹⁷ Com o advento da Lei 8.906/1994, quando os honorários passaram, notadamente, a representar a justa remuneração pela atividade do advogado, aumentou o ensejo pelo fim do aviltamento, na fixação arbitrária dos honorários resultante da discricionariedade conferida pelo ordenamento ao magistrado.

O CPC revogado diferenciava os valores dos honorários, de acordo com a causa. O critério equidade era usado nas demandas envolvendo a fazenda pública, nas de valor inestimável ou de valor irrisório. Nas outras causas, conforme estipulava o § 3º do art. 20, do antigo Código de Processo

17 CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 402.

Civil de 1973, os honorários seriam fixados em um mínimo de 10% e em um máximo de 20% sobre o valor da condenação, atendidos os critérios previstos nas alíneas *a*, *b* e *c* do mesmo artigo.

O novel CPC, zeloso pelos honorários, conforme será constatado, mudou o panorama dos honorários. Basicamente o CPC continua a diferenciar os honorários entre as causas envolvendo a Fazenda Pública e as demais, porém com bases mais sólidas.

Inclusive, o art. 85, § 16, estipula que, quando os honorários forem fixados em quantia certa, os juros moratórios incidirão, a partir da data do trânsito em julgado da decisão. Concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários (art. 87). A sentença deverá distribuir entre os litisconsortes, de forma expressa, a responsabilidade proporcional pelo pagamento das verbas previstas no *caput* (§ 1º). Se a distribuição não for feita, os vencidos responderão solidariamente pelas despesas e pelos honorários (§ 2º).

2.1 CAUSAS NÃO ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

No CPC atual, o art. 85, § 2º, estipula que os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% 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. O percentual varia conforme o grau de zelo do profissional; o lugar de prestação do serviço; a natureza e a importância da causa; o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Observe-se que, ao contrário do CPC revogado, o atual fixou três bases de cálculo sobre as quais incide o percentual de 10% a 20%. O STJ já decidiu ser importante e relevante a distinção entre as situações para a escolha da correta base de cálculo. Na situação julgada, os pedidos formulados na inicial buscavam anular deliberação tomada, em assembleia geral ordinária, de companhia telefônica quanto à forma lá estabelecida de apuração de dividendos de ações preferenciais, bem como seus reflexos nas demonstrações financeiras. Em consequência disso, também se almejava a condenação da companhia a realizar a correta distribuição daqueles dividendos, segundo o que fosse apurado em liquidação. Por sua vez, a sentença acolheu os pedidos, pois declarou nula a forma de apuração daqueles dividendos e condenou a companhia a pagar a diferença a eles relativa, conforme pleiteado. Dessarte, vê-se que esse *decisum* tem cunho predominantemente condenatório, apesar da dependência de realização de sua liquidação. Assim, é incorreta a fixação dos honorários advocatícios mediante arbitramento com lastro na equidade, cabível

somente nas exceções constantes do art. 20, § 4º, do CPC, mesmo que para tal se considere o alto valor atribuído à causa (mais de R\$ 30 milhões). Há que disciplinar a fixação desses honorários pelo disposto no § 3º daquele mesmo artigo e fixar o percentual de 10% sobre o valor da condenação, ao considerar-se não ter grande complexidade a causa, a prestação do serviço advocatício na própria cidade em que o causídico mantém seu escritório, afora o valor econômico envolvido na demanda e a forma zelosa e diligente de atuação do advogado, que acompanha a causa desde 1997.¹⁸

Em primeiro lugar, quando a demanda for condenatória a base de cálculo será o valor da condenação. Tratando-se de sentença condenatória, os limites rígidos da lei colocam a salvo de qualquer arbítrio judicial tanto o vencedor como o vencido, em paridade de tratamento jurídico: assim como, embora expressiva a condenação, não se permite ao juiz o arbitramento equitativo da honorária em percentual inferior a 10% da condenação, em razão da simplicidade da causa e do menos expressivo trabalho profissional exigido; assim também, pela falta de provisão legal para a excepcionalidade da hipótese, não se permite ao juiz fixar os honorários advocatícios da sucumbência em valor superior a 20% da condenação.¹⁹

Em segundo lugar, quando a demanda não for condenatória, a base de cálculo será o proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurar o proveito, sobre o valor da causa. Assim, nas demandas que não tenham cunho econômico, como, por exemplo, ação de guarda, a base de cálculo será o valor da causa.

O percentual é fixado conforme os critérios previstos no § 2º, do art. 85. Na prática, geralmente o juiz fixa os honorários no percentual mínimo, ou seja, em 10%. Os critérios são abertos, devendo o juiz fundamentar a decisão, ao escolher cada um.

O primeiro critério a orientar a fixação dos honorários é o zelo profissional, que significa que o advogado cumpriu os prazos, estudou o caso, foi nas audiências e não, como lembra Hernane Fidelis dos Santos, que o advogado é famoso.²⁰ O segundo critério é o local de prestação do serviço, ou seja, se houve necessidade de realizar muitas viagens, por exemplo. O terceiro critério envolve a natureza e a importância da causa, ou seja, se a causa é de matéria repetida ou se é matéria de fato, como tese nova, valor da causa elevado. Já o quarto critério diz respeito ao trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, isto é, se teve necessidade de apresentar muitos recursos, se o processo foi demorado.

18 REsp 1.019.178-DF, Rel. min. Nancy Andrighi, julgado em 3/2/2011.

19 CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 478.

20 SANTOS, Hernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006. p. 119.

Conforme decidiu o STJ, o valor da causa constitui fator a ser examinado, ao se fixar a verba honorária, pois inegavelmente reflete-se na importância do processo e qualifica o trabalho realizado pelo advogado. É possível observar, dos fatos envolvidos no processo supracitado, que: (i) a responsabilidade do advogado era elevada, tendo em vista a importância do processo e a possibilidade de dano à parte por ele representada; (ii) entre o ajuizamento da ação e a prolação da sentença de extinção do processo, transcorreram mais de 1 ano e 2 meses; (iii); o processo foi julgado antecipadamente; (iv) não houve a discussão de intrincadas teses jurídicas. Observadas essas circunstâncias, verifica-se que devem ter relevo os fatores de grau de zelo e diligência profissional, a natureza e importância da causa, e também deve ser sopesado o fato de que a duração do processo não foi exagerada e de que a demanda não exigiu grande e complexo trabalho do causídico, pois nem mesmo se adentrou no exame do mérito do questionamento suscitado na inicial.²¹

O STJ também coloca limites para o exame do recurso especial em matéria de honorários, “de fato, no tocante aos honorários advocatícios, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de não ser possível, por meio de recurso especial, rever os critérios de justiça e de razoabilidade utilizados pelas instâncias ordinárias para fixação da verba advocatícia, salvo nas hipóteses em que os valores mostrarem-se manifestamente ínfimos ou exorbitantes”.²²

Por fim, o art. 85, § 6º, espantou qualquer dúvida, pois foi claro ao determinar a aplicação dos limites e critérios para a fixação dos honorários em qualquer conteúdo da decisão, inclusive nos casos de improcedência ou de sentença sem resolução de mérito.

2.2 CAUSAS ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA

No que tange às causas envolvendo a Fazenda Pública, o art. 85 deu tratamento especial. Assim, pelo novo CPC, nas questões em que a Fazenda Pública for parte, adotar-se-á o magistrado, para o fisco e para o contribuinte, idênticos critérios na fixação da sucumbência²³. O § 3º do referido artigo estipulou que, nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os *critérios* estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais: I – mínimo de dez e máximo de vinte por

21 REsp 1638456/PR, Rel. ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 05/05/2017.

22 AgInt no AREsp 843.833/RS, Rel. ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 02/08/2017.

23 MARTINS, Ives Gandra da Silva. Honorários de Sucumbência. *Revista CEJ*, v. 19, p. 46-50, n. 67, set./dez. 2015.

cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos; II – mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários-mínimos até 2.000 (dois mil) salários-mínimos; III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários-mínimos até 20.000 (vinte mil) salários-mínimos; IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários-mínimos até 100.000 (cem mil) salários-mínimos; V – mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários-mínimos. É importante referir que será considerado o salário-mínimo vigente quando prolatada sentença líquida ou o que estiver em vigor na data da decisão de liquidação.

Conforme se verifica, na medida que aumenta o valor da condenação diminui o valor dos honorários. Em relação à fixação de honorários contra a Fazenda Pública, o novo Código de Processo Civil estabelece critérios objetivos para a fixação da verba honorária, ao definir um escalonamento para a determinação dos honorários sucumbenciais. Conforme o § 3º, do art. 85 do NCPC, é definido um percentual de aplicação inversamente proporcional ao valor da condenação ou do proveito econômico obtido na sentença.

Além disso, previu o art. 85, § 4º, que os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença. Mas, não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado.

De qualquer forma, não havendo condenação principal ou não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, a condenação em honorários dar-se-á sobre o valor atualizado da causa.

Deixou registrado o art. 85, § 5º, que, conforme o caso, a condenação contra a Fazenda Pública, o benefício econômico obtido pelo vencedor ou o valor da causa for superior ao valor previsto no inciso I do § 3º, a fixação do percentual de honorários deve observar a faixa inicial e, naquilo que a exceder, a faixa subsequente, e assim sucessivamente. Medina exemplifica que, em “casos fixados em 20% do valor da condenação para a primeira faixa, na segunda deverá ser considerado também o percentual máximo (que, nesta segunda faixa, é de 10%), e assim por diante. Caso, diversamente, fixados em 10% do valor da condenação para a primeira faixa, na segunda será considerado também o limite mínimo (de 8%).”²⁴

Porém, o art. 85, § 7º, como não poderia deixar de ser, afirma que não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública,

²⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 268.

que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada. Essa regra é importante, pois o ente público só pode efetuar o pagamento do débito por precatório. Assim, seja quando o ente público apresenta o cálculo (execução invertida) e a parte concorda com a conta e formula a execução, seja quando a própria parte apresenta a conta, se não houver impugnação, o precatório é expedido naturalmente. No caso de impugnação, o precatório da parte controvertida só é expedido depois do julgamento da impugnação, e aí sim deve ser fixada a verba da sucumbência. O Código, com isso, segue o entendimento do STJ, no sentido de que “não é cabível a fixação de honorários advocatícios em Execução contra a Fazenda Pública não embargada, quando a parte dá início ao processo executivo antes de possibilitar o cumprimento espontâneo da obrigação pela Fazenda Pública”.²⁵

2.3 CAUSAS DE VALOR INESTIMÁVEL OU DE IRRISÓRIO PROVEITO ECONÔMICO

O art. 85, § 8º, consignou que, nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa.

O novo Código de Processo Civil de 2015 manteve a mesma faixa entre o mínimo de 10 e o máximo de 20% na fixação dos honorários de sucumbência. A questão da apreciação equitativa do juiz permanece, no entanto, “nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou ainda, quando o valor da causa for muito baixo”. Nestes casos, segundo Portanova, os honorários “são fixados exclusiva e motivadamente pelo juiz”, atendendo às circunstâncias legais dos incisos do § 2º, do art. 85 do NCPC. “Nunca se pode esquecer que a verba honorária jamais poderá ser irrisória ou demasiadamente excessiva. O juiz deve agir com moderação e tempero ao atender à qualidade e à quantidade do trabalho, bem como o proveito da parte, a fim de não onerar o vencido em demasia nem apequenar o trabalho do advogado”.²⁶

Então, o juiz não pode fixar o honorários num valor muito baixo, por exemplo, o STJ já considerou R\$ 300,00 como valor irrisório, elevando os honorários para R\$ 2.000,00.²⁷

25 AgInt no REsp 1397901/SC, Rel. ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 03/08/2017.

26 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 259.

27 AgInt no AREsp 289.367/RS, Rel. ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 23/05/2017.

2.4 CAUSAS RELATIVAS À INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO CONTRA PESSOA

A atual codificação repetiu o CPC de 1973 para dizer que, na ação de indenização por ato ilícito contra pessoa, o percentual de honorários incidirá sobre a soma das prestações vencidas acrescidas de 12 (doze) prestações vincendas (art. 85, § 9º). Felipe Cunha de Almeida explicita que na responsabilidade civil extracontratual, “percebe-se limitação, portanto, à soma de doze prestações”.²⁸

3 INOVAÇÕES DO CPC 2015

O CPC atual consolidou alguns temas relacionados aos honorários de sucumbência, ao tratar de matérias que há muito eram defendidas pelos advogados. A respeito disso, haverá dedicação nos próximos tópicos, lembrando que, nos itens anteriores, já foram abordados temas novos não presentes no CPC revogado.

3.1 VEDAÇÃO DA COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS

Já grassou discussão nos tribunais brasileiros sobre a possibilidade ou não da compensação de honorários (STJ, súmula 306). O CPC, portanto, deixou expressa a impossibilidade de compensação de honorários, nos casos de sucumbência recíproca. Tal demanda era antiga da classe dos advogados. Como os honorários são verba privada e autônoma, tal disposição é justa e correta. Assim, dispõe o art. 85, § 14: “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial”.

Na prática tal dispositivo tem grande repercussão, pois se cada uma das partes fora sucumbente em 50% no regime anterior, o advogado não teria direito aos honorários. No regime atual, os dois advogados têm direito de executar, em nome próprio, suas parcelas correspondentes.

3.2 HONORÁRIOS RECURSAIS

O art. 85, § 11, estipula que o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal o cômputo geral da fixação de honorários

²⁸ ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Honorários advocatícios contratuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 39.

devidos ao advogado do vencedor, se ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Como se vê, o presente dispositivo autoriza o tribunal tão somente a mudar o percentual da verba honorária, não sua base de cálculo. Por exemplo, nas ações previdenciárias, o valor dos honorários é calculado pela somatório das parcelas vencidas até a sentença.

Em caso de recurso, o tribunal pode mudar o percentual de 10% para 15%, porém não pode, sem o recurso do autor, estabelecer outra base de cálculo, pois seria reforma para pior.

Como doutrinam Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha, “os honorários de sucumbência recursal consistem num efeito da interposição do recurso. O ato de recorrer contém a causalidade que acarreta a majoração dos honorários, quando o recurso for inadmitido ou rejeitado”.²⁹ Como se observa, para inibir o recurso, o legislador previu que, na medida em que a parte for recorrendo e perdendo o recurso, o percentual vai aumentando. Por exemplo, se no primeiro grau foram fixados os honorários em 10% sobre o valor da condenação, o segundo grau pode elevar para 15%, e o STJ pode elevar para 20%. Contudo, devem ser respeitados, como teto percentual, os limites estabelecidos para a fase de conhecimento; não podem, por exemplo, ser fixados honorários em 30%, assim como, se o juiz de primeiro grau já fixou o percentual em 20%, as demais instâncias não podem aumentá-lo. Então, decidiu o TRF da Quarta Região que o CPC/2015, além dos honorários a serem fixados na sentença em favor do advogado da parte vencedora, estabelece a fixação de novos honorários, em caso de interposição de recurso. Assim, cabe ao Tribunal fixar honorários em favor do advogado da parte considerada vencedora na análise recursal, nos termos do citado art. 85. Na espécie, uma vez tratando-se de recurso da parte vencida da demanda e não sendo acolhido o recurso, deve o apelante arcar com os honorários recursais.³⁰

Outrossim, a condenação em honorários recursais só deve ocorrer, quando o recurso for totalmente improvido. No caso de parcial provimento, não cabe a fixação, pois o postulante tinha razão em recorrer.

Ainda: o Enunciado Administrativo n. 7 do STJ estabeleceu que somente nos recursos interpostos contra decisão publicada, a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do CPC de 2015.

29 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3, Salvador: JusPodivm, 2016. p. 158. v. 3.

30 TRF4, APELREEX 0014312-46.2016.404.9999, Rel. ministra SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, SEXTA TURMA, D.E. 11/7/2017.

Outrossim, o STJ entende que “não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição” (art. 85, § 11, do CPC/2015) (Enunciado 16 da Enfam).³¹ Consoante jurisprudência do STJ, não enseja arbitramento de honorários recursais de sucumbência, quando se tratar de recurso oriundo de provimento interlocutório, sem a prévia fixação de verba honorária.³²

Além disso, como decidiu o TRF da Quarta Região, são incabíveis honorários recursais, pois o processo foi remetido a essa instância por força de remessa oficial. Assim, inexistindo trabalho adicional em grau recursal por nenhuma das partes, não há que se falar em majoração dos honorários fixados anteriormente.³³

Mas, um dos problemas na fixação dos honorários recursais está na falta de critério. Numa rápida pesquisa da jurisprudência, é fácil perceber que, no TRF da quarta região, há turmas que aumentam os honorários em 1%,³⁴ outras em 2%,³⁵ outras ainda em 5%.³⁶ Deve-se criar parâmetros, sem discrepâncias, para dar previsibilidade à atividade recursal dos advogados.

Além disso, outro importante entendimento foi firmado pelo TRF da quarta região, ao julgar que “a fixação dos honorários recursais de que trata o § 11, do art. 85 do CPC, visa não só remunerar o trabalho do advogado em grau recursal, mas principalmente desestimular a interposição de recursos, tendo em vista a majoração da verba honorária, no caso de desprovimento. Em face dessa característica de desestímulo à interposição de recursos, a ausência de contrarrazões não impede a fixação dos honorários recursais. Não é necessário pedido expresso nas contrarrazões para a majoração dos honorários em sede de recurso. O trabalho é o gênero, a contraminuta é a espécie. O trabalho do advogado se desenvolve do início ao fim do processo, de modo que, mesmo quando acompanha o desfêcho da fase recursal, exerce seu trabalho. Apresentando ou não contrarrazões, estará, até o final da demanda, no exercício do mandato, e tem direito aos honorários recursais pelo trabalho adicional”.³⁷

31 Edcl no AgInt no AREsp 1039879/SP, Rel. ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 23/6/2017.

32 REsp 1663365/RS, Rel. ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 2/5/2017, DJe 10/5/2017.

33 TRF4 5017309-49.2014.404.7100, Rel. ministra MARGA INGE BARTH TESSLER, TERCEIRA TURMA, juntado aos autos em 6/7/2017.

34 Processo número: 5030502-63.2016.404.7100.

35 Processo número: 5061287-42.2015.404.7100.

36 Processo número: 0003146-80.2017.404.9999.

37 TRF4, EDAG 5001544-90.2017.404.0000, PRIMEIRA TURMA, Relator JORGE ANTONIO MAURIQUE, juntado aos autos em 25/05/2017.

Observe-se, então, que os honorários recursais foram uma das importantes inovações do CPC/2015, pois inibem, na prática, a interposição de recursos, notadamente, em se tratando de parte não beneficiária de assistência judiciária gratuita.

3.3 HONORÁRIOS PARA ADVOCACIA PÚBLICA

Outra novidade muito importante consta no art. 85, § 19, no sentido de que são devidos honorários advocatícios aos advogados públicos. Observe-se que o CPC deixou expresso que, assim como os advogados privados, os advogados públicos também são titulares da verba honorária. Os advogados públicos são os responsáveis por defender e promover os interesses públicos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

Cada advocacia pública dos diversos entes da federação devem fazer suas leis, para regular a forma de distribuição dos honorários. O direito já está assegurado no dispositivo. Assim, após a vigência do CPC, o ente público não é mais titular da verba honorária. Se algum ente da federação não enviou a lei para regulamentar o dispositivo, a advocacia pública deve acautelar os honorários num fundo, para distribuição posterior.

Conforme notícia constante no sítio da Advocacia-Geral da União: “A parte vitoriosa de ação contra a União não pode abater o valor que deve pagar em honorários advocatícios do montante que receberá do ente público na execução da sentença. Foi o que a Advocacia-Geral da União (AGU) demonstrou no âmbito de embargos de declaração apresentado para questionar decisão judicial que havia a compensação da quantia. Nos embargos, a Procuradoria-Regional da União na 1ª Região (unidade da AGU que atuou no caso) explicou que tal compensação somente seria possível se duas pessoas fossem ao mesmo tempo credoras e devedoras uma da outra – o que não é o caso, uma vez que os honorários pertencem aos advogados e não às partes, conforme o Código de Processo Civil (artigo 85, § 14) e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 23). Os argumentos foram acolhidos pela Justiça Federal de Brasília, que lembrou, ainda, que a compensação pleiteada não é possível porque a Lei nº 13.327/16 estabeleceu que o pagamento de honorários deve ser destinado aos advogados públicos, e não ao ente público.”³⁸

38 Processo nº 0010950-68.2012.4.01.3400 – 13ª Vara Federal de Brasília. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/587203>.

Outrossim, não se pode confundir a remuneração dos advogados públicos por meio de subsídio com o pagamento dos honorários. Alerta Rafael de Paiva, que “os advogados públicos têm direito à retribuição pecuniária paga sob a forma de subsídio, consoante previsão no art. 135 e no inciso XI do artigo 37 da Constituição da República. Pelo exercício do cargo, o advogado público é remunerado por subsídio pago pelo ente público, *independentemente de êxito judicial ou mesmo de um processo judicial*. Mas não se imagine que as atribuições da Advocacia Pública se limitam ao patrocínio jurídico das causas em que seja parte a Administração. Ou seja, o subsídio cumpre *certo papel equiparável* ao dos honorários contratuais, num paralelo com a relação entre advogado privado e seu cliente particular. Quem custeia os subsídios dos advogados públicos é o erário, daí sendo necessária a previsão legal específica para sua fixação e limitação. Esse gasto administrativo com o pagamento dos advogados públicos é qualificado como *despesa pública* e deve ser objeto de especial atenção orçamentária. Mas essa contraprestação serve ao desempenho de diversas atribuições dos procuradores públicos, não só as tarefas reservadas à advocacia, nem à atuação judicial”.³⁹ Assim, são plenamente e corretamente compatíveis os honorários de sucumbência com o subsídio, pois possuem naturezas distintas.

3.4 CUMULAÇÃO DOS HONORÁRIOS COM OUTRAS MULTAS E SANÇÕES

O fato de o tribunal fixar os honorários recursais não o impede de impor as outras multas previstas do CPC, inclusive aquelas por litigância de má-fé. Sobre isso, o art. 85, § 12, diz que os honorários referidos no § 11 são cumuláveis com multas e outras sanções processuais, inclusive as previstas no art. 77.

O STJ já decidiu que é cabível a fixação de honorários de sucumbência recursal e aplicação de multa.⁴⁰

3.5 PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS EM FAVOR DA SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Estipula o art. 85, § 15, que o advogado pode requerer que o pagamento dos honorários que lhe caibam seja efetuado em favor da sociedade de advogados que integra, na qualidade de sócio, aplicando-se

39 CANESIN, Rafael de Paiva. A natureza jurídica dos honorários sucumbenciais do advogado público. *Revista Brasileira de Advocacia Pública* – RBAP, n. 4, jan./jun. 2017.

40 AgInt no AREsp 995.786/RS, Rel. ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 11/04/2017.

à hipótese o disposto no § 14. Com efeito, tal pedido não afasta o caráter alimentar dos honorários advocatícios.⁴¹

4 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se dizer que o CPC deu um grande passo no reconhecimento da profissão dos advogados, pois, corretamente, outorgou aos procuradores a titularidade dos honorários, consolidando antiga discussão.

Por consequência, positivou o fim da compensação na sucumbência recíproca, consoante o disposto no estatuto da OAB, evidenciando sua natureza remuneratória e afastando a aplicabilidade da Súmula 306 do STJ.

Os honorários recursais é uma das boas novidades, porém, ainda não há um critério único nos tribunais, sobre a elevação do percentual. Tem julgados elevando em 2%, outros em 5%, outros ainda em 1%. Deve existir um parâmetro mínimo para que essa importante regra não seja deturpada.

Destaca-se, também, o emprego pelo CPC de uma base de cálculo fixa, na estipulação dos honorários nas causas envolvendo a Fazenda Pública. Foge-se, com isso, do aviltamento do CPC revogado, em que os honorários eram fixados pela equidade.

Assim, espera-se ter contribuído para o debate do CPC, ao abordar o tema dos honorários, que possui enorme relevância prática, e foi adequada e exaustivamente regulado pelo CPC, mas ainda possui diversas questões a serem preenchidas pela doutrina.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Honorários advocatícios contratuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CANESIN, Rafael de Paiva. A natureza jurídica dos honorários sucumbenciais do advogado público. *Revista Brasileira de Advocacia Pública – RBAP*, n. 4, jan./jun. 2017.

41 ALMEIDA, Felipe Cunha de. *Honorários advocatícios contratuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 40.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Campinas, 2002.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Nelpa – L. Dower Edições Jurídicas, 1999. v.1.

LOPES, Bruno Vasconcellos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. (Coleção Theotonio Negrão).

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Honorários de Sucumbência. *Revista CEJ*, v. 19, p. 46-50, n. 67, set./dez. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ONOFRIO, Fernando Jacques. *Manual de honorários advocatícios*. São Paulo: Saraiva, 1998.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SANTOS, Hernane Fidelis dos. *Manual de direito processual civil*. v. 1, São Paulo: Saraiva, 2006.

TALAMINI, Eduardo. Os fundamentos constitucionais dos honorários de sucumbência. *A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. n. 62, out./dez. 2015.

A AUTOCOMPOSIÇÃO E AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO O QUE MUDOU DEPOIS DA LEI DE MEDIAÇÃO ?

*THE SELF-COMPOSITION AND THE PUBLIC LEGAL ENTITIES:
WHAT HAS CHANGED AFTER MEDIATION LAW.*

Kaline Ferreira

Doutora pela Université Montesquieu Bordeaux IV, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Advogada da União.

SUMARIO: Introdução; 1 A Autonomia da Vontade, a Isonomia e a Confidencialidade – E quando é parte a pessoa jurídica de Direito Público?; 2 Distribuição de Competências – Criação das câmaras; 3 Consenso, Mediação e o Regime Próprio da Administração Pública; 4 A Mediação Envolvendo Entes Públicos e o Poder de Reforma das Políticas Públicas; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: A lei 13.140 de 2015 inclui a mediação envolvendo entes públicos. Os fundamentos adotados nessa lei para a mediação, são os mesmos, seja para a mediação entre particulares, seja para a mediação envolvendo um ente público. Entretanto, sendo os entes públicos desprovidos de autonomia da vontade, resta saber se o consenso pode ser estabelecido a partir das mesmas bases sugeridas para os particulares.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação. Entes Públicos. Vontade Administrativa. Consenso.

ABSTRACT: The law 13.140 de 2015 includes mediation public. The fundamentals adopted, this law for mediation, are the same, whether for mediation between individuals, either to mediation involving a public entity. However, as public bodies deprived of freedom of choice, the question is whether consensus can be established from the same bases suggested for individuals.

KEYWORDS: Mediation. Public Entity. Freedom of Choice . Consensus.

INTRODUÇÃO

A lei 13.140 de 2015 “colou” no seu texto um Capítulo II que trata da autocomposição de conflitos em que for parte entes públicos. A impressão mais clara que se tem, após a leitura do texto, é a de que a norma em tela não foi concebida para abranger os entes públicos, não foi pensada sob a ótica do direito público, mas apenas, depois de pronta a norma, para suprir uma lacuna considerada importante, agregou-se um capítulo que não se coaduna com o todo.

A consensualidade, quando envolve um ente público, que, por sua natureza, é desprovido de vontade autônoma, ela tem que ser relida e reestruturada. A Administração Pública sempre esteve muito mais do que autorizada a resolver, em âmbito interno, seus próprios conflitos, ela sempre teve o dever de gerir suas crises, uma vez que isso faz parte da sua típica e ordinária atividade de gestão. Diante dessa constatação, qual a importância de uma norma que estabelece aquilo que sempre foi um dever da Administração?

Ultrapassar dogmas e tabus!

Isso, que poderia ser entendido como o maior desafio dessa lei, nunca foi tarefa de uma norma. A previsão de titulares de uma competência preexistente e a forma de exercício dessa competência, isso sim é tarefa da norma, e, para nós, seria essa a forma mais eficaz de ultrapassar obstáculos opostos contra a autocomposição de conflitos envolvendo entes públicos. Essa missão não foi objeto da norma em comento.

1 A AUTONOMIA DA VONTADE, A ISONOMIA E A CONFIDENCIALIDADE – E QUANDO É PARTE A PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO?

As pessoas jurídicas de direito público incluídas no texto da Lei 13.140/15, que dispõe sobre *a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*, elas são regidas por um regime jurídico especial e peculiar, quando comparado com o regime jurídico deferido às pessoas físicas e jurídicas em geral.

A lógica do regime jurídico-administrativo brasileiro, ainda é pautada na supremacia do interesse público, o que reveste os entes públicos das chamadas prerrogativas, características que não são comuns aos entes privados, que ficam em posição de nítida inferioridade em relação ao ente público. Essa verticalidade nas relações de direito público é desejável pelo regime jurídico-administrativo, que justifica essa supremacia estatal pela titularidade e defesa dos interesses públicos pelo Estado.

Características como - visibilidade dos atos praticados por esses entes; patrocínio do acesso a informação; dever de tutelar seus próprios atos; busca pela eficiência dos meios escolhidos para a prática de suas atividades; dever de obedecer a uma norma de conduta moral; cumprimento das leis, dos princípios e da Constituição Federal como únicas fontes propulsoras da ação estatal; e, a obrigação de, no exercício desses atos, exteriorizar apenas a vontade administrativa despersonalizada – formam um conjunto de atributos próprios desses entes públicos, qualificativos que os tornam ímpares quando comparados com os particulares, e que impede a exata correlação entre a autocomposição praticada em âmbito privado, da mediação aplicada para conflitos envolvendo entes públicos.

Analisemos a lei 13.240/15 que no seu art. 2º elenca os balizamentos que deverão nortear o processo de mediação. Nesse rol a norma cita como elementos fundantes desse método consensual, a isonomia entre as partes, a autonomia da vontade das partes e a confidencialidade.

Essas premissas não são aplicáveis aos entes públicos.

Primeiro, criticamos a possibilidade de pessoas jurídicas de direito público, quando agem nessa qualidade, relacionarem-se com particulares sob a perspectiva da horizontalidade. Segundo, a autonomia da vontade das partes também é algo impossível e indesejável para o ente público. A intitulada vontade administrativa como força motriz dos atos administrativos não é da mesma natureza da vontade humana.

Essa vontade administrativa não poderia, sequer, ser denominada de vontade, posto que com essa não se assemelha. A vontade administrativa nunca poderá ser livre ou autônoma, nem subjetiva, tampouco fruto de um artifício mental, interno e psicológico. A vontade administrativa é institucional, objetiva, externa e deverá ser sempre *procedimentalizada* para que seja alcançada pelos mecanismos de controle. Se o particular é autônomo naquilo que lhe pertence e que não é proibido pelo direito, o ente público está vinculado ao direito, inclusive, nos primeiros atos de formação da sua vontade.

A hipótese de confidencialidade é outra hipótese inadequada quando o conflito envolve a Administração Pública. A Administração tem como um dos seus princípios constitucionalmente assegurados a publicidade. Se entre particulares a confidencialidade pode influenciar positivamente para que se chegue a um acordo entre as partes, nos conflitos envolvendo a Administração Pública a confidencialidade resultaria, na maior parte dos casos, em nulidade do ajuste (DAVI, 2013, p. 279).

Desta forma, entendemos que esse dispositivo, como disposição geral, não pode ser aplicado integralmente à autocomposição quando for parte pessoa jurídica de direito público. Com o advento da lei de

informação houve um alargamento da extensão do princípio da publicidade. A Administração Pública não somente garante a visibilidade dos seus atos e decisões, mas também deve garantir que a informação alcance a maioria dessas informações.

2 DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS – CRIAÇÃO DAS CÂMARAS

Ademais, a referida Lei cria uma faculdade para os entes públicos desenvolverem Câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos respectivos Órgãos da Advocacia Pública, onde houver.

Essa possibilidade, ressalte-se, sempre existiu. A título de ilustração, citamos a União, que já possui uma Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal criada pela Portaria AGU nº 118, de 1º de fevereiro de 2007, que regula a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal a ser mediada pela Advocacia-Geral da União.¹

A Lei de Mediação inovaria se criasse uma obrigação para os entes públicos e fixasse prazo para o seu cumprimento. A criação de estruturas próprias para mediar esses conflitos dentro da Administração é o elemento fundamental para que a mediação ocorra. É a partir da existência dessa estrutura que o cidadão se apropriará de algo que nunca deveria ter sido retirado dele, qual seja, a possibilidade de diálogo com o Poder Executivo.

O artigo 33 da lei dispõe que *“Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.”* O dispositivo não nos parece pertinente.

A inexistência da Câmara especializada em mediação não será suprida pela aplicação do procedimento previsto na seção III do capítulo da referida Lei. Em nossa opinião, a ausência do regulamento próprio para cada um dos entes, fixando o procedimento de mediação, poderá sim, obviamente, ser suprido pela aplicação do procedimento previsto na Lei Federal até que o regulamento seja aprovado. Todavia, a ausência da estrutura competente para aplicar a mediação é uma omissão que não encontra solução no dispositivo citado.

Outro ponto que merece análise refere-se ao art. 37 da lei, que faculta aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, a submissão de seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

¹ A Lei Complementar nº 73/1993 - Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, por seu turno, estabeleceu no art. 4º, incisos X e XI, que compete ao Advogado-Geral da União a fixação da interpretação da Constituição e outros atos normativos, que terão efeito vinculante para os demais órgãos da Administração Federal e a prevenção e solução de controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.

No próprio art. 32 está prevista a possibilidade de criação de câmaras em cada um desses entes federados. Diante disso, e, não havendo hierarquia entre eles, não entendemos por que somente aos Estados, Municípios e Distrito Federal é facultada a submissão de seus litígios a Advocacia-Geral da União. As procuradorias gerais dos estados ou dos municípios não seriam legítimas para também mediar conflitos envolvendo a União? A negativa a essa questão não encontra fundamento no nosso ordenamento jurídico.

3 CONSENSO, MEDIAÇÃO E O REGIME PRÓPRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Desenvolver um sistema de autocomposição de litígios com entes públicos requer uma adaptação das concepções adotadas pelo Direito Privado acerca da mediação e da conciliação.

A conciliação é tradicionalmente utilizada pelo Direito Privado e recentemente começou a despertar interesse no Direito Administrativo. Em razão das peculiaridades e extravagâncias do sistema jurídico-administrativo, esse encontro de vontades e interesses deverá ser objeto de adaptações.

Jean-François Brisson (1986, p. 792) define a conciliação como o apelo das partes a um terceiro, a fim de aproximarem seus pontos de vista e de saberem aproveitar essa aproximação para proporem uma solução de compromisso que serão livres para aceitar ou não.

De outra parte, a mediação, para o mesmo autor, é a intervenção de um mediador entre as partes e um litígio, não como conciliador para propor uma solução, mas para analisar a situação e sugerir a Administração, submetida à sua influência moral, uma solução viável para o caso. Essa definição coloca a mediação sob a ótica do Direito Administrativo.

Para o autor francês, numa relação de desigualdade jurídica, o consenso puro e simplesmente jamais será obtido. Portanto, necessário se torna o exercício de um poder de convencimento fortalecido pela credibilidade moral de um dos agentes.

Segundo o dicionário Larousse, a palavra «*mediação*» se origina do latim «*medius*», o que está ao meio; «*mediato*», como o inverso de imediato, aquilo que se faz indiretamente, a partir de um intermediário. Já o verbo «*conciliar*» vem do latim «*conciliare*», significando «*unir*».

Esse percurso etimológico é determinante para nos conduzir a algumas deduções importantes sob a definição de mediação e conciliação: a conciliação implica que as partes estejam reunidas, e, sozinhas, cheguem a um acordo de vontades; o conciliador não deve buscar uma solução, mas apenas deixar que a solução sobressaia da discussão.

O mediador, por sua vez, intervém quando as partes não têm esperança de encontrar uma solução e preferem se submeter a um terceiro para que ele, investido de uma autoridade moral, oriunda de conhecimento técnico e de idoneidade, emita um parecer sobre a questão, propondo uma solução para por fim à controvérsia.

A Lei 13.140/2015 parece destoar desse entendimento pois assim preceitua: [...] O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito. A busca pelo entendimento e a condução do procedimento indica uma postura mais proativa.

O sentido da mediação a ser adotado pelo Processo Civil Brasileiro revela uma diferença profunda comparado àquele anteriormente citado, e que é o modelo adotado na Europa. Imperioso, todavia, que seja feito um esclarecimento preliminar: as citações que trouxemos analisa a mediação sob a ótica do Direito Público, e, na Comunidade Europeia, a mediação está associada à magistratura de influência no que tange as soluções alternativas ao contencioso administrativo. O Mediador da República na França - atualmente substituído pelo Defensor de Direitos - e o Mediador Europeu, fazem prova dessa afinidade que acabamos de enunciar.

Essas duas autoridades administrativas – o Defensor de Direitos e o Mediador Europeu - desempenham uma função de influenciar numa solução. O Mediador Europeu tem o papel inicial de pôr um fim no litígio entre o cidadão e a administração-comunitária da forma mais rápida e serena possível. Em razão de sua autoridade moral, o Mediador consegue frequentemente conduzir as partes a uma solução amigável, ou seja, sem intervenção do juiz (MUNOZ, 1997, p. 41).

O traço consensual é comum a todos os modos de configuração dos litígios extrajudiciais. É a diferença de dimensão dessa característica consensual que vai impor as particularidades deles. A melhor forma de resolver os litígios é certamente uma maneira harmonizada de colocar fim a uma disputa sem a imposição de uma decisão por um terceiro, e, graças aos esforços das próprias partes em conflito. Em teoria, nenhuma hierarquia entre as partes deveria existir, nem nenhuma imposição de poder ou de vontade quando a forma de resolução é consensual.

Todavia, podemos concluir, que a presença do consenso existe, mas, não é decisiva para atingir o objetivo almejado. A incapacidade do consenso em conduzir o litígio pode derivar da participação da administração pública como parte. A vontade administrativa não é da mesma natureza que a vontade humana, ela é objetiva, externa e institucionalizada, enquanto que a vontade dos cidadãos é interna e pessoal. Assim, a construção do consenso que depende, nesses casos, de uma conciliação das vontades de

natureza diversas, enfrentará dificuldades anormais, não encontradas no Direito Privado (DELAUNAY, 1993, p. 177).

Os procedimentos constituem as formalidades necessárias para demonstrar a legitimidade da formação da vontade pública. Logo, a complexidade da natureza de uma vontade que não é humana exige técnicas que, para a sua formação, fogem ao senso comum.

Atingir um resultado mais satisfatório nestes procedimentos depende da adaptabilidade dessas técnicas às necessidades e às especialidades do contencioso administrativo. O consenso induzido representa uma tendência das formas alternativas de litígio aplicadas à realidade Administrativa.

A função mais ativa desempenhada pelo Mediador, pensado em termos institucionais e publicísticos, concede maior dinamismo a esses mecanismos, e os torna, ao mesmo tempo, mais eficazes que a conciliação.

Em revanche, esta posição mais indutiva para o encontro de uma solução pode suscitar alguma desconfiança por parte do Cidadão que, em geral, não tem uma boa imagem da Administração.

O equilíbrio entre a indução e a neutralidade é fundamental, até mesmo porque essa persuasão não poderia ultrapassar o sensível e tênue limite entre o convencer e o constranger. A parte tem que ser livre para aceitar ou não as propostas formuladas.

4 A MEDIAÇÃO ENVOLVENDO ENTES PÚBLICOS E O PODER DE REFORMA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Não podemos nos acomodar com a produção de efeitos casuísticos e em litígios individuais quando se trata de mediação envolvendo ente público. Quando a Administração é chamada para mediar um conflito envolvendo uma prestação do serviço público, por exemplo, não se pode imaginar que o problema será sanado naquele caso, desprezando-se a potencial fonte geradora de conflitos similares que abarrotarão a o órgão de mediação.

A Administração Pública tem que utilizar a mediação como um observatório eficaz para exercer reformas de políticas públicas. A obtenção de dados precisos, concretos e atualizados das diversas relações estabelecidas com o Estado, nas suas mais variadas facetas temáticas, é uma das maiores forças da mediação. A partir da abertura e do contato com o público, a Administração evitará o litígio na sua origem, praticando reformas e modificando procedimentos.

A mediação assumirá, desta forma, uma dupla função: a de intervenção nos conflitos e a de provocação de reformas.² A primeira

² WALINE, Jean. *Droit administratif*, 22^{ème} Ed. Paris: Dalloz.

de dimensão individual e concreta; e a segunda, de dimensão coletiva e difusa.

As recomendações efetuadas pelo mediador denunciam o problema e detalham o mais minuciosamente possível a solução, ou soluções que se mostram mais viáveis para o caso. Assim, a recomendação visa uma melhoria da atividade administrativa ou do serviço público, o que ultrapassa em muito os limites de um conflito entre o Cidadão e o Estado.

5 CONCLUSÃO

A Lei de mediação não foi concebida para a mediação envolvendo entes públicos. Diante de uma possível omissão, agregou-se uma parte dedicada a esse tipo de mediação, e assim, foi cometido o seu principal equívoco: considerar a mediação entre particulares possível de ser aplicada ao direito público, sem nenhum tipo de filtragem.

Os fundamentos adotados pela lei de mediação são todos focados na autonomia da vontade, na disponibilidade dos direitos, na proteção à intimidade e à privacidade. Até agora todas as formações de mediadores são voltadas para uma mediação entre particulares. A mediação voltada para entes públicos foi esquecida, desprezada, malgrado sejam os entes públicos os maiores litigantes do nosso país segundo dados colhidos no Conselho Nacional de Justiça.

Os entes públicos ainda resistem em estruturar suas câmaras de autocomposição, não por falta de vontade, mas sim por força de uma tradição arraigada na cultura jurídica, a advocacia pública ainda está centrada na ideia de conflito, de contenda e de beligerância.

Necessário se faz introduzir a autocomposição no contencioso administrativo como sendo a estruturação de uma nova política. Precisamos de novos profissionais, que podem ser os antigos, repaginados, capacitados para o diálogo e para o consenso.

A pacificação nos conflitos gerados no âmbito da atividade administrativa, precisa ser construída de forma autossustentável. Solucionar conflitos repetitivos ou em massa, por exemplo, certamente requererá uma reforma, que pode ser legislativa, processual, enfim, que pode apontar para a mudança de toda uma política pública. Agindo assim, na gênese do problema, a Administração estará efetivamente reduzindo o seu potencial de litigância.

Autocomposição e poder de reforma são elementos essenciais para que qualquer sistema novo de solução de litígios seja exitoso perante os entes públicos.

REFERÊNCIAS

BONAFÉ-SCHIMIDT, Jean Pierre. *La médiation: une justice douce*, Siros, Paris, p.182-184, 1992.

BRISSON, Jean-François. *Régler Autrement les litiges administratifs: Les recours Gracieux et Hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés ?* Revista de Direito Público, 1996. p.792-846

CAMBI, Eduardo. *Breves Comentários ao Novo Código de processo Civil*. Coordenação: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, [etc al], São Paulo: RT, 2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I, 8. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006.

CHENG, Anne. *Histoire de la pensée chinoise*. Points Essais, Le Seuil, 1997.

DABIN, Jean. *Os grandes filósofos do Direito. Teoria Geral do Direito*. Organização de Clarence Morris, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVI, Kaline Ferreira. Solução de Litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano VII, n. 16, p. 183, 2008.

_____. Magistratura de Influência: uma alternativa ao contencioso administrativo tradicional. *Revista Brasileira de Direito Público: RBDP*, Belo Horizonte, v. 12, n. 45, p. 123-135, abr./jun. 2014.

_____. Brasil e França na busca por alternativas para a resolução de litígio administrativo: Apontamentos de um estudo comparado. *Revista dos Tribunais*, n.914, 2011 n. 914. p. 21.

_____. Modos Alternativos de um Contencioso não Jurisdicional e o Papel a ser Desempenhado por uma Advocacia-Geral da União Cidadã. *Revista Vencedores do Concurso de Monografia da AGU 2009-2010*. Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, Ano IV, n. 15 (fev.2012). Brasília: EAGU.

DELAUNAY, Benedicte. *L'amélioration des Rapports entre l'Administration et les Administrés*. Bibliothèque de Droit Public, Paris, T. 72, LGDJ, p.

DELVOLVÉ, Pierre. *Les solutions Alternatives aux Litiges entre les autorités administratives et les personnes privées: conciliation, médiation et arbitrage*. Conférence Multilatérale, Lisbonne, le 31 mai- 2 juin 1999, Editions du Conseil de l'Europe. 2000, p. 17.

_____. *La Justice hors du Juge*. La Semaine Juridique, n° 27, julho, 1984, Juris-Classeur, Paris, p. 18

LELOUP, Jean-Marie. *Rapport de Conclusions d'entretien de Nanterre*. JCP, p.26, 1984.

MARDIERE, Christophe. *La transaction regard fiscal*. Dalloz, Paris, 2006.

PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RIBEIRO, Manoel. *A institucionalização democrática do poder*. 2. ed. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1983.

O AGRAVO DE INSTRUMENTO E A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO

APPEAL AND MERIT JUDGEMENT PRIMACY

Luiz Henrique Diniz Araujo

Mestre e Doutor em Direito pela UFPE. Pesquisador Visitante da Universidade de Berkeley, Califórnia. Pós-doutorado pela Universidade Paris I Panthéon-Sorbonne. Procurador Federal. Coordenador Nacional de Direito Processual Civil da Escola da AGU. Membro da ANNEP.

Sumário: Introdução; 1 A Primazia do Julgamento de Mérito; 2 A Primazia do Julgamento de Mérito e o Sistema Recursal; 3 Alterações no Regime do Agravo; 4 O Agravo de Instrumento e a Correção de Vícios – O Código de 1973; 5 O Agravo de Instrumento e a Correção de Vícios. Aplicação do Art. 932, Parágrafo Único, C/C Art. 1.017, § 3.º, do Código de 2015; 6 Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por finalidade analisar as repercussões do princípio da primazia do julgamento de mérito, expressamente enunciado no art. 4.º do Código de Processo Civil de 2015, ao regime do agravo de instrumento, de sorte a impedir que esse recurso seja inadmitido sem que o recorrente tenha oportunidade de sanar o vício ou os vícios apontados.

PALAVRAS-CHAVE: Primazia. Mérito. Agravo de instrumento.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the effects of the substantive adjudication primacy, expressly stated in art. 4 of the Code of Civil Procedure, to the regime of the appeals, in order to prevent that recourse is rejected without the merit analysis.

KEYWORDS: Primacy. Merit. Appeal.

INTRODUÇÃO

Embora já se tenha tornado um lugar-comum, não se pode deixar de repisar aqui que o Código de Processo Civil de 2015 foi impregnado em sua concepção (e deverá sê-lo em sua aplicação) de normas constitucionais (MONNERAT, 2015, p. 137) e do que se convencionou chamar de formalismo valorativo, a demonstrar que o processo não é mero instrumento, mas também garantia para a construção de normas jurídicas em casos concretos.

Essa concepção do processo conduziu, quase que por um fio natural, à revalorização e ao reforço das normas fundamentais do Processo Civil, algumas delas enunciadas já nos artigos de abertura do Código de 2015. Esses dispositivos não são, todavia, exaustivos, uma vez que há outras normas fundamentais de processo não enunciadas expressamente no Código (DIDIER JR., 2016, p. 65).

Entre tantas normas fundamentais do processo, como o princípio da cooperação, a regra da proibição da utilização de provas ilícitas, o princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório, o princípio da efetividade, entre diversas outras de matriz constitucional ou infraconstitucional, surge-nos de forma expressa, positivada no artigo 4.º do Código de 2015, o princípio da primazia da decisão de mérito.¹

Esse princípio representa uma verdadeira revolução no Direito Processual Civil brasileiro, informar que o processo conduza, sempre que possível, a uma decisão de mérito. Dessa forma, evita-se que questões formais impeçam que o processo chegue à finalidade a que se propõe, em última análise, pacificar conflitos.

Na seara recursal e em especial no regime do agravo de instrumento, esse princípio já começa a ser efetivado, nas primeiras decisões, em ordem a evitar as inadmissões ancoradas em meros vícios sanáveis, tão frustrantes para partes e operadores do Direito Processual Civil.

São exatamente essas primeiras aplicações e as discussões que as envolvem no regime do agravo de instrumento contra decisões de primeiro grau que serão analisadas no presente trabalho.

1 A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO

O princípio da primazia do julgamento de mérito é, com efeito, de importância vital para o Direito Processual Civil. Mesmo quando não positivado de forma tão evidente e ostensiva, habitava as mentes dos estudiosos e práticos da processualística, ao menos de uma forma difusa e

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

fugidia, a reproduzir, no plano infraconstitucional, o princípio da economia e eficiência processuais, insculpidos no art. 5.º, LXXVIII, da CF, com redação da EC 45/2004 (BUENO, 2015, p. 43).

De fato, em breves linhas, seu significado é de uma nobreza que se distingue, a coordenar toda a atividade processual, seja do juiz, seja das partes, para que a lide, a questão de fundo, seja resolvida e, além disso, efetivada, donde ser possível perceber claramente que informa, outrossim, a atividade executiva.

Pode-se dizer, sem receio de incorrer em imprecisão, que o Código de 2015 é em seu todo permeado por esse princípio, cujas raías extrapolam, em muito, os lindes do já citado art. 4.º.

Apenas para citar outras normas que confirmam e reafirmam o conteúdo do art. 4.º, muitas vezes oferecendo-lhe detalhamentos de elevada importância, podem ser trazidos o art. 6.º (princípio da cooperação)², o art. 282, § 2.º (não pronunciamento de nulidade)³, o art. 317 (oportunidade para correção de vício)⁴, art. 321 (oportunidade para emenda à petição inicial)⁵, entre tantos outros.

2 A PRIMAZIA DO JULGAMENTO DE MÉRITO E O SISTEMA RECURSAL

Em fase recursal, o princípio insculpido do artigo 4.º se aplica irrestritamente, agindo de sorte a impedir que o recurso seja inadmitido, o que inviabilizaria, por conseguinte, um pronunciamento de mérito em sede de segundo grau de jurisdição.

Além da eficácia do próprio artigo 4.º no sistema recursal, diversos são os dispositivos que, expressamente, o reafirmam e cuja aplicação especificam, como é o caso, por exemplo, do art. 485, § 7.º (juízo de retratação em apelações)⁶, art. 1.017, §§ 2.º e 4.º (complementação e realização tardia do preparo)⁷, art. 1.029, § 3.º (correção de vício formal em sede de RE e

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

3 Art. 282. § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

4 Art. 317. Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.

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

6 Art. 485, § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

7 Art. 1.017, § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias.

REsp)⁸ e, por fim, a regra de ouro insculpida do art. 932, parágrafo único (relator oportuniza ao recorrente sanar vício ou defeito capaz de gerar inadmissibilidade)⁹, que será analisada em sua relação com o regime do agravo de instrumento nos tópicos seguintes deste artigo.

Verifica-se, pois, que não há dúvida de que o legislador de 2015 teve a intenção declarada de possibilitar, sempre que possível e mesmo que relativizando alguns efeitos preclusivos, a análise do mérito da causa em segundo grau. Caso não fosse suficiente o artigo 4.º para que essa opção se fizesse perceber, haveria, como efetivamente os há, inúmeros outros dispositivos a confirmar e especificar a sua aplicabilidade ao sistema de recursos.

Dessa forma, entendimentos que impedem a correção de vícios em sede recursal, já tão consolidados na jurisprudência brasileira, estão superados com o Código de Processo Civil de 2015. Apenas para citar alguns exemplos, é o que acontece com a súmula 115 do Superior Tribunal de Justiça¹⁰, agora inevitavelmente anacrônica.

Por outro lado, há vícios que, certamente, permanecerão sendo considerados insanáveis. Nesses casos, o princípio da primazia de julgamento de mérito não poderá operar de forma a superar o juízo de inadmissibilidade. É o evidente caso, por exemplo, da intempestividade (MEDINA, 2016, p. 272). Mas, não é isso que ocorrerá em uma plêiade de outras hipóteses.

Dessa forma, o sistema recursal se torna mais racional e condizente com os princípios constitucionais da economia e eficiência processuais (art. 5.º, LXXVIII, CF), evitando-se verdadeiras “armadilhas” no curso da relação processual, que impedem que uma demanda seja resolvida em seu mérito em decorrência de um formalismo exagerado.

3 ALTERAÇÕES NO REGIME DO AGRAVO

O regime do agravo contra decisões de primeiro grau passou por muitas alterações desde o Código de 1973 (com vigência a partir de janeiro de 1974). Antes mesmo da entrada em vigor do Código de Processo Civil revogado, o capítulo de agravo de instrumento foi alterado pela Lei 5.925, de 1.º de outubro de 1.973. Na primeira onda reformista, em 1995, esse recurso, que antes era interposto no primeiro grau de jurisdição, com

Art. 1.017, § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

8 § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

9 Art. 932, parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

10 Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.

possibilidade de juízo de retratação prévio à remessa à instância *ad quem*, passou a ser interposto diretamente no tribunal (NOTARIANO JR; BRUSCHI, 2015, p. 110).

A onda de reformas de 2001 permitiu que o relator do agravo de instrumento o convertesse em agravo retido. Em 2005, nova alteração tornou o agravo retido regra e o agravo de instrumento, exceção. Na ocasião, a Lei n.º 11.187/2005 restringiu o cabimento do agravo de instrumento a apenas três hipóteses previstas expressamente no art. 522 do CPC/73: (i) nas decisões posteriores à sentença de inadmissibilidade da apelação; (ii) decisões relacionadas aos efeitos do recebimento do recurso de apelação; (iii) situações de lesão grave e de difícil ou incerta reparação em decorrência da decisão interlocutória proferida.

Além dessas hipóteses do art. 522, prevaleceu o entendimento pelo cabimento do agravo de instrumento contra as decisões proferidas em meio ao processo de execução, na fase de cumprimento da sentença e, também, na liquidação de sentença.

Nas hipóteses em que não coubesse agravo de instrumento, seria cabível, em tese, o agravo retido, devendo ser interposto perante o juiz de primeiro grau, no prazo de 10 dias (salvo nas decisões de audiência de instrução e julgamento), sob pena de preclusão. Caso o juízo não se retratasse, o recurso deveria ser reiterado em sede de razões ou contrarrazões ao recurso de apelação.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, são alteradas não apenas as hipóteses de cabimento, que devem atender ao rol do art. 1.015, bem como é extinta a figura do agravo retido.

Dentro desse novo panorama é que também surge um sistema recursal inteiramente reformulado, especialmente, no que nos interessa neste trabalho, prestigiando a primazia do julgamento do mérito, menos formalista e mais racional. É exatamente essa faceta do novo agravo de instrumento, influenciado e informado pela primazia do julgamento do mérito, que está em análise no presente trabalho, com especial atenção para as suas primeiras aplicações.

4 O AGRAVO DE INSTRUMENTO E A CORREÇÃO DE VÍCIOS – O CÓDIGO DE 1973

Como o agravo de instrumento era e continua sendo interposto fora dos autos de primeiro grau, tanto o Código revogado quanto o vigente albergam previsão de que um processado ou um instrumento tem que ser formado, em ordem a possibilitar o conhecimento da causa pelo órgão julgador desse recurso.

Assim é que, sob a égide do Código de 1973, o art. 525, I e II, fixavam as peças processuais que deveriam formar o agravo de instrumento. O inciso I fixava quais as peças obrigatórias (cópia da decisão agravada, cópia da certidão da respectiva intimação, cópia das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado). A falta de juntada ou juntada errônea de peças necessárias levava à inadmissibilidade do recurso, sem a possibilidade de retificação. Mesmo sendo essa a regra, excepcionalmente, o Superior Tribunal de Justiça, mais recentemente, vinha admitindo que, caso a certidão de intimação não fosse juntada, a tempestividade do recurso poderia ser comprovada por outro meio idôneo (BRASIL, 2014¹¹).

O inciso II, por sua vez, permitia que o agravado, além daquelas obrigatórias previstas no inciso I, juntasse as peças facultativas, ou seja, as que entendesse úteis ao deslinde da controvérsia.

Ocorre que, com fundamento no inciso II, a prática forense criou a figura das peças necessárias ao deslinde da controvérsia, ou seja, aquelas que, embora não constassem do rol do inciso I como obrigatórias, deveriam constar do instrumento, para possibilitar o conhecimento dos elementos essenciais da causa pelo órgão julgador. Em relação a essas peças, a sua não juntada poderia gerar, segundo o entendimento adotado, uma das duas consequências: (i) o recurso poderia ser conhecido, mas o agravante deveria ser intimado para juntar a documentação; ou (ii) o agravo de instrumento seria considerado inadmissível.

Ocorre que a segunda opção levava a uma consequência extremamente gravosa sem que o agravante pudesse, em muitos casos, se prevenir de alguma forma. Sim, pois o agravante poderia não ter entendido como necessária ao deslinde da controvérsia uma peça que viesse a ser assim considerada posteriormente pelo relator ou pelo colegiado de segundo grau. Veja-se que um tal entendimento afronta normas que são caras ao novo sistema, notadamente a cooperação (direito de prevenção e não surpresa), bem como a primazia do julgamento do mérito. De qualquer sorte, esse entendimento gozava de grande prestígio na jurisprudência, sendo albergado, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2004¹²).

Ocorre que o posicionamento era de tal modo injusto que vozes importantes se levantavam, como era o caso, para citar apenas um exemplo, de Leonardo José Carneiro da Cunha (CUNHA, 2008), ao sustentar que

11 Tese firmada: "A ausência da cópia da certidão de intimação da decisão agravada não é óbice ao conhecimento do Agravo de Instrumento quando, por outros meios inequívocos, for possível aferir a tempestividade do recursos, em atendimento ao princípio da instrumentalidade das formas".

12 "[...] a ausência da peça essencial ou relevante para a compreensão da controvérsia afeta a compreensão do agravo, impondo seu não conhecimento".

Tal entendimento não deve mais persistir diante do § 4.º do art. 515 CPC, que se aplica ao agravo de instrumento. Ausente uma peça obrigatória do agravo de instrumento, deve o relator, em vez de já lhe negar seguimento, determinar a intimação do agravante para que providencie o complemento do traslado, fazendo juntar aos autos do agravo a cópia que faltava. Cumprida a diligência, prossegue-se no julgamento do agravo. Não cumprida, deve, então, ser-lhe negado seguimento.

A injustiça do entendimento é que findou por levar o Superior Tribunal de Justiça a mudar sua compreensão acerca do tema, passando a entender que o relator podia converter o julgamento em diligência, possibilitando, assim, que o agravante juntasse peças tidas por necessárias ao deslinde da controvérsia (BRASIL, 2012¹³). No entanto, nas instâncias inferiores nem sempre esse entendimento encontrou ressonância.

Sob a égide do Código de 2015, o rol das peças obrigatórias foi ampliado pelo art. 1.017, I (cópias da petição inicial, da contestação, da petição que ensejou a decisão agravada, da própria decisão agravada, da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado).

Caso não estejam nos autos de primeiro grau todas as peças obrigatórias, basta que o advogado o declare no agravo (art. 1.017, II). É o caso, p. ex., de ser indeferida uma tutela de urgência requerida na petição inicial. Caso se agrave, não há procuração do réu, contestação nem mesmo outra petição que tenha gerado a decisão recorrida, uma vez que há no processo apenas a petição inicial, seus documentos e a decisão recorrida.

O art. 1.017, III, por sua vez, faculta a juntada de outras peças que o agravante entender úteis.

Questão importante que surge é sobre a possibilidade de ser aberta diligência no agravo para que o agravante acoste peças (obrigatórias ou facultativas), bem como para que complemente a sua fundamentação. Ou seja, conforme demonstrado, procedimentos que eram absolutamente restritos e problemáticos sob a égide do Código de 1973, como ficarão sob a égide do Código de 2015? É o que se analisará em seguida.

13 Restou firmada a tese de que “no agravo do artigo 522 do CPC, entendendo o julgador ausente peças necessárias para a compreensão da controvérsia, deverá ser indicado quais são elas, para que o recorrente complemente o instrumento”.

5 O AGRAVO DE INSTRUMENTO E A CORREÇÃO DE VÍCIOS. APLICAÇÃO DO ART. 932, PARÁGRAFO ÚNICO, C/C ART. 1.017, § 3.º, DO CÓDIGO DE 2015

Conforme analisado nos tópicos 1 e 2 acima, o novo Código consagrou, em seu art. 4.º, o princípio da primazia do julgamento do mérito. Já se ressaltou que seu significado é de uma nobreza que se distingue, a informar toda a atividade processual, seja do juiz, seja das partes, para que a lide, a questão de fundo, seja resolvida e, além disso, uma vez resolvida, efetivada, donde se pode perceber claramente que esse princípio orienta, outrossim, a atividade executiva.

Em fase recursal, o princípio insculpido do artigo 4.º se aplica irrestritamente, agindo de sorte a impedir que o recurso seja inadmitido, o que inviabilizaria, por conseguinte, um pronunciamento de mérito em sede de segundo grau de jurisdição.

Além da eficácia do próprio artigo 4.º no sistema recursal, diversos são os dispositivos que, expressamente, o reafirmam e cuja aplicação especificam, como é o caso, por exemplo, do art. 485, § 7.º (juízo de retratação em apelações)¹⁴, art. 1.017, §§ 2.º e 4.º (complementação e realização tardia do preparo)¹⁵, art. 1.029, § 3.º (correção de vício formal em sede de RE e REsp)¹⁶ e, por fim, a regra de ouro insculpida do art. 932, p.u. (relator oportuniza ao recorrente sanar vício ou defeito capaz de gerar inadmissibilidade)¹⁷.

Pode-se dizer, sem receio de imprecisão, que o Código de 2015 é em seu todo permeado pelo princípio da primazia do julgamento de mérito, cujas raiais extrapolam, em muito, os lindes do já citado art. 4.º.

No presente tópico, serão analisadas algumas repercussões práticas do princípio da primazia do julgamento de mérito no recurso de agravo de instrumento, notadamente em relação ao que dispõem o art. 932, parágrafo único, e 1.017, § 2.º, do CPC/2015.¹⁸

14 Art. 485, § 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

15 Art. 1.017, § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias. Art. 1.017, § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção.

16 § 3º O Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repare grave.

17 Art. 932, parágrafo único. Antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

18 82. (art. 932, parágrafo único; art. 938, § 1º) É dever do relator, e não faculdade, conceder o prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível, antes de inadmitir qualquer recurso, inclusive os excepcionais. (*Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação e Agravo*)

O art. 932, parágrafo único, dispõe que o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, deverá conceder prazo de cinco dias para que o recorrente tenha oportunidade de sanar o vício ou de complementar a documentação exigível. Esse dispositivo, uma vez que encartado no Capítulo II do Título I do Livro III, que trata, esse Livro, DOS PROCESSOS NOS TRIBUNAIS E DOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, aplica-se a todo o sistema recursal, inclusive ao agravo de instrumento.¹⁹

Como se não bastasse, o art. 1.017, § 3.º, estabelece que o relator deve aplicar o art. 932, parágrafo único, quando faltar cópia de qualquer peça ou ocorrer algum outro vício capaz de tornar o agravo de instrumento inadmissível. Dessa forma, resta patente a aplicação irrestrita do art. 932, parágrafo único, a essa espécie recursal.

Percebe-se, pois, que o novo Código de Processo Civil revoluciona o regime do agravo de instrumento, concedendo oportunidade para que o recorrente complemente a documentação que forma o instrumento, como deixa claro o art. 932, parágrafo único. Assim, por exemplo, cabe a complementação de qualquer peça obrigatória (rol do art. 1.017, I), bem como de qualquer outra peça que o relator ou o colegiado entendam necessárias ou úteis ao deslinde da controvérsia. No preciso dizer de Vinícius Lemos (LE MOS, 2015, pp. 67/8), trata-se de “um simples parágrafo que combate toda a jurisprudência defensiva praticada pelos tribunais”. Mas, não se aplica a todo e qualquer vício, por exemplo, aos insanáveis, como é o caso da intempestividade (LE MOS, 2016, p. 247).

Dessa forma, o que, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, apresentava-se de uma forma tão restrita e, até mesmo, problemática, recebe agora um tratamento mais pacífico pelo Código de 2015, com lastro no princípio da primazia do julgamento do mérito.

Assim é que os primeiros reflexos se fazem sentir. Quanto à juntada de peças que constam do processo originário, sejam elas obrigatórias ou necessárias ao deslinde da controvérsia, parece não estar havendo resistências nos primeiros julgados sobre o tema (BRASIL, 2016).

83. (art. 932, parágrafo único; art. 76, § 2º; art. 104, § 2º; art. 1.029, § 3º) Fica superado o enunciado 115 da súmula do STJ após a entrada em vigor do CPC (“Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos”). (Grupo: Ordem dos Processos no Tribunal, Teoria Geral dos Recursos, Apelação e Agravo) 228. (art. 1.042, § 4º) Fica superado o enunciado 639 da súmula do STF após a entrada em vigor do CPC (“Aplica-se a súmula 288 quando não constarem do traslado do agravo de instrumento as cópias das peças necessárias à verificação da tempestividade do recurso extraordinário não admitido pela decisão agravada”). (Grupo: Recursos Extraordinários) 229. (art. 1.042, § 4º) Fica superado o enunciado 288 da súmula do STF após a entrada em vigor do CPC (“Nega-se provimento a agravo para subida de recurso extraordinário, quando faltar no traslado o despacho agravado, a decisão recorrida, a petição de recurso extraordinário ou qualquer peça essencial à compreensão da controvérsia”). (Grupo: Recursos Extraordinários)

19 No mesmo sentido, Cassio Scarpinella BUENO (2016, p. 698).

Já outros temas não são explicitamente resolvidos pelo dispositivo legal e merecerem interpretação. Nesse toar, uma questão prática que tem aparecido no cotidiano da advocacia pública federal é se o art. 932, parágrafo único, autoriza a juntada de documentos que não estavam nos autos do processo originário. É o caso, por exemplo, em que o ente público recorrente não obteve ao tempo da interposição do agravo de instrumento cópias do processo administrativo essenciais ao deslinde da controvérsia.

Em nossa concepção, o art. 932, parágrafo único, ao permitir a complementação da “documentação exigível”, quer designar tanto aquela que estava nos autos, mas cujas cópias não foram trasladadas ao instrumento, como também aqueles documentos que sequer estavam nos autos, desde que sua ausência possa conduzir à inadmissibilidade do recurso. Portanto, caberia a juntada de cópias do processo administrativo ainda não anexados aos autos de origem.

Por outro lado, se o risco não é de inadmissibilidade, mas, sim, de não provimento, a ser ocasionado por falta de juntada de um documento que não foi trazido a tempo pelo ente público agravante. Poderá ele, ainda assim, pugnar pela concessão do prazo para fazer a juntada? Nessa hipótese, seria aplicável o art. 932, parágrafo único?

Em casos que tais, em nosso entendimento, não há amparo pelo art. 932, parágrafo único, pois que o dispositivo trata, precisamente, de evitar pronunciamento de inadmissibilidade decorrente de vício sanável, o que não é o caso.

Assim, em se tratando de risco de negativa de provimento ao agravo de instrumento, pensamos que a solução será regrada pelo art. 435, parágrafo único, que dispõe:

Art. 435. É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapor-los aos que foram produzidos nos autos. *Parágrafo único.* Admite-se também a juntada posterior de documentos formados após a petição inicial ou a contestação, *bem como dos que se tornaram conhecidos, acessíveis ou disponíveis após esses atos, cabendo à parte que os produzir comprovar o motivo que a impediu de juntá-los anteriormente e incumbindo ao juiz, em qualquer caso, avaliar a conduta da parte de acordo com o art. 5o. (grifo nosso).*

Nesse caso, tratar-se-á a questão sob o regramento do documento novo, que poderá ser juntado desde que os fatos por ele atestados sejam posteriores aos articulados ou que se destinem a funcionar como contraprova a documentos carreados aos autos. Fora dessas hipóteses, será também considerado documento novo aquele que não foi trazido anteriormente aos

autos por não serem conhecidos, acessíveis ou disponíveis, devendo a parte que os pretende trazer comprovar o desconhecimento, a inacessibilidade ou a indisponibilidade.

Além dessa questão, a dicção do art. 932, parágrafo único, tem deixado dúvida quanto à possibilidade de complementação das razões recursais. Por exemplo, caso o recurso não impugne especificadamente os fundamentos da decisão agravada, cabe dilação de prazo para que o recorrente retifique/complemente suas razões? Pensamos que sim, pois se trata de vício que pode levar à inadmissibilidade passível de ser sanado.

O Supremo Tribunal já teve oportunidade de se manifestar sobre o tema, nos seguintes termos (BRASIL, 2017):

AGRAVO – MINUTA – IMPUGNAÇÃO – ARTIGO 932, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Ante a constatação da ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão agravada, cumpre determinar a abertura de prazo para saneamento, nos termos do parágrafo único do artigo 932 do Código de Processo Civil. Permanecendo o descompasso, impõe-se o não conhecimento do agravo interno.

Em relação ao tema, podem existir, ao menos, duas situações: (i) a possibilidade de juntada de documento com base no art. 932, p.u. c/c art. 1.017, § 2.º, com a necessidade de complementação das razões referentes ao documento anexado na ocasião; (ii) a complementação das razões independentemente de juntada de documento.

Quanto à primeira situação, pensamos que não há dúvida de que se deve permitir a complementação das razões, uma vez que permitida está a juntada de documento à qual a complementação se refere. Quanto à segunda, é mais polêmica, mas pensamos que a solução deve ser a mesma.

Efetivamente, o princípio da primazia do julgamento do mérito deve ser aplicável da forma mais ampla e altaneira possível, de sorte a evitar ao máximo a finalização do processo sem resolução do mérito, quando o vício seja sanável. Trazendo o raciocínio para o sistema recursal, deve-se, sempre que possível, dar à parte oportunidade para sanar o vício que possa levar à inadmissibilidade de seu recurso. O único limite imposto é que o vício seja sanável, o que acontece em casos de fundamentação insuficiente/inadequada.

Esse entendimento leva, inapelavelmente, a se concluir pela superação da súmula 287 do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte redação: “Nega-se provimento ao agravo, quando a deficiência na sua fundamentação, ou na do recurso extraordinário, não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Verifica-se, portanto, o quanto de novidade o Código de Processo Civil trouxe em relação ao assunto, de sorte a tornar o sistema recursal em geral e o regime do agravo de instrumento em particular mais racional e atento à finalidade do processo, funcionar como garantia para a construção de decisões de mérito o mais justas possível.

6 CONCLUSÕES

Conforme demonstrado ao longo do texto, o princípio da primazia do julgamento do mérito representa uma revolução em nosso Direito Processual Civil e, em especial, no regime do agravo de instrumento.

Com efeito, o agravo de instrumento é uma espécie recursal historicamente cercada por dificuldades formais que levavam facilmente à sua inadmissão. O princípio da primazia do julgamento do mérito vem, exatamente, para permitir que o recurso atinja a sua finalidade, de ser analisada a insurgência em seu mérito.

Ao se avaliar as primeiras aplicações do regramento conferido pelo Código de 2015 a esse recurso, vê-se que os primeiros passos são dados no sentido de se atribuir a adequada valorização e eficácia ao princípio, inclusive com a possibilidade de complementação/correção das razões recursais.

O aprofundamento dessa concepção na jurisprudência é fundamental para que, cada vez mais, tenhamos um processo com razoável duração, que prestigie a decisão de mérito e aja no sentido de pacificar as relações sociais. Apenas dessa forma se efetivarão, na prática, os princípios da economia e eficiência processuais, insculpidos no art. 5.º, LXXXVIII, da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *ED no REsp. 449.486*, rel. Min. Menezes Direito, j. 2.06.04, DJU 6.09.04, p. 155.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp n.º 1.409.357/SC*, 2.ª Seção, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 14.05.2014, DJe 22.05.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.102.467/RJ*, Corte Especial, Rel. Min. Massami Uyeda, j. 05.05.2012, DJe 29.08.2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2.ª Região. *AG 00132187820154020000*, 4.ª Turma, Rel. Des. Fed. Luiz Antônio Soares, j. 24/08/2016, Dj. 06/09/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AI 830.655 AgR/RJ*, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.03.2017, DJ. DJe-118 DIVULG 05-06-2017 PUBLIC 06-06-2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2015. São Paulo: Saraiva.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. Sanação de defeitos processuais no âmbito recursal (o § 4.º do art. 515 do CPC). In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Manoel Gomes (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais – estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1, 18. ed, 2016. Salvador/BA: JusPodivm.

LEMONS, Vinícius Silva. *Recursos e Processos nos Tribunais no Novo CPC*. São Paulo: Lexia, 2015.

_____. *O Agravo de Instrumento no Novo CPC*. São Paulo: LUALRI, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MONNERAT, Fábio Vítor da Fonte. *Introdução do Estudo do Direito Processual Civil*, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOTARIANO JR., Antônio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Agravo contra as decisões de primeiro grau*. 2015. São Paulo: Método.

MUSTERVERFAHREN X PILOTVERFAHREN: OS REGIMES DE IRDR ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

*MUSTERVERFAHREN X PILOTVERFAHREN: THE IRDR'S
SCHEMES ADOPTED BY THE FEDERALS REGIONALS COURTS*

Marcelo Eugênio Feitosa Almeida

*Mestre em Direito Processual pela Universidade Católica de Pernambuco, Advogado
da União, Procurador-chefe da Procuradoria da União no Estado do Ceará.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Questões Repetitivas, Volume Crítico e a Resposta Técnico-Processual Adequada do Novo CPC; 2 IRDR e seus Regimes de Processamento; 3 Regimes Adotados pelos Tribunais Regionais Federais; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O IRDR visa a gestão e julgamento eficientes de demandas repetitivas. No direito estrangeiro, esse tipo de técnica processual pode ser dividido em dois regimes possíveis: regime da causa-modelo (simbolizado pelo *Musteverfahren* do direito processual alemão) e regime da causa-piloto (*Pilotverfahren*, do direito processual austríaco). O presente artigo pretende, com base nos regimentos internos e nas primeiras decisões sobre admissão de IRDR nos Tribunais Regionais Federais, compreender e sistematizar os regimes de processamento do incidente adotados nas cinco Cortes Regionais, com suas consequências práticas.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil. Processos Repetitivos. Demandas de Massa. IRDR. Novo CPC. Técnica Processual Adequada.

ABSTRACT: The IRDR is a technique system for efficient management and trial of repetitive demands. In the foreign law, this kind of procedural technique can be divided into two possible schemes: cause-model scheme (symbolized by the *Musteverfahren* of German procedural law) and pilot-cause regime (*Pilotverfahren*, from Austrian procedural law). This article, based on internal regulations and the first IRDR's admission decisions by Federal Regional Courts, understand and systematize the processing regimes adopted in the incident in the five Federal Regional Courts.

KEYWORDS: Civil Procedural Law. Repetitive Processes. Mass Demands. IRDR. New CPC. Proper Procedural Technique.

INTRODUÇÃO

Há muito a doutrina especializada criticava as limitações do processo civil clássico para solução do crescente fenômeno das demandas que compartilhavam questões jurídicas homogêneas, ou seja, as chamadas “demandas repetitivas” ou “processos de massa”.

O legislador processual reagiu e, ao longo de anos, seja em leis próprias, seja reformando o CPC/1973 à exaustão, aperfeiçoou uma série de técnicas processuais destinadas ao tratamento das “demandas repetitivas”, sem, contudo, um resultado satisfatório.

Nesse contexto adveio ao sistema processual técnicas como a coletivização de ações para tutela de direitos individuais homogêneos, as súmulas impeditivas de recursos, a suspensão de liminares em casos repetitivos da Lei nº 8.437/1992, o julgamento “ultra-antecipado” da lide (art. 285-A do antigo CPC), o pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos JEF, *etc.*

A esse conjunto de técnicas desenvolvidas ao longo dos anos, somado às novidades e aperfeiçoamentos do CPC de 2015, deve-se impor uma compreensão sistêmica, o que vem sendo chamado na doutrina de *Subsistema de Julgamento de Casos Repetitivos* (CUNHA, 2015, p. 212). Registre-se que o próprio legislador processual atentou e colaborou com esse esforço hermenêutico de compreender tais normas como um sistema, a teor do art. 928 do CPC vigente¹.

Como grande aposta do sistema ascende o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR, ferramenta para que os Tribunais possam: 1) administrar o processamento pulverizado de demandas repetitivas; 2) julgá-las mediante uma técnica processual econômica e eficiente; 3) formar precedentes vinculantes para a solução dos casos presente e futuros.

Com fito de melhor compreender a natureza do IRDR e seus congêneres no direito estrangeiro, a doutrina esquematiza esse tipo de técnica processual dividindo-a em dois regimes possíveis: regime da causa-modelo (simbolizado pelo *Musteverfahren* do direito processual alemão) e regime da causa-piloto (*Pilotverfahren*, a exemplo do *Testprozess* do direito austríaco).

O novo CPC não foi claro sobre o regime adotado pelo IRDR. Ora o texto aponta para o regime da causa-modelo², ora o contrário.³

1 Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:
I - incidente de resolução de demandas repetitivas;
II - recursos especial e extraordinário repetitivos

2 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.

3 Art. 976. § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

Não por acaso o tema é ponto de intenso pugilato na doutrina. Entendem que se trata de causa-piloto, entre outros, José Leonardo Carneiro da Cunha, Alexandre Freitas Câmara, Antônio do Passo Cabral, Teresa Arruda Wambier. Em sentido contrário, entre outros, Dierle Nunes, Eduardo Cambi, Sofia Temer (CUNHA, 2015, P. 217).

Contudo, diante das primeiras decisões de admissão de IRDR, já é possível discernir com mais clareza os regimes adotados pelos Tribunais Regionais Federais.

E eis o objetivo da presente análise: sistematizar o regime de processamento de IRDR adotado por cada um dos cinco Tribunais Regionais Federais, com os efeitos práticos das respectivas opções.

Para tanto, no primeiro capítulo, fixaremos com mais propriedade a problemática das demandas repetitivas e a resposta do Direito Processual Civil ao fenômeno.

Em seguida, contextualizada a posição do IRDR dentro do Subsistema de Solução de Demandas de Massa, aprofundaremos suas dimensões, a técnica de processamento e a discussão sobre o regime adotado pelo CPC, ou seja, se incorporou o sistema da causa-piloto ou causa-modelo.

Ao final, verificaremos, a partir de decisões em IRDR e dos respectivos regimentos internos, como os Tribunais Regionais Federais⁴ superaram a questão do regime de processamento e julgamento do incidente.

1 QUESTÕES REPETITIVAS, VOLUME CRÍTICO E A RESPOSTA TÉCNICO-PROCESSUAL ADEQUADA DO NOVO CPC

A constitucionalização da ordem jurídica, a cultura da garantia do “acesso à Justiça” como “acesso ao Judiciário”, além de outros fatores, determinaram um crescimento exponencial de demandas, em especial demandas repetitivas, atingindo um Poder Judiciário e um modelo de processo civil despreparados para tal fenômeno.

O Direito Processual Civil e as técnicas processuais de então, retratos de seu tempo, eram inadequados para solução dos conflitos que se apresentavam de forma massificada.

A Justiça Federal sofreu particularmente com a multiplicação de demandas judiciais congêneres, em especial por conta das profundas reformas administrativas e malfadadas políticas econômico-monetárias empreendidas ao longo dos anos 90.

⁴ Optamos pelo corte metodológico na pesquisa, limitando-se aos Tribunais Regionais Federais, tendo em vista o público alvo da publicação.

Assim, diversas matérias, sobretudo referentes a reajustes de servidores públicos e perdas decorrentes de planos econômicos⁵ bem exemplificam inúmeros processos que ocuparam (e ainda ocupam) a jurisdição federal ao longo de anos, por meio de ações individuais ou coletivas tendo como objeto a mesma questão de direito.

Na prática, inúmeras vezes as petições iniciais, as defesas e as decisões eram repetidas quase *ipsis litteris*, num modelo de gestão de processo e julgamento anti-econômicos, improdutivos e incapazes de realizar o desejo constitucional quanto à qualidade da função jurisdicional.

Mas a reação estava por vir.

Os primeiros esforços para solução de demandas repetitivas centraram na formação de uma ampla coisa julgada que, teoricamente, alcançaria subjetivamente os titulares desse direito, tutelando-o se a ação fosse procedente. O Código de Defesa do Consumidor, ainda em 1990, introduziu uma nova ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Assim, a primeira adequação do sistema com vista ao tratamento das demandas repetitivas deu-se a partir da ampliação das possibilidades do processo coletivo.

Contudo, por uma série de fatores, tal técnica não surtiu os efeitos desejados. Marcos de Araújo Cavalcanti (2017, p. 117) bem sistematiza as concausas da inadequação da tutela coletiva para solução de demandas repetitivas, com destaque para a insuficiência de entidades legitimadas para a tutela dos mais variados direitos, a proibição expressa de tutelar determinados direitos via ação coletiva⁶ e o regime da coisa julgada *secundum eventus litis*, incapaz para solução definitiva das questões.

Muitas técnicas, já mencionadas na Introdução deste trabalho⁷, foram acrescidas ao Sistema Processual ao longo das reformas do CPC de 1973, sem, contudo, apresentar resultados satisfatórios na gestão e julgamento dos processos de massa.

Mais recentemente, vencida uma velha leitura da tripartição de poderes que impedia o avanço da técnica dos precedentes vinculantes,

5 Reajustes referentes à URP de abril e maio de 1988 na proporção de 7/30 (sete trinta avos) de 16,19%, incidentes sobre a remuneração do mês de abril e maio; reajuste de 28,86% sobre os vencimentos do servidor público civil, em decorrência da Lei n.º 8.627/93, com a dedução dos percentuais concedidos ao servidor, pela mesma lei, a título de reposicionamento; aplicação do índice de 3,17% aos vencimentos dos servidores públicos, com fundamento na Lei n.º 8.880/94; percentual de 11,98%, relativo à conversão de seus vencimentos em URV, no período de abril de 1994 a dezembro de 1996 para os servidores do Poder Judiciário, e de abril de 1994 a janeiro de 2000, para os servidores do Ministério Público, entre outros.

6 Tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

7 Coletivização de ações para tutela de direitos individuais homogêneos, as súmulas impeditivas de recursos, a suspensão de liminares em casos repetitivos da Lei n.º 8.437/1992, o julgamento "ultra-antecipado" da lide (art. 285-A do antigo CPC), o pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos JEF, etc

esta passou a ser o foco para solução das demandas repetitivas. Com a inserção da vinculação de precedentes em nosso Sistema Jurídico surge um novo horizonte para o tratamento dos processos de massa.

O precedente vinculante, até o advento do CPC de 2015, relacionava-se somente ao controle concentrado de constitucionalidade. Havia vinculação ao precedente nas decisões em ADI, ADC, ADPF e na formação de Súmula Vinculante, com grande destaque no avanço e consolidação da jurisdição constitucional.

O CPC vigente, comprometido com a uniformização, integridade e coerência da jurisprudência, lança mão da referida técnica, ampliando as hipóteses de vinculação de precedentes.

Tal técnica serve tanto para gestão e julgamento dos processos de massa como para a preservação da integridade da jurisprudência. Logo, trata-se de ferramenta comum ao Subsistema de Demandas Repetitivas e ao Subsistema de Formação de Precedentes Obrigatórios, ambos contidos no Sistema Processual Civil Brasileiro.

Em outras palavras, a técnica de formação de precedente obrigatórios tanto serve para preservar a funcionalidade da jurisprudência como para administrar e julgar processos de massa.

Assim, formar precedente vinculante é característica comum do IRDR e dos Recursos Especial e Extraordinários Repetitivos, tendo como objetivo gerir e decidir demandas de massa. Os três institutos compõem os dois referidos microssistemas, conforme a natureza e função dos mesmos (CUNHA, 2015, p. 219).

Aplicam-se ao IRDR e ao RE e RESP repetitivos as normas relativas ao julgamento de casos repetitivos, interpretadas sistematicamente, bem como àquelas atinentes à formação de precedente obrigatórios (CUNHA, 2015, p. 219).

Outra técnica prevista no Subsistema de Demandas Repetitivas é a possibilidade de suspensão dos processos que tenham em seu bojo a questão jurídica em análise. A suspensão, pelo prazo de um ano obrigatoriamente, deve abranger os processos individuais e coletivos que tramitam na jurisdição do órgão julgador do incidente.

Há, ainda, previsão dos §§3º e 4º do artigo 982 do CPC, de pedido ao STF ou ao STJ para suspensão de todos os processos individuais ou coletivos no curso do território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado, que se coaduna com o espírito de melhor administração das demandas de massa.

Portanto, por meio do CPC vigente, o legislador processual deu resposta ao volume crítico de demandas que ameaçava a qualidade da função jurisdicional. O IRDR, em especial, com a maximização da eficácia de sua decisão e menor esforço da máquina jurisdicional, tende a alcançar ótima resposta à administração e julgamento das demandas de massa.

2 IRDR E SEUS REGIMES DE PROCESSAMENTO

O art. 928 do CPC estabelece que se considera julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em IRDR e Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos. Assim, tais técnicas, somadas a outras pré-existentes no ordenamento, formam, como visto, um autêntico microsistema com objetivo de dar adequado tratamento às demandas repetitivas.

Regulado pelos arts. 976 e seguintes do CPC, existindo processos repetitivos sobre uma mesma questão jurídica de material ou processual, o aludido IRDR será instaurado perante o Presidente do Tribunal de acordo com sua competência e jurisdição.

Admitido o incidente, todos os processos com a mesma questão jurídica, individuais ou coletivos, em curso na jurisdição do Tribunal julgador do incidente, serão suspensos pelo prazo máximo de um ano.

Julgado o incidente, a tese jurídica fixada será aplicada a todos os processos, presentes e futuros que tenham em seu bojo a referida questão jurídica. Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação no âmbito do tribunal julgador.

Assim, o Subsistema de Solução de Demandas Repetitivas, aqui destacado o IRDR, tem três dimensões: passado, presente e futuro. Atua no passado pois visa gerir demandas repetitivas em estoque. Atua no presente, pois preconiza um modelo de julgamento de causas pendentes econômico e eficiente. E atua no futuro pois forma precedentes obrigatórios para causas futuras, além de influir nas relações jurídicas relacionadas à questão jurídica decidida.

A despeito da simplicidade de seu procedimento, exsurge uma série de questões postas pela doutrina. É possível propor IRDR sem causa pendente que contenha a questão jurídica repetitiva no Tribunal? É possível propor IRDR, para julgamento no Tribunal, de matéria objeto de juizados especiais? O Relator do IRDR obrigatoriamente tem que ser Relator de causa pendente? Se houver desistência da causa pendente persiste o julgamento do IRDR isoladamente? Julga-se a lide em concreto ou a questão jurídica em abstrato?

As questões acima podem ser respondidas a partir da seguinte definição: qual o modelo de processamento de IRDR adotado em nosso sistema?

Como antecipado, numa microcomparação nos sistemas processuais relevantes que adotam técnicas para solução de processos repetitivos, há dois sistemas possíveis: regime da causa-modelo (simbolizado pelo *Musteverfahren* do direito processual alemão) e regime da causa-piloto (*Pilotverfahren*, a exemplo do *Testprozess* do direito processual austríaco).

Como bem aponta Sofia Temer (2016, p.66), a incerteza do modelo de processamento do IRDR ocorre porque o CPC de 2015 não esclarece se o incidente compreenderá julgamento da causa concreta ou se apenas haverá solução da questão jurídica, em abstrato, fixando-se a tese jurídica sem a solução da lide.

A questão é muito bem proposta pela referida autora, nos seguintes termos (TEMER, 2016, p. 66):

Diverge-se sobre a circunstância de haver, em razão do incidente, uma cisão cognitiva e decisória, ou não. Discute-se se o IRDR leva ao julgamento da demanda (pretensão) ou se apenas fixa tese jurídica, sem resolver a “lide”. Permeia tal discussão a referência aos modelos da “causa piloto” e do “procedimento-modelo”, empregados para identificar a unidade cognitiva e decisória ou a sua cisão, respectivamente.

O CPC, como dito, não aponta a direção. Ora determina a concomitância do julgamento da causa pendente e do incidente, apontando para um modelo de causa-piloto; ora determina o prosseguimento do incidente em caso de desistência da causa pendente, conforme o procedimento-modelo.

Segundo a exposição de motivos:

No direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= Muster) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu.⁸

No entanto, o IRDR, tal como previsto no CPC, muito se afastou do *Musterverfahren*. Afastou-se, outrossim, do *Testprozess* do direito processual austríaco, símbolo do procedimento-modelo.

Sem ignorar ou alongar o debate doutrinário, o fato é que o IRDR, tal como previsto no CPC e tal como vem sendo tratado nos TRFs, como veremos adiante, não adotou puramente nenhum dos sistemas conhecidos. Mais uma vez, como típico no Direito Brasileiro, desenvolvemos um modelo próprio, um *tertium genus* procedimental para solução de demandas de massa.

Garantidamente não é causa-modelo (*Musterverfahren*), pois o CPC e os Tribunais buscam, sempre que possível, o julgamento concomitante do processo pendente (seja uma ação originária, seja um processo em fase recursal ou devolvido por força de remessa necessária). Oportunamente veremos claramente a tendência dos TRFs de, sempre que possível, atrelarem o caso concreto ao incidente, inclusive sob um mesmo Relator.

8 BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Código de Processo Civil: anteprojeto. p. 21.

Garantidamente não é causa-piloto, pois o CPC permite “vida própria” ao incidente em caso de desistência do caso concreto adjacente. Ademais, reconhecendo-se a possibilidade de IRDR em matéria de juizados, por óbvio, o Tribunal jugará a questão jurídica sem julgar o caso concreto, sobre o qual falece competência.

Vejam, portanto, como cada TRF vem enfrentando, na praxe, a questão do modelo de processamento do incidente e, consequentemente, respondido as indagações acima propostas.

3 REGIMES ADOTADOS PELOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Doravante passaremos à análise dos regimes adotados em cada um dos Tribunais Regionais Federais, a partir de seus respectivos regimentos internos e decisões de IRDRs já admitidos.

3.1 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

O TRF-1 tem, atualmente, 7 IRDRs distribuídos. O primeiro IRDR foi protocolado em 22/02/2017 e admitido em 31/05/2017⁹, sendo, até então, o único incidente admitido.

O TRF-1 afetou à Corte Especial a competência para julgamento do incidente quando a matéria for constitucional ou envolver competências de mais de uma seção especializada e, às seções especializadas, nas demais matérias de acordo com a competência de cada seção.

A Corte em tela, de acordo com seu Regimento Interno (arts 357 e seguintes), pendeu para o sistema da causa-piloto, ou seja, apenas na medida do possível.

Tal conclusão advém da determinação, já presente no CPC, de que o órgão competente julgará igualmente o processo pendente, se oriundo de recurso ou processo pendente de julgamento na Corte, na mesma sessão. Ainda, a norma interna repete o CPC e determina o apensamento do incidente ao processo pendente, seja uma ação originária, seja um processo em fase recursal ou devolvido por força de remessa necessária.

Ademais, em reforço à adoção do modelo da causa-piloto, o Regimento estabelece que o incidente será distribuído por prevenção ao relator do processo pendente.

Portanto, fica claro que o desejo do Julgador do TRF da 1ª Região é que a discussão da questão jurídica seja “pilotada” a partir do julgamento do caso concreto (seja uma ação originária, seja um processo em fase recursal ou devolvido por força de remessa necessária). Tanto é que determina a

9 0008087-81.2017.4.01.0000.

prevenção do Relator do processo pendente para relatar o IRDR e, ainda, determina o julgamento do caso concreto na mesma sessão.

Contudo, o próprio Regimento Interno abre, excepcionalmente, caminhos para um IRDR destacado de um processo pendente, ou seja, na forma do procedimento-modelo. O Regimento permite a escolha do Relator do incidente livremente, sem prevenção, por sorteio, caso não haja processo pendente na seção especializada ou Corte Especial.

Ademais, a determinação de julgamento conjunto do incidente e processo pendente, na mesma sessão, só ocorrerá quando possível, ou seja, quando houver, de fato, um processo pendente no âmbito do órgão competente para julgar o IRDR. Inexistindo a reunião do incidente com um processo pendente, aquele seguirá seu curso e terá seu julgamento exclusivamente sobre a questão jurídica, em abstrato, independentemente de julgamento de caso concreto.

Portanto, o TRF-1 segue a regra geral de adotar o regime de causa-piloto quando e se possível, ou seja, se oriundo de recurso ou processo pendente de julgamento no órgão competente para julgamento do incidente.

No único incidente admitido, o IRDR foi proposto pelo juiz de piso, num mandado de segurança acerca da possibilidade de auditores fiscais/conselheiros participar de julgamento de recursos administrativos no CARF em virtude do recebimento do “bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária e aduaneira” instituído pela Medida Provisória 765/2016.

Analizados os demais requisitos de admissibilidade, o incidente foi admitido e vinculado ao primeiro processo pendente de análise na Seção sobre a matéria, qual seja, um agravo de instrumento.

Aqui vale uma consideração sobre a *ratio* do regime da causa-piloto. Ora, o propósito da técnica da causa-piloto é, na análise do mérito da questão jurídica, o caso concreto guiar as discussões para, daí, decidir-se a questão jurídica de forma menos abstrata.

O CPC não limitou a natureza do processo pendente, a “causa-piloto”. Assim, pode ser um processo originário, um conflito de competência ou qualquer processo que esteja no Tribunal em função de remessa necessária ou recurso, até mesmo um agravo de instrumento.

Será, contudo, que um agravo de instrumento pode ser uma boa “causa-piloto”? O inconveniente de adotar um agravo de instrumento como causa-piloto é que, na maioria das vezes, o agravo será de decisão que tratou de tutela de urgência, ou seja, dentro de um contexto de cognição não exauriente, em regra *initio litis*.

Assim, ao se vincular um IRDR, com objetivo de formar um precedente obrigatório, ao julgamento de um agravo de instrumento

como “causa- piloto”, há risco de que o debate não tenha o aprofundamento necessário à legitimação do precedente obrigatório, ainda que estejamos falando de uma questão jurídica, ou seja, matéria exclusivamente de direito.

Em resumo, vê-se que o TRF-1 adota como regra geral o regime da causa-piloto. Contudo, nas situações em que não é possível seguir tal modelo, seu regimento viabiliza o prosseguimento do IRDR por meio de acordo com o regime da causa-modelo.

Resgatando as provocações anteriormente propostas, considerando a *prevalência* do regime da causa-piloto, podemos responder que, no âmbito do TRF-1:

- a) É possível propor IRDR sem causa pendente que contenha a questão jurídica repetitiva no Tribunal;
- b) Não há precedente sobre IRDR de matéria objeto de juizados especiais, embora a doutrina aquiesça com tal cabimento;
- c) O Relator do IRDR deve ser, em regra, o próprio Relator do processo pendente, salvo se não houver processo com a mesma questão jurídica pendente no órgão competente para julgamento do IRDR;
- d) Julga-se a lide em concreto e o incidente, igualmente, sem estabelecer ordem, mas na mesma sessão; ou somente a questão jurídica em abstrato, quando não for possível vincular IRDR a processo pendente sobre a questão jurídica repetitiva.

Passemos ao exame da posição do TRF da 2ª Região.

3.2 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

O TRF da 2ª Região, a despeito de inúmeros IRDRs propostos, também só tem, até agora, um único incidente admitido¹⁰.

Assim como o tribunal anteriormente escrutinado, afetou à Corte Especial a competência para julgamento do incidente quando a matéria for constitucional ou envolver competências de mais de uma seção especializada e, às seções especializadas, nas demais matérias de acordo com a competência de cada seção.

O TRF-2 foi explícito ao adotar o regime da causa-piloto. Seu Regimento Interno, no parágrafo único do art. 112-B, determina que, após julgar o incidente e fixar a tese jurídica, o órgão julgador julgará o

10 0004491-96.2016.4.02.0000

recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde adveio o incidente.

O Regimento não trata de regra de prevenção do relator do processo pendente para relatar o IRDR. A questão foi enfrentada no primeiro IRDR.

Sem maiores discussões sobre violação ao juízo natural ou da *perpetuatio jurisdictionis*, o relator do IRDR determinou para si a redistribuição do processo pendente, no caso um conflito e competência, que, inclusive, estava no âmbito de outra Seção¹¹.

Assim, a norma processual tal como aplicada no âmbito da Corte Carioca revela uma forte propensão ao regime da causa-piloto.

Do que se depreende do primeiro IRDR admitido no TRF-2, retomando as provocações anteriormente propostas, podemos responder que, no âmbito do referido Tribunal:

- a) Não é possível propor IRDR sem causa pendente que contenha a questão jurídica repetitiva no Tribunal;
- b) Não há precedente sobre IRDR de matéria objeto de juizados especiais, embora a doutrina aquiesça com tal cabimento;
- c) O Relator do IRDR deve ser, em regra, Relator do processo pendente. Não o sendo, será determina a redistribuição do processo pendente ao relator do IRDR;
- d) Julga-se o incidente e, após, a lide em concreto.

Passemos ao exame da posição do TRF da 3ª Região.

3.3 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

O TRF da 3ª Região limitou-se a tratar em seu Regimento da competência interna para julgamento do incidente, sem, contudo, enfrentar a questão do modelo de processamento do IRDR.

Seu único IRDR¹² foi admitido em 08/02/2017, tendo como questão jurídica “o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa

11 2.6) Expeça-se ofício à DIDRA para que proceda à redistribuição do processo do qual se originou o presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (conflito de competência nº 0004214-80.2016.4.02.0000), consoante os termos parágrafo único do artigo 978 do Código de Processo Civil de 2015 (“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”).

12 0017610-97.2016.4.03.0000

jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica.”

O IRDR em comento não permite maiores ilações acerca do regime adotado. O incidente deu-se no bojo de agravo de instrumento. O IRDR foi distribuído ao seu Relator no âmbito da Corte Especial, ao passo que o Agravo de Instrumento permaneceu com seu Relator originário, na Turma competente.

O Relator do Agravo de Instrumento, por seu turno, determinou a suspensão do processamento do recurso, com base no art. 313, IV, do CPC, ou seja, em função da admissão de IRDR.¹³

Portanto, a lacuna do Regimento Interno somado ao modo como vem sendo processado o pioneiro IRDR não deixam claro, na fase atual, se o julgamento ocorrerá tão somente da questão jurídica, sem o julgamento da questão em concreto.

Ao que parece, diante da permanência do Agravo de Instrumento na turma originária, considerando ainda a ausência de prevenção do Relator do Agravo de Instrumento para relatar o incidente, este será julgado conforme o regime da causa-modelo.

Do que se depreende do primeiro IRDR admitido no TRF-3, retomando as provocações anteriormente propostas, ainda que não haja clareza no panorama daquele Tribunal quanto ao regime de processamento de IRDR:

- a) Seria possível propor IRDR sem causa pendente que contenha a questão jurídica repetitiva no Tribunal;
- b) Não há precedente sobre IRDR de matéria objeto de juizados especiais, embora a doutrina aquiesça com tal cabimento;
- c) O Relator é definido por sorteio, sem regra de prevenção.
- d) Ao que parece, o incidente será julgado no órgão competente sem preocupação com a lide em concreto, que permanece no órgão originariamente em que foi distribuído, ainda que suspenso com base no art. 313, IV, do CPC.

Passemos ao exame da posição do TRF da 4ª Região.

13 “À vista da admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0017610.97-2016.403.0000 pelo Órgão Especial desta corte, suspendo o curso do processo, nos termos do disposto no artigo 313, inciso IV, do Código de Processo Civil. Anote-se no sistema eletrônico de acompanhamento processual.”

3.4 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

O TRF-4 tratou de regular com mais detalhamento o processamento de seus IRDRs, claramente adotando o regime da causa-piloto.

O Regimento Interno determina que, admitido o incidente, o órgão colegiado delimitará a tese jurídica a ser apreciada, afetando o processo pendente que deu origem ao pedido de instauração do IRDR. Quando a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas decorrer de recurso, remessa necessária ou de ação originária que tramitam no Tribunal, o Relator será mantido no incidente.

A norma interna preceitua ainda que instruído e processado o incidente, o Relator pedirá dia para julgamento, apresentando voto para fixar a tese jurídica a ser aplicada aos demais processos que tratem da mesma questão.

Para que não fique dúvida, o regimento exige que “fixada a tese jurídica o órgão julgador passará ao exame do recurso, da remessa necessária ou do processo de competência originária do qual originou-se o incidente.

Com riqueza de regulamentação e segurança jurídica, não por acaso o TRF-4 é o Tribunal Federal com mais IRDRs propostos, admitidos e até mesmo julgado. Aqui o instituto encontrou um ambiente fértil para seu desenvolvimento.

O TRF-4 também inaugurou o entendimento de ser possível a instauração do novel instituto a partir de processos que tramitam nos juizados especiais.¹⁴ Aqui, excepcionalmente, pela impossibilidade de o

14 PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS-IRDR. TESE JURÍDICA QUE REFLETE EM MAIS DE UMA SEÇÃO (ART. 18, V, DO REGIMENTO INTERNO). COMPETÊNCIA DA CORTE ESPECIAL. DEFLAGRAÇÃO DO INCIDENTE A PARTIR DE PROCESSO QUE TRAMITA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. POSSIBILIDADE. RESSALVA DE ENTENDIMENTO PESSOAL DO RELATOR. CONHECIMENTO DO INCIDENTE. DEFINIÇÃO DA TESE A SER APECIADA, QUE É ATINENTE À COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. - Requerida a instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas acerca de tese jurídica que compreende matéria cuja decisão refletirá efeitos em mais de uma Seção, a competência é da Corte Especial, nos termos do artigo 18, V, do Regimento Interno do TRF4. - Consoante entendimento majoritário da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, aos dispositivos do CPC que versam sobre o IRDR, em especial os artigos 976, 977, 978 e 985, deve ser conferida interpretação ampliativa. Segundo a posição da douta maioria, o novo Código de Processo Civil, ao valorizar os precedentes, privilegia a segurança jurídica e estimula a uniformização da interpretação acerca das questões jurídicas. - *Nessa linha, ao conferir ao Tribunal de apelação a competência para decidir o IRDR, com aplicação explícita do resultado do julgamento a todos os processos que tramitam na sua área de jurisdição, inclusive aqueles que tramitam nos Juizados Especiais do respectivo Estado ou Região, o CPC, no mínimo implicitamente, admitiu que os incidentes sejam instaurados a partir de processos que tramitam nos juizados especiais.* - Assim, demonstrada a efetiva repetição de processos que contém controvérsia sobre a mesma questão, que é unicamente de direito, e presente risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, deve o incidente ser conhecido. - Conhecido o incidente, define-se que a questão jurídica a ser apreciada é a seguinte: na definição do valor a ser considerado para deliberação sobre a competência dos Juizados Especiais Federais, inclusive para efeito de renúncia, algum montante representado por parcelas vincendas deve ser somado ao montante representado pelas parcelas vencidas? (TRF4, Corte Especial, Rel. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, julgado em 22/09/2016).

órgão do Tribunal julgar o caso concreto, que compete ao juiz de piso ou turma Recursal, estamos diante de um procedimento-modelo.

Resgatando as provocações anteriormente propostas, podemos responder que, no âmbito do TRF-4:

- a) Mesmo tendo como regra o regime da causa-piloto, seria possível propor IRDR sem causa pendente no TRF-4 que contenha a questão jurídica repetitiva no Tribunal, como acontece no caso de questões jurídicas sob apreciação dos Juizados Especiais ou Turmas Recursais vinculados ao Tribunal;
- b) É possível a propositura de IRDR em matéria de competência de Juizado, situação em que estaremos diante de uma causa-modelo.
- c) O Relator é definido por prevenção, caso o IRDR seja oriundo de recurso, remessa necessário ou processo originário. Do contrário, será por sorteio.
- d) O tribunal segue o regime da causa-piloto. Assim, julgada a tese jurídica em abstrato, passa-se em seguida ao exame do caso concreto. Excepcionalmente, como nos casos de processos oriundos de Juizados, o julgamento limita-se à questão jurídica objeto do incidente.

Passemos ao exame da posição do TRF da 5ª Região.

3.5 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

O Regimento Interno do TRF-5 determinou que o julgamento do incidente caberá ao Plenário que, além de apreciar o incidente e fixar a tese jurídica, julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Ocorre que o Regimento Interno, diferentemente de outros Tribunais, não tratou de como se dará, na prática, a reunião entre o processo pendente (causa-piloto) e o incidente. Aqui não há prevenção do relator da causa pendente para relatar o IRDR. A distribuição é simplesmente por sorteio.

Essa questão, contudo, foi enfrentada pelo relator do primeiro IRDR que, sorteado para relatá-lo, não tinha, em seu acervo, nenhum processo pendente (em fase recursal, por remessa necessária ou ação originária).

Assim sendo, não hesitou em estabelecer que aquele IRDR, pelas circunstâncias do caso, tramitaria apenas para análise da questão jurídica, em abstrato, ou seja, conforme o regime da causa-modelo.

Segundo o Relator Des. Roberto Machado¹⁵:

Como este incidente foi-me distribuído sem que haja sido selecionado um processo em trâmite no Tribunal, este órgão Plenário deve ser responsável apenas pela fixação da tese jurídica, a ser aplicada nos casos concretos em trâmite na área de sua jurisdição (causa-modelo). A propósito, penso que razão assiste ao professor Joaquim Felipe Spadoni quando leciona: [...]

Portanto, tal processo permite admitir que o TRF-5 adota um regime *predominantemente* de causa-piloto, pelo qual, tendo o relator do IRDR em seu acervo processo pendente contendo a questão jurídica objeto do incidente, correrá como causa-piloto. Do contrário, como no caso mencionado, o IRDR tramitará conforme causa-modelo.

Resgatando as provocações anteriormente propostas, podemos responder que, no âmbito do TRF-5:

- a) Seria possível propor IRDR sem causa que contenha a questão jurídica repetitiva no Tribunal;
- b) Não há precedente sobre IRDR de matéria objeto de juizados especiais, embora a doutrina aquiesça com tal cabimento;
- c) O Relator é definido livremente por sorteio. Caso tenha processo que contenha a questão jurídica objeto do incidente em seu acervo, julgará igualmente o processo de onde se originou o incidente. Caso contrário, o relator conduzirá o julgamento do IRDR sob regime da causa-modelo.

Eis, portanto, o atual panorama acerca dos regimes de processamento e julgamento de IRDR nos cinco Tribunais Federais Regionais.

4 CONCLUSÃO

O IRDR apresenta-se como grande aposta do sistema processual para a gestão e julgamento eficientes de demandas repetitivas. Por meio do incidente os Tribunais podem: 1) administrar o processamento pulverizado de demandas

15 PROCESSO: 08045758020164050000, IRDR/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO MACHADO, Pleno, JULGAMENTO: 27/10/2016

massificadas em estoque; 2) julgá-las mediante uma técnica processual econômica e eficiente; 3) formar precedentes vinculantes para a solução dos casos presente e futuros.

A Justiça Federal sofreu particularmente com a multiplicação de demandas judiciais congêneres, em especial por conta das profundas reformas administrativas e malfadados planos econômicos empreendidos ao longo dos anos 90. Ademais, dada sua competência, uma grande quantidade de novas demandas massificadas se apresentam rotineiramente. Logo, o IRDR desperta destacado interesse na órbita da jurisdição federal como a ferramenta capaz de gerir e julgar tais processos de forma econômica e eficiente.

Numa microcomparação dos sistemas processuais relevantes que adotam técnicas para solução de processos repetitivos, há dois sistemas possíveis: regime da causa-modelo (simbolizado pelo *Musterverfahren* do direito processual alemão) e regime da causa-piloto (*Pilotverfahren*, a exemplo do *Testprozess* do direito processual austríaco).

O IRDR, tal como previsto no CPC e tal como vem sendo tratado nos TRFs, não adotou puramente nenhum dos sistemas conhecidos. Mais uma vez, como típico no Direito Brasileiro, desenvolvemos um modelo próprio, um *tertium genus* procedimental para solução de demandas de massa.

Garantidamente não é causa-modelo (*Musterverfahren*), pois o CPC e os Tribunais buscam, sempre que possível, o julgamento concomitante do processo pendente. Alguns TRFs, por exemplo, determinam a prevenção do relator do processo pendente para relatar o incidente (TRFs 1º e 4ª), ou determinam a redistribuição do processo pendente ao relator do IRDR (TRF2).

Garantidamente não é causa-piloto, pois o CPC permite “vida própria” ao incidente em caso de desistência do caso concreto adjacente. Ademais, reconhecendo-se a possibilidade de IRDR em matéria de juizados, por óbvio, o Tribunal jugará a questão jurídica sem julgar o caso concreto, sobre o qual falece competência.

Assim, reconhece-se dos regimentos internos e das primeiras decisões sobre admissão de IRDRs ausência de uniformidade, com uma tendência à adoção de um modelo *predominantemente* de causa-piloto, como já era da nossa tradição ao tempo das primeiras modificações no regime de processamento de RESP e RE, com determinação da escolha de recursos “representativos da controvérsia”.

Os Tribunais Regionais Federais, como o TRF4, mais explícitos quanto à adoção do regime da causa-piloto, reconhecem, contudo, a impossibilidade de seguir tal modelo em todas as situações, hipóteses em que adotam no processamento do incidente o regime da causa-modelo.

Daí a regra geral nos Tribunais Regionais Federais de existir apenas uma *predominância* do regime da causa-piloto, coexistindo com o procedimento-modelo, quando necessário.

REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, v. 231, maio 2014.

CAVALVANTI, Marcos de Araujo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 193, mar. 2011,

_____. *A Fazenda Pública em juízo*. São Paulo: Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil - Volume único*, Salvador: Jus Podvim. 2016

NUNES, Dierle; PATRUS, Rafael Dilly. Uma breve notícia sobre o procedimento-modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: um contributo para o estudo do incidente de Resolução de demandas repetitivas brasileiro. In: FREIRE, Alexandre *et al* (org.). *Novas tendências do Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.

PINTO, Luís Filipe Marques Porto Sá. Técnicas de tratamento macromolecular dos litígios: tendência de coletivização da tutela processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, v. 219, maio 2013.

TEMER, Sofia. *Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TESHEINER, José Maria Rosa; VIAFORE, Daniele. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, Belo Horizonte, ano 23, n. 91, p. 171-224, jul./set. 2015.

A ADVOCACIA PÚBLICA E A PRERROGATIVA DA CONTAGEM EM DOBRO PARA OS PRAZOS FIXADOS PELO JUIZ

*THE PUBLIC ADVOCACY AND THE DOUBLE COUNTING
PREROGATIVE FOR THE DEADLINES SET BY THE JUDGE*

Marco Aurélio Ventura Peixoto

Mestre em Direito Público pela UFPE. Especialista em Direito Público pela UnB.

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro e Sócio-

Fundador da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo – ANNEP.

Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPro. Professor

Honorário da Escola Superior de Advocacia Ruy Antunes – ESA-OAB/PE.

Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário Estácio do Recife.

Conselheiro Seccional da OAB/PE.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Razões Justificadoras da Contagem Diferenciada dos Prazos para a Fazenda Pública; 2 Prazos Materiais e Prazos Processuais; 3 A Prerrogativa da Contagem em Dobro para os Prazos Fixados Pelo Juiz; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto a análise da prerrogativa conferida à Advocacia Pública, de ter os seus prazos contados em dobro para as manifestações processuais. São analisadas as razões que justificam a existência de tal prerrogativa na legislação processual civil brasileira, a fim de demonstrar que não se trata de privilégio afrontador da isonomia entre as partes. Na sequência, faz-se uma distinção entre prazos processuais e materiais. Por fim, aborda-se a polêmica doutrinária acerca da incidência da prerrogativa naqueles prazos fixados pelo juiz, a fim de identificar se a dobra é ou não aplicável.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Advocacia Pública. Prazo em Dobro.

ABSTRACT: The purpose of this study is to analyze the prerogative granted to Public Advocacy to have its deadlines doubled for procedural manifestations. The reasons that justify the existence of such prerogative in the Brazilian civil procedural law are analyzed, in order to demonstrate that it is not a privileging affront to the equality between the parties. Subsequently, a distinction is made between procedural and substantive deadlines. Finally, the doctrinal controversy about the incidence of the prerogative in those deadlines fixed by the judge, in order to identify whether the fold is or is not applicable, is approached.

KEYWORDS: Civil Procedure. Public Advocacy. Deadline in Double.

INTRODUÇÃO

Vencido o primeiro ano de vigência do Código de Processo Civil de 2015, são necessárias algumas reflexões acerca das primeiras aplicações que o novo diploma introduziu na rotina e na atuação dos operadores do Direito, inclusive do ponto de vista da interpretação que os tribunais pátrios têm dado às suas disposições.

A advocacia pública mereceu tratamento especial no Código, o que demonstrou o reconhecimento da importância da atividade exercida pelos que defendem em juízo as pessoas jurídicas de direito público.

As normas processuais foram, com o passar dos anos, adaptando-se, amoldando-se à presença da Fazenda Pública nas demandas, introduzindo para tanto algumas prerrogativas necessárias à boa atuação dos entes que integram a Fazenda Pública.

Segundo se sabe, a Fazenda Pública não reúne, para sua defesa em juízo, as mesmas condições que tem um particular na tutela de seus interesses.

À Fazenda são conferidas várias prerrogativas, justificadas pelo excessivo volume de trabalho, pelas dificuldades estruturais da Advocacia Pública e pela burocracia inerente à sua atividade, que dificulta o acesso aos fatos, elementos e dados da causa.

Sendo assim, as prerrogativas que a legislação assegura à Advocacia Pública não devem ser encaradas como privilégios, já que o tratamento diferenciado tem uma razão de ser – proteção do interesse público – e atende plenamente à ideia da isonomia processual.

Assim é que, no diploma de 2015, houve a introdução de novas prerrogativas, enquanto outras foram restringidas ou eliminadas, cumprindo realçar alguns dos principais aspectos dessas mudanças, no que passou a ser um novo cenário de atuação da Fazenda Pública em juízo.

Dentre as prerrogativas estabelecidas para a Fazenda Pública, a contagem diferenciada dos prazos para a prática de atos processuais é, sem dúvida, uma das mais relevantes.

Se no Código de Processo Civil de 1973, a previsão era de prazos quadruplicados para contestar e dobrado para recorrer, a lei de 2015 estabeleceu, em seu art. 183, o prazo dobrado para a prática de todos os atos de natureza processual.

No presente artigo, objetiva-se analisar não apenas a relevância dessa contagem diferenciada dos prazos processuais a cargo da Fazenda Pública, mas em especial as polêmicas que daí decorrem.

Uma delas decorre da exceção, contida no art. 183, §2º, do CPC/2015, de que não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

A interpretação literal poderia levar à conclusão que a exceção é de ser aplicada apenas aos prazos previstos em lei para a Fazenda, de modo que todos os prazos que fossem fixados pelo juiz seriam contados em dobro. Mas não é assim que pensa a doutrina, como se haverá de observar no estudo presente, e o assunto certamente será enfrentado, dentro em breve, pelos tribunais superiores.

1 RAZÕES JUSTIFICADORAS DA CONTAGEM DIFERENCIADA DOS PRAZOS PARA A FAZENDA PÚBLICA

É cediço que a missão institucional da Advocacia Pública não se esgota na atividade de representação processual dos entes públicos, já que também integra sua atribuição a atividade de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo (MONNERAT, 2015, p. 207). No entanto, é fato que para o Processo Civil a atividade de representação judicial é a que tem primazia, razão pela qual quando se fala em prerrogativas inerentes às pessoas jurídicas de direito público, em regra são elas típicas da sua atuação em juízo.

A prerrogativa da contagem diferenciada de prazos para a atuação da Fazenda Pública em juízo não se trata de inovação do Código de Processo Civil de 2015. Tal já se dava desde o Código de 1939, o qual, em seu art. 32, previa que os prazos seriam diferenciados para a Fazenda Pública, contados em quádruplo para contestação em dobro para a interposição de recurso.

Já no Código de 1973, a previsão constou do art. 188, com idêntica indicação de prazo quaduplicado para contestação e dobrado para recursos.

Como não poderia ser diferente, a garantia da contagem diferenciada dos prazos processuais para a Fazenda Pública sempre despertou críticas, por vezes muito ácidas, sobre uma suposta quebra de isonomia na relação processual, de modo a que se poderia compreender tais previsões como verdadeiros privilégios e não propriamente como prerrogativas.

Privilégio advém do latim *privilegium*, que significa direito especial concedido a alguém, sendo uma vantagem indevida em desfavorecimento dos outros. Prerrogativa vem de *praerogativa*, sendo um direito especial concedido a alguém devido ao cargo, posição que ocupa (MACEDO, 2015, p. 44).

Há quem defenda que existe uma incompatibilidade entre isonomia e privilégio, e que esse é caso de infração intolerável ao princípio constitucional da isonomia (GUERRA FILHO, 2007, p. 204).

Não se deve compreender dita contagem como privilégio, portanto. A isonomia pode e deve ser respeitada, e é exatamente o que se faz quando se estabelece prazo diferenciado para a advocacia pública.

Se há desigualdade entre os polos de uma relação processual, desigualmente devem ser tratados pelo legislador, razão pela qual é plenamente justificado que exista, no texto constitucional, no novo CPC ou em outras leis esparsas, um regime diferenciado para a atuação da Fazenda Pública em juízo.

É cediço que cabe à Fazenda Pública velar pelo interesse público, e este, além de indisponível, deve ser colocado em posição de supremacia em relação aos interesses privados.

Nessa linha de raciocínio, não há inconstitucionalidade ou ilicitude no estabelecimento de prerrogativas aos seus entes quando da atuação junto ao Poder Judiciário, desde que se evidenciem necessárias à adequada atuação de seus representantes judiciais, que as regras correspondentes sejam fixadas de acordo com a razoabilidade e que o tratamento diferenciado encontre respaldo na necessidade de preservação do interesse público primário, qual seja, o da coletividade.

A dificuldade na coleta de elementos fáticos para a defesa, aliada à sobrecarga de trabalho a que são acometidos, em regra, os advogados públicos, justificam plenamente o tratamento especial conferido pelo legislador (PEIXOTO, 2015, p. 905).

Dessa forma, na obtenção de informações na atuação processual não há uma igualdade de oportunidades entre as pessoas jurídicas de direito público e os particulares em geral, o que justifica seja dado um tratamento diferenciado às primeiras (RODRIGUES, 2016, p. 72).

É sim razoável a ampliação desses prazos, na linha de que, além de o interesse perseguido e defendido ser o público e de suas derrotas refletirem ainda que indiretamente na própria sociedade, é de se convir que sua defesa é mais complicada quando envolve matéria fática, já que se faz necessário movimentar a máquina administrativa em busca de documentos, fichas financeiras e outras comprovações ou elementos que possam embasar a defesa do ente público.

O CPC/2015 continuou a prever prazos específicos e mais extensos para a Fazenda Pública, assim como para o Ministério Público e para a Defensoria Pública. O art. 183 determina que a Fazenda Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, norma também aplicável ao Ministério Público e à Defensoria Pública (arts. 180 e 186).

A rigor, como bem realça Luiz Rodrigues Wambier (2016, p. 442), não se cuida de uma prerrogativa do advogado público em si, apesar de prevista no capítulo destinado à Advocacia Pública, mas sim dos entes que ele representa, de modo que, em havendo um advogado privado contratado para representar judicialmente um ente da Fazenda Pública, também incidirá o prazo em dobro.

Mister destacar, ainda, que as sociedades de economia mista e as empresas públicas não se beneficiam dos favores do art. 183, porque seu regime jurídico é de direito privado, integrando apenas a administração indireta, segundo a sistemática do Decreto-lei n.º 200/67 (THEODORO JR., 2015, p. 526).

Apesar de ter havido uma diminuição do benefício no que tange à contestação, que deixou de ser em quádruplo e passou a ser em dobro, houve o ganho de as pessoas jurídicas de direito público passarem a dispor do prazo contado em dobro para todas as manifestações processuais, como por exemplo no oferecimento de réplica à contestação ou de contrarrazões a um recurso. Fora isso, como o art. 219 previu a contagem dos prazos em dias úteis, dita regra acabou por também beneficiar toda a advocacia – pública ou privada.

Não há contagem em dobro se houver prazo próprio para o ente público estabelecido pela lei, a exemplo dos arts. 535 e 910 do CPC/2015, que estabelece o prazo de trinta dias para a Fazenda impugnar a execução.

2 PRAZOS MATERIAIS E PRAZOS PROCESSUAIS

O art. 219 do Código de Processo Civil/2015 prevê a contagem em dias úteis para os prazos processuais, excluindo-se assim desse tipo de contagem os prazos de cunho material. Desse modo, os prazos iniciados a partir da entrada em vigor do atual Código (mesmo para os processos ajuizados antes da sua vigência) passaram a ser contados em dias úteis, de modo a se excluir, portanto, os sábados, domingos e dias em que não haja expediente forense.

Há que se fazer distinção, portanto, entre os prazos processuais e os prazos materiais.

Prazo processual é o intervalo temporal de que se dispõe para a prática de um ato processual ou que acarreta consequências de ordem processual, distinguindo-se assim do prazo material, que é o lapso que se tem para a prática de um ato não qualificado como processual, mesmo que previsto no Código de Processo Civil.

No caso dos prazos materiais, a contagem não se faz em dias úteis, mas sim de modo contínuo. Assim, há alguns prazos, inclusive estabelecidos no Código de Processo Civil, que não seguem a lógica do art. 219, persistindo a contagem em dias corridos.

Não se haverá de contar em dias úteis, por exemplo, o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do mandado de segurança, que é prazo decadencial, assim como o prazo de dilação na citação por edital (art. 257, III), visto que não se cuida, na hipótese, de prazo para a prática de nenhum ato processual.

Também não se há de contar em dias úteis o prazo de dez dias para a intimação tácita no processo eletrônico, previsto no art. 5º, §3º, da Lei n.º 11.419/2006. Não por ser prazo material, porque é prazo concedido para a prática de um ato processual, mas sim porque a lei específica prevê de modo diverso do CPC/2015, e sobre este deve prevalecer.

Por outro lado, apesar de algumas divergências doutrinárias, parece-nos que o prazo para cumprimento de medidas liminares que determinam obrigação de fazer, e o prazo para pagamento, no cumprimento de sentença e na execução (arts. 523 e 829) se afiguram como prazos processuais, como leciona Cássio Scarpinella Bueno (2016, p. 445), porque, ainda que os atos em si não sejam tipicamente processuais, inegavelmente as consequências são de cunho processual. A respeito, a I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho de Justiça Federal editou enunciado¹, seguindo a linha de entendimento da contagem em dias úteis, especificamente no caso do art. 523.

Segundo já aqui visto, o art. 183 do Código de Processo Civil estatui, como já visto, o prazo dobrado para as manifestações processuais a cargo da Fazenda Pública. Para tanto, para que se possa identificar se incide ou não a dobra no prazo previsto para a Fazenda Pública, faz-se mister a verificação se o ato é ou não processual.

Assim, se estivermos diante, por exemplo, de um prazo prescricional ou decadencial, não pode pretender a Fazenda Pública que tais prazos lhes sejam contados de forma dobrada, porque são prazos de natureza material. Por outro lado, em se cuidado de um prazo de natureza processual, a regra é a incidência da dobra, ressalvadas evidente as situações a serem analisadas no capítulo seguinte, fruto do §2º do art. 183.

3 A PRERROGATIVA DA CONTAGEM EM DOBRO PARA OS PRAZOS FIXADOS PELO JUIZ

Como dito acima, o §2º do art. 183 do Código de Processo Civil estabeleceu que não há a contagem em dobro dos prazos para a Fazenda Pública quando a lei estabelecer expressamente um prazo próprio para o ente público.

No Código de Processo Civil, são exemplos os arts. 535, que prevê o prazo de 30 dias para a Fazenda Pública impugnar o cumprimento de sentença, e o art. 910, que prevê igual prazo para que a Fazenda Pública ofereça embargos à execução. Nesses casos, são prazos previstos em lei, de modo expresse, para a pessoa jurídica de direito público, razão pela qual não se haverá de aplicar o *caput* do artigo 183, mas o seu §2º, isto é, o prazo é contado de forma simples.

1 Enunciado 89 – CJF: Conta-se em dias úteis o prazo do *caput* do art. 523 do CPC.

Ainda no Código de Processo Civil, a doutrina diverge no que tange à contagem em dobro na resposta à ação rescisória. O art. 970 prevê que o relator ordenará a citação do réu, designando-lhe prazo nunca inferior a 15 (quinze) dias nem superior a 30 (trinta) dias para, querendo, apresentar resposta. O prazo, nesse caso, é misto (legal e judicial ao mesmo tempo), visto que o legislador deixou a critério do relator um mínimo e um máximo de dias para o prazo processual.

A respeito, Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 52) entende que o prazo, por ser judicial, em sua visão, não dobra, de modo a que o relator, sendo ré a Fazenda Pública na ação rescisória, deverá levar esse dado em conta na estimativa do prazo que vier a ser estabelecido. Já Marco Antonio Rodrigues (2016, p. 79) entende que a prerrogativa fazendária não é incompatível com prazos mistos, já que o legislador não efetuou limitação.

Sobre a questão, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento (RESP 363.780/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, DJ 02.12.2002), fixado ainda quando da vigência do CPC/73, no sentido de que o benefício do prazo diferenciado para a Fazenda Pública deve ser estendido também à ação rescisória.

Fora do Código de Processo Civil, é de se indicar a não incidência do prazo em dobro no âmbito dos Juizados Especiais Federais (para as demandas contra a União, as autarquias e as fundações públicas federais) e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (para os Estados, Municípios, autarquias e fundações públicas estaduais ou municipais), em decorrência de expressas previsões, tanto na Lei n.º 10.259/2001 (art. 9º), como na Lei n.º 12.153/2009 (art. 7º), no sentido de que a Fazenda não disporá de prazos diferenciados nos processos que estejam em curso em tais juizados.

Ademais, ainda que haja entendimento contrário no STJ (AgRg no AgRg na SLS 1.955/DF, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 29.04.2015), também não se há de falar em prazo contado em dobro quando da interposição de agravo interno, pela Fazenda Pública, contra a decisão do Presidente do Tribunal, que indefere o pedido de suspensão de segurança (art. 15 da Lei n.º 12.016/2009 e art. 1.021 do CPC/2015), sendo apenas de 15 (quinze) dias o prazo, visto que somente é cabível para a Fazenda Pública, cuidando-se de prazo específico fixado em lei.

No caso da ação popular, a previsão do art. 7º, inciso IV, da Lei n.º 4.717/65 é de que o prazo para contestar é de 20 (vinte) dias, podendo o magistrado, a requerimento do interessado e diante de certas situações, prorrogar por mais 20 (vinte) dias.

Aqui, parece incompatível dita previsão com o art. 183, *caput*, de modo a não se dobrar o prazo, visto que já existe previsão específica

permitindo a dilação do prazo. De todo modo, essa ressalva vale apenas para a contestação, de modo que, estando presente na lide a Fazenda Pública, as demais manifestações processuais a encargo do respectivo ente terão o prazo regularmente contado em dobro.

Há quem defenda, no mandado de segurança, a contagem em dobro do prazo para a prestação de informações a cargo da autoridade coatora (RODRIGUES, 2016, p. 80), pelo fato de que é manifestação realizada pelo agente enquanto membro do órgão ou da entidade pública.

Não pensamos dessa forma. Apesar de compreender que ao mandado de segurança são aplicadas inúmeras das inovações do CPC/2015, como a contagem dos prazos em dias úteis – inclusive para a prestação de informações –, positivada no Enunciado n.º 11 do Fórum Nacional do Poder Público, a prestação de informações, em si, representa ato da autoridade responsável pela ação ou omissão causadora de lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, e que pode nem ser coincidente com o que pensa sobre a questão a Administração Pública, podendo esse agente, aliás, nem integrar a Administração.

Dessa forma, discordamos de tal posicionamento, de modo que a prestação de informações deve ser oferecida no prazo de 10 (dez) dias, previsto na Lei n.º 12.016/2009, ressaltando que as manifestações processuais eventualmente produzidas pelo ente – e não pelo agente – deverão ter o prazo contado em dobro, aplicando-se a regra do *caput* do art. 183 do Código de Processo Civil.

Não é de se aplicar também a contagem em dobro dos prazos na ação direta de inconstitucionalidade, na ação declaratória de constitucionalidade e na ação de descumprimento de preceito fundamental.

Sobre o tema, o STF se pronunciou, na ARE 661.288/SP (Rel. Min. Dias Toffoli, DJ 24.09.2017), no sentido de que não são contados em dobro os prazos nessas ações, salvo nos recursos extraordinários a serem eventualmente interpostos.

Questão das mais intrigantes, decorrentes das previsões constantes do art. 183 do CPC/2015, reside na contagem em dobro ou não dos prazos para a Fazenda Pública que não estiverem previstos em lei, isto é, que vierem a ser fixados pelo juiz.

Segundo já dito, a exceção contida no §2º do art. 183 indica que o benefício da contagem em dobro do prazo não é de se aplicar quando a lei estabelecer expressamente um prazo próprio para o ente público.

Não há dúvidas, portanto, que o prazo é dobrado como regra e que, como exceção, será simples naquelas situações em que o Código de Processo Civil – como já exemplificado nos arts. 535 e 910 – ou outra lei esparsa estabelecer prazo específico para a Fazenda Pública.

Mas, e quando o prazo não estiver estabelecido em lei? Sabemos que, diante da omissão legislativa na fixação de um prazo, caberá ao juiz fazê-lo.

Fôssemos proceder a uma leitura literal do dispositivo, concluiríamos que, sendo judicial o prazo, não haveria de se enquadrar na exceção estatuída pelo §2º do art. 183, visto que tal se dirige, conforme se depreende do texto, aos prazos próprios previstos expressamente em lei.

Não há consenso na doutrina, entretanto. Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 43) entende que o art. 183 do CPC/2015 aplica-se apenas aos prazos legais, não colhendo os prazos judiciais. Para ele, nesses últimos, o juiz já fixa o prazo e, ao fixá-lo, leva em conta que seu destinatário é a Fazenda Pública.

O mesmo autor acima citado (2016, p. 48) defende, levando em conta dito raciocínio, que o arrolamento de testemunhas, previsto no art. 357, §4º, que deverá ser feito em prazo não superior a 15 (quinze) dias, por se tratar de prazo judicial, já que é o juiz que haverá de estabelecê-lo, sem a possibilidade de superá-lo, não poderá ser dobrado para a pessoa jurídica de direito público.

Por outro lado, Marco Antonio Rodrigues (2016, p. 78) sustenta que a previsão do prazo dobrado para manifestações processuais é aplicável para todas as manifestações do Poder Público em juízo, a menos que haja previsão legal em sentido contrário. Assim, se o prazo tiver sido arbitrado pelo juiz às partes, sem estabelecer sua improrrogabilidade e sem que haja algum dispositivo em lei que afaste a sua dobra, tal prazo deve ser computado em dobro.

Pensamos que é necessário se fazer uma distinção, nesse caso dos prazos fixados pelo juiz, no que toca ao prazo particular e ao prazo comum.

Sendo o prazo particular, isto é, havendo o juiz intimado o ente público para o cumprimento/prática de algum ato processual, é de se imaginar que o juiz, com efeito, levou em consideração que estava a fixar um prazo específico para a Fazenda Pública, de modo que, neste caso, incide a exceção prevista no art. 183, §2º, não se dobrando o prazo. Assim, o juiz, ao determinar o prazo, já terá refletido sobre a presença da pessoa jurídica de direito público num dos polos da relação jurídica e observado as peculiaridades que justificam um prazo mais dilatado para aquela parte.

Por exemplo, se em uma determinada demanda, a parte adversária acostou um documento e o juiz resolve abrir prazo para a Fazenda Pública se manifestar sobre o referido documento, por ser esse prazo judicial e particular, não haverá o ente público de entender que disporá de prazo dobrado, mas sim simples.

Numa outra situação hipotética, imaginando que o juiz abriu prazo para a Fazenda Pública se manifestar sobre a expedição de uma requisição

de pequeno valor ou sobre um precatório, como está sendo intimada apenas a Fazenda Pública, o prazo judicial fixado não será contado em dobro.

Da mesma forma, sendo intimada a Fazenda para o cumprimento de obrigações de fazer, como por exemplo a implantação de um benefício previdenciário ou o fornecimento de fichas financeiras para cálculo, pensamos que dito prazo deverá ser contado não em dobro, mas de modo simples. A ausência de dobra, nessas hipóteses, não decorre da interpretação de que o prazo é material, como já rechaçamos linhas atrás – até porque se assim o fosse, teríamos que interpretar que seriam contados não em dias úteis –, mas porque, apesar de processual o prazo, o juiz estará considerando que a obrigação é para a Fazenda e, portanto, já levando em consideração as peculiaridades burocráticas e operacionais que dito ente público tem, de modo a não incidir a dobra prevista no *caput* do art. 183.

De outra sorte, imaginando um prazo que, apesar de judicial – isto é, não previsto em lei –, foi aberto em comum para ambas as partes, e sendo a pessoa jurídica de direito público uma dessas partes, pensamos que a exceção do §2º do art. 183 não haverá de ser aplicada, de modo a que, aplicando-se a regra do *caput*, o prazo será sim contado em dobro.

Dita interpretação tem sustentação no princípio da isonomia. Cabe ao juiz velar pela garantia da isonomia processual, e como já se sustentou essa isonomia não significa um tratamento rigorosamente igual para as partes, já que, havendo partes com situações distintas, como um ente público ou um pobre na forma da lei, natural que a lei preveja prerrogativas processuais, como a contagem diferenciada de prazos.

Ora, se o juiz abrirá um prazo que será comum para a parte e para o ente público, e sendo processual esse prazo, é de se depreender que interpretar como sendo idêntico o prazo da Fazenda e do particular representaria uma clara afronta à isonomia. Se quando é legal dobra, por que quando é judicial não dobraria? Não haveria sentido, nesse caso, pensar o contrário.

Fôssemos imaginar que não dobra, mas seguindo o raciocínio de alguns, o juiz já terá considerado a presença da Fazenda, é de se supor que o particular disporá de prazo superior ao que lhe seria adequado, razão pela qual a isonomia estaria violada, não em prol da Fazenda, mas sim do particular.

Por isso, sustentamos aqui o posicionamento de que, em sendo o prazo fixado pelo juiz, se for ele comum, isto é, aberto para ambas as partes (Fazenda Pública e adversário), o prazo deverá ser contado em dobro, aplicando-se o *caput* do art. 183; sendo particular o prazo, ou seja, aberto tão somente para a Fazenda Pública, deverá ser contado de modo simples, isto é, incidindo na hipótese a exceção do §2º do art. 183.

Entendemos que a interpretação aqui defendida se aplica inclusive ao prazo subsidiário estabelecido pelo art. 218, §3º, do CPC. Tal dispositivo indica que, quando não existir preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

Assim, a nosso ver, se ocorrer de o juiz determinar às partes em comum a prática de um ato processual e não fixar prazo, não sendo previsto também em lei o prazo, o particular disporá de 5 (cinco) dias e a Fazenda Pública de 10 (dez) dias para fazê-lo. De outra banda, caso seja a situação de o prazo ser apenas para a Fazenda Pública praticar determinado ato, não houver previsão legal e o juiz não houver fixado expressamente, o prazo de 5 (cinco) dias do art. 218, §3º não deverá ser dobrado, visto que é de se supor que o magistrado tomou em conta que a Fazenda não precisaria de prazo mais dilatado para cumprir com seu encargo processual.

No mês de junho de 2017, ocorreu em São Paulo o III Fórum Nacional do Poder Público – FNPP, evento que reuniu processualistas e operadores do Direito, a maioria deles advogados públicos, para debater e aprovar enunciados interpretativos do Código de Processo Civil e de outras leis esparsas, no tocante à atuação dos entes públicos.

Em tal evento, propusemos no Grupo de Trabalho “Prerrogativas Processuais e Fazenda Pública” um enunciado², que foi aprovado à unanimidade na plenária, aplicando o raciocínio acima defendido. Para tanto, firmou-se a interpretação de que devem ser computados em dobro os prazos comuns fixados pelo juiz.

Evidentemente, o enunciado acima referido se trata de um enunciado interpretativo, sem poder vinculante, representando algo que se insere no campo da argumentação e da persuasão, e não no campo dos precedentes obrigatórios.

Não deve, por outro lado, ser minimizada a importância de enunciados como os do FNPP, ou os do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC, do Conselho de Justiça Federal – CJF, ou da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, visto que representam posicionamentos – nos dois primeiros casos extraídos à unanimidade – que demonstram o pensamento doutrinário, acadêmico ou mesmo profissional acerca de temas que chegam rotineiramente aos autos de processos judiciais.

Essa questão da incidência ou não da dobra de prazo para os entes públicos, quando diante de prazos fixados pelo juiz, como visto, não é objeto de consenso doutrinário, mas certamente chegará em breve ao

2 Enunciado 53 - FNPP (art. 183, §2º, CPC/15): Os prazos comuns fixados pelo juiz devem ser contados em dobro para a fazenda pública. (Grupo: Prerrogativas Processuais e Fazenda Pública)

enfrentamento dos tribunais superiores, os quais se incumbirão de dirimir tal polêmica para os que lidam, defendendo ou atacando, com a atuação da Fazenda Pública em juízo.

4 CONCLUSÃO

Como verificado no estudo presente, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu disciplinamento específico à advocacia pública, como também houve por fazer em relação à Defensoria Pública, em uma clara demonstração de valorização da importância da relevante função essencial à justiça que desempenha os seus membros.

Não se pode, por outro lado, atribuir ao atual Código de Processo Civil a instituição de prerrogativas processuais, como instrumento de proteção do erário público e, por conseguinte, das próprias pessoas jurídicas de direito público. Boa parte dessas prerrogativas já estava presente no Código de 1939, como igualmente no diploma de 1973, revogado pelo Código de 2015.

Esse tratamento diferenciado, conferido quando presente numa lide a Fazenda Pública, sempre despertou polêmicas e ácidas críticas, quer de uma parcela da doutrina, quer daqueles que costumeiramente, na advocacia privada, litigam contra o Poder Público. Como regra, a crítica é quanto ao eventual desrespeito à isonomia garantida constitucionalmente, de modo que a criação, por lei, de instrumentos de tratamento distinto do particular, faria desses privilégios e não verdadeiramente prerrogativas.

Pudemos sustentar que o tratamento desigual conferido por lei à Fazenda Pública é, em linha contrária às críticas, ferramenta de atenção e respeito à pretendida isonomia que as partes devem ter numa relação processual, tendo em conta que os advogados públicos não possuem, para a defesa das pessoas jurídicas que representam, as mesmas condições que os advogados privados têm para a defesa de seus clientes.

A prerrogativa da contagem diferenciada dos prazos para a Fazenda Pública está inserida em nossa legislação processual desde o Código de 1939, mas o Código de 2015 inseriu importante modificação, porque estabeleceu que os prazos processuais a cargo dos entes públicos seriam contados em dobro. Se, por um lado, perdeu-se o prazo antes quadruplicado para contestar, ganhou-se a dobra para manifestações outras que não apenas os recursos e a contestação, conforme previsão do *caput* do art. 183.

Para que esse prazo seja dobrado, mister que seja um prazo de natureza processual, isto é, que o ato a ser praticado seja um ato processual ou que acarreta consequências de ordem processual, de modo que, em

sendo um prazo material, contar-se-á de modo simples o prazo, mesmo para a Fazenda Pública.

O ponto central do estudo desenvolvido no texto presente foi a ressalva, inserida no §2º do art. 183 do Código de Processo Civil, de que não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Não há propriamente polêmica quando são observadas aquelas situações em que é, de fato, a lei que estabelece prazo próprio, a exemplo de algumas previsões do Código de Processo Civil (prazo para a impugnação ao cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública ou para os embargos à execução contra a Fazenda Pública) ou de leis específicas, como no caso dos Juizados Especiais, em que há regra clara em sentido contrário, vedando prazos diferenciados para a Fazenda Pública.

Não é pacífica, porém, a interpretação que deu a doutrina a tal ressalva quando se cuida dos prazos fixados pelo juiz, isto é, naquelas situações em que não houve o estabelecimento de prazo pelo legislador para o ente público.

Apesar de haver entendimento no sentido de que, independentemente de ser comum ou particular o prazo, não haverá a dobra para a Fazenda Pública em se tratando de prazo judicial, não assim interpretamos. Parece mais razoável e consonante com a isonomia constitucional que, em sendo fixado pelo juiz, o prazo seja dobrado quando for comum às partes, isto é, quando aberto ao mesmo tempo para a Fazenda Pública e para seu adversário, ao passo em que seja simples quando for particular, dirigido estritamente à Fazenda Pública, porque nessa situação o juiz já terá levado em consideração que o ato a ser praticado o será pelo ente público.

Dita questão foi objeto de enfrentamento, como observado, no III Fórum Nacional do Poder Público, quando se chegou a editar o Enunciado n.º 53, de cunho interpretativo ao art. 183, §2º do Código de Processo Civil, firmando-se o entendimento aqui defendido, de aplicação da dobra à Fazenda mesmo nos prazos fixados pelo juiz, mas desde que seja um prazo comum.

A matéria demanda logicamente prudência no enfrentamento prático dos advogados públicos, visto que a diversidade de interpretações na doutrina também se reflete por conseguinte na atuação dos magistrados. Não há dúvidas de que, em temas mais sensíveis ou relevantes, a cautela seja adotada para evitar que se interprete como intempestiva a prática de um dado ato processual. Sendo prerrogativa, apesar da cautela, não pode ser deixada de lado e por sua aplicação devem zelar os advogados públicos, até que os tribunais superiores confirmem, como não deve tardar, a interpretação definitiva quanto à aplicação.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: RCS, 2007.

MACEDO, Bruno Régis Ferreira. As mudanças do NCPC no papel da Fazenda Pública: considerações sobre a capacidade postulatória, prazo processual e o reexame necessário. In: MOUTA ARAÚJO, José Henrique; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Coleção Repercussões do Novo CPC*, v. 3. Advocacia Pública. Salvador: Jus Podivm, 2015.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. *Introdução ao estudo do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. Fazenda Pública em Juízo. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 2: processo de conhecimento e disposições finais e transitórias. Salvador: Jus Podivm, 2015.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A fazenda pública no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. v. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. v. 2. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL NO STJ E NO STF

*CONSTITUTIONAL COMPLAINT BEFORE THE SUPREME
COURT AND HIGH COURT OF JUSTICE*

Paulo Gustavo Medeiros Carvalho

*Advogado-Geral da União Substituto. Secretário-Geral de Consultoria da AGU.
Procurador Federal. Professor do UniCEUB e da pós-graduação do IDP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breve histórico; 2 Natureza Jurídica; 2.1 Ação; 2.2 Recursos; 2.3 Sucedâneo Recursal; 2.4 Remédio Incomum ou Sui Generis; 2.5 Incidente Processual; 2.6 Medida de Processual Constitucional; 2.7 Direito de Petição; 3 Função; 4 Possibilidade de Reclamação nos Tribunais Pátrios; 4.1 Supremo Tribunal Federal; 4.2 Superior Tribunal de Justiça; 4.3 Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral; 4.4 Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais; 5 Transcendência dos Motivos Determinantes no Controle Concentrado; 6 Da Mutação do Inciso X do Artigo 52 da Constituição da República Federal do Brasil; 7 Regularidade Formal; 8 Legitimados; 9 Reclamação e Coisa julgada – Enunciado da Súmula nº 734 do STF; 10 Competência; 11 Procedimento; 12 Efeitos; 13 Recorribilidade; 14 Conclusão; Referências.

RESUMO: A reclamação ganhou novos contornos com a promulgação do novo Código de Processo Civil. A lei federal estabeleceu novas hipóteses para propositura do instituto, além de possibilitar o ingresso em qualquer tribunal. Com o efeito vinculante e, mais recentemente, a objetivação do processo, a reclamação se tornou instituto de ainda maior relevância.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Civil. Reclamação. Objetivação do Processo.

ABSTRACT: The complaint has adquired new improvements with enactment of the new Brazilian Civil Procedure Code. This federal law settled new hypotheses for the file the institute in addition to enable entry any court. Having binding effect and recently objectivation, the complaint became an institute of even greater relevance.

KEYWORDS: Civil Litigation. Complaint. Purpose of the Prosecution.

INTRODUÇÃO

A reclamação é instituto pelo qual se busca garantir a autoridade das decisões e preservar a competência dos tribunais, a partir da concepção de teoria dos poderes implícitos, hoje positivada na Constituição da República Federativa do Brasil em hipóteses direcionadas ao Supremo Tribunal Federal (alínea *l* do inciso I do artigo 102 e artigo 103-A) e ao Superior Tribunal de Justiça (alínea *f* do inciso I do artigo 105), bem como no artigo 988 e seguintes do Código de Processo Civil.

1 BREVE HISTÓRICO

A inspiração para a possibilidade da reclamação foi a teoria dos poderes implícitos elaborada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *MacCulloch vs. Maryland*, em que aquela corte adotou a tese segundo a qual sempre que a Constituição trouxer uma competência para um órgão estabelece também mecanismos para tornar efetiva suas funções, não havendo a necessidade de que haja disposição expressa a respeito¹.

Desta forma, mesmo que implicitamente, os órgãos que recebem uma competência constitucional devem ser dotados de meios adequados e, muitas vezes necessários, para obstar eventual restrição à sua correta atuação, que poderia ser verificada, direta ou indiretamente, quando da usurpação de sua competência ou desrespeito à autoridade de suas decisões.

O instituto da reclamação surgiu a partir de uma construção jurisprudencial, uma vez que não houve qualquer menção ao instituto nas Constituições de 1824, 1891, 1934 e 1937.

Assim até a edição da Constituição de 1946, o fundamento para a reclamação decorria exclusivamente da teoria dos poderes implícitos, não encontrando base no direito positivado.

O inciso II do artigo 97 da Constituição de 1946, estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para elaborar seu próprio regimento, o que possibilitou a positivação do instituto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal².

As alíneas *a* e *c* do § 3º do artigo 119 da Constituição de 1967 expressamente possibilitou que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelecesse a competência do Plenário do Tribunal, além dos casos previstos naquele diploma

1 PACHECO, José da Silva. *A reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição*. RT 646. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 20/21.

2 Art. 97. Compete aos tribunais:

II – elaborar seus regimentos internos e organizar os serviços auxiliares, providendo-lhes os cargos na forma da lei, e bem assim propor ao Poder Legislativo competente a criação ou extinção de cargos e a fixação dos respectivos vencimentos;

constitucional, cabendo ao tribunal regular o processo e julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal, o que foi reproduzido nas alíneas *a* e *c* do parágrafo único do artigo 120 da Emenda Constitucional nº 01/1969.

A Constituição da República de 1988 previu expressamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar a reclamação para a preservação de sua competência e a garantia da autoridade de suas decisões, respectivamente, na alínea *l* do inciso I do artigo 102 e na alínea *f* do inciso I do artigo 105.

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, a Constituição foi acrescida do artigo 103-A, dispositivo em o constituinte derivado estabeleceu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmula com efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, federal, estadual ou municipal.

A referida emenda constitucional estabeleceu expressamente também a possibilidade de reclamação quando houver desrespeito à autoridade da súmula vinculante, seja pela não aplicação do enunciado em caso que devesse ser obedecido, seja pela aplicação equivocada do verbete, na hipótese em que este não tenha aplicação, conforme estabelece o § 3º do artigo 103-A da CRFB.

O artigo 988 do novo Código de Processo Civil também previu a reclamação para preservar a competência dos tribunais e garantir a autoridade de suas decisões, inclusive quanto à força de seus precedentes em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas.

Também, fazendo-se uma interpretação *a contrario sensu* do inciso II do § 5º do artigo 988 do CPC/2015, com redação dada pela Lei nº 13.256/2016, há possibilidade de reclamação para garantir a observância de acórdão proferido em recurso especial e recurso extraordinário repetitivos quando estiver esgotada a instância ordinária.

Além dessas hipóteses reconhecidas expressamente pelo texto constitucional, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572³, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de reclamação para o Superior Tribunal de Justiça das decisões de turmas recursais de juizados especiais cíveis estaduais que venham a violar a jurisprudência consagrada pelo referido tribunal superior, cujo acórdão foi assim ementado, *verbis*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO.
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS
ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR

3 BRASIL. STF – Pleno, ED no RE n. 571.572, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 03.08.2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR.

1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada.

2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais.

3. No âmbito federal, a Lei 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização.

4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la.

5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, *f*, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.

Assim, com fundamento na teoria dos poderes implícitos, o Supremo Tribunal Federal assentou que há possibilidade de reclamação para o Superior Tribunal de Justiça na hipótese de turma recursal de juizado especial estadual, porquanto a Constituição da República concedeu ao STJ a competência para uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional federal.

Desta forma, verifica-se que, mesmo ocorrendo a positivação da reclamação pelo constituinte de 1988, tal fato não impediu outras possibilidades de reclamação decorrentes da teoria que a inspirou, qual seja: a dos poderes implícitos.

2 NATUREZA JURÍDICA

A natureza jurídica da reclamação é, ainda hoje, alvo de diversas posições na doutrina e na jurisprudência, podendo-se destacar: ação⁴, recurso⁵, sucedâneo recursal⁶, remédio incomum ou *sui generis*⁷, incidente processual⁸, medida de direito processual constitucional⁹ e direito de petição¹⁰, as quais verificaremos a seguir.

2.1 AÇÃO

A visão de Pontes de Miranda no sentido de que a reclamação se consubstancia em direito de ação é comungada por diversos doutrinadores, podendo citar José Pacheco da Silva¹¹, Marcelo Navarro Dantas¹² e João Miguel Coelho dos Anjos¹³.

O principal fundamento para entender que a reclamação constitucional se consubstancia em direito de ação reside em seus permissivos constitucionais, na medida em que o inciso I do artigo 102 e o inciso I do artigo 105, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelecem que compete ao STF e ao STJ, respectivamente, processar e julgar e reclamação, o que coloca o instituto na competência jurisdicional das referidas Cortes¹⁴.

Porém, há quem critique tal posicionamento, como Ada Pellegrini Grinover¹⁵, que vislumbra óbice em tal caracterização, em especial quando se busca garantir a autoridade da decisão do Tribunal, vez que, neste caso, não se busca que o Estado preste a jurisdição, até porque ela já foi obtida, *litteris*:

4 MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao processo civil*. Tomo V. Rio de Janeiro: Forense, p. 384.

5 SANTOS, Moacyr Amaral. RTJ 56/546.

6 LIMA, Alcides de Mendonça. I. Rio de Janeiro: Aide, 1989. p. 80.

7 NONATO, Orosimbo. Apud MELLO, Augusto Cordeiro. *O processo no Supremo Tribunal Federal*. v. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 280.

8 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *A correção parcial*. São Paulo: Bushatsky, 1969. p. 110.

9 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. v. 3, 2. parte, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 199.

10 BRASIL. STF – Pleno. ADI n. 2.212, rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 14.11.2003, Seção 1, p. 11.

11 PACHECO, José da Silva. *A reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição*. RT 646. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 30.

12 DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000. p. 457.

13 Tribunal Superior do Trabalho e Tribunal Superior Eleitoral.

14 Neste sentido, ANJOS, João Miguel Coelho. Reclamação constitucional. In: *Processo nos Tribunais Superiores*. Coord. FERES, Marcelo Andrade. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 557; SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 921.

15 GRINOVER, Ada Pellegrini. Da reclamação, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – IBCCrim, n. 38, Ano 9, abr./jun. 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais, fls. 79.

nessa modalidade de reclamação, não se pretende que o Estado exerça a jurisdição, até porque a prestação jurisdicional já foi obtida, cuidando-se apenas de assegurar a eficácia do provimento definitivo que a concedeu; e muito menos se poderia cogitar de assegurar aos interessados, através dessa modalidade de reclamação, a reabertura da discussão contraditória que precedeu a tal provimento, muito embora o art. 15 da Lei 8.038/90 preveja a eventual impugnação, por qualquer interessado, do pedido do reclamante.

Ressalte-se, entretanto, que a caracterização da reclamação como direito de ação acarreta a impossibilidade de a constituição do estado membro, no exercício do poder constituinte derivado decorrente, estabelecer hipótese de reclamação, haja vista que estaria legislando sobre processo, que é competência privativa da União, conforme estabelecido no inciso I do artigo 22 da Constituição da República Federativa do Brasil.

2.2 RECURSO

A caracterização da reclamação constitucional como recurso, defendida por Moacyr Amaral Santos, encontra óbice no fato de que o instituto não se restringe à impugnação de decisões judiciais, podendo ser proposta contra atos administrativos que venham a usurpar da competência do tribunal ou desrespeitar a autoridade de suas decisões.

Com efeito, o § 3º do artigo 103-A da CRFB estabelece expressamente a possibilidade de propositura de reclamação constitucional contra ato administrativo que viola enunciado de súmula vinculante.

Além disso, a caracterização da reclamação como recurso acarretaria a não observância do princípio da singularidade ou unirrecorribilidade existente nos recursos, além de possibilitar possível supressão de instância.

Para João Miguel Coelho dos Anjos, o fato de a *res in iudicium deducta* da reclamação ser independente e autônomo em relação à relação jurídica travada no processo evidencia o desacerto da caracterização da reclamação como recurso, *verbis*:

A respeito da sua caracterização como recurso, o fato de a *res in iudicium deducta* da reclamação ser independente e autônoma da relação jurídica travada no processo em que há a usurpação de competência, ou em que o provimento judicial está sendo descumprido, somente evidencia o seu desacerto, corroborando o entendimento segundo o qual a reclamação possui natureza jurídica de ação judicial.

Desta forma, não há possibilidade de reconhecer a natureza recursal para a reclamação, de acordo com boa parte da doutrina pátria.

2.3 SUCEDÂNEO RECURSAL

A visão de Alcides Mendonça Lima de que a reclamação pode ser entendida como sucedâneo recursal pode perfeitamente ser válida na situação em que se busca impugnar decisão judicial, seja diante da usurpação de competência, seja diante do desrespeito á autoridade de decisão judicial, uma vez que busca cassar ou anular decisão judicial.

Entretanto, quando se trata de reclamação proposta contra ato administrativo não há como prosperar tal entendimento, porquanto não cabe ao Poder Judiciário julgar recurso contra decisão administrativa, o que faz com que esse instituto não poderia substituir recurso, fazer a mesma função de um recurso.

2.4 REMÉDIO INCOMUM OU SUI GENERIS

A posição de Orosimbo Nonato no sentido de que a reclamação se consubstancia em remédio incomum ou *sui generis* deve ser considerada como subsidiária, pois somente há possibilidade de se considerar o instituto desta forma, caso não haja a possibilidade de enquadrá-lo em qualquer outra natureza jurídica.

2.5 INCIDENTE PROCESSUAL

A noção de Egas Moniz de Aragão no sentido de que a reclamação constitucional tem natureza de incidente processual goza da mesma imprecisão da visão no sentido de que é um sucedâneo recursal, porquanto não soluciona a possibilidade de reclamação contra ato administrativo.

Neste sentido, Bernardo Pimentel Souza¹⁶ critica a posição defendida por Moniz de Aragão justamente porque a reclamação constitucional não pressupõe processo em curso, ao contrário do recurso e do incidente processual, pois pode ser proposta reclamação contra ato administrativo, *ipsis verbis*:

Sob outro prisma, tanto o recurso quanto o incidente processual pressupõem a existência de processo em curso. A reclamação, entretanto, não depende da existência de processo em curso. Com efeito, a reclamação pode ter lugar depois do término do processo originário, a fim de que o respectivo julgamento seja respeitado. Aliás, a reclamação pode ter lugar até mesmo sem a existência de anterior processo.

Ademais, a reclamação pode ter como alvo ato administrativo, como bem revela o § 3º do artigo 103 da Constituição Federal. Não obstante, tanto o

16 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 922.

recurso processual quanto o incidente processual estão relacionados a ato processual proveniente de algum processo judicial. Como a reclamação constitucional pode ter como em mira ato administrativo a ser julgado por tribunal judiciário, é possível concluir que o instituto tem natureza jurídica de processo autônomo, tal como o mandado de segurança.

Verifica-se, assim, que a reclamação não deve possuir natureza jurídica de incidente processual, porquanto há possibilidade de propositura contra ato administrativo.

2.6 MEDIDA DE PROCESSUAL CONSTITUCIONAL

A visão de José Frederico Marques no sentido de que a reclamação é medida processual constitucional não se choca com a possibilidade de ser considerada ação.

Verifica-se que, de fato, a reclamação é medida prevista na Constituição da República, de forma expressa (art. 102, I, *l*; 103-A, § 3º; 105, I, *f*), ou, ainda que de forma implícita (caso de decisão de turma recursal estadual que viole a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça).

Caso seja considerada como ação constitucional, revela-se como medida processual.

Desta forma, a posição de José Frederico Marques está em consonância com a visão de Pontes de Miranda, Marcelo Navarro, Bernardo Pimentel, entre outros doutrinadores já citados.

2.7 DIREITO DE PETIÇÃO

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212¹⁷, da relatoria da Ministra Ellen Gracie, o Supremo Tribunal Federal assentou que a natureza jurídica da reclamação é de direito de petição, conforme acórdão cuja ementa está a seguir transcrita, *litteris*:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 108, INCISO VII, ALÍNEA I DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ E ART. 21, INCISO VI, LETRA J DO REGIMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. PREVISÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, DO INSTITUTO DA RECLAMAÇÃO. INSTITUTO DE NATUREZA PROCESSUAL CONSTITUCIONAL, SITUADO NO ÂMBITO DO DIREITO DE PETIÇÃO PREVISTO NO ARTIGO 5º, INCISO XXXIV, ALÍNEA A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 22, INCISO I DA CARTA. 1. A

17 BRASIL. STF – Pleno. ADI nº 2.212, re l. Min. Ellen Gracie, DJU de 14.11.2003, Seção 1, p. 11

natureza jurídica da reclamação não é a de um recurso, de uma ação e nem de um incidente processual. Situa-se ela no âmbito do direito constitucional de petição previsto no artigo 5º, inciso XXXIV da Constituição Federal. Em consequência, a sua adoção pelo Estado-membro, pela via legislativa local, não implica em invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF). 2. A reclamação constitui instrumento que, aplicado no âmbito dos Estados-membros, tem como objetivo evitar, no caso de ofensa à autoridade de um julgado, o caminho tortuoso e demorado dos recursos previstos na legislação processual, inegavelmente inconvenientes quando já tem a parte uma decisão definitiva. Visa, também, à preservação da competência dos Tribunais de Justiça estaduais, diante de eventual usurpação por parte de Juízo ou outro Tribunal local. 3. A adoção desse instrumento pelos Estados-membros, além de estar em sintonia com o princípio da simetria, está em consonância com o princípio da efetividade das decisões judiciais. 4. Ação direta de inconstitucionalidade improcedente.

A principal consequência de a reclamação constitucional ser considerada como direito de petição reside na possibilidade de o constituinte estadual poder estabelecer hipótese de reclamação quando houve usurpação de competência ou desrespeito à autoridade de decisão do tribunal de justiça.

Com efeito, caso a reclamação seja considerada como ação, não haverá possibilidade de o estado membro invadir a competência da União e legislar sobre processo, porquanto se trata de matéria de competência privativa da União, conforme estabelece o inciso I do artigo 22 da Constituição da República.

Entretanto, caso se verifique que o instituto se consubstancia em direito de petição, haverá a possibilidade de o constituinte estadual estabelecer hipótese de reclamação, haja vista que estará legislando acerca de procedimento em matéria processual, razão pela qual a competência será concorrente, em conformidade com o disposto no artigo 24 da Constituição da República.

Por esta razão, no julgamento da ADI nº 2.212, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente o pedido e assentou constitucional a previsão de reclamação constante da Constituição do estado do Ceará.

3 FUNÇÃO

Verifica-se que a função da reclamação é viabilizar, na concretização da sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões, conforme já ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação nº 511, DJU de 24.10.1994, Rel. Min. Celso de Mello.

O Supremo Tribunal Federal também se utilizou da reclamação para conformar e alterar o seu entendimento. No julgamento da Reclamação nº 4.374, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Corte alterou seu posicionamento no julgamento quanto à constitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica de Assistência Social¹⁸.

4 POSSIBILIDADE DE RECLAMAÇÃO NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Muitas das hipóteses de reclamação estão estabelecidas expressamente no texto constitucional, como nas hipóteses de reclamação para o Supremo Tribunal Federal e para o Superior Tribunal de Justiça. Em outros casos não há previsão expressa da reclamação, mas sim decorrência lógica de sua aplicação.

4.1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece de forma expressa as hipóteses de reclamação perante o Supremo Tribunal Federal: a) usurpação de competência, b) desrespeito à autoridade de suas decisões; c) desrespeito a enunciado de súmula vinculante; d) desrespeito a julgamento em extraordinário decorrente de incidente de resolução de demandas repetitivas; e) desrespeito a julgamento de recurso extraordinário repetitivo, quando esgotada a instância ordinária.

Quanto à primeira hipótese, verifica-se que a reclamação deve ser interpretada como meio de pronta e eficaz proteção da competência originária ou recursal do Supremo Tribunal Federal¹⁹.

É cediço que a competência do Supremo Tribunal Federal deve ser interpretada de forma restritiva, entretanto, muitas vezes não há uma percepção clara acerca da competência do tribunal, o que leva à necessidade do instituto para levar à sua análise a verificação da competência.

Apenas a título exemplificativo, pode-se citar o julgamento da Reclamação nº 2.138²⁰, rel. Min. Nelson Jobim, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, o qual assentou que agente político, ministro de Estado, não responde pelo regime da Lei de Improbidade Administrativa.

Outras vezes, há necessidade de alteração da competência da ação a partir de fato ocorrido em seu curso, como no julgamento da ação popular que impugnou a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol (PET nº 3.388, rel. Min. Ayres Britto).

18 STF – Pleno. RCL 4.374, relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 03.09.2013.

19 Neste sentido, BRASIL. STF – Pleno. RCL 721, rel. Min Celso de Mello, DJU de 19.02.1998, Seção 1, p. 8.

20 BRASIL. STF – Pleno. RCL n. 2.138, rel. Min. Nelson Jobim, rel. para ac. Min. Gilmar Mendes, DJe de 18.04.2008.

Na hipótese, houve ação popular proposta contra ato do Presidente da República, cuja competência inicial era do juízo federal de primeiro grau de jurisdição da Seção Judiciária de Roraima. Após a citação da União, da FUNAI e do estado de Roraima, os dois primeiros aderiram o polo passivo, enquanto o último ingressou no polo ativo da demanda.

Assim, houve conflito entre União e estado envolvendo o pacto federativo o que acarretou a necessidade de deslocamento de competência para o Supremo Tribunal Federal, como reconheceu o Pretório Excelso no julgamento das Reclamações nº 2.833²¹ e nº 3.331²², ambas da relatoria do Ministro Carlos Britto.

Verifica-se, outrossim, que a reclamação é a medida cabível para impugnar o ato do presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* que inadmite o agravo interposto diante da não admissão do recurso extraordinário, pois, na hipótese, é caso de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal²³, incidindo o disposto na alínea I do inciso I do artigo 102 da Constituição da República Federativa do Brasil.

No que concerne à possibilidade de reclamação quando houver desrespeito à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal, deve-se analisar a eficácia de sua decisão para verificar a possibilidade de reclamação. A decisão pode ter eficácia *inter partes* ou *erga omnes*, bem como pode ter efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, federal, estadual ou municipal.

Quando a eficácia da decisão for *inter partes*, somente haverá a possibilidade de reclamação caso a decisão que violou a autoridade da decisão se verifique estritamente na relação jurídica que fora objeto de análise do Supremo Tribunal Federal.

Como será visto adiante, há posição no sentido de que a decisão do Supremo Tribunal Federal que analise a inconstitucionalidade de norma já goza de eficácia *erga omnes*, haja vista a mutação constitucional do inciso X do artigo 52 da Constituição da República Federativa do Brasil, de forma que, o ato do Senado Federal tem o condão de dar publicidade à decisão do STF, que mesmo em controle incidental^{24 25}.

De outro lado, caso a decisão do Supremo Tribunal Federal tenha eficácia *erga omnes* e efeito vinculante haverá a possibilidade de propositura

21 BRASIL. STF – Pleno. RCL n. 2.833, rel. Min. Ayres Britto, DJ de 05.08.2005, Seção 1, p. 7.

22 BRASIL. STF – Pleno. RCL n. 3.331, rel. Min. Ayres Britto, DJ de 17.11.2006, Seção 1, p. 48.

23 Neste sentido, STF – Pleno, Reclamação nº 812, Relator Ministro Marco Aurélio, DJU de 29.06.2001, p. 35; STF – Pleno, Reclamação nº 645, Relator Ministro Octávio Gallotti, DJU de 07.11.1997, p. 57.237; STF – Pleno, Reclamação nº 1.477, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJU de 18.08.2000, p. 83; inter plures.

24 Neste sentido, STF – voto do Relator, Reclamação nº 4.335, Relator Ministro Gilmar Mendes, Informativo 454.

25 É de se destacar que no dia 21.03.2014, o Plenário do STF julgou procedente a Reclamação nº 4.335, relator Ministro Gilmar Mendes, mas não adotou o fundamento da mutação.

de reclamação, mesmo que o processo e a relação jurídica envolvida não seja a mesma daquela que tenha sido objeto da decisão que se entende violada, porquanto esta obriga aos demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública sua observância e seu cumprimento.

A questão que deve ser verificada reside na abrangência do que será objeto do efeito vinculante, se parte dispositiva ou também a fundamentação, conforme se verificará em item posterior, relativo à possibilidade da transcendência dos motivos determinantes.

Outra hipótese de cabimento da reclamação perante o Supremo Tribunal Federal é a afronta a enunciado de súmula vinculante. No que respeita a esta hipótese, verifica-se que a súmula vinculante surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da EC nº 45/2004, imbuída na necessidade de promover maior racionalidade ao sistema de controle das questões constitucionais.

O § 3º do artigo 103-A da Constituição da República estabelece de forma expressa a possibilidade de reclamação quando houver desrespeito a enunciado de súmula vinculante, o qual é evidenciado tanto na não aplicação do verbete da súmula que deveria ser aplicado, como na utilização equivocada deste.

A noção é muito semelhante ao descumprimento de decisão com efeito vinculante. O Código de Processo Civil trouxe o referido efeito para o incidente de resolução de demandas repetitivas e, em certo grau, para o julgamento do recurso extraordinário repetitivo.

Com a promulgação da Lei nº 13.256/2016 que alterou o Código de Processo Civil antes ainda de sua entrada em vigor, o § 5º do artigo 988 estabeleceu que somente há possibilidade de reclamação quando houver afronta a precedente em recurso extraordinário ou recurso especial repetitivos quando já estiver esgotada a instância ordinária.

O entendimento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal acerca do esgotamento da instância ordinária consiste na análise de qualquer recurso cabível antes de instaurada a competência do Excelso Pretório²⁶.

Verifica-se que boa parte da importância hodierna do instituto da reclamação no Supremo Tribunal Federal reside justamente no fato de ter se admitido no Brasil o efeito vinculante, uma vez que houve a multiplicação das hipóteses de reclamação, bem como esta foi utilizada para moldar as decisões proferidas pela própria Corte.

Como exemplo de utilização da reclamação como mecanismo que serve para moldar as decisões proferidas pelo próprio Tribunal está o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 04 e a limitação do referido

26 Neste sentido, STF – Primeira Turma, RCL nº 22.286-AGR, relator Ministro Luiz Fux, DJe de 01.03.2016; STF – Primeira Turma, RCL nº 23.631-AGR, relatora Ministra Rosa Weber, DJe de 10.03.2017; STF – Primeira Turma, RCL nº 11.473-AGR, relator Ministro Roberto Barroso, DJe de 28.03.2017; STF – Segunda Turma, RCL nº 24.686-AGR, relator Ministro Teori Zavascki, DJe de 10.04.2017; STF – Segunda Turma, RCL nº 26.376-AGR, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 29.06.2017; inter plures.

precedente no que concerne a benefícios previdenciários e outras determinações que concediam indiretamente vantagens²⁷.

Tal possibilidade decorre de o fato de uma norma constitucional poder ser inconstitucional *in concreto*, conforme bem discorre Luís Roberto Barroso²⁸, *verbis*:

O fato de uma norma ser constitucional em tese não exclui a possibilidade de ser inconstitucional *in concreto*, à vista da situação submetida a exame. Portanto, uma das consequências legítimas da aplicação de um princípio constitucional poderá ser a não-aplicação da regra que contravenha.

Assim, pode-se concluir que em determinados casos a reclamação constitucionais será o mecanismo que moldará a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso concreto.

4.2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

As hipóteses de reclamação constitucional perante o Superior Tribunal de Justiça são bem semelhantes às do Supremo Tribunal Federal, com a ressalva de que não edita súmula vinculante, tampouco julga processo do controle concentrado de constitucionalidade.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal assentou ser possível reclamação constitucional no Superior Tribunal de Justiça quando decisão de turma recursal de juizados especiais violar a jurisprudência do Tribunal, porquanto compete a este uniformizar a jurisprudência da legislação infraconstitucional federal e não há previsão de recurso²⁹.

Cumpre ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça considera jurisprudência julgado em recurso especial repetitivo ou súmula da Corte, conforme Resolução nº 12/2009.

4.3 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL

Não há previsão expressa de reclamação para o Tribunal Superior do Trabalho ou para Tribunal Superior Eleitoral, entretanto, não há vedação e pode constituir poder implícito das referidas Cortes.

²⁷ Neste sentido, Enunciado da Súmula nº 729/STF.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 384.

²⁹ BRASIL. STF – Pleno, ED no RE n. 571.572, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 03.08.2012.

Com efeito, pode-se citar o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence na ocasião dos debates que levaram à edição da Resolução nº 14.150 do Tribunal Superior Eleitoral³⁰, *verbis*:

Um dos argumentos básicos dos que então defendiam a constitucionalidade da reclamação criada por via regimental, pelo TFR, era o de que, também no Supremo Tribunal Federal, a criação desse remédio, de natureza ainda pouco enigmática, antecederia de muito à norma constitucional que dera hierarquia de lei ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A reclamação surgiu como uma criação legitimada pela necessidade que tinha o Supremo Tribunal de manter a integridade de sua competência e a autoridade das suas decisões, mediante remédio expedito e forte como a reclamação.

Em réplica a esse argumento, pesou muito a consideração de que, diferentemente do Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Federal de Recursos era basicamente um Tribunal de segundo grau, de acesso fácil, para remediar, pelas vias recursais ordinárias, qualquer desrespeito às suas decisões ou qualquer usurpação da sua competência, ao contrário do Supremo Tribunal Federal, cujas vias de acesso eram substancialmente mais estreitas, sobretudo quando submetida a questão dos pressupostos específicos do recurso extraordinário, caminho normal de chegada ao Supremo Tribunal Federal.

O advento de uma nova ordem constitucional, com relação a este caso, a meu ver, não é apenas um argumento formal que nos libere do precedente tomado sobre a Carta decaída. Nele, mudou-se radicalmente o perfil do velho TFR, transformado no Superior Tribunal de Justiça – resultado de uma cisão orgânica da antiga competência do Supremo Tribunal Federal, restrito que ficou, como é mais do que sabido, o recurso extraordinário, à afirmação da autoridade da Constituição, ao passo que o contencioso da Lei Federal era transferido ao Superior Tribunal de Justiça.

Ora, ao traçar o perfil do novo Tribunal, o Constituinte cedeu à necessidade de dotá-lo do instrumento da reclamação, que se mostrara imprescindível ao resguardo da competência e autoridade do Supremo Tribunal Federal, porque também, ao contrário do que se sucedia com o extinto Tribunal Federal de Recursos, passou o Superior Tribunal de Justiça a ter estreitadas

30 ANJOS, João Miguel Coelho. Reclamação constitucional. In: *Processo nos Tribunais Superiores*. Coord. FERES, Marcelo Andrade. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 44.

as vias recursais normais de acesso a sua jurisdição, que hoje, na maioria dos casos, se reduz ao recurso especial, de natureza extraordinária.

Ora, similares às funções do Superior Tribunal de Justiça são as do Tribunal Superior Eleitoral e as do Tribunal Superior do Trabalho.

Dir-se-à, no entanto, que só ao Superior Tribunal de Justiça conferiu a Constituição essa competência. É verdade. Valho-me aqui, no entanto, do primoroso voto proferido neste caso pelo Sr. Ministro Torquato Jardim, a mostrar como é possível construir a reclamação como poder implícito de um Tribunal Superior. E como poder implícito é que foi o instituto inicialmente criado por construção pretoriana no velho Supremo Tribunal Federal, muito antes de que a Constituição desse ao seu regimento hierarquia de lei ordinária

A Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil) estabeleceu a possibilidade de reclamação no artigo 988, dispositivo que pode ser aplicado subsidiariamente à legislação específica trabalhista e eleitoral.

Assim, mesmo sem estar expresso no Código Eleitoral ou na Consolidação das Leis do Trabalho, há possibilidade de o Tribunal Superior do Trabalho e o Tribunal Superior Eleitoral processarem e julgarem reclamação.

4.4 TRIBUNAIS DE JUSTIÇA E TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Antes da promulgação da Lei nº 13.105/2015, para aqueles que entendem que a natureza jurídica da reclamação é de ação, conforme já verificado anteriormente, não haveria a possibilidade de reclamação perante os tribunais de justiça, pois não havia previsão em lei federal, haja vista que compete privativamente à União legislar sobre processo, conforme prescreve o inciso I do artigo 22 da Constituição da República.

De acordo com o referido posicionamento apenas lei federal poderia estabelecer hipótese de reclamação perante os tribunais de justiça e perante os tribunais regionais federais.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de analisar a questão no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.212³¹, relatora Ministra Ellen Gracie, ocasião em que assentou pela possibilidade de constituição estadual estabelecer a possibilidade de reclamação para tribunal de justiça estadual, haja vista a natureza jurídica de direito de petição do instituto.

Com efeito, a Primeira Seção do STJ, QOREsp 863.055/GO, rel. Min. Herman Benjamin, julg. 27.02.2008, também assentou pela possibilidade da reclamação perante os tribunais de justiça e os tribunais regionais federais.

31 BRASIL. STF – Pleno. ADI nº 2.212, re l. Min. Ellen Gracie, DJU de 14.11.2003, Seção 1, p. 11.

De qualquer sorte, o artigo 988 do novo CPC estabelece de forma expressa e inequívoca a possibilidade de reclamação não somente para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal, mas para qualquer Corte, observadas as hipóteses de cabimento (usurpação de competência, desrespeito à autoridade de suas decisões, desrespeito a julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas).

Assim, a questão acerca da possibilidade da reclamação para os tribunais de justiça e tribunais regionais federais encontra-se superada, sendo possível sua utilização.

5 TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES NO CONTROLE CONCENTRADO

Questão das mais relevantes é saber se o que vincula na decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade é apenas o dispositivo ou se há vinculação também da fundamentação.

A noção de transcendência de um julgado, que significa ultrapassar os limites do pedido, é mais ampla do que a transcendência dos motivos determinantes, uma vez que abrange também a denominada inconstitucionalidade por arrastamento ou reverberação.

Assim, dentro da noção mais ampla de transcendência, já aceita pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se que as leis ou atos normativos que derivem de ato considerado inconstitucional pela Corte, também são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Situação mais sensível é saber se há ou não possibilidade de transcendência dos fundamentos da decisão, de forma que, mesmo sem qualquer relação de dependência entre os atos, haja possibilidade de a declaração de inconstitucionalidade afetar na validade de norma não analisada pelo Supremo Tribunal Federal.

No julgamento da Reclamação nº 1.987³², relator Ministro Maurício Corrêa, o Plenário do Supremo Tribunal Federal assentou que a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo do Tribunal Superior do Trabalho na ADI nº 1.662 teria transcendência sobre ato idêntico de Tribunal Regional do Trabalho, *verbis*:

RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. AFRONTA À DECISÃO PROFERIDA NA ADI 1662-SP. SEQUESTRO DE VERBAS PÚBLICAS. PRECATÓRIO. VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO. EMENDA CONSTITUCIONAL 30/00. PARÁGRAFO 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. Preliminar. Cabimento.

32 BRASIL. STF – Pleno. RCL nº 1.987, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 21.05.2004, Seção 1, p.

Admissibilidade da reclamação contra qualquer ato, administrativo ou judicial, que desafie a exegese constitucional consagrada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que a ofensa se dê de forma oblíqua. 2. Ordem de seqüestro deferida em razão do vencimento do prazo para pagamento de precatório alimentar, com base nas modificações introduzidas pela Emenda Constitucional 30/2000. Decisão tida por violada - ADI 1662-SP, Maurício Corrêa, DJ de 19/09/2003: Prejudicialidade da ação rejeitada, tendo em vista que a superveniência da EC 30/00 não provocou alteração substancial na regra prevista no § 2º do artigo 100 da Constituição Federal. 3. Entendimento de que a única situação suficiente para motivar o seqüestro de verbas públicas destinadas à satisfação de dívidas judiciais alimentares é a relacionada à ocorrência de preterição da ordem de precedência, a essa não se equiparando o vencimento do prazo de pagamento ou a não-inclusão orçamentária. 4. Ausente a existência de preterição, que autorize o seqüestro, revela-se evidente a violação ao conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta, que possui eficácia erga omnes e efeito vinculante. A decisão do Tribunal, em substância, teve sua autoridade desrespeitada de forma a legitimar o uso do instituto da reclamação. Hipótese a justificar a transcendência sobre a parte dispositiva dos motivos que embasaram a decisão e dos princípios por ela consagrados, uma vez que os fundamentos resultantes da interpretação da Constituição devem ser observados por todos os tribunais e autoridades, contexto que contribui para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional. 5. Mérito. Vencimento do prazo para pagamento de precatório. Circunstância insuficiente para legitimar a determinação de seqüestro. Contrariedade à autoridade da decisão proferida na ADI 1662. Reclamação admitida e julgada procedente.

Entretanto, apesar de muitos já consagrarem que no referido caso o Supremo Tribunal Federal tenha adotado a transcendência dos motivos determinantes, no julgado *sursum* mencionado não ficou clara a noção de que a fundamentação vincularia as demais decisões.

Ressalte-se que no caso analisado o ato do Tribunal Regional do Trabalho foi inspirado no ato do Tribunal Superior do Trabalho que fora declarado inconstitucional.

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal começou a revisitar o tema no julgamento da Reclamação nº 4.219, Rel. Min. Joaquim Barbosa, entretanto, após os votos favoráveis dos Ministros Gilmar Mendes, Eros Grau, Cezar Peluso e Celso de Mello e contrários dos Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Sepúlveda Pertence, Carlos Britto e Carmem Lúcia, a reclamação perdeu o objeto, haja vista o falecimento do reclamante.

A questão somente foi solucionada na Reclamação nº 3.014³³, rel. Ministro Ayres Britto, caso em que por apertada maioria o Supremo Tribunal Federal assentou pela não aplicação da transcendência dos motivos determinantes, cujo acórdão foi assim ementado, *verbis*:

RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL. ALEGADO DESRESPEITO AO ACÓRDÃO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.868. INEXISTÊNCIA. LEI 4.233/02, DO MUNICÍPIO DE INDAIATUBA/SP, QUE FIXOU, COMO DE PEQUENO VALOR, AS CONDENAÇÕES À FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL ATÉ R\$ 3.000,00 (TRÊS MIL REAIS). FALTA DE IDENTIDADE ENTRE A DECISÃO RECLAMADA E O ACÓRDÃO PARADIGMÁTICO. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 2.868, examinou a validade constitucional da Lei piauiense 5.250/02. Diploma legislativo que fixa, no âmbito da Fazenda estadual, o quantum da obrigação de pequeno valor. Por se tratar, no caso, de lei do Município de Indaiatuba/SP, o acolhimento do pedido da reclamação demandaria a atribuição de efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas. Tese rejeitada pela maioria do Tribunal. 2. Inexistência de identidade entre a decisão reclamada e o acórdão paradigmático. Enquanto aquela reconheceu a inconstitucionalidade da Lei municipal 4.233/02 “por ausência de vinculação da quantia considerada como de pequeno valor a um determinado número de salários mínimos, como fizera a norma constitucional provisória (art. 87 do ADCT)”, este se limitou “a proclamar a possibilidade de que o valor estabelecido na norma estadual fosse inferior ao parâmetro constitucional”. 3. Reclamação julgada improcedente.

Os aspectos positivos da transcendência dos motivos determinantes residem na maior racionalidade do sistema de controle, porquanto, caso não aplicada, a Corte Constitucional deverá julgar diversas ações de conteúdo idêntico, em especial quando se tratar de norma estadual, uma vez que cada estado membro poderá fazer norma idêntica, que, caso considerada inconstitucional não impedirá a necessidade de reanálise do tema novamente.

Por isso, seus defensores justificam sua aplicação na maior racionalidade que será dada ao sistema de controle de constitucionalidade.

Os problemas para a aplicação da transcendência dos motivos determinantes residem na vinculação indireta do Poder Legislativo e na dificuldade de se vislumbrar a exata fundamentação da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Quanto à primeira dificuldade, verifica-se que caso o Supremo Tribunal Federal venha a declarar a inconstitucionalidade de lei, por mais que não haja

33 BRASIL. STF – Pleno. RCL nº 3.014, rel. Min. Ayres Britto, DJe de 21.05.2010.

a vinculação direta ao Poder Legislativo, caso este aprove norma de teor idêntico haverá a impossibilidade de aplicação por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública, uma vez que a transcendência dos motivos determinantes acarreta a vinculação da fundamentação.

No que respeita à segunda dificuldade, no sistema pátrio cada ministro fundamenta seu voto de forma distinta e não há necessidade de consenso quanto à fundamentação, o que dificulta, mas não obsta, a aplicação da transcendência dos motivos determinantes.

6 DA MUTAÇÃO DO INCISO X DO ARTIGO 52 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

A Constituição da República de 1934 trouxe a possibilidade de o Senado Federal suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional após decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A realidade de 1934, em especial quanto à função do Supremo Tribunal Federal mudou sensivelmente o que leva à possibilidade de releitura do dispositivo³⁴.

Assim, de acordo com a nova função do Supremo Tribunal Federal, suas decisões possuem eficácia *erga omnes*, de forma que o papel do Senado Federal é dar publicidade à decisão do STF.

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal acabou o julgamento da Reclamação nº 4.335, relator Ministro Gilmar Mendes, e, por maioria, julgou procedente o pedido, haja vista a existência de súmula vinculante sobre o tema. Entretanto, não adotou a tese da mutação do inciso X do artigo 52 da Constituição da República.

7 REGULARIDADE FORMAL

A reclamação deve conter o nome e qualificação do reclamante e do reclamado, fundamentos de fato e de direito (desrespeito à autoridade de decisão ou de súmula vinculante, usurpação de competência) e pedido.

Cumpra ressaltar que para aqueles que entendem que a natureza jurídica do instituto é de ação, há necessidade de observância dos pressupostos e requisitos elencados nos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil, como, por exemplo, valor da causa.

34 MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1247.

8 LEGITIMADOS

O artigo 13 da Lei nº 8.038/90 estabelece que a parte interessada e o Ministério Público têm legitimidade para propor reclamação.

Além das partes e do Ministério Público, Bernardo Pimentel Souza³⁵ defende a possibilidade de terceiro prejudicado também propor reclamação.

Assim, haveria grande similitude entre a legitimidade para a propositura da reclamação e a legitimidade recursal.

Obviamente, deve-se fazer distinção da legitimidade entre as hipóteses de cabimento da reclamação.

Quando a reclamação for proposta para preservar a competência do tribunal, considera-se como partes aqueles que figuram nessa qualidade no processo ou procedimento administrativo em que se usurpa da competência.

De outro lado, na hipótese de a reclamação ser proposta com fundamento no desrespeito à autoridade da decisão, mister se faz verificar qual sua autoridade.

Se a eficácia for *inter partes*, somente aquele que foi parte da decisão que se entende desrespeitada é que pode propor a reclamação constitucional.

Entretanto, se o ato desrespeitado tiver efeito vinculante, haverá a possibilidade de qualquer parte de processo que esteja tramitando propor a reclamação, ou seja, a parte refere-se, neste caso, ao processo ou procedimento administrativo do ato reclamado e não do ato violado.

9 RECLAMAÇÃO E COISA JULGADA – ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 734 DO STF

O enunciado da Súmula nº 734 do Supremo Tribunal Federal estabelece que não haverá a possibilidade de reclamação quando a decisão reclamada houver transitado em julgado.

Verifica-se, entretanto, que tal enunciado da Súmula refere-se à propositura da reclamação, havendo a possibilidade de julgamento desta quando supostamente o trânsito em julgado ocorrer no curso do processamento da reclamação, como se pode vislumbrar do julgamento do Agravo Regimental na Reclamação nº 7.054³⁶, rel. Ministro Dias Toffoli; Agravo Regimental na Reclamação nº 8.478³⁷, rel. Ministra Cármen Lúcia; Embargos de Declaração na Reclamação nº 10.272, rel. Ministro Gilmar Mendes³⁸; *inter plures*.

35 SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 931.

36 BRASIL. STF – Pleno. RCL nº 7.054 AgR, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 05.03.2013.

37 BRASIL. STF – Pleno. RCL nº 8.478 AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 22.08.2011.

38 BRASIL. STF – Pleno. RCL nº 10.272 ED, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.09.2011.

10 COMPETÊNCIA

A competência para o processamento e julgamento da reclamação será do órgão que teve desrespeitada sua decisão ou cuja competência fora usurpada.

A referida assertiva é decorrência lógica da aplicação da teoria dos poderes implícitos.

11 PROCEDIMENTO

O procedimento da reclamação está previsto nos artigos 13 e seguintes da Lei nº 8.038/90.

Após admitir a reclamação, o relator pode proferir decisão liminar, bem como solicitar informações à autoridade reclamada, em conformidade com o artigo 14 da Lei nº 8.038/90, podendo, ainda, qualquer interessado impugnar a reclamação, em especial aquele que é parte no processo originário.

Verifica-se, também, que é obrigatória a presença do Ministério Público na reclamação, como prescreve expressamente o artigo 16 da Lei nº 8.038/90.

Ultimadas a providências e relator solicitará ao presidente do órgão competente para o julgamento da reclamação dia para julgamento.

12 EFEITOS

Como já analisado, o artigo 989 do Código de Processo Civil prescreve a possibilidade de o relator conceder liminar, a qual, ordenará, se necessário, para evitar dano irreparável, a suspensão do processo ou do ato impugnado.

Verifica-se que a reclamação proposta com fundamento no descumprimento de decisão do Tribunal ou violação de enunciado de súmula vinculante, o provimento liminar se limitará a suspender os efeitos do ato judicial ou administrativo que importe desrespeito à súmula ou ao julgados indicados.

Quanto à reclamação proposta por usurpação de competência, o provimento liminar, além de suspender o processo, poderá, também, sustar os efeitos dos atos decisórios praticados pelo juízo que se alega incompetente.

No que concerne ao julgamento definitivo da reclamação, na hipótese de a Corte assentar que houve desrespeito a decisão por ela proferida, caberá cassar o ato administrativo ou judicial impugnado, ou em caso de usurpação de competência, anular os atos decisórios praticados, avocando os autos do processo em que sucedeu a violação ao princípio do juiz natural, ou, ainda, determinando o arquivamento do processo na origem, caso não seja possível o processamento e julgamento pelo tribunal., tudo nos termos do art. 17 da Lei nº 8.038/90.

13 RECORRIBILIDADE

A decisão da reclamação pode comporta a interposição de recursos.

Quando a reclamação for julgada monocraticamente haverá possibilidade de interposição de agravo interno ou regimental, tanto da decisão liminar, quanto da decisão definitiva, quer julgue procedente, quer julgue improcedente o pedido da reclamação.

Na hipótese de a decisão ser de órgão colegiado, além dos embargos declaração, caso se entenda que a natureza jurídica da reclamação é de ação, haverá a possibilidade de recurso especial ou recurso extraordinário, quando a decisão for proferida por tribunal de justiça ou tribunal regional federal, ou recurso extraordinário, se a decisão for proferida por tribunal superior e envolver matéria constitucional.

Em sua redação original, o artigo 1.043 do Código de Processo Civil prescrevia a possibilidade de interposição de embargos de divergência para impugnar decisões em processos de competência originária quando houvesse divergência entre órgãos colegiados distintos. Diferentemente do que ocorria no CPC/73, o qual previa no artigo 546 a possibilidade de embargos de divergência somente em recurso especial ou extraordinário, havendo a jurisprudência permitido em agravo regimental em recurso especial ou extraordinário.

Contudo, a Lei nº 13.256/2016 alterou a redação do dispositivo do Código de Processo Civil, razão pela qual a previsão de embargos de divergência para processos de competência originária não permanece em nosso ordenamento jurídico.

A referida previsão seria importante para uniformizar o entendimento de questões que hoje se encontram na competência das turmas, diante de tratamento díspar em relação a outro órgão colegiado.

14 CONCLUSÕES

A reclamação fundada na teoria dos poderes implícitos surgiu no ordenamento jurídico pátrio por uma construção jurisprudencial, porém está estabelecida na Constituição da República, bem como no Código de Processo Civil, a fim de preservar a competência, bem como garantir a autoridade de decisão judicial.

Por mais que até hoje haja controvérsia acerca da natureza jurídica da reclamação, ganha força a noção de que se trata de direito de ação, embora o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 2.212, tenha definido a natureza jurídica como direito de petição.

Tal discussão perdeu, de certa forma, grande força com a entrada em vigor do Código de Processo Civil, uma vez que se trata de norma federal que estabelece a possibilidade de a reclamação ser dirigida a qualquer tribunal, não havendo a restrição ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça como defendiam alguns.

Há discussão acerca da possibilidade da aplicação da reclamação para a defesa dos fundamentos da decisão, a partir da aplicação da teoria dos motivos determinantes. Entretanto, a posição não foi albergada pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista o modo de julgamento realizado no Brasil, de sorte que cada Ministro pode ter um fundamento distinto e a mesma conclusão, o que dificulta a identificação de qual fundamento poderia ser considerado vinculante.

Da mesma forma, a noção de que o inciso X do artigo 52 da Constituição da República foi objeto de mutação constitucional não prevaleceu no Supremo Tribunal Federal no julgamento da RCL 4.335, embora esta tenha sido julgada procedente, diante da existência de enunciado de Súmula Vinculante.

Verifica-se que, com a objetivação do processo, a partir de mecanismos como incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos extraordinário e especial repetitivos, a reclamação deve ter sua importância aumentada sensivelmente. A reclamação pode ser responsável por conformar a jurisprudência da Corte, bem como até mesmo alterá-la, a partir do reconhecimento de *overruling* pelo tribunal.

REFERÊNCIAS

ANJOS, João Miguel Coelho. Reclamação constitucional. In: *Processo nos Tribunais Superiores*. Coord. FERES, Marcelo Andrade. CARVALHO, Paulo Gustavo Medeiros. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *A correção parcial*. São Paulo: Bushatsky, 1969.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. STF – Pleno. *ADI nº 2.212*, re l. Min. Ellen Gracie, DJU de 14.11.2003, Seção 1, p. 11.

BRASIL. STF – Pleno, *ED no RE n. 571.572*, rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 03.08.2012.

BRASIL. STF – Pleno. *RCL 721*, rel. Min Celso de Mello, DJU de 19.02.1998, Seção 1, p. 8.

BRASIL. STF – Pleno. *RCL nº 1.987*, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 21.05.2004, Seção 1.

BRASIL. STF – Pleno. *RCL n. 2.138*, rel. Min. Nelson Jobim, rel. para ac. Min. Gilmar Mendes, DJe de 18.04.2008.

BRASIL. STF – Pleno. *RCL n, 2.833*, rel. Min. Ayres Britto, DJ de 05.08.2005, Seção 1, p.7.

BRASIL. STF – Pleno. *RCL nº 3.014*, rel. Min. Ayres Britto, DJe de 21.05.2010.

BRASIL. STF – Pleno. *RCL n, 3.331*, rel. Min. Ayres Britto, DJ de 17.11.2006, Seção 1, p. 48.

BRASIL. STF – Pleno. *RCL nº 7.054 AgR*, rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 05.03.2013.

BRASIL. STF – Pleno. *RCL nº 8.478 AgR*, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 22.08.2011.

BRASIL. STF – Pleno. *RCL nº 10.272 ED*, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 13.09.2011.

BRASIL. STF – Primeira Turma, *RCL nº 22.286-AGR*, relator Ministro Luiz Fux, DJe de 01.03.2016.

BRASIL. STF – Primeira Turma, *RCL nº 23.631-AGR*, relatora Ministra Rosa Weber, DJe de 10.03.2017.

BRASIL. STF – Primeira Turma, *RCL nº 11.473-AGR*, relator Ministro Roberto Barroso, DJe de 28.03.2017.

BRASIL. STF – Segunda Turma, *RCL nº 24.686-AGR*, relator Ministro Teori Zavascki, DJe de 10.04.2017.

BRASIL. STF – Segunda Turma, *RCL nº 26.376-AGR*, relator Ministro Dias Toffoli, DJe de 29.06.2017

DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da reclamação, In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCrim*, n. 38, Ano 9, abr./jun. 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais.

LIMA, Alcides de Mendonça. *O Poder Judiciário e a nova Constituição*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. V. 3, 2. parte, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MELLO, Augusto Cordeiro. *O processo no Supremo Tribunal Federal*, v. 1, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao processo civil*, Tomo V. Rio de Janeiro: Forense.

PACHECO, José da Silva. *A reclamação no STF e no STJ de acordo com a nova Constituição*. RT 646. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SANTOS, Moacyr Amaral. RTJ 56/546.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA
QUE CONCEDEU DIREITO A QUINTOS
E DÉCIMOS CONSIDERADOS
INDEVIDOS PELO STF NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO 638.115

*RELATIVIZATION OF THE JUDGED THING WHICH GAVE
RIGHT TO FIFTHS AND TENTHS CONSIDERED IMPROPER
BY STF IN THE EXTRAORDINARY REMEDY 638.115*

Ricardo Cavalcante Barroso

Doutorando em Direito pela UFPE.

*Procurador Federal lotado e em exercício na Procuradoria-Regional Federal da 5ª
Região.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da Inexigibilidade do Título Judicial Exequendo e a Consequente Impossibilidade de Pagamento de Atrasados e de Incorporação de Quintos/Décimos; 2 Cabimento da Relativização da Coisa Julgada Formada Contra Interpretação Firmada Pelo STF Mesmo Que Não Tenha Havido Declaração de Inconstitucional do Preceito Normativo; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: A partir do entendimento firmado pelo STF no RE 638.115/CE restou sedimentado que não é compatível com a Constituição a incorporação e o pagamento de parcelas de quintos e décimos alusivos ao exercício de cargos e funções de confiança no período de 08.04.1998 a 04.09.2001. A partir daí é admissível que uma sentença que tenha transitado em julgado em confronto com entendimento posteriormente firmado pelo STF, pode ser relativizada em seus efeitos sem que haja necessidade de ação rescisória, diga-se, utilizando-se meios próprios como a impugnação ao cumprimento da sentença. Superando o dogma da coisa julgada, o STF na apreciação dos recursos extraordinários analisados sob a sistemática da repercussão geral, em especial, o RE 638.115 e o RE 730.462 admitiu a superação do entendimento firmado na sentença transitada em julgado sem que seja necessário o ajuizamento de ação rescisória para esse fim. Reforça essa conclusão a norma transicional do art.1057 do novo CPC que consagra mecanismo de regula a aplicação de mecanismos de relativização da coisa julgada no período de passagem do Código de Processo Civil de 1973 para o atual Código Processual Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Coisa Julgada Inconstitucional. Quintos. Limitação.

ABSTRACT: Based on the understanding signed by STF in RE 638.115 / CE, it has been established that it is not compatible with the Constitution to incorporate and pay installments of fifths and tenths allusive to the exercise of positions and functions of trust in the period from 08.04.1998 to 04.09.2001. It is therefore permissible for a judgment that has become final and unappealable against an agreement later signed by the STF, and may be relativized in its effects without there being any need for a rescission action, that is to say, using means such as the challenge to compliance of the sentence. Beyond the dogma of res judicata, the STF in the appraisal of the extraordinary appeals analyzed under the system of general repercussion, in particular, RE 638.115 and RE 730.462 allowed for overcoming the understanding established in the final judgment without the need for the filing of rescission action for this purpose. This conclusion reinforces the transitional rule of art. 1057 of the new CPC, which establishes a mechanism to regulate the application of mechanisms of relativization of the thing judged in the passage from the Code of Civil Procedure of 1973 to the present Civil Procedure Code.

KEYWORDS: Unconstitutional Judged Thing. Fifths. Limitation.

INTRODUÇÃO

O presente estudo se insere nas preocupações quanto à validade da sentença transitada em julgado e que concede o direito à incorporação de parcelas de quintos e décimos alusivos ao exercício de cargos e funções de confiança no período de 08.04.1998 a 04.09.2001, haja vista o julgado do Recurso Extraordinário (RE) 638.115/CE¹ no qual entendeu como inconstitucional a interpretação que redundou no reconhecimento daquele direito à incorporação.

Objetiva-se perquirir a possibilidade da relativização da coisa julgada para adequá-la ao entendimento firmado pelo STF no RE 638.115/CE, sem necessidade de ajuizamento de ação rescisória nos casos em que a sentença tenha transitado em julgado antes da decisão do STF que reconheceu como indevida a incorporação dos quintos e décimos do período de 1998 a 2001.

Torna-se controvertido o assunto porquanto a jurisprudência, de modo geral, mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973, já vinha adotando a posição de que, nestes casos, torna-se imprescindível o ajuizamento da ação rescisória para desconstituir o julgado formado antes da decisão do STF sobre o assunto.²

Esse o entendimento que ficou consolidado na vigência do vetusto Código de 1973 e que restou positivado no novo Código de ritos de 2015 através da redação dos §7º e 8º do art.535³.

Pois bem. A questão posta aqui, neste estudo, é se é possível pensar na possibilidade jurídica de que uma sentença que tenha transitado em julgado em confronto com entendimento posteriormente firmado pelo STF, pode ser relativizada em seus efeitos sem que haja necessidade de ação rescisória, diga-se, utilizando-se meios próprios como a impugnação ao cumprimento da sentença.

O assunto ganha especial destaque no tocante ao caso dos quintos e décimos adquiridos no período de 1998 a 2001 em razão do caráter continuado dessa parcela financeira e pelo resultado dos julgamentos

1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 638115, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-151 DIVULG 31-07-2015 PUBLIC 03-08-2015.

2 Neste sentido: RE 592912 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-229 DIVULG 21-11-2012 PUBLIC 22-11-2012 RTJ VOL-00226-01 PP-00633.

3 Art 535. omissis

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

omissis

§ 7º A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

tomados nos recursos extraordinários apreciados sob a sistemática da repercussão geral, em especial, o RE 638.115 e o RE 730.462⁴.

Agrega-se a esse fato a vigência da norma transicional do art.1057 do novo CPC que consagra mecanismo de regula a aplicação de mecanismos de relativização da coisa julgada no período de passagem do Código de Processo Civil de 1973 para o atual Código Processual Civil.

1 DA INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO JUDICIAL EXEQUENDO E A CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO DE ATRASADOS E INCORPORAÇÃO DOS QUINTOS/DÉCIMOS

Como sabido, no Recurso Extraordinário (RE) 638.115/CE discutiu-se a constitucionalidade da incorporação de quintos por servidores públicos em função do exercício de funções gratificadas no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 (2 de abril de 1998) e a Medida Provisória 2.225-45/2001 (4 de setembro de 2001), tendo o STF firmado o entendimento de que não existe direito adquirido a regime jurídico e de que o acórdão questionado teria violado os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

O acórdão proferido no Recurso Extraordinário 638.115, em regime de repercussão geral, já foi publicado desde 03/08/2015, Ata n.º 101/2015, DJE n.º 151, sendo oportuno transcrever a ementa do aresto:

Recurso extraordinário. 2. Administrativo. 3. Servidor público. 4. Incorporação de quintos decorrente do exercício de funções comissionadas no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 e a MP 2.225-48/2001. 5. Impossibilidade. 6. Recurso extraordinário provido.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas: preliminarmente, apreciando do Tema 395 da repercussão geral, por maioria, conhecer do recurso, vencidos Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello; em seguida, dar-lhe provimento, vencidos Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello; por maioria, modular os efeitos da decisão, nos termos do voto do

4 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). RE 730462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015.

Relator. Vencido Marco Aurélio que não lhe modulava e impedido Roberto Barroso.

Brasília, 19 de março de 2015.

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Diante disso, consoante entendeu o STF, no RE 638.115/CE, a MP 2.225/2001 não repristinou expressamente as normas que previam a incorporação de quintos, logo, “não se poderia considerar como devida uma vantagem remuneratória pessoal não prevista no ordenamento jurídico”. O STF salientou que a concessão de vantagem a servidores somente pode ocorrer mediante lei em sentido estrito, com base no princípio da reserva legal.

De mencionar que no voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, analisando os efeitos deste julgado para inúmeros casos já transitados em julgado, estabeleceu que a única ressalva é para que não se admita a repetição de valores recebidos de boa fé, o que em nada afeta o dever de cessação da vantagem e, por corolário, obsta o atual recebimento da incorporação dos quintos acima mencionados⁵. Ao contrário, admitir a continuidade do pagamento é claramente negar vigência à decisão proferida pelo STF em sede de repercussão geral e, por conseguinte, violar frontalmente a constituição Federal:

Vejamos o trecho final do voto do ministro-relator:

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, fixando a tese de que ofende o princípio da legalidade a decisão que concede a incorporação de quintos pelo exercício de função comissionada no período entre 8.4.1998 até 4.9.2001, ante a carência de fundamento legal.

Além disso, em razão da segurança jurídica, modulam-se os efeitos da presente decisão para obstar a repetição de indébito em relação os servidores que receberam de boa-fé os quintos pagos até a data do presente julgamento, cessada a ultra-atividade das incorporações em qualquer hipótese.

Neste ponto, cumpre destacar que no inteiro teor do acórdão consta esclarecimento através do qual o Min. Ricardo Lewandowski chama atenção para o fato de que vários servidores recebem incorporações de quintos, por decisão administrativa e judicial transitada em julgado:

5 Assim, o STF claramente tratou o julgamento do referido recurso em repercussão geral adotando a tese da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, atribuindo-lhe efeitos transcendentais para atingir outros casos semelhantes, mormente porque se tratou de caso julgado sob a sistemática da repercussão geral, fato que reforça esse caráter transcendente. Sobre a tese da abstrativização e sua repercussão na coisa julgada ver ASSUMPÇÃO, 2009, p.473).

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Agora, nós nos deparamos com uma situação, Ministro- Relator, que é a seguinte: muitos servidores, de boa-fé, receberam esses quintos, incorporaram já de longa data, acreditando nas decisões administrativas dos respectivos Tribunais e das respectivas repartições públicas, das quais faziam parte, mesmo alguns receberam quintos por força de decisões judiciais, algumas transitadas em julgados, outras não. Essa é uma questão fática que, talvez, merecesse uma reflexão.

Tendo o Ministro Relator Gilmar Mendes reforçado que :

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) – Senhor Presidente, no intervalo chegamos a conversar sobre isso. A mim, me parece que seria adequado assentar que se provê o recurso, mas não se cogita de qualquer repetição de indébito em razão das concessões efetivadas, o que significa dizer que cessa a ultra-atividade das decisões. Portanto, não se dá mais continuidade, mas não haverá a possibilidade de efeito retroativo da decisão. Acho que esse encaminhamento pacifica a temática, tendo em vista todo esse aranzel que se criou em torno do tema e com várias decisões.

Ou seja, o STF teve a clara preocupação com os efeitos da sua decisão para as demais ações judiciais em trâmite e demais casos de incorporação de quintos já procedidos, tendo, ainda assim, afastado apenas o dever de ressarcimento ou devolução ao erário e não impedido a adequação das demais decisões ou posturas àquilo que foi afirmado pelo STF em conformidade com a Constituição Federal.

Assim, importante a peculiaridade da decisão tomada pelo STF no RE 638115/CE foi que expressamente, o STF, em face do efeito transcendente desse julgado e suas repercussões para as coisas julgadas em curso, determinou que as coisas julgadas existentes e contrárias ao posicionamento do STF não mais teriam eficácia.

Considerando que o STF também toca no tema de relativização das coisas julgadas quando do julgamento do RE 730.462, importante trazer luzes sobre o que nele restou decidido.

Pois bem. No mencionado recurso foi firmada a seguinte tese de repercussão geral: “tema 733 da Repercussão Geral, negou provimento ao recurso extraordinário. Fixada a tese com o seguinte teor: “A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a

inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)”

Expressamente se observa que fica ressalvado que é possível relativizar a coisa julgada utilizando o “meio próprio cabível”, leia-se ação rescisória ou art.475-L ou art.741, parágrafo único do antigo CPC.

Ou seja, mesmo no cotejo com o aludido precedente, ainda assim, não se faz obstada a possibilidade de relativização da coisa julgada pelo meio próprio.

De se notar, por igual, que a incorporação de quintos é relação de trato continuado, razão pela qual perfeitamente cessável através do acatamento de petição de impugnação ao cumprimento de sentença nos moldes do art.475-L do CPC/73, como feito neste processo.

Tanto que o próprio acórdão proferido no RE 730.462 expressamente destaca como ressalva à necessidade ação rescisória os casos de relação de trato continuado:

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a

essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 730462, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015) (grifo nosso)

O que se observa, ainda, da análise dos precedentes aludidos é que no caso dos quintos/décimos referentes ao período de 1998 a 2001 fica clara a possibilidade de cessação do pagamento, inclusive de incorporações, decorrentes de decisões judiciais, independentemente de ajuizamento de ação rescisória.

2 CABIMENTO DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA FORMADA CONTRA INTERPRETAÇÃO FIRMADA PELO STF MESMO QUE NÃO TENHA HAVIDO DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO

É perfeitamente admissível reconhecimento da inexigibilidade do título executivo quando fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, mesmo que o STF não tenha declarado a inconstitucionalidade de preceito normativo especificamente.

Assim, de logo, é de ser afastada a alegação de que não seria possível o reconhecimento da inexigibilidade do título executivo transitado em julgado ao argumento de que o STF não chegou a reconhecer a inconstitucionalidade de dispositivo legal e que o STJ teria admitido a interpretação restrita neste sentido.

Ao contrário, conforme dispunha o próprio CPC/73 é possível o reconhecimento da inexigibilidade do título executivo quando fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. É a prevalência do princípio da constitucionalidade em detrimento da segurança jurídica.⁶

O STF, no RE 638.115, expressamente reconheceu como incompatível com a Constituição a interpretação de que a aquisição do direito ao pagamento dos quintos poderia se estender durante o período de 1998 a 2001. Essa interpretação foi expressamente tida por inconstitucional e repudiada pelo STF, como visto acima.

Sobre essa admissibilidade, cite-se como exemplo o julgamento proferido pelo STJ ao apreciar o REsp 1.531.095/SP⁷, cujo relator foi o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, terceira turma, julgado em 09/08/2016, no qual expressamente afirma que:

Nos termos do §1º do próprio art. 475-L do CPC/1973, considera-se também inexigível o título judicial fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Com efeito, é de ser admitida a inexigibilidade do título executivo que adote interpretação incompatível com a Constituição, conforme reconhecido pelo STF.

De outro lado, não houve afronta à coisa julgada material porquanto o art.1057 do Novo CPC, ao estabelecer regra de transição a partir da entrada do novo estatuto de ritos, expressamente, disciplinou que o disposto no art.475-L, §1º do CPC/73 e art. 741, parágrafo único, do CPC seriam aplicáveis às decisões judiciais transitadas em julgado anteriormente ao novo CPC/2016. Vejamos o que dispunha o art.475-L, §1º do CPC/73:

Art.475-L. omissis

6 André Luiz Santa Cruz Ramos destaca que o legislador adotou essa predileção pelo princípio da constitucionalidade, embora ressalte que sua opinião é a de que a segurança jurídica seria postulado constitucional (RAMOS, 2007. p.129-130). Por outro lado, é inconcebível que pela segurança jurídica sejam permitidas decisões que afrontem a moralidade, legalidade, dignidade da pessoa humana e tantos outros comandos constitucionais. A relativização da coisa julgada inconstitucional é imprescindível para se preservar a segurança jurídica, só havendo segurança quando a decisão estiver em harmonia com a Constituição Federal (LEMOS, 2014).

7 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). REsp 1531095/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016.

§ 1o Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Omissis

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

II - inexigibilidade do título;

[...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 11.232, de 2005)

Ou seja, o art.1057 do Novo CPC expressamente traz a aplicação do art.475-L do CPC/73 e art. 741, parágrafo único, do CPC/73 para disciplinar os casos em que o trânsito em julgado da sentença emitida em contradição com a interpretação sedimentada pelo STF. Vejamos o que diz o art.1057 do CPC/2016:

Art. 1.057. O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7o e 8o, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Disto resulta que o Novo CPC estabeleceu um regramento de transição específico que pretendeu claramente estabelecer um corte moralizador para ajustar decisões judiciais transitadas em julgado, antes ou depois do novo CPC, e que estejam em conflito com a interpretação dada pelo STF sobre o assunto.

Assim, como não poderia aplicar a regra do Novo CPC para situações antigas, tratou de garantir a mesma solução moralizadora através da invocação do art.475-L do CPC/73 e art. 741, parágrafo único, do CPC/73 que traz redação equivalente àquela do art.535 do

CPC/2016, cujo objetivo é justamente afastar perplexidades decorrentes do pagamento de vantagens francamente contrárias ao entendimento firmado pelo STF.

Não foi outro o propósito da regra esculpida no art.1057 CPC/2016, qual seja, resolver as inconsistências decorrentes de sentenças transitadas em julgado antes do Novo CPC e que estivessem em nítido confronto com posição firmada pelo STF.

Tanto assim, que para as decisões transitadas em julgado após o novo CPC ficou claro que se aplica o novo regramento (art.535), verbis:

Art 535.omissis

§ 5o Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

omissis

§ 7o A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5o deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 8o Se a decisão referida no § 5o for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, como estabelecido no art.1057 acima citado, aplica-se o novo regramento do §7º e §8º art.535 do CPC/2016 em sua inteireza apenas para os casos de decisões transitadas em julgado após a vigência do novo CPC.

Para os casos com trânsito em julgado antes do Novo CPC (como tem sido a maioria dos casos), com efeito, aplica-se o CPC/73, em especial quanto às normas de afastam a imutabilidade da coisa julgada com o objetivo de fazer prevalecer o entendimento moralizador do STF.

Assim sendo, não há que se falar em necessidade rescisória (ainda que possível ajuizá-la) para reverter a sentença transitada em julgado anterior ao Novo CPC e que contrarie entendimento firmado pelo STF.

Como visto, para decisões transitadas antes do novo CPC é possível ajustar a coisa julgada ao posicionamento do STF através dos mecanismos estabelecidos nos art.475-L do CPC/73 e art. 741, parágrafo único, do CPC/73.

Ainda mais porque, como visto, no caso dos quintos/décimos há importante peculiaridade na decisão tomada pelo STF no RE 638115/CE, uma vez que a Corte Excelsa anunciou expressamente que, em face do efeito transcendente desse julgado e suas repercussões para as coisas julgadas em curso, as coisas julgadas existentes e contrárias ao posicionamento do STF não mais teriam eficácia, perderiam sua ultra-atividade.

Em verdade, quando o título judicial que transitar em julgado estiver em desacordo com o posicionamento sedimentado do Supremo Tribunal Federal, ele deixa de ser imutável e fica destituído de eficácia, não podendo ser executado⁸.

Isso porque na atual interpretação jurídica é indispensável ponderar os princípios da segurança jurídica com o da supremacia constitucional e da isonomia.

E a pertinência e cabimento dessa novel previsão contida no art.1057 do Novo CPC, que estatui verdadeira regra de transição moralizadora e de segurança jurídica, afastando posturas contrárias ao entendimento consolidado pelo STF sobre o assunto, tem forte fundamento na supremacia da Constituição.

Tanto que o próprio o Tribunal Regional Federal – 5ª Região, mesmo em momentos anteriores ao CPC/2016 já crivava a posição de que o reconhecimento da inexigibilidade do título executivo, com fulcro no art. 741, parágrafo único, do CPC, é válida e decorre do respeito ao texto constitucional:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. APLICAÇÃO DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. ESTABELECIMENTO DE ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS DO PSS. MP Nº 560, DE 26.07.94. CONSTITUCIONALIDADE. ADIN 1.135-9/DF. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA.

- Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição (súmula 78 do TFR).

- Nos termos do parágrafo único do art. 741 do CPC, será inexigível o título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Como condição de

8 Há importante debate doutrinário sobre a natureza dessa decisão, ora entendendo-se que de subtração da eficácia do título executivo contrário à posição do STF ou se entende que o art.741, parágrafo único e o novo art.475-L, §1º gerariam a verdadeira desconstituição da sentença (ASSUMPÇÃO, 2009, p.472).

eficácia do título executivo judicial, pressupõe-se, pela referida norma, a constitucionalidade da lei ou do ato normativo no qual tenha a decisão se fundamentado, abrindo ensanchas para que tal seja alegado em sede de embargos à execução, prevendo-se, sem dúvida, uma exceção à coisa julgada.

- Não há inconstitucionalidade no referido dispositivo, quer sob o seu aspecto formal, quer sob o material. No fundo, está-se a prestigiar a supremacia da Constituição, que dá suporte de validade a todo sistema jurídico. Recusa-se, no ponto, exequibilidade a uma decisão que tenha se fundamentado em lei que foi julgada contrária à ordem jurídica, sob pena de, ao assim admitir-se, ter-se por atribuir maior relevância à coisa julgada do que à própria Constituição, que lhe dá sustentação.

- Considerando que a lei declarada inconstitucional é destituída de carga eficaz, é também despida de eficácia uma decisão que nela tenha se apoiado, não podendo, em razão disso, aparelhar uma execução, ainda que ultrapassado o prazo previsto para o ajuizamento da rescisória. Da mesma forma com relação a uma decisão que tenha considerado inconstitucional lei posteriormente declarada constitucional pelo STF.

- Provimento à apelação.”

(Apelação Cível nº 381296/AL, processo nº 2004.80.00.008228-3, Segunda Turma do TRF 5ª Região, Desembargador Federal Relator José Baptista de Almeida Filho)⁹

Assim, considerando o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no RE 638115/CE, é despida de carga de eficácia uma decisão que tenha se apoiado em entendimento oposto, não podendo, em razão disso, aparelhar uma execução.

Logo, recusa-se exequibilidade a uma decisão que tenha se fundamentado em título contrário à ordem jurídica, sob pena de, ao assim admitir-se, ter-se por atribuir maior relevância à coisa julgada do que à própria Constituição, que lhe dá sustentação. Sobre tal inversão diz o Ministro José Delgado:

A regra do respeito à coisa julgada é impositiva da segurança jurídica, porém esta não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático. A coisa julgada é uma entidade definida e regradada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza do homem e às regras postas na Constituição. A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a

9 Em sentido semelhante: TRF5. Segunda Turma. AC 200280000047651. AC - Apelação Cível - 333545. Relator(a): Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. DJ - Data:04/04/2005 - Página:412 - Nº:63. Decisão POR MAIORIA.

transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto. Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual.

Cumprе ressaltar que o TRF 5.^a Região, na linha do entendimento do STF, afastou a incorporação de quintos decorrente do exercício de funções comissionadas, no período de 98/2001, nesses termos:

EMENTA

ACÇÃO DE COBRANÇA. PARCELAS RETROATIVAS GARANTIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA TRANSITADO EM JULGADO. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS DECORRENTE DO EXERCÍCIO DE FUNÇÕES COMISSIONADAS. RE 638.115.

1. Autor que teve assegurado, por meio de sentença proferida em mandado de segurança, a incorporação dos quintos, pretendendo, na presente ação de cobrança, a condenação da Ré ao pagamento dos valores pretéritos.
2. O Plenário do col. STF, nos autos do RE 638.115, julgado em 19/03/15, decidido sob o regime de repercussão geral, firmou entendimento no sentido de não ser possível a incorporação de quintos/décimos aos vencimentos de servidores públicos federais no período compreendido entre 08/04/98 (Lei 9.624/98) e 05/09/01 (MP 2.225-45/01).
3. Assentou-se, naquele julgado, que a concessão de quintos somente seria possível até 28/02/95 (art. 3º, I, da Lei 9.624/98), enquanto que, no interregno de 01/03/95 a 11/11/97 (Medida Provisória 1.595-14/97), a incorporação devida seria de décimos (art. 3º, II e parágrafo único, da Lei 9.624/98), sendo indevida qualquer concessão após 11/11/97. (cf. Informativo 778)
4. Na ocasião, foram modulados os efeitos da decisão para desobrigar a devolução dos valores recebidos de boa-fé pelos servidores até a data do julgamento, cessada a ultra-atividade das incorporações concedidas indevidamente.
5. Inexistência de direito ao pagamento de retroativos de quintos, devendo ser julgado improcedente o pedido formulado na inicial.

6. Apelação e remessa oficial providas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que figuram como partes as acima identificadas,

DECIDE a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO à apelação e à remessa oficial, nos termos do Relatório, do Voto do Relator e das Notas Taquigráficas constantes dos autos, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 17 de setembro de 2015(data do julgamento).

PAULO MACHADO CORDEIRO

Desembargador Federal Relator (TRF5. Processo: 08014105220144058000, AC/AL, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO MACHADO CORDEIRO, 3ª Turma, JULGAMENTO: 22/09/2015).

Aliás, em julgado mais recente, proferido em janeiro de 2017, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, acolhendo argumentação desenvolvida pela Procuradoria-Regional Federal da 5ª Região, em caso em que era parte da Universidade Federal da Paraíba, reconheceu a inexigibilidade, prescindindo de ação rescisória, das parcelas de quintos incorporados por força de decisão judicial transitado em julgado, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. INCORPORAÇÃO DE QUINTOS NO PERÍODO DE 1998 A 2001. SUPERVENIÊNCIA DE ORIENTAÇÃO CONTRÁRIA DO STF (RE 638.115/CE). MODULAÇÃO DOS EFEITOS. INEXIGIBILIDADE DAS PARCELAS POSTERIORES AO JULGAMENTO DO RE 638.115/CE. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC DE 1973. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Nos termos do art. 471, parágrafo único, do CPC/1973, reputa-se inexigível o título fundado em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

2. O Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar recurso representativo da controvérsia (REsp 1.189.619), consolidou o entendimento de que, sendo o art. 741, parágrafo único, do CPC, norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada

restritivamente, alcançando apenas às situações em que o título executivo estava fundado em norma que o Supremo Tribunal Federal tenha declarado inconstitucional, em que se aplicou norma em situação tida por inconstitucional ou em que se aplicou norma com um sentido tido por inconstitucional, não se aplicando indistintamente a todos os casos em que aplicada orientação diversa daquela firmada pelo Pretório Excelso.

3. No caso da incorporação de quintos decorrente do exercício de funções comissionadas no período compreendido entre a edição da Lei nº 9.624/1998 e a vigência da MP 2.225-45/2001, pelo que se colhe do teor do acórdão proferido no RE 638.115/CE, com repercussão geral reconhecida (art. 543-B do CPC/73), a Corte Suprema firmou o entendimento de que não haveria suporte legal a embasar a incorporação de quintos até setembro de 2001, uma vez que, à míngua de disposição expressa, a MP 2.225-45/2001 não teria efeito repristinatório.

4. Embora não tenha sido declarada a inconstitucionalidade de dispositivo legal, foi aplicada norma em situação reconhecida pelo STF como inconstitucional, já que se entendeu que não havia base legal para a incorporação de quintos no período de abril de 1998 a setembro de 2001, com base na MP 2.225-45/2001, de modo que referida incorporação afronta o princípio da legalidade.

5. Assim, a interpretação conferida pelo Pretório Excelso no julgamento do citado representativo de controvérsia pode servir como fundamento para que, em sede de embargos à execução, seja alegada a inexigibilidade do título executivo judicial, nos termos do art. 741 do CPC. Nada obstante, necessário se observar a modulação dos efeitos da referida decisão, de modo a somente se considerar inexigível o título em relação aos valores que seriam devidos a partir de 19/03/2015 (data do julgamento do RE 638.115).

6. No caso concreto, como se trata de ação mandamental ajuizada em 27/11/2008, na qual o título executivo (datado de 15/02/2011), que determinou a incorporação da vantagem ainda não foi cumprido, forçoso reconhecer a inexigibilidade do título apenas em relação aos valores que seriam devidos a partir do julgamento do RE 638.115.

7. Apelação parcialmente provida, para reconhecer a inexigibilidade do título apenas em relação valores relativos ao período posterior 19.03.2015.

(PROCESSO: 200882000087825, AC492528/PB, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, Quarta Turma, JULGAMENTO: 31/01/2017, PUBLICAÇÃO: DJE 03/02/2017 - Página 146)

Interessante observar que o TRF5 acolheu a tese com temperamento, qual seja, reconheceu a inexigibilidade apenas em relação aos valores recebidos após 19.03.2015, data firmada no RE 638.115, pelo STF.

Dessa forma, é de ser admitida a negativa de exequibilidade do título executivo neste caso, a bem da Constituição e da própria Justiça como valor supremo albergado pela *lex mater*, sem necessidade de ajuizamento de ação rescisória, mesmo que o título impugnado tenha transitado em julgado antes da decisão do STF que reconheceu a inconstitucionalidade daquela interpretação ou norma.

Trata-se, como visto, que clara iniciativa de superação, para o caso dos quintos e décimos, daquilo que restou estatuído no Recurso Especial (repetitivo) 1189619/PE¹⁰ que havia sedimentado a tese de que os embargos à execução não teria o condão de fazer prevalecer a posição do STF caso o título atacado tenha transitado em julgado antes da decisão do STF.

No entanto, no caso dos quintos/décimos, a decisão do STF expressamente apreciou os efeitos futuros de sua decisão e determinou a supressão da ultratividade das sentenças transitadas em julgado, fato que traz novo ingrediente ao debate e permite superar a posição do STJ para que se admita a desconstituição dos efeitos futuros da coisa julgada, sem necessidade de ação rescisória.

3 CONCLUSÃO

Considerando o entendimento firmado pelo STF quando do julgamento do RE 638.115, cujos efeitos transcendentais se aplicam a casos semelhantes, e observando a tese firmada sob a sistemática da repercussão geral quando do julgamento do RE 730.462, quanto ao reconhecimento da possibilidade de modificação da coisa julgada formada contra decisão do STF que reconhece a inconstitucionalidade de preceito normativo, é de se inferir a plena possibilidade de modificação da coisa julgada, sem necessidade de ação rescisória, para atacar sentença transitada em julgado que concedeu a incorporação e pagamento de quintos e décimos do período de 1998 a 2001 e que tenha se formado antes do julgamento do RE 638.115.

10 REsp 1189619/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010.

Esta conclusão decorre da expressa abordagem dos efeitos da decisão formada no mencionado RE 638.115, inclusive para efeitos futuros, em que o STF expressamente determinou a cessação dos efeitos futuros das decisões, mesmo transitadas em julgado, que tenham reconhecido o direito à referida vantagem financeira.

Essa conclusão vem a ser encampada pelo TRF5 em precedente (AC492528/PB) a permitir a modificação da coisa julgada, nestes casos, através de impugnação formulada em sede de embargos à execução (atualmente através de impugnação ao cumprimento de sentença), fato que se constitui em importante precedente e entendimento capaz de alinhar a discussão dos quintos e décimos, a bem da isonomia.

Evita-se com isso, a necessidade de ajuizamento de ação rescisória nestes casos, o que colabora para que a atuação da advocacia pública seja plena e eficiente no sentido de afastar vultosos pagamentos indevidos que contrariam consolidado entendimento do STF.

REFERÊNCIAS

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 592912 AgR*, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/04/2012, acórdão eletrônico DJe-229, divulgado em 21-11-2012, publicado em 22-11-2012, RTJ VOL-00226-01, PP-00633.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RE 638115*, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2015, Processo eletrônico repercussão geral - mérito DJe-151, divulgado em 31-07-2015, publicado em 03-08-2015.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *REsp 1531095/SP*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira turma, julgado em 09/08/2016, DJe 16/08/2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *REsp 1189619/PE*, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/08/2010, DJe 02/09/2010

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (TRF5). TRF5. Segunda Turma. *AC 200280000047651. AC - Apelação Cível - 333545*. Relator(a): Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. DJ - Data:04/04/2005 - Página:412 - Nº:63. Decisão por maioria.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (TRF5). *Processo: 08014105220144058000, AC/AL, Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, 3ª Turma, Julgamento: 22/09/2015.*

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (TRF5). *Processo: 200882000087825, AC492528/PB, Desembargador Federal Edílson Nobre, Quarta Turma, Julgamento: 31/01/2017, Publicação: DJE 03/02/2017 - Página 146.*

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO (TRF5). *Apelação Cível nº 381296/AL, processo nº 2004.80.00.008228-3, Segunda Turma do TRF 5ª Região, Desembargador Federal Relator José Baptista de Almeida Filho.*

LEMOS, Wilson Macedo. Relativização da Coisa Julgada e o Novo Código de Processo Civil. ANIMA: *Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba PR - Brasil. Ano VI, nº 12, jul./dez./2014. Disponível em: <<http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima12/ANIMA-12-RELATIVIZACAO-DA-COISA-JULGADA-E-O-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-CIVIL.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2009.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Coisa julgada inconstitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

APLICAÇÕES ATUAIS E POTENCIALIDADES DO IRDR PARA O APRIMORAMENTO DA DEFESA JUDICIAL DA UNIÃO CURRENT

*APPLICATIONS AND POTENTIAL OF IRDR FOR THE
ENHANCEMENT OF UNION JUDICIAL DEFENSE*

Roberto de Aragão Ribeiro Rodrigues

Doutor em Direito Processual pela UERJ

Professor de Direito Processual Civil do IBMEC-RJ

Advogado da União

Atualmente no cargo de Suprocurador-Regional da União – 2ª Região.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Hipótese em que a Mera Admissão do IRDR Pode, Por Si Só, Trazer Benefícios à Defesa Judicial da União; 2 Hipótese em Que o Julgamento do IRDR Exaure a Controvérsia Jurídica de Interesse da União; 3 Hipótese em que o Entendimento Fixado no IRDR Fortalece a Posição da AGU no STJ; 4 A Potencialidade: Convergência Entre o IRDR e o Instituto da Transação Por Adesão Previsto no Art. 35 da Lei n.º 13.140/2015; Referências.

RESUMO: O artigo tem por objeto a análise das possibilidades de racionalização da defesa da União em juízo por intermédio do manejo do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, previsto no CPC/2015.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Civil. Ações Repetitivas. IRDR. Aprimoramento da Defesa Judicial da União.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the possibilities of rationalizing the defense of the Union in court through the handling of the incident of resolution of repetitive demands - IRDR, foreseen in CPC/2015.

KEYWORDS: Civil Proceedings. Repetitive Actions. IRDR. Improvement of the Judicial Defense of the Union.

INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015, ao instituir o incidente de resolução de demandas repetitivas, agregou ao ordenamento jurídico brasileiro interessante instrumento para o microsistema de gestão e julgamento de causas repetitivas, visando assegurar-lhes tratamento prioritário, adequado e racional.¹

O incidente de resolução de demandas repetitivas consiste em mecanismo que se destina, precipuamente, à tutela coletivizada de direitos individuais homogêneos,² mas sem a exigência de um legitimado extraordinário, que se faz presente nas ações coletivas, há muito já empregadas no Brasil.³

Com assumida inspiração do legislador brasileiro no procedimento-modelo alemão (*Musterverfahren*),⁴ pode-se dizer que o incidente reproduz, já na segunda instância, a lógica que rege o julgamento por amostragem dos recursos excepcionais repetitivos.⁵

A fixação de uma tese jurídica acerca de questão de direito material ou processual em momento antecipado, ainda nos tribunais de apelação, é, ao mesmo tempo, a grande vantagem do instituto e o seu maior óbice no que diz respeito especificamente à racionalização da defesa judicial da União, cujos temas, naturalmente, transcendem, em regra, a área de jurisdição dos Tribunais Regionais Federais.

1 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal*. / Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha. 13. ed. v. 3, reformada. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 590; 644.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 962, dez. 2015. p. 131-151. Antonio do Passo Cabral registra, com acerto, que o IRDR possui escopo mais amplo que o das ações coletivas que tenham por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos, uma vez que pode ter por objeto, por exemplo, a definição de uma controvérsia de índole estritamente processual. CABRAL, Antonio do Passo. CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coordenação Antonio do Passo Cabral, Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 976.

3 RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua legitimidade. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 433-443, 435.

4 A Exposição de Motivos do novo CPC deixa clara tal inspiração na seguinte passagem: “Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.” BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 21.

5 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 299.

O objetivo deste artigo consiste justamente em procurar apontar as potencialidades do IRDR para a racionalização da defesa judicial da União a despeito dessa dificuldade, além de identificar os casos em que a aplicação do instituto já apresenta benefícios.

Como o título está a indicar, não se buscará delinear um perfil teórico completo do IRDR,⁶ mas tão somente proceder à análise de tais hipóteses, com foco no aprimoramento da defesa da União em juízo.

Serão expostos nos itens a seguir os casos nos quais, por razões absolutamente diversas, o mecanismo do IRDR já traz ou pode vir a trazer incontestemente utilidade para a racionalização da atuação dos Membros da AGU em ações isomórficas.

1 HIPÓTESE EM QUE A MERA ADMISSÃO DO IRDR PODE, POR SI SÓ, TRAZER BENEFÍCIOS À DEFESA JUDICIAL DA UNIÃO

O incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 976 a 987 do CPC, tem por principal escopo promover uma superior concretização dos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável dos processos.⁷

Para atingir tais objetivos, o CPC dispõe de forma expressa que o incidente será cabível quando houver, cumulativamente, efetiva repetição de ações que contenham controvérsia sobre idêntica questão de direito e haja risco de ofensa aos princípios da isonomia e à segurança jurídica.⁸

Neste sentido, dispõe o art. 982, I, do Código que, uma vez admitido o incidente, o relator *deverá* suspender *todos* os processos pendentes, individuais e coletivos, que tramitem no Estado ou Região, a depender do trâmite perante a justiça estadual ou federal, respectivamente.⁹

6 A análise completa do IRDR, que extrapola os limites deste artigo, foi empreendida em: RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Precedente formado em casos repetitivos: eficácia, issue preclusion* e as teses jurídicas prejudiciais. Curitiba: Juruá, 2017. p. 171-190. MENDES, Aloisio Gonçalves de Castro. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 211, p. 191-207. Como obra de referência no tema, vide TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

7 RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Precedente formado em casos repetitivos: eficácia, issue preclusion* e as teses jurídicas prejudiciais. Curitiba: Juruá, 2017. p. 211-229.

8 Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.
[...].

9 Neste sentido é o Enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Civis - FPPC n.º 92: “A suspensão de processos prevista neste dispositivo é consequência da admissão do incidente de resolução de demandas repetitivas e não depende da demonstração dos requisitos para a tutela de urgência.”

Com bem destaca Ravi Peixoto, tal suspensão tem caráter obrigatório e consiste em efeito automático da simples admissão do incidente, não havendo possibilidade de instauração de IRDR sem que haja a suspensão de *todos* os processos.¹⁰

É justamente nesta suspensão dos processos que tramitam em uma das cinco Regiões da Justiça Federal que reside a primeira vantagem da instauração do incidente para a União.

Com efeito, a suspensão de centenas ou mesmo milhares de ações com idêntico objeto permite a racionalização do trabalho dos Membros da AGU, assim como possibilita a concentração de esforços estratégicos no caso que representa a controvérsia jurídica central comum à multiplicidade de processos perante o respectivo Tribunal Regional Federal.

Trata-se, pois, de indiscutível vantagem sob o viés da racionalização, gestão e estratégia processual, independentemente do teor favorável ou desfavorável do julgamento do mérito

2 HIPÓTESE EM QUE O JULGAMENTO DO IRDR EXAURE A CONTROVÉRSIA JURÍDICA DE INTERESSE DA UNIÃO

A possibilidade de utilização do incidente merecedora de análise neste tópico refere-se aos casos residuais nos quais a questão jurídica central objeto de uma pluralidade de ações massificadas cinge-se aos limites de jurisdição de uma Região da Justiça Federal.

Registre-se que, no âmbito da Justiça Estadual, haverá a fixação de uma tese jurídica que deverá ser necessariamente observada pelos magistrados de primeira instância, nos termos do inciso IV, do art. 927, do CPC. A fixação desta tese nos limites da jurisdição de um Estado possuirá o condão de racionalizar a atividade judicante do Tribunal de Justiça e, por via de consequência, otimizará a atuação da Procuradoria daquele Estado, cumprindo, assim, a finalidade do IRDR

Tal não ocorrerá, entretanto, em âmbito nacional, uma vez que, via de regra, as questões jurídicas comuns a uma pluralidade de processos judiciais enfrentadas pela Advocacia-Geral da União normalmente transcendem os limites da jurisdição de um dos cinco Tribunais Regionais Federais. É o que se passa, por exemplo, com as questões relativas a gratificações de servidores públicos federais, discussões relativas a tributos federais etc.

Há hipóteses, no entanto, em que a questão jurídica firmada no IRDR pode se limitar a uma ou apenas algumas determinadas regiões.

10 PEIXOTO, Ravi. *O IRDR e a suspensão de processos*. Empório do Direito. Publicado em: 18 jul. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-irdr-e-a-suspensao-de-processos-por-ravi-peixoto/>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

É o que se passa, por exemplo, com a discussão acerca da indenização por trabalho em localidade estratégica (adicional de fronteira) devido a servidores públicos federais, nos termos da Lei n.º 12.855/2013, cujo IRDR fora admitido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª e que atualmente se encontra suspenso em virtude do Recurso Especial Repetitivo n.º 1.617.086/PR.¹¹

A despeito de extrapolar os limites jurisdicionais do TRF da 4ª Região, o tema não é de interesse em todo o território nacional, visto que naturalmente não tramitam ações com tal objeto na 2ª Região da Justiça Federal.

3 HIPÓTESE EM QUE O ENTENDIMENTO FIXADO NO IRDR FORTALECE A POSIÇÃO DA AGU NO STJ

Casos há em que o julgamento do IRDR pode vir a “pavimentar” a construção de uma tese jurídica favorável à União no Superior Tribunal de Justiça.

Tome-se por exemplo a controvérsia quanto à obrigatoriedade de manutenção de simuladores de direção veicular por parte de autoescolas.

A Advocacia-Geral da União conseguiu, junto ao Superior Tribunal de Justiça, suspender a tramitação de todos os processos que discutem a imprescindibilidade de interessados em obter a Carteira Nacional de Habilitação (CNH) submeterem-se a aulas em tais simuladores.¹²

A AGU, assim como qualquer outra parte que litigue em âmbito nacional, tenderá a adotar como estratégia processual em tais casos a instauração de IRDR no Tribunal que se mostrar mais receptivo ao acolhimento de sua tese.

Cabe ressaltar, desde já, que a regra inserta no parágrafo 4º do art. 976 dispõe sobre a impossibilidade de instauração do incidente de

11 BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=72267152&num_registro=201601986614&data=20170515&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 23 jul. 2017.

12 A solicitação foi feita após os Advogados da União identificarem a existência de pelo menos 490 ações na Justiça Federal questionando a legalidade da exigência, prevista na resolução nº 543/2015 do Conselho Nacional de Trânsito (Contran). Como decisões divergentes sobre o tema vinham sendo proferidas, a AGU alertou para a necessidade de dar segurança jurídica ao tema e pediu para que fosse suspenso o andamento de todos os processos até que o próprio STJ ou o Supremo Tribunal Federal (STF) julguem em definitivo a questão. O pedido de suspensão foi possibilitado pela instauração de Incidente de Demandas Repetitivas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ele foi feito pelo Departamento de Serviço Público da Procuradoria-Geral da União em conjunto com o Núcleo de Atuação Estratégica em Casos Repetitivos (Nucre). Ambos são unidades da Procuradoria-Geral da União, órgão da AGU. O presidente da Comissão Gestora de Precedentes do STJ, ministro Paulo de Tarso Sanseverino, acolheu liminar o pedido, reconhecendo que a questão é de “excepcional interesse público”. BRASIL. Advocacia-Geral da União. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/569395>. Acesso em: 27 jun 2017.

resolução de demandas repetitivas quando um tribunal superior já tiver afetado recurso para a definição daquela questão jurídica repetitiva.

A racionalidade deste dispositivo converge com o escopo central do Código de buscar promover a mais ampla e eficaz uniformização da jurisprudência.

Com efeito, não haveria o menor sentido proceder-se à admissibilidade do incidente em um tribunal de segunda instância quando a questão jurídica pendente de definição se encontrar na iminência de pacificação por um tribunal superior, com jurisdição em todo território nacional.

Constatados os requisitos estabelecidos nos incisos I e II do artigo 976 e instaurado o incidente, desloca-se o julgamento da questão de direito material ou processual repetitiva ao órgão do tribunal de justiça ou tribunal regional federal responsável pela uniformização de jurisprudência, nos termos do artigo 978.¹³

Verifica-se, portanto, a “cisão da cognição judicial”,¹⁴ já que aquelas ações, individuais ou coletivas em trâmite ainda perante a primeira instância, são suspensas até que venha a ser proferida pelo tribunal de segundo grau a decisão sobre a questão jurídica comum controvertida.¹⁵

O artigo 982, em seu parágrafo 3º, traz importante regra no sentido de que qualquer legitimado elencado no rol do artigo 977 tenha a faculdade de requerer ao tribunal competente para conhecer de recurso extraordinário ou especial a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado, inicialmente restrita a um estado da federação ou região, no caso da justiça federal.¹⁶

13 Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

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.

14 “Como o próprio nome informa se trata de uma técnica introduzida com a finalidade de auxiliar no dimensionamento da litigiosidade repetitiva mediante uma cisão da cognição através do “procedimento-modelo” ou “procedimento-padrão”, ou seja, um incidente no qual “são apreciadas somente questões comuns a todos os casos similares, deixando a decisão de cada caso concreto para o juízo do processo originário”, que aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso.” NUNES, Dierle José Coelho. O IRDR do novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. *Revista Justificando*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 11 jun. 2015.

15 Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I – suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

16 § 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

A regra prevista no parágrafo 3º do art. 982 possibilita, naturalmente, a uniformização da jurisprudência em âmbito nacional, já que as questões jurídicas comuns que vierem a ser julgadas pelo STF ou STJ serão aplicáveis a uma multiplicidade de ações em todo o território nacional.

Criou-se, com tal finalidade, no âmbito do STJ, nova categoria processual intitulada *suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas* (art. 271-A, *caput*, do RISTJ).¹⁷

Tal requerimento de suspensão deve ser dirigido ao presidente do respectivo tribunal superior (art. 1.029, §4º, CPC).¹⁸

A suspensão de processos em âmbito nacional foi admitida pelo STJ pela primeira vez por ocasião da análise da suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas n.º 7,¹⁹ e já vem sendo amplamente requerida, com êxito, pela Advocacia-Geral da União.²⁰

O caráter vinculante da tese fixada no IRDR é estabelecido pelo parágrafo 1º do artigo 985, que preconiza o cabimento de reclamação na hipótese de sua não observância.

Diante deste caráter vinculante dos julgamentos proferidos em IRDR, entende-se que a definição da questão jurídica central também traz como consequência o julgamento liminar de improcedência de futuras ações que tenham por objeto pretensão cujo fundamento contrarie a tese jurídica pacificada no tribunal ao qual se vincule o juízo, independentemente da citação do réu.

17 Do sítio do Superior Tribunal de Justiça extrai-se o seguinte esclarecimento acerca dessa nova categoria processual: “Para tramitar esse pedido, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ) criou a classe processual suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas (SIRDR), regulamentada pelo art. 271-A do RISTJ, o qual estabelece que o Presidente do Tribunal poderá, “considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, suspender, em decisão fundamentada, todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente”. BRASIL. *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Processos/Repetitivos-e-IAC/Saiba-mais/Sobre-Suspens%C3%A3o-em-IRDR>. Acesso em 12 ago. 2017.

18 A despeito da previsão no Regimento Interno, o STJ, por intermédio da Portaria n.º 475/2016, delegou tal competência ao Presidente da Comissão Gestora de Precedentes.

19 BRASIL. *SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-analisa-primeira-suspens%C3%A3o-em-incidente-de-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-demandas-repetitivas>. Acesso em: 23 jul. 2017.

20 A despeito do dispositivo em questão ter estabelecido que apenas o Ministério Público e a Defensoria Pública possuiriam legitimidade para requerer a revisão da tese jurídica firmada no incidente, parece ter havido equívoco na remissão legal feita tão somente ao inciso III, do artigo 977, excluindo-se tal possibilidade às partes. TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 254. Com efeito, não há o menor sentido em suprimir o direito das partes de requerer a superação ou a revisão da tese jurídica fixada pelo incidente. Melhor seria, portanto, se a remissão do artigo 986 contemplasse os incisos II e III do artigo 977.

Portanto, pode-se concluir que, na hipótese de pedido de suspensão em incidente de resolução de demandas repetitivas, julgado pelo STJ, haverá a pacificação da questão unicamente de direito em todo o território nacional.

Tal regra, no entanto, admitirá exceção, se futuras ações não versarem exclusivamente sobre matéria de direito, ou seja, se for constatada a necessidade de produção de provas acerca dos fatos narrados pelo autor. Em tais hipóteses, evidentemente não será possível o julgamento liminar de improcedência do pedido, sob pena restar caracterizada afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa do réu.

Como “válvula de escape” à cristalização da jurisprudência, o artigo 986 contempla de forma expressa a hipótese de superação do entendimento jurídico firmado no incidente por intermédio da técnica do *overruling*.²¹

Ainda no sentido da superação ou mesmo simples revisão do entendimento firmado pelos tribunais de segunda instância, dispõe o artigo 987 que o julgamento do incidente poderá ser objeto de recurso extraordinário ou especial, os quais serão dotados de efeito suspensivo (parágrafo 1º).

Por fim, seu parágrafo 2º prevê que, apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo STF ou pelo STJ será aplicada em território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre aquela mesma questão de direito.²²

4 A POTENCIALIDADE: CONVERGÊNCIA ENTRE O IRDR E O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO POR ADESÃO PREVISTO NO ART. 35 DA LEI N.º 13.140/2015

Casos há em que a fixação de uma tese jurídica, ainda que *contrária* aos interesses da União pode vir a ser útil, mesmo que evidentemente sob o estrito aspecto da *gestão das ações de massa*.

Com efeito, na hipótese extrema em que não haja a menor possibilidade de reversão de sentenças e acórdãos desfavoráveis ao ente federal, proferidos em processos que versem sobre uma mesma questão jurídica central, é preferível a suspensão de tais ações (conforme já sustentado no item 2) e, como corolário lógico, a sua extinção o quanto antes.

21 Art. 986. A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III.

22 Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. § 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

É exatamente da possibilidade de abreviação da existência desses processos que se ocupará o presente tópico.

Nos itens anteriores foram desenvolvidos temas que têm como fundamento a diretriz central do CPC/2015 da busca pela atribuição de força vinculante à jurisprudência.

O objetivo final de se alcançar superior concretude aos princípios constitucionais da isonomia, da segurança jurídica e da duração razoável dos processos pela via da estabilização e do fortalecimento da jurisprudência foi, sem dúvida alguma, um dos motivos determinantes para o advento do novo Código de Processo Civil, tal como restou consignado em sua Exposição de Motivos.²³

Paralelamente a essa grande diretriz, o legislador ordinário teve por mote, também, o estímulo aos meios consensuais de solução dos litígios, como se pode inferir da simples leitura dos artigos 3º e 165 do CPC/2015.

Essa noção de existência de duas diretrizes processuais fundamentais na contemporaneidade, a saber, a de fortalecimento da jurisprudência e a do estímulo aos meios consensuais de solução de conflitos, não tem passado despercebida pela melhor doutrina.²⁴

Alinhada à tendência de incentivo aos meios consensuais de solução de controvérsias, a já chamada “Lei da Mediação”, Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, ou seja, praticamente contemporânea à Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo CPC, disciplinou, em seu art. 35, o instituto da transação por adesão.²⁵

23 “Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.” BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/ Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 17. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 28 jun 2017.

24 “Em síntese, no que tange à tutela jurisdicional mediante técnicas de adjudicação, o sistema caminha para o controle cada vez mais rigoroso da incongruência, em homenagem à segurança jurídica e à igualdade de tratamento. Ao lado desse fenômeno de padronização, por sua vez, outra tendência contemporânea consiste no estímulo aos modos consensuais de resolução de litígios.” SILVA NETO, Francisco de Barros e. A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico na aplicação das normas. In: *Julgamento de casos repetitivos*. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 168-169.

25 Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

O instituto consiste, em síntese, na possibilidade de que as controvérsias entre particulares e entes da Administração Pública venham a ser objeto de transação por adesão, mediante prévia autorização do Advogado-Geral da União, que se baseará na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores.

Importante destacar que, por possuir efeitos gerais, com aplicabilidade a todos os casos idênticos, nos termos do parágrafo 3º, a transação por adesão ostenta a grande virtude de zelar pela observância do princípio da impessoalidade, que norteia toda e qualquer atividade do Estado.

Com efeito, tal regra impede a particularização de acordos e, por via de consequência, a concessão de condições mais privilegiadas a determinados indivíduos.

Destaca-se, ainda, a superior adequação do uso conjugado da transação por adesão com os mecanismos processuais de julgamento de casos repetitivos previstos no CPC/2015, dentre os quais se encontra, naturalmente, o IRDR, em comparação com as ações coletivas que tenham por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos, em razão das conhecidas dificuldades e delongas na fase de execução destas.²⁶

Isto porque, na transação por adesão, em razão do acordo celebrado, que implica a renúncia, pelo interessado, ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou recurso, nos termos do parágrafo 4º do art. 35, não poderá haver ulterior discussão acerca do *quantum* efetivamente devido.

Urge, portanto, regulamentar, de forma adequada e efetiva, o mecanismo da transação por adesão, a fim de que possa alcançar toda a potencialidade que se extrai da regra inserta no art. 35 da Lei n.º 13.140/2015.

Se o incidente de resolução de demandas repetitivas possui a aptidão de favorecer e racionalizar a gestão de processos repetitivos por parte da União pelas vias expostas nos itens precedentes, remanescem, tal como ocorre com as ações coletivas, os problemas surgidos na fase de execução.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

26 Vide as infindáveis execuções decorrentes de ações coletivas que tiveram por objeto a cobrança do percentual de 28,86% a título de reajuste aos servidores públicos federais civis e militares, concedidos há mais de vinte anos, pelas Lei n.º 8.622/93 e 8.627/93. O dispêndio de tempo em tais execuções, até os dias atuais, evidentemente sobrecarrega e compromete uma atuação mais relevante e estratégica dos Membros da Advocacia-Geral da União.

Sustenta-se, portanto, que, após a devida regulamentação, a transação por adesão, quando conjugada com o IRDR, viabilizará uma potencialização deste mecanismo, visto que eliminará os problemas decorrentes da fase de execução das ações massificadas.

A conjugação desses dois inovadores institutos terá o potencial de trazer significativos ganhos para a racionalização das atividades contenciosas da Advocacia-Geral da União em todo o Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/569395>. Acesso: em 23 jul. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: anteprojeto/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/STJ-analisa-primeira-suspens%C3%A3o-em-incidente-de-resolu%C3%A7%C3%A3o-de-demandas-repetitivas>. Acesso em: 23 jul. 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Incidente de resolução de demandas repetitivas no novo CPC. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal./Fredie Didier Jr.; Leonardo Carneiro da Cunha, 13 ed. reformada, Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme. Incidente de resolução de demandas repetitivas e recursos repetitivos: entre precedente, coisa julgada sobre questão, direito subjetivo ao recurso especial e direito fundamental de participar. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 962, dez. 2015, p. 131-151.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional*. 4. ed. Revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no Projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 211.

TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas do novo Código de Processo Civil. In: *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais/coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador: Juspodivm, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. O IRDR do novo CPC: este “estranho” que merece ser compreendido. *Revista Justificando*. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/02/18/o-irdr-novo-cpc-este-estranho-que-merece-ser-compreendido/>>. Acesso em: 11 jun 2015.

PEIXOTO, Ravi. O IRDR e a suspensão de processos. *Empório do Direito*. Publicado em 18 jul. 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/o-irdr-e-a-suspensao-de-processos-por-ravi-peixoto/>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. O incidente de resolução de demandas repetitivas e sua legitimidade. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao Projeto do Novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, pp. 433-443.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Precedente formado em casos repetitivos: eficácia, issue preclusion e as teses jurídicas prejudiciais*. Curitiba: Juruá, 2017.

SILVA NETO, Francisco de Barros e. A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico na aplicação das normas. In: *Julgamento de casos repetitivos*. Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Juspodivm, 2016.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016.

O ROL TAXATIVO (?) DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

*THE EXHAUSTIVE LIST (?) OF HYPOTHESES OF
INTERLOCUTORY APPEAL*

Rodrigo Frantz Becker

Advogado da União. Mestre em Direito pela UnB.

Ex-Procurador-Geral da União.

Diretor da Escola Superior de Advocacia do DF.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Agravo de Instrumentos no CPC/2015; 2 Posições Divergentes Quanto á Interpretação do Rol do Art. 1015 do CPC/2015; 3 Análise Crítica Acerca das Interpretações do Rol De Hipóteses do Agravo de Intrumento; 4 O Mandado de Segurança Como Sucedâneo do Agravo de Instrumento; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Diversas mudanças vieram com o novo Código de Processo Civil brasileiro, que entrou em vigor em março de 2016. Dentre essas mudanças, algumas afetaram o sistema recursal, instituindo uma forma de vinculação aos precedentes formados em alguns tipos de recursos, e outras modificaram os próprios recursos existentes no código. O agravo de instrumento, utilizado para impugnar decisões interlocutórias, foi um dos atingidos pela mudança, seja porque se alterou o seu prazo de interposição, seja porque, de forma mais intensa, desenvolveu-se uma nova forma de agravar, em que não há mais hipóteses abertas para o seu cabimento, restringindo-se a um rol disposto no código. Nesse passo, o objetivo do artigo é discutir se esse rol é taxativo, ou se ele admite interpretação extensiva para abranger hipóteses não contempladas, mas necessárias diante das dinâmicas processuais.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Recursal. Agravo de Instrumento. Hipóteses de Cabimento.

ABSTRACT: Several changes came with the new Brazilian Civil Procedure Code, which came into force in March 2016. Among these changes, some affected the appealing system, instituting a form of linkage to the precedents formed in some types of appeals, and others modified the own ones appeals in the code. The interlocutory appeal, used to challenge interlocutory decisions, was one of those affected by the change, either because its deadline was changed, or because, more intensely, a new form of appeal was developed, in which there is no longer hypotheses open hypotheses to it, restricting itself to a list set forth in the code. For this reason, the purpose of the article is to discuss whether this list is exhaustive or whether it admits extensive interpretation, to encompass hypotheses not contemplated, but necessary due to procedural dynamics.

KEYWORDS: Appeal System. Interlocutory Appeal. Exhaustive Hypothesis.

INTRODUÇÃO

Passados mais de um ano de vigência do novo Código de Processo Civil, tema que ganha contornos divergentes e que tem enfrentado debates acalorados na doutrina e nos Tribunais é a taxatividade ou não das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, delineadas no art. 1.015 do código.

No Código de 1973, em razão de uma expressão aberta de cabimento – contra decisões que causem lesão grave ou de difícil reparação –, não havia esse debate, na medida em que tal expressão comportava uma interpretação discricionária acerca do que era lesão grave ou de difícil reparação, a fim de enquadrá-la como agravável.

Já no diploma processual de 2015 não há mais essas expressões, e, no lugar delas, o legislador normatizou diversas situações específicas em que são cabíveis o agravo de instrumento.

A partir dessas situações, e por não haver mais expressões abertas, passou-se a debater se esse rol de hipóteses seria taxativo, exemplificativo, ou, ainda, taxativo passível de interpretações extensivas.

1 AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/2015

Para uma melhor compreensão do que se analisará no decorrer deste trabalho, cabe a transcrição do art. 1.015/CPC, que trata do cabimento do agravo:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I - tutelas provisórias;

II - mérito do processo;

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI - exibição ou posse de documento ou coisa;

VII - exclusão de litisconsorte;

VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;

XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Da leitura do texto legal, de inopino, percebe-se que foi disposto um rol com hipóteses de cabimento taxativamente arroladas, sem nenhuma expressão aberta, como fazia o CPC/73, ao afirmar que cabia agravo de instrumento contra decisões que causassem dano grave ou de difícil reparação.

Ainda que bastante amplas, todas as situações descritas no CPC/15 são objetivas, levando a uma mudança de paradigma quanto ao uso do agravo de instrumento.

Essa mesma observação foi feita por Cristiane Druve Tavares Fagundes, ao estatuir que:

de forma diametralmente contrária, o CPC/1973 previa uma cláusula geral de cabimento do recurso de agravo, preceituando que, das decisões interlocutórias caberia agravo na modalidade retida (que era a regra) ou na modalidade por instrumento (art. 522, *caput*). (FAGUNDES, 2017, p. 374).

Ressalte-se que também pode ocorrer de uma lei específica prever o cabimento de agravo de instrumento contra determinada decisão. Contudo, repete-se, isso não retira a taxatividade do rol de cabimento do recurso, na medida em que não se confere poder discricionário ao magistrado para verificar, diante de conceitos vagos, se é o caso ou não de decisão agravável.

2 POSIÇÕES DIVERGENTES QUANTO À INTERPRETAÇÃO DO ROL DO ART. 1015 DO CPC/15

Em decorrência dessa mudança na forma de o CPC/15 dispor sobre o rol do agravo, já se prenunciava essa divergência, quando da sanção do diploma processual, com diversos autores, antes mesmo de março de 2016, defendendo (MEDINA, 2015, p. 1230), criticando (RUBIN, 2016, p. 876) ou estendendo (CUNHA; DIDIER, 2015, p. 275-284) o rol citado acima.

Após a entrada em vigor do Código, o debate acentuou-se, sobretudo porque a prática diária viu acender luzes sobre o problema, deixando ele de ser meramente teórico, para ocupar espaço nos Tribunais brasileiros.

A propósito, algumas decisões interlocutórias, recorrentes em primeira instância, ficaram de fora das hipóteses de cabimento do agravo, fazendo com que se inflamasse a perplexidade de parte dos operadores do direito acerca da medida cabível para combater tais decisões. Como exemplo, citem-se as decisões que versam sobre competência do juízo, que (in) deferem a produção de provas e que decidem o valor da causa.

Discute-se, no que se refere à taxatividade, se é possível, dentre outras hipóteses acima citadas, a interposição de agravo de instrumento contra decisão que declina da competência, com base em interpretação extensiva do inciso III, do art. 1.015:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

[...]

III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

A justificativa dos defensores de tal tese é que a decisão relativa à convenção de arbitragem é uma decisão que trata de competência *lato sensu*, daí por que a premissa de que se a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é agravável, também deve ser agravável a que declina da competência relativa ou absoluta.

A respeito da divergência, na prática, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal possui acórdãos nos dois sentidos indicados, admitindo e negando o agravo de instrumento nessas hipóteses. Confira-se argumentação dos julgados:

Pelo não cabimento do agravo de instrumento

O rol do art. 1.015 do NCPC é taxativo ou *numerus clausus* conforme preconizado pela balizada doutrina. Por conseguinte, fora das hipóteses ali elencadas, ou a decisão é irrecurável ou contra ela será cabível meio de impugnação diverso (artigo 1.009, parágrafo primeiro, do Código de Processo Civil).

Se o réu pretendeu o reconhecimento da incompetência absoluta do Juízo e por conta disso, teve seu Agravo de Instrumento não conhecido monocraticamente pelo Relator, qualquer insurgência contra essa decisão deveria abarcar tão somente o desacerto dos fundamentos lançados naquele momento. Pretender rever a decisão desse último ato judicial, invocando fatos ou fundamentos diversos,

assim como dissociados da decisão vergastada, viola o princípio da dialeticidade, causa de conhecimento do recurso (Súmula 182/STJ). (20160020424003AGI, Relator: LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA, 8ª TURMA CÍVEL, DJE: 03/02/2017)

Pelo cabimento do agravo de instrumento

- I. O Código de Processo Civil de 2015 não contempla a decisão que acolhe a preliminar de incompetência no rol dos pronunciamentos que podem ser impugnados por meio de agravo de instrumento descrito em seu artigo 1.015.
- II. Não obstante o caráter exaustivo do catálogo do artigo 1.015, não é vedado o recurso à interpretação extensiva ou analógica de alguma das hipóteses nele listadas, sobretudo com o propósito de favorecer a segurança jurídica e a razoável duração do processo.
- III. Se, por um lado, as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento são dispostas *numerus clausus*, de outro, mostra-se imperioso transigir quanto à possibilidade de extensão de alguma delas a situações dirimidas por decisões substancialmente similares.
- IV. Se é agravável a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem e, por via de consequência, estabelece a competência do órgão jurisdicional, não há razão para excluir da abrangência recursal do agravo de instrumento a decisão que estabelece a competência interna, isto é, a competência de um órgão jurisdicional em face dos demais.
- V. De acordo com a inteligência do parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil, no cumprimento de sentença a decisão sobre a competência do juízo da execução, argüida por meio de impugnação na forma do artigo 525, inciso VI, do mesmo diploma legal, pode ser impugnada mediante agravo de instrumento.
- VI. O mesmo pode ocorrer até mesmo no processo de execução, tendo em vista que a incompetência absoluta, muito embora em regra deva ser suscitada por meio de embargos à execução, nos termos do artigo 917, inciso V, do Código de Processo Civil, por

força do artigo 64, § 1º, do mesmo Estatuto Processual, “pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício”.

VII. A interpretação analógica, também em função desse quadro processual, parece inelutável: se é cabível agravo de instrumento contra decisão acerca de competência no cumprimento de sentença e no processo de execução, deve sê-lo também na fase cognitiva. (20160020344135AGI, Relator Designado: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, 4ª TURMA CÍVEL, DJE: 17/11/2016)

Por coerência acadêmica, consigne-se que a maioria dos acórdãos proferidos pelo TJDF é no sentido de negar o agravo de instrumento, nos casos de incompetência, mantendo a taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC.

A partir desse apanhado jurisprudencial, no âmbito do TJDF, que serve como moldura fática da tese que aqui se examina, constrói-se o terreno para o debate acerca da referida taxatividade, ressaltando-se que, até o momento, a questão não chegou ao Superior Tribunal de Justiça.

Cabe, portanto, analisar qual das duas linhas de raciocínio é a mais correta, não apenas no tocante à decisão que analisa a competência, mas no tocante à interpretação de todas as hipóteses de cabimento do agravo, se taxativas ou não.

Aqui neste trabalho não se pretende isolar e tão somente examinar o problema da decisão acerca da competência; pelo contrário, esse exemplo apenas acende as luzes sobre outras hipóteses, que também não foram abarcadas, mas possuem defensores de uma interpretação passível de admitir o cabimento de agravo instrumento contra elas.

Não há dúvidas de que o objetivo do Código, ao elaborar um rol taxativo de cabimento do agravo de instrumento, e é isso que se pretende demonstrar.

Entretanto, imperioso destacar que isso não tornou as demais decisões interlocutórias – não abrangidas no art. 1015 – irrecuráveis. Deixou apenas para momento posterior a sua impugnação, quando da interposição da apelação ou da apresentação das contrarrazões, conforme expressa dicção do art. 1.009, § 1º, do CPC/15¹.

1 Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1o As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

Assim, tais decisões são efetivamente passíveis de recurso, contudo, têm a sua preclusão alterada para momento posterior, após ultrapassado o prazo da apelação ou das contrarrazões, caso o prejudicado pela decisão interlocutória tenha obtido êxito ou não na sentença.

3 ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DAS INTERPRETAÇÕES DO ROL DE HIPÓTESES DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

É na própria preclusão que reside um dos grandes óbices à interpretação extensiva propugnada por parte da doutrina e por parcela da jurisprudência. Isto porque, havendo dois momentos distintos de preclusão para as decisões interlocutórias, a depender do cabimento ou não de agravo, deixar ao alvedrio do juiz (desembargador) a definição sobre o tipo de decisão que se pretende recorrer (agravável ou não), é transformar a parte em apostador num jogo em que as cartas são dadas pelo Judiciário.

Imagine-se uma situação em que a parte está diante de uma decisão interlocutória, a princípio, não agravável, mas que, naquela hipótese, alguns Desembargadores admitem o agravo de instrumento, por interpretação extensiva, e outros não – a exemplo da incompetência. Se a parte não recorrer e cumprir a lei, poderá acontecer de, posteriormente, quando da apelação, o capítulo referente à incompetência não ser conhecido, por preclusão, na medida em que a parte não se utilizou do recurso cabível à época. Por outro lado, se a parte recorrer, poderá obter uma negativa no agravo, haja vista o rol taxativo não aceitar interpretação extensiva.

Poder-se-ia alegar que, uma vez definido o cabimento pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial repetitivo, ou mesmo pelo Tribunal de Justiça em IRDR, não haveria mais dúvida para a parte. A afirmação tem meia verdade, e não abrange o problema na sua extensão, mas apenas no particular. É que, aceitar uma interpretação extensiva quanto ao agravo de instrumento, significa admitir outras interpretações também no tocante aos demais incisos do art. 1.015 do CPC.

A propósito, já há quem defenda o cabimento de agravo de instrumento para impugnar decisão que indefere negócio jurídico processual:

Convenção de arbitragem é um negócio processual. A decisão que a rejeita é decisão que nega eficácia a um negócio processual. A eleição de foro também é um negócio processual. Como vimos, a decisão que nega eficácia a uma cláusula de eleição de foro é impugnável por agravo de instrumento, em razão da interpretação extensiva. Pode-se ampliar essa interpretação a todas as decisões que negam eficácia ou não homologam negócio jurídico processual – seriam, também por extensão, agraváveis. (CUNHA; DIDIER, 2015, p. 279).

Há, ainda, quem admita a interposição do recurso de agravo contra o indeferimento de provas, por interpretação extensiva dos incisos VI e XI do art. 1.015 (VI - exibição ou posse de documento ou coisa e XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;) (RUBIN, 2016, p. 886).

A criatividade pode levar, e tem levado, a muitas outras situações. Daí se pergunta: o Superior Tribunal de Justiça deverá regulamentar todas as situações em sede recurso especial repetitivo para evitar o problema da identificação da preclusão?

Certamente, a intenção do legislador não foi deixar esse espaço interpretativo de um rol normativo, notadamente porque, quando quis fazê-lo, o fez de forma expressa, liberando o intérprete a estender hipóteses previstas em lei.

Veja-se os seguintes artigos, todos eles com espaço interpretativo de rol normativo:

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno *dentre aqueles* responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, **tais como** taxas e despesas de condomínio;

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, **tais como**:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta. (destaque nosso)

Em todas essas situações, o legislador estabeleceu um rol de hipóteses, mas deixou que esse rol fosse ampliado pelo intérprete, com expressões (“dentre aqueles” e “tais como”) designadas para tal fim.

Bem ou mal, o rol é taxativo. A razão disso pode ser verificada em duas frentes: celeridade e instrumentalidade.

Quanto à celeridade, a taxatividade do rol impede a proliferação de agravos, que acontecia no CPC/73. Como havia expressões abertas para justificar o cabimento do agravo de instrumento, a maioria das decisões interlocutórias era agravada sob a justificativa do grave dano ou de difícil reparação (art. 522 do código de 73).

Com a nova roupagem do agravo, somente aquelas hipóteses que o legislador entendeu passíveis de recurso imediato, via agravo, abrirão a segunda instância, deixando as demais para o julgamento de apelação. Certamente o processo ganha celeridade, impede proliferação de recursos e obsta o trabalho desnecessário do Tribunal, que, se não verificasse grave dano ou de difícil reparação, deveria converter o agravo de instrumento em retido.

Ademais, limitando as hipóteses de cabimento, o legislador deixou todas as demais situações para a apelação, aproveitando o ato processual de apelar para que haja impugnação das decisões interlocutórias. Anteriormente, o agravo de instrumento contra decisões de interpretação aberta, como visto, poderia ser convertido em retido e ficava no Tribunal aguardando a chegada da apelação.

Havia, ainda, o agravo retido, como regra, que deveria ficar adormecido nos autos, até que, na apelação (ou nas contrarrazões) o agravante requeria seu prosseguimento. Com o rol taxativo, já se sabe quais decisões interlocutórias poderão ser julgadas pelo Tribunal imediatamente, via agravo de instrumento, e quais serão decididas apenas na apelação.

Lemos (2016, p. 75) faz interessante análise acerca do rol do agravo de instrumento, afirmando que o legislador imputou ao sistema anterior, de ampla recorribilidade das interlocutórias, um atraso ao processo em geral, e por essa razão estabeleceu hipóteses taxativas.

Pode se dizer, e talvez com razão, que mais hipóteses deveriam estar abarcadas, e que o legislador acabou por prejudicar o processo. Todavia, essa foi a opção da lei. Critiquemos a lei, se for o caso, mas não podemos legislar por via transversa, pretendendo que o rol não seja taxativo.

Nem se diga, como fizeram Cunha e Didier (2015, p. 276), apesar da propriedade das palavras, que se trata de interpretação extensiva de rol taxativo, e não de ampliação do referido rol.

No ponto, vale a lição de França (2015, p. 51), ao afirmar que “a interpretação extensiva não faz senão reconstruir a vontade legislativa

existente para a relação jurídica que só por inexata formulação parece à primeira vista excluída”.

Para Bustamante (2007, p. 255-275), na mesma linha, a interpretação extensiva há que se manter “dentro dos limites semanticamente estabelecidos pelo texto objeto da interpretação”, enquanto a analogia “envolve uma tomada de decisão não feita originalmente pelo legislador, pois a hipótese ventilada não pode ser reconduzida a qualquer enunciado normativo em vigor nem mesmo se este for interpretado extensivamente”.

Destarte, para se concluir da forma como pretenderam Cunha e Didier, dever-se-ia afirmar que a intenção do legislador não foi restringir o rol do art. 1015, e que, por equívoco semântico, algumas hipóteses acabaram por expressar menos do que queriam (caso da convenção de arbitragem). Todavia, isso seria interpretar analogicamente o rol, e não extensivamente, como pretendem.

A advertência de Romão (2016) é adequada à hipótese: “atribuir sentidos inexistentes ou extrapolar significados semânticos sob a justificativa de interpretação extensiva equivale conferir caráter exemplificativo ao rol, ainda que sob outro arranjo ou fundamento.”

Maranhão defende posição semelhante, no tocante à interpretação extensiva, sem, contudo, aprofundar as razões pelas quais entende que algumas hipóteses devessem ter tal tipo de interpretação. Diz o autor:

Tem-se esse rol como taxativo. Contudo, adiante-se que não são descartáveis situações concretas em que demonstrar-se-á o cabimento de interpretação conforme a Constituição, frente ao postulado da isonomia e da paridade de armas entre os litigantes, bem assim a necessidade de interpretação extensiva do texto para hipóteses análogas conducentes ao entendimento pelo qual o legislador *dixit minus quam voluit*. (MARANHÃO, 2016, p. 147-168).

Na sua visão, não há outras razões para que seja admitida tal interpretação, de modo que permanecem aqui as observações já deduzidas anteriormente. Acrescente-se, apenas, que das hipóteses sugeridas como autorizativas de uma extensão na forma de interpretar, em verdade, trata-se de mudança de sinal tão-somente, como é caso, do art. 1.015, IV, do CPC. Nessa situação, deve-se interpretar que a expressão “incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, inclui tanto o acolhimento quanto a rejeição.

Vale referir, por outro lado, que Maranhão (2016, p. 147-168) expressamente rechaça o cabimento de agravo de instrumento contra as decisões que versem sobre “competência” por interpretação extensiva da

autorização dada para o recurso contra decisão que trate de convenção de arbitragem.

A propósito da expressão “convenção de arbitragem”, por certo não é ela uma expressão aberta, que deixa margem de dúvidas ao intérprete, ou ainda, que possibilite uma gama de situações possíveis, como são os casos de “admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros”, ou “no processo de execução”, constante no art. 1.015, parágrafo único do CPC/15.

Essas duas últimas expressões, de fato, admitem que se faça uma interpretação extensiva para incluir na sua concepção outras hipóteses, seja para, no primeiro exemplo, adicionar uma intervenção de terceiros não prevista no CPC² (intervenção anômala da Fazenda Pública prevista na Lei 9.649/97), seja, na segunda hipótese, para se definir as decisões proferidas no processo de execução passíveis de impugnação por agravo de instrumento.

Extraír de “convenção de arbitragem” a ideia de que o legislador quis dizer menos do que deveria, e que a intenção dele não foi limitar à arbitragem as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento, com o devido respeito aos que defendem tal ideia, é um exercício de construção normativa que não encontra espaço no texto legal, nem nos métodos interpretativos.

Isso porque, como visto acima, a intenção do legislador foi, de fato, restringir as hipóteses, pois, se de outra forma quisesse, poderia ter usado expressões exemplificativas para deixar margem ao intérprete.

Ademais, ainda que se entenda que se trata de mera “interpretação extensiva”, não se pode utilizar esse método interpretativo com o objetivo de subverter a ideia inicial do legislador.

As ponderações de Lênio Streck, com base no pensamento de Eros Grau, são fundamentais acerca do perigo da interpretação como fonte justificadora de ideias doutrinárias:

A existência de diversos cânones de interpretação – que é agravada pela inexistência de regras que ordenam, hierarquicamente, o seu uso (Alexy), faz com que esse uso resulte *arbitrário*. Esses métodos, diz Grau, funcionam como justificativa para legitimar resultados que o intérprete se propõe a alcançar. (STRECK, 2011, p. 138).

Por fim, ainda que se ultrapassasse todos os obstáculos acima, o que se verifica é que a expressão “convenção de arbitragem” não dá margem a dúvidas razoáveis ou espaços interpretativos para se alcançar a ideia que

2 É o caso da intervenção anômala da Fazenda Pública, regulada na Lei 9.649/97.

o legislador quis abarcar “competência” em sua hipótese. Tratar dessa forma a questão é dar ao intérprete o poder de legislar.

Nesse contexto, Wambier (2016, p. 551) é categórica em não admitir interpretação extensiva para a expressão “convenção de arbitragem”, ao asseverar que diferente é a situação em que se discute sobre a competência para a arbitragem, pois nessa hipótese não caber agravo de instrumento, devendo a questão ser objeto de recurso apenas quando da decisão final do processo. Perceba-se que a autora não admitiu interpretação outra que não fosse o cabimento de agravo contra a alegação de convenção de arbitragem.

A interpretação extensiva não serve para ampliar o rol previsto em lei; somente permite que determinada situação se enquadre no dispositivo, a despeito de o texto ser mais restrito. Não se amplia o conteúdo da norma, apenas há o reconhecimento de que dada hipótese é regida pela regra.

Assim, taxatividade não significa literalidade ou interpretação gramatical. Embora o caso não se identifique com as expressões postas no texto legal, deve-se analisar a teleologia do dispositivo, de modo a alcançar a finalidade das normas que devem ser construídas a partir do texto.

4 O MANDADO DE SEGURANÇA COMO SUCEDÂNEO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Argumento que subsiste é que, “se não se adotar a interpretação extensiva, corre-se o risco de se ressuscitar o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança contra ato judicial, o que é muito pior, inclusive em termos de política judiciária.” (CUNHA; DIDIER, 2015, p. 278).

No mesmo sentido:

Esta opção do legislador de 2015 vai, certamente, abrir novamente espaço para o uso do mandado de segurança contra atos do juiz. A utilização desta ação para impugnar atos do juiz, no ordenamento jurídico ainda em vigor, tornou-se muito rara. Mas, à luz do novo sistema recursal, haverá hipóteses não sujeitas a agravo de instrumento, que não podem aguardar até a solução da apelação. Um bom exemplo é o da decisão que suspende o andamento do feito em 1º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar. (WAMBIER, 2015, p. 1453).

Não se pode fazer juízo interpretativo a partir de argumento consequencialista. Se não há como impugnar imediatamente a decisão, que se use o mandado de segurança.

Todavia, aqui vale a advertência de Maranhão (2016, p. 147-168), para quem permitir simplesmente o cabimento de mandado de segurança contra ato judicial, com fundamento no art. 5.º, II, da Lei 12.016/2009³, implicaria numa subutilização de uma garantia constitucional, rebaixando o mandado de segurança a mero sucedâneo recursal.

Para o autor, uso do *mandamus* teria ainda o óbice da Lei do MS, que assevera ser incabível o *writ* contra decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo. De fato, se toda decisão interlocutória é recorrível, seja por agravo de instrumento, seja pela via diferida da apelação, eventual impetração de mandado de segurança merecerá indeferimento liminar da petição inicial.

O próprio Maranhão (2016, p. 147-168) traz uma ressalva, que serve para justificar o uso do *writ* em casos excepcionais, afirmando que deve-se utilizar a *ratio decidendi* do RE 76.909 (art. 926, § 2.º), por meio do qual a Suprema Corte abrandou o rigor da Súmula 267 e alargou a admissibilidade do mandado de segurança contra ato judicial nos casos em que, a despeito da recorribilidade do ato judicial, tal instrumento não puder ter eficácia suspensiva e a parte estiver diante de situação de dano efetivo ou potencial..

Destarte, a conclusão do autor é precisa e coaduna-se com a ideia de taxatividade do rol de cabimento do agravo de instrumento. Havendo dano irreparável ou de difícil reparação, a parte pode utilizar o MS, desde que justifique concretamente a situação excepcional, cabendo ao Tribunal admitir ou não a sua argumentação.

E, caso o uso do MS seja excessivo, que isso sirva para se modificar a lei, como já se fez, aliás, com a inclusão de recursos especiais repetitivo e a repercussão geral, em 2006, como forma de diminuir o número de recursos que chegava às Cortes Superiores. Não se pretendeu, à época interpretar extensiva ou restritivamente o recurso especial para impedir que chegasse ao STJ, mas buscou-se no legislativo a solução.

5 CONCLUSÃO

O debate em torno do rol taxativo de cabimento do agravo de instrumento persistirá por muito tempo, seja porque há muitas hipóteses, não previstas, de decisões que geram anseios acerca da necessidade de serem impugnadas imediatamente, seja porque é da essência da academia jurídica intensificar discussões sobre temas polêmicos e que atraem interpretações diversas.

3 Art. 5º Não se concederá mandado de segurança quando se tratar:

[...]

II - de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo;

O legislador, bem ou mal, fez uma opção: trazer um rol sem hipóteses abertas para o cabimento do agravo de instrumento.

Ao intérprete cabe extrair do texto a norma, desde que coerente com aquilo que o legislador pretendeu ao editar tal texto.

Portanto, interpretar não pode ter por função modificar, mas sim, extrair o melhor significado dentro do âmbito de possibilidade oferecida pela norma legal. Se não é a melhor norma, cabe perseguir uma forma de corrigir o problema, dentro das opções democráticas que oferecidas pela Constituição.

É o que se deve fazer: não havendo solução imediata, busquemos a modificação da lei pela via adequada, e não por vias transversas.

REFERÊNCIAS

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Analogia jurídica e argumento a contrario: um caso típico de argumentação por princípios: uma explicação a partir de uma controvérsia sobre a aplicação do art. 1.122 do CPC brasileiro. In *Revista de Direito Privado*, v. 29/2007, jan./mar./2007.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER, Fredie. Agravo de instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento: uma interpretação sobre o agravo de instrumento previsto no CPC-2015 In: *Revista de Processo*, v. 242, abr./2015.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. *Novo Código de Processo Civil comentado*, Tomo III (comentário ao art. 1.015). São Paulo: Lualri, 2017.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*, 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LE MOS, Vinicius Silva. *O agravo de instrumento no novo CPC*. São Paulo: Lualri, 2016.

MARANHÃO, Clayton. Agravo de instrumento no CPC/15: entre a taxatividade do rol e um indesejado retorno do mandado de segurança contra ato judicial In: *Revista de Processo*, v. 256; 2016, jun.2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito Processual Civil Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROMÃO, Pablo. Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento? In: *Revista de Processo*, v. 259, set./2016.

RUBIN, Fernando. Cabimento do agravo de instrumento em matéria probatória: crítica ao texto final do novo CPC (Lei nº 13.105/2015, art. 1015) In: *Coleção Novo CPC – Doutrina Selecionada*, v. 6. Salvador: Jus Podivm, 2016.

SILVA, Beclaute Oliveira; SILVA, Ivan Luiz da; e ARAÚJO, José Henrique Mouta. Eficácia do agravo de instrumento na decisão antecipada parcial de mérito. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 10, volume 17, n. 2, julho a dezembro de 2016.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

WAMBIER, Teresa; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo CPC*. Artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Do agravo de instrumento. In: *Temas essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A INFLUÊNCIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOBRE A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA EM DEMANDAS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE O POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*THE INFLUENCE OF THE NEW CIVIL PROCESS CODE ON
THE DYNAMIC DISTRIBUTION OF THE BURDEN OF PROOF
IN ENVIRONMENTAL DEMANDS: AN ANALYSIS OF THE
POSITION OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE*

Rogério Guedes

Mestre em Ciência Jurídico-Ambiental pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ex-Procurador-Chefe do IBAMA/PE. Coordenador da área de Direito da Energia da Escola Superior da Advocacia-OAB/PE. Procurador Federal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Ônus da Prova; 2 Técnica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova; 2.1 Pressupostos Formais para Inversão do Ônus da Prova; 2.2 Pressupostos Materiais para a Inversão Judicial do Ônus da Prova ; 3 A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Matéria Ambiental; 3.1 Do Caso Tratado no Resp 1.330.027/SP; 3.2 Da Responsabilidade Civil Objetiva

Como Fundamento para a Regra da Inversão do Ônus da Prova Ambiental; 3.3 Do Princípio da Precaução como Fundamento para Impor a Inversão do Ônus da Prova; 3.4 Da Aplicação do Art. 6º, Inc. VIII do Código de Defesa do Consumidor; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente estudo possui como objetivo analisar a compatibilidade da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a inversão do ônus da prova em ações ambientais com as atuais regras sobre a distribuição dinâmica do ônus da prova prevista no novo Código de Processual Civil. Para isso, fizemos, primeiramente, uma breve análise da regra geral da distribuição do ônus da prova e dos seus pressupostos de validade, nos termos do art. 373 do Código de Processo Civil. Após analisarmos a situação da distribuição do ônus da prova aplicada a todas as demandas judiciais, examinamos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a inversão do ônus da prova especificamente em demandas ambientais e os argumentos utilizados pela Corte para fundamentar o seu posicionamento. Por fim, tecemos críticas ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e apontamos o nosso entendimento sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiental. Distribuição Dinâmica das Provas. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: This study aims to analyze the compatibility of the jurisprudence of the Superior Court of Justice on the inversion of the burden of proof in environmental demands with the current rules on the dynamic distribution of the burden of proof provided in the new Civil Procedure Code. For this, we first made a brief analysis of the general rule of distribution of the burden of proof and its assumptions of validity, in terms of art. 373 of the Civil Procedure Code. After analyzing the distribution of the burden of proof applied to all legal demands, we examined the jurisprudence of the Superior Court of Justice on the reversal of the burden of proof specifically on environmental claims and the arguments used by the Court to support its position. Finally, we criticize the position of the Superior Court of Justice and point out our understanding of the issue.

KEYWORDS: Environment. Dynamic Distribution of the Burden of Proof. Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO

A influência das alterações impostas pelo novo Código de Processo Civil sobre a distribuição do ônus da prova em demandas que tenham como objeto questões ambientais não tem sido devidamente abordada. Apesar de as alterações legislativas trazerem novidades que extirparam as graves distorções causadas pelo antigo regime jurídico, em especial em relação à ausência de norma sobre ônus da prova que se compatibilizasse com os princípios do direito processual e com as normas constitucionais, essas alterações não têm sido observadas no âmbito das demandas judiciais cujo mérito seja a proteção do meio ambiente.

É necessário que os operadores do direito que atuam na área ambiental fiquem atentos à repercussão das novidades trazidas pelo atual Código de Processo Civil no que tange à dinamicidade da distribuição do ônus da prova. As regras do Código de 1973, as quais priorizavam uma distribuição probatória estática, foram superadas e, por isso, devemos ter um novo olhar sobre a utilização, por analogia para implementar normas de procedimentos específicos de outros ramos do Direito.

Não temos dúvidas que o tratamento dispensado pelo Código de 1973 feria princípios básicos da ciência processual que, em muitos casos, deveriam ser afastados pela sua inconstitucionalidade naqueles casos específicos. Ocorre que, no afã de proteger o meio ambiente e de adequar o procedimento aos princípios do direito processual, o Superior Tribunal de Justiça criou uma “teoria da distribuição estática inversa” no âmbito ambiental, o que configurou uma saída demasiadamente pesada, transformando o remédio em veneno.

O STJ firmou o entendimento de que, a regra é a inversão do ônus da prova nas demandas ambientais, imputando ao suspeito de ocasionar o dano ambiental o ônus de comprovar que não cometeu qualquer conduta que possa ter gerado o dano. Ao empreendedor, que é acusado de ser responsável por um dano ambiental, é imputada a responsabilidade de comprovar que suas atividades não possuem qualquer relação com os danos causados ou, caso haja, que há um fato impeditivo, modificativo ou extintivo da sua responsabilidade.

Ocorre que a utilização da “distribuição estática inversa” é tão equivocada e grave quanto a distribuição estática prevista no art. 333 do Código de Processo Civil de 1973. Os princípios que regem o processo são igualmente desprezados e causam prejuízos a direitos fundamentais do réu. Não se pode restringir demasiadamente os direitos de uma das partes, mesmo que seja sob a alegação de que se busca proteger o meio ambiente. É preciso encontrar um meio de ponderar os interesses de forma proporcional e razoável que, a nosso ver, já foi apresentado por meio do art. 373 do atual Código de Processo Civil.

1 O ÔNUS DA PROVA

Antes de analisarmos a inversão do ônus da prova em demandas ambientais, faz-se necessário visitarmos, mesmo que superficialmente, a regra geral do ônus da prova. Não há como analisar a pertinência de uma situação especial se não entendermos a regra que atinge as demandas gerais. É preciso conhecermos, ao menos, o seu conceito, as suas funções e o momento da sua aplicação.

O ônus da Prova, segundo Fredie Didier Júnior, “é o encargo que se atribui a um sujeito para demonstração de determinadas alegações de fato”¹. Diante do conceito, podemos extrair algumas conclusões. Primeiramente, trata-se de um ônus e não de uma obrigação, ou seja, caso não se desincumba do ônus, a parte não sofrerá qualquer punição cabendo, apenas, arcar com as suas consequências. Deste modo, caso a parte não observe o seu ônus, a consequência não pode ser, automaticamente, a decisão desfavorável. “O descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, *mas o aumento do risco de um julgamento contrário*, uma vez que, como precisamente adverti Patti, uma certa margem de risco existe também para a parte que produziu a prova”².

Em relação às funções do ônus da prova, há a função subjetiva e a objetiva. Na função subjetiva, podemos afirmar que o ônus da prova serve como uma regra de conduta para as partes. Ele indica qual é a atividade probatória de cada um, com o fim de esclarecer as alegações de fato que devem ser comprovadas em juízo³. Nessa função, o ônus probatório funciona como um guia para cada uma das partes, indicando, de forma prévia e abstrata, a quem cabe comprovar cada alegação de fato.

Já na função objetiva, o ônus da prova dirige-se ao juiz. Caso as provas produzidas nos autos sejam insuficientes, ao juiz não é dada a possibilidade de deixar de julgar, pois é vedado o *non liquet*. Nesse caso, o ônus da prova serve como uma regra de julgamento, ao indicar qual das partes deve suportar o encargo em razão da insuficiência probatória sobre uma determinada alegação de fato.

Ora, se o ônus da prova, na perspectiva objetiva, é uma regra de julgamento para os casos em que as provas produzidas nos autos sejam insuficientes, podemos concluir que se trata de uma regra de aplicação

1 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, e Rafael Alexandria de Oliveira, 12. Ed. Salvador: Ed. Jus Podium, p. 123, 2016.

2 MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento (Curso de Processo Civil - v.2)* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, 7. ed. Versão Atualizada 2 tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 269.

3 Ibidem,

subsidiária. Só será aplicada caso a atividade instrutória realizada nos autos do processo se apresentem insuficiente para formar o convencimento do juiz.

Após a fase dispositiva e, se não for caso de extinção do processo e nem de julgamento antecipado do mérito, caberá ao juiz proferir decisão de saneamento do processo, oportunidade em que se pronunciará sobre a distribuição do ônus da prova, conforme determina o art. 357, inc. III, do CPC. A distribuição do ônus da prova observará as regras previstas no art. 373⁴ e, contra a decisão proferida no despacho saneador, cabe a interposição de Agravo de Instrumento⁵.

A função subjetiva do ônus da prova tem eficácia imediatamente após a estabilização da decisão de saneamento do processo. Com a distribuição do ônus da prova no despacho saneador, as partes estão orientadas sobre quais alegações de fato devem comprovar nos autos. Após toda a instrução processual, com a produção de todas as provas requeridas pelas partes e aprovadas pelo juiz, além daquelas produzidas pelo juiz de ofício, encerra-se a fase instrutória, cabendo ao juiz proferir a sentença. É nesse momento que será aplicado o ônus da prova na sua função objetiva.

Ao contrário da função subjetiva do ônus da prova, a qual sempre será utilizada nos processos que tiverem fase instrutória, a função objetiva é meramente subsidiária, ou seja, só será aplicada quando a fase instrutória for insuficiente para o juiz fundamentar o seu convencimento sobre a comprovação das alegações fáticas apresentadas pelas partes. É preciso que as provas colacionadas aos autos sejam insuficientes para a formação da convicção do juiz para que o magistrado utilize a função objetiva do ônus da prova.

A subsidiariedade da função objetiva fica evidenciada quando o Código de Processo, no art. 375, exige que o juiz utilize as regras de experiência para fundamentar as suas decisões quando as alegações de fato não estejam plenamente comprovadas⁶. Com base na experiência, ou seja, no conhecimento de que determinados fatos típicos apresentam as mesmas consequências, o juiz deve qualificar como prescindível a comprovação de determinadas consequências e exigir apenas a comprovação do evento típico, uma vez que, segundo a experiência geral, tais eventos típicos causam sempre as mesmas consequências.

4 Analisaremos posteriormente quais são as regras impostas pelo art. 373 do CPC.

5 Observe-se que o art. 1.015, inc. XI, do CPC restringe a possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra a decisão que redistribui o ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º. Se houver redistribuição com base nos demais parágrafos ou em outras normas, como, por exemplo, com base no art. 6º, inc. VII, do CDC, cremos que não cabe a interposição de agravo de instrumento.

6 Como o objetivo da prova não é a comprovação da verdade, mas sim convencer os sujeitos do processo, o Código de Processo Civil prevê a possibilidade desse convencimento ocorrer por meio da aplicação das regras de experiência, nos termos do art. 375 do CPC. Vide MARINONI, 2008, p. 251ss.

Para exemplificar, pela experiência comum, o derramamento de esgoto sem tratamento no rio causa danos ambientais. Nesse caso, não é necessário a realização de perícia para comprovar o nexo causal entre os danos ambientais ocorridos em determinado rio e o derramamento do esgoto. Há, ainda, forte doutrina que aceita a fundamentação de comprovação de alegações de fato com base em indícios e em amostragem⁷.

O que pretendemos demonstrar é que a função objetiva do ônus da prova é subsidiário, devendo ser aplicado no último caso. Se as provas dos autos forem insuficientes para a comprovação cabal das alegações de fato, há a possibilidade de o juiz fundamentar o seu convencimento na experiência comum, em indícios e em resultado de amostragem. Se todos esses mecanismos se mostrarem insuficientes, será aplicado o ônus da prova como regra de julgamento.

2 TÉCNICA DA DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

A técnica da distribuição dinâmica, desenvolvida inicialmente na Argentina, ganhou bastante força no Brasil em razão da inexistência de uma legislação que garantisse uma igualdade de armas em todas as espécies de demanda, uma vez que o Código de Processo Civil de 1973 não previa a possibilidade de o juiz inverter a regra geral do ônus da prova.

O art. 333 do CPC/73 determinava que era ônus do autor a comprovação dos fatos constitutivos e, ao réu, caberia a comprovação da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. A regra da distribuição do ônus da prova só poderia ser invertida por meio de convenção das partes e desde que não recaísse sobre direito indisponível ou tornasse excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Ao juiz não era dada a possibilidade de alterar a regra geral.

Ocorre que esse engessamento, em alguns casos, implicava a descon sideração de princípios basilares do Direito Processual. Em situações excepcionais, a aplicação fria e direta do regramento previsto no *caput* do art. 333 do CPC/73 descon siderava a necessidade de se observar a proporcionalidade e a razoabilidade, normas resguardadas no art. 8º do CPC/2015, e ofendia vários Princípios do Direito Processual, como o Princípio da *Igualdade*, da *Eficiência* e da *Adequação*.

Em situações excepcionais, como ocorre em vários casos de demandas ambientais, a utilização da regra geral de distribuição do ônus da prova impede a devida instrução processual por impor àquele que busca a recomposição do dano ambiental um ônus demasiadamente

7 Op. cit., p. 79ss.

pesado. Tomemos como exemplo os casos das Ações Cíveis Públicas propostas pelo IBAMA contra algumas Usinas de Cana-de-Açúcar em Pernambuco cujo objeto é, entre outros, a recuperação das APP's de mata ciliar. Exigir que o IBAMA aponte o local exato onde houve desmatamento ilegal configura um ônus demasiadamente pesado, pois exigiria uma fiscalização em extensas áreas em cada uma das 30 usinas demandadas, o que inviabilizaria a propositura das ações. Contudo, para cada uma das Usinas, as quais detêm todos os dados relativos à localização das APP's e sobre a sua preservação, é perfeitamente exequível apresentar os meios de prova sobre tal tema.

A distorção praticada pela distribuição estática infringe o Princípio da Igualdade. O art. 7º do CPC assegura às partes a paridade de tratamento em relação aos ônus e a obrigação de o juiz zelar pelo efetivo contraditório. Para que haja paridade de armas, é necessário que haja paridade de encargos. Impor a uma das partes o ônus de comprovar alegações de fato que, sabidamente é impossível ou muito difícil, deixa a parte adversa em uma situação de conforto, desequilibrando a relação processual, principalmente quando a parte adversa possui facilidade para realizar a contraprova ou a comprovação dos fatos impeditivos, extintivos ou modificativos.

A distribuição exclusivamente nos moldes dos incisos do art. 333 do CPC/73 ofende, ainda, a necessidade de o processo ser eficiente. Processo eficiente é aquele em que, na escolha para obtenção dos fins do processo, o juiz escolhe os meios que os promovam de modo minimamente intenso e certo. Não é dada a possibilidade de o juiz escolher o pior meio, ou seja, aquele que produz muitos efeitos negativos⁸. Escolher a distribuição do ônus da prova de modo a impor a uma das partes um encargo demasiadamente pesado, favorecendo a parte adversa (a qual estaria mais habilitada a comprovar as alegações de fato impeditivas, modificativas ou extintivas do direito) certamente dificulta que se chegue aos fins do processo: uma sentença justa.

Por fim, no caso das ACP's contra as Usinas de Pernambuco, a utilização da regra geral da distribuição do ônus da prova, não seria adequado ao caso concreto. Processo adequado é aquele que se amolda às necessidades do caso concreto, é aquele que flexibiliza o procedimento às peculiaridades da causa para que se atinja mais facilmente os fins do processo⁹. Impor a uma das partes um ônus demasiadamente pesado não é adequado, pois impõe uma regra geral que não se amolda ao caso concreto.

8 Op. cit., p. 103 e 104.

9 Ibidem, p. 119 e 120.

Esses são motivos principiológicos que justificam a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. Diante dessa necessidade, o atual Código de Processo Civil prevê três tipos de redistribuição: a inversão legal, a inversão convencional e a inversão pelo juiz¹⁰. Na inversão legal, uma lei específica prevê a possibilidade de se aplicar uma distribuição de forma diferente daquela prevista na regra geral do CPC. O exemplo mais utilizado é a inversão prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC. Já a convencional é a possibilidade de as partes firmarem, por meio de acordo, uma distribuição do ônus das provas de forma diversa, da regra geral.¹¹ Por fim, o novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade da inversão ser realizada diretamente pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes.

2.1 PRESSUPOSTOS FORMAIS PARA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Para que esta técnica seja aplicada de forma justa e preserve os direitos básicos daquele que é prejudicado pela inversão do ônus da prova, é necessário que sejam observados alguns pressupostos formais. A decisão de inverter o ônus da prova, seja na aplicação da inversão legal ou judicial, (1) deve ser motivada, (2) deve ocorrer em momento oportuno e (3) não pode promover a prova diabólica reversa¹².

(A) Motivação da Decisão

A necessidade de motivação é um corolário do art. 93, inc. IX, da Constituição Federal que erigiu a necessidade de fundamentação das decisões judiciais à categoria de direito fundamental. O art. 489, § 1º, do CPC, busca diminuir a fluidez do conceito de “decisão motivada” ao trazer uma lista com as situações em que as decisões judiciais não são consideradas

10 A grande novidade do Novo CPC no âmbito da inversão do ônus da prova reside na previsão da possibilidade de inversão pelo juiz. O Código de 1973, no art. 333, previa apenas a inversão convencional e não vedava a inversão legal, o que possibilitava a previsão em leis específicas de outros tipos de inversão do ônus da prova, como já ocorria no CDC;

11 Daniel Amorim Assumpção Neves, em palestra ministrada no dia 27/04/2017, no IV Congresso Recifense de Direito Processual Civil, alertou para a indevida interferência da lei na liberdade das partes firmarem acordo de distribuição do ônus da prova, pois o art. 373, § 3º, inc. II, repetindo a norma que se extraía do art. 333, parágrafo único, inc. II, do CPC/73, impede que seja válida convenção de distribuição do ônus da prova que torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício de tal direito. Para o Professor da Universidade de São Paulo, cabe à parte analisar as repercussões de seus acordos e, se for o caso, arguir os vícios que podem eivar o acordo firmado. Contudo, se o acordo for válido, as partes devem arcar com o ônus assumido.

12 Op. cit., p. 140ss.

fundamentadas. Contudo, esta lista é meramente exemplificativa¹³, pois é impossível ao legislador prevê todas as hipóteses que se enquadram no art. 93, inc. IX, da CF.

Como a inversão do ônus da prova necessariamente implica uma colisão entre normas, ou seja, há sempre o conflito entre o direito do réu de que seja imputado ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do seu suposto direito e o direito do autor de ser resguardada a paridade de armas processuais, é necessário que o juiz, ao inverter o ônus da prova, justifique o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão, como bem determina o art. 489, § 2º do CPC.

Deste modo, para que a decisão que inverta o ônus da prova seja considerada válida e eficaz, é necessário que o juiz fundamente a sua decisão nos motivos daquele caso concreto, referindo-se expressamente às alegações de fato, uma vez que, conforme se extrai de uma interpretação do art. 93, inc. IX, da Constituição c/c os arts. 373 e 489, parágrafos 1º e 2º, ambos do CPC, *não é válida a decisão que inverte o ônus da prova de forma genérica*, colocando-se sobre uma determinada categoria o ônus da prova em todas as situações¹⁴.

(B) Momento da Decisão

Já em relação ao momento da decisão, é necessário que não haja surpresa. Como o ônus da prova, na função subjetiva, serve como guia para que as partes promovam uma instrução probatória cientes dos seus encargos processuais, é necessário que a decisão seja proferida em momento em que ainda haja possibilidade de as partes se desincumbirem dos encargos recebidos com a decisão. Não é permitida, em qualquer hipótese, que a decisão da inversão do ônus da prova ocorra apenas na sentença, como se houvesse apenas a dimensão objetiva.

A dimensão subjetiva impõe que seja dada às partes o direito de se desincumbir do seu ônus, sob pena de ofender o direito ao contraditório, resguardado no art. 5º, inc. LV, da Constituição. A decisão de inverter o

13 Op. cit, p. 370.

14 Nesse sentido: “o juiz, ao inverter o ônus da prova, deve fazê-lo sobre fato ou fatos específicos, referindo-se a eles expressamente; deve evitar a inversão do ônus probandi para todos os fatos que beneficiem ao consumidor, de forma ampla e indeterminada, pois acabaria colocando sobre o fornecedor o encargo de provar negativa absoluta ou indefinida, o que é imposição diabólica”. (MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da Prova e sua dinamização*. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 202, apud DIDIER Jr., 2016, p. 141);

ônus da prova apenas na sentença cerceia o direito daquele que entende que foi prejudicado de tentar reverter tal decisão através de Agravo Instrumento, direito este previsto no art. 1.015, inc. XI, do CPC. Além disso, resta prejudicado o direito da parte de não ser surpreendido, conforme determinam os arts. 9º. e 10º, ambos do CPC.

Deste modo, a decisão que inverte o ônus da prova pode ser proferida em qualquer momento, desde que abra a possibilidade de as partes instruírem o processo ciente dos encargos que resultaram da decisão. Caso o juiz, ao proferir a sentença, perceba que é caso de inverter o ônus da prova, deve converter o julgamento em diligência e proferir a decisão que inverte o ônus da prova, a fim de que as partes tomem ciência e produzam as provas que entenderem pertinentes.

(C) Prova Diabólica Reversa

Nos termos do art. 373, § 2º, do CPC, a decisão que inverte o ônus da prova “não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”¹⁵. Caso a distribuição do ônus da prova na forma da regra geral prevista nos incisos I e II do art. 373 impute a uma das partes a produção de uma prova diabólica, não pode haver a inversão, caso dela resulte a obrigação da outra parte produzir prova impossível ou excessivamente difícil. Este é um pressuposto negativo que busca proteger o princípio da igualdade, resguardando a paridade de armas entre as partes. Inverter o ônus da prova, imputando à parte adversa um encargo igual ou mais pesado, não ajuda a produzir um processo mais justo.

Nesse sentido, é interessante observar o teor do voto-condutor proferido pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Dorval Braulio Marques, que, ao fundamentar a sua decisão de não inverter o ônus da prova em favor do consumidor, afirmou que “pela teoria da carga dinâmica da prova, é possível que se atribua à parte o ônus de fazer a prova do fato negativo, quando, diante das especificidades da relação, aquela detém melhores condições de produzi-la. O que não se pode, no entanto, é exigir a produção de prova de fato negativo quando ela é impossível. (...) Assim, a implantação dessa nova política presta-se

15 Trecho do texto do art. 373, § 2º, do CPC. BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

à proteção do cidadão vulnerável e não pode ser guarida para que se obtenham ganhos sem causa”¹⁶.

2.2 PRESSUPOSTOS MATERIAIS PARA A INVERSÃO JUDICIAL DO ÔNUS DA PROVA

O art. 373, § 1º, do CPC exige que as inversões realizadas pelo juiz, seja a requerimento da parte ou de ofício, observe, além dos pressupostos formais, os pressupostos materiais. A decisão que venha a inverter o ônus da prova distribuída nos termos dos incisos I e II do art. 373 deve se fundamentar (a) na impossibilidade da produção da prova (prova diabólica) ou (b) na excessiva dificuldade na sua produção.

Deste modo, se, naquele caso concreto, o juiz observar que a imputação da regra geral causa a obrigação de uma das partes produzir uma prova diabólica, cabe a inversão judicial do ônus da prova, desde que tal inversão não implique a obrigação da parte adversa produzir prova diabólica. Mesmo que, observando-se a regra geral da distribuição do ônus da prova, não seja impossível a produção da prova pela parte a quem recai o encargo, a inversão judicial do ônus da prova será devida, desde que a produção da prova seja excessivamente difícil.

Neste caso, a inversão judicial do ônus da prova é imprescindível para se alcançar uma decisão justa. É instrumento imprescindível para que as partes possam gozar dos seus direitos ao contraditório, à ampla defesa, à igualdade e à adequação do processo ao direito material. Contudo, *esta é uma decisão que deve ser aplicada nos casos excepcionais*, permanecendo a regra de que cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo. Se, no caso concreto e diante de suas peculiaridades, estiverem presentes os requisitos materiais, deve o juiz inverter o ônus da prova.

É preciso ficar claro que a inversão judicial do ônus da prova é uma situação excepcional que deve se fundamentar na situação peculiar do caso concreto, sob pena de causar um encargo desproporcional e irrazoável à parte adversa¹⁷. “A redistribuição do ônus da prova feita pelo juiz visa à concretização da ideia de que o ônus deve recair sobre aquele que, no caso concreto, possa mais facilmente dele se desincumbir”¹⁸. Sem observar tais pressupostos, o remédio da inversão judicial do ônus da prova transforma-se em veneno!

16 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70037339751/2010*, 14ª Câmara Cível, Porto Alegre/RS, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21281505/apelacao-civel-ac-70039197298-rs-tjrs/inteiro-teor-21281506#>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

17 Op. cit, p. 147.

18 Ibidem, p. 144 e 145.

3 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

A inversão do ônus da prova em matéria ambiental é assunto corriqueiro no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Vários são os casos em que se aplica a inversão do ônus da prova em demandas ambientais, criando-se uma regra de “*distribuição estática invertida do ônus da prova*” que se aplica exclusivamente às demandas ambientais. Esse privilégio causa, em vários casos, um desequilíbrio processual sem que haja norma jurídica que justifique tamanho encargo ao empreendedor.

Para exemplificar, podemos mencionar o AgInt no AREsp 779250¹⁹, no qual foi negado provimento ao recurso sob o argumento de que “a decisão originária está em consonância com a orientação desta Corte Superior de que o *princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório*” (grifo nosso). Esta não é uma decisão isolada. Veja-se, por exemplo, a decisão proferida no AgInt no AREsp 846996²⁰, oportunidade em que o relator afirmou que “extraí-se da sentença que houve a inversão do ônus da prova no que se refere ao dano ambiental, o que está de acordo com a jurisprudência desta Corte a qual já manifestou que: ‘tratando-se de ação indenizatória por dano ambiental, a responsabilidade pelos danos causados é objetiva, pois fundada na teoria do risco integral. Assim, cabível a inversão do ônus da prova’ (AgRg no AREsp 533.786/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, julgado em 22/9/2015, DJe de 29/9/2015)”.

Os julgados demonstram que há um entendimento sedimentado no STJ no sentido de que, em causas ambientais, a regra é a inversão do ônus da prova. Criou-se uma “distribuição estática invertida do ônus da prova”. Não importa o caso concreto. Caso a demanda tenha como objeto a questão ambiental, cabe ao empreendedor o ônus de realizar a contraprova ou comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito perseguido pelo autor. Não há uma análise das peculiaridades do caso em debate, o que vai de encontro com a lógica a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Para uma melhor compreensão desses argumentos, vamos analisar o Resp 1.330.027/SP²¹, pois foi nesse julgamento que foram apresentados os

19 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial nº 779250 / SP*, 2ª Turma, Brasília, DF, 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 ago. 2017.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial nº 846996 / RO*, 4ª Turma, 04 de outubro de 2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 ago. 2017.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1330027 / SP*, 3ª Turma, 06 de novembro de 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 ago. 2017.

argumentos com maior detalhamento e com uma análise mais aprofundada. Para impor a regra da inversão do ônus da prova, foram utilizados basicamente três fundamentos: (a) a responsabilidade civil objetiva pelo dano ambiental, fundada na Teoria do Risco; (b) o Princípio da Precaução; e (c) a aplicação do art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Apesar de ser um julgado anterior ao atual Código de Processo Civil, seus fundamentos são utilizados como parâmetros ainda hoje.

3.1 DO CASO TRATADO NO RESP 1.330.027/SP

Pescadores da região do Panorama, Estado de São Paulo, propuseram ação indenizatória contra a Companhia Energética de São Paulo – CESP alegando que a construção da Usina Hidrelétrica Sérgio Motta, de propriedade da geradora de energia elétrica, vem causando prejuízo à atividade profissional dos autores. Segundo os demandantes, a obra causou graves impactos ambientais que culminaram com a diminuição da quantidade de peixes no Rio Paraná, colocando em risco a sobrevivência das suas famílias, uma vez que tiveram a capacidade econômica reduzida à quase miséria.

Nas instâncias ordinárias, a ação foi julgada improcedente. Em sede de Recurso Especial, os autores alegaram, entre outras coisas, que os pescadores são equiparados a consumidores por força do parágrafo único do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor e, por isso, devem ser beneficiados pela inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, inc. VIII, do CDC.

O Recurso Especial foi conhecido e dado provimento com base nos argumentos que passaremos a analisar.

3.2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA COMO FUNDAMENTO PARA A REGRA DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA AMBIENTAL

Segundo o raciocínio desenvolvido no Resp 1.330.027/SP, a Usina Hidrelétrica responde objetivamente pelos danos que causar tanto em razão de suas atividades se caracterizarem como atividade de risco (art. 37, § 6º da Constituição Federal, c/c art. 927 do Código Civil), quanto por tratar-se de dano ambiental (art. 14, § 1º da Lei de Nacional de Meio Ambiente).

Segundo o voto condutor do Ministro Relator Ricardo Villas Bôas Cuevas, em razão da importância do bem protegido, o legislador, ao perceber que o sistema tradicional se afigurava insuficiente para atender

aos reclames das peculiaridades da matéria ambiental, decidiu impor a responsabilidade objetiva em caso de dano ambiental.

De fato, a lei que rege a Política Nacional de Meio Ambiente impõe a responsabilidade objetiva pelo dano ambiental e tal norma foi totalmente recepcionada pela Constituição vigente. Ante tal situação, é prescindível a comprovação da culpa ou do dolo para impor a responsabilização por danos ambientais. Basta comprovar o dano e o nexo de causalidade. Contudo, há uma grande distância entre a prescindibilidade de se comprovar a ilicitude do ato e se impor à parte adversa o ônus de comprovar que não ocorreu os demais requisitos da responsabilidade civil.

Conforme destacado no próprio voto condutor proferido pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cuevas no Resp 1.330.027/SP, “para que se observe a obrigatoriedade da reparação do dano *é suficiente*, apenas, *que se demonstre o nexo causal entre a lesão infligida ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano*” (grifo nosso). O próprio voto conclui que a responsabilidade objetiva atua unicamente na isenção de se comprovar a ilicitude do ato. Os objetivos da inversão do ônus da prova e da responsabilização objetiva são totalmente diferentes. A decisão faz uma mistura que não tem respaldo em qualquer norma.

Enquanto a responsabilidade objetiva atua no âmbito de *O QUE* deve provar, a inversão do ônus da prova incide sobre *QUEM* deve provar. Ao impor a responsabilidade objetiva, a norma legal afirma apenas que é prescindível comprovar a ilicitude do ato, mas não exime a comprovação do dano e do nexo causal. Já a inversão do ônus da prova atua na indicação sobre a quem cabe comprovar as questões fáticas deduzidas na demanda.

Como se observa, os institutos atuam em campos diferentes. A responsabilidade objetiva não possui o condão de imiscuir nas consequências da inversão do ônus. É necessário comprovar que houve dano e o nexo de causalidade entre o dano e o ato. A quem cabe provar tais alegações, essa é uma questão que deve ser resolvida nos termos do art. 373 do CPC.

3.3 DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FUNDAMENTO PARA IMPOR A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Ainda, segundo o voto do Ministro Relator do Resp 1.330.027/SP, além da responsabilidade objetiva, “não se pode deixar de ter em conta os princípios que regem o direito ambiental (precaução, prevenção e reparação), principalmente, para a hipótese, o Princípio da Precaução, no qual o meio ambiente deve ter em seu favor o benefício da dúvida no caso de incerteza (por falta de provas cientificamente relevantes) sobre o nexo causal entre determinada atividade e um efeito ambiental negativo”.

Para a tese que defende a obrigatoriedade da inversão do ônus da prova em matéria ambiental, “o princípio da precaução *pressupõe* a inversão do ônus probatório, competindo a quem *supostamente* promoveu o dano ambiental *comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva*” (grifo nosso). Ao final, o Relator conclui que basta que haja uma mera probabilidade de nexo causal entre a atividade exercida e o dano ambiental para que recaia sobre o agente “todo o encargo de provar que a sua conduta não ensejou riscos para o meio ambiente, bem como a responsabilidade de indenizar os danos causados”.

Segundo o STJ, o Princípio da Precaução obriga que haja inversão do ônus da prova em todas as demandas ambientais. Contudo, é preciso entender que o Princípio da Precaução, justamente por ser um Princípio, não possui conteúdo definido. É exatamente na flexibilidade de conteúdo que o Princípio possui que o STJ trabalha para adotar o teor mais radical do Princípio da Precaução a fim de justificar a “regra da distribuição estática inversa” aplicada às demandas ambientais. Ocorre que esta versão radical do Princípio da Precaução, além de apresentar problemas incorrigíveis, não encontra respaldo em nosso regime jurídico.

O Princípio da Precaução é um Princípio Constitucional cujo conteúdo tem sido extraído, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, do princípio 15 da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o qual determina que “com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Ocorre que, ao interpretar esta disposição, parte da doutrina acabou por anabolizar os valores ambientais de tal forma que tornou a defesa do ambiente um valor acima de qualquer interesse que possa estar consagrado na Constituição. Tomemos como exemplo, o posicionamento de Terence Trennepohl, segundo o qual, o Princípio da Precaução proíbe o exercício de atividades que possam causar danos ambientais, “ainda que não seja provável nem previsível, bastando para tanto que haja incerteza quanto à verificação do risco, não precisando que seja conhecido, sequer cognoscível”²². No mesmo sentido, para Alexandra Aragão, quando houver os novos riscos e a incerteza científica, o Princípio da Precaução exige a suspensão da atividade econômica²³. Aragão entende que os riscos são importantes demais

22 TRENNEPOHL, Terence. *Direito Ambiental*. Salvador: JusPodium, 2009, p. 50.

23 ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. Princípio da Precaução: Manual de Instruções. In ____ *Revista Cedoua*, 2008. Disponível em: <<http://ucdigidspace.fccn.pt/bitstream/10316.2/8833/10/1-princ%C3%ADpio%20>

para que se tome providências apenas após o surgimento do consenso científico geral, cabendo aos gestores ambientais “‘pensar o impensável’, imaginando e construindo cenários de ocorrências ambientais indesejáveis futuras, mesmo pouco prováveis”²⁴.

O que podemos observar é que, pela doutrina majoritária, o fundamento do Princípio da Precaução é o medo do desconhecido²⁵. Contudo, o medo, ao contrário da prevenção e da prudência, prejudica a qualidade da decisão. O medo não pode ser o fundamento para medidas da Administração Pública, uma vez que, ao invés de proteger a sociedade, ele fomenta práticas desmedidas que engessam a comunidade de tal forma que pode leva-la ao retrocesso e à expropriação de direitos fundamentais que foram conquistados com muito custo pela sociedade moderna.

Mesmo no Direito Internacional, onde a doutrina nacional bebe para extrair o conteúdo do Princípio da Precaução, as decisões são no sentido de que a versão radical do Princípio da Precaução não pode ser aplicada. É o que se observa no caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, julgado pela Corte Internacional de Justiça em 1997. Na demanda, a Hungria invocava o Princípio da Precaução para tornar sem efeitos o tratado firmado com a Eslováquia para construção do sistema de barragem no Rio Danúbio, uma vez que o projeto poderia causar graves e iminentes perigos. Em sua decisão, a Corte Internacional de Justiça confirmou que caberia a aplicação do Princípio da Precaução, mas a sua interpretação, naquele caso, deve ser restritiva, cabendo ao Estado que o alega comprovar que há evidência científica de que o risco é mais do que uma mera probabilidade²⁶.

Como se percebe, a busca pelo risco-zero do Princípio da Precaução radical, não se justifica. Para além disso, conforme destaca Carla Amado Gomes²⁷, a versão radical possui outros inconvenientes como, por exemplo: limitação irrazoável da liberdade e a ausência de ponderação. A liberdade é condição *sine qua non* para o desenvolvimento da personalidade, e pode aniquilar o Estado de Direito, pois “de restrição em restrição, a teia vai-se apertando e rapidamente uma política precaucionista se transforma no veículo perfeito para a instauração de uma ditadura”²⁸. Já a versão radical do Princípio da Precaução inviabiliza a ponderação de interesses, pois coloca o valor ambiental como superior aos demais valores atrincheirados

da%20precau%C3%A7%C3%A3o.pdf?ln=pt>. Acesso em: 30 mar. 2015.

24 ARAGÃO, Op. cit. p. 20.

25 MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 16. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 79.

26 GOMES, Carla Amado. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*. Coimbra: Coimbra. 2007, p. 207.

27 Ibidem, p. 364ss.

28 Ibidem, p. 367.

na Constituição, mesmo sem haver qualquer norma constitucional de onde se possa extrair tal primazia ambiental.

Além disto, ao impedir o desenvolvimento econômico por meio da vedação da exposição a riscos, o Princípio da Precaução impossibilita que surjam novas tecnologias, o que pode implicar o agravamento dos riscos derivados do uso de práticas antigas²⁹. Trabalhar com novas tecnologias é caminhar pelo desconhecido permeando as trilhas perigosas dos riscos inerentes ao novo. Não há o novo e o progresso sem a coragem de enfrentar os riscos do desconhecido.

Por fim, Fernando Araújo observa que não é possível, necessário ou até conveniente erradicar os riscos inerentes à existência terrena³⁰. Ao exigir que as novas tecnologias sejam isentas de riscos, “daí podem resultar consequências perversas e imediatas: pensemos que se a introdução de alimentos geneticamente modificados torna previsível uma queda dos preços agrícolas de 10 a 15% nos próximos 20 anos, continuando o ímpeto avassalador da ‘revolução agrícola’, o adiamento por 20 anos da introdução desses produtos geneticamente modificados significará um peso adicional de 10 a 15% no orçamento de todos os consumidores dos países em que esse adiamento se verifique, com consequências especialmente graves para os mais pobres consumidores dos países pobres, determinando o adiamento da erradicação da fome e a morte para milhões. Como se não bastassem já as suas conotações obscurantistas, o princípio da precaução é cruelmente externalizador e anti-humanitário”³¹.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário 627.189/SP³², rechaçou a versão radical do Princípio da Precaução. No seu voto condutor, o Ministro Dias Toffoli concluiu que “o eventual controle pelo Poder Judiciário quanto à legalidade e à legitimidade na aplicação desse princípio há de ser realizado com extrema prudência, com um controle mínimo, diante das incertezas que reinam no campo científico. (...) Insisto que, nos controles administrativo e jurisdicional do exercício da precaução, se deve verificar tão somente se, na escolha do Estado, foram adotados os procedimentos mencionados e se as decisões legislativas e/ou administrativas produzidas obedecem a todos os fundamentos de validade das opções discricionárias, como os requisitos da universalidade, da não discriminação, da motivação explícita, transparente e congruente, e da proporcionalidade da opção adotada”.

29 GOMES, op. cit., 2007, p. 369.

30 ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 3. ed. Coimbra: Almedina. 2012, p. 571.

31 *Ibidem*, p. 571.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 627.189/SP*, Pleno do STF, 08 de junho de 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 ago. 2017.

Deste modo, observamos que não há respaldo para adoção do Princípio da Precaução de forma radical. O Princípio da Precaução exige que haja uma prevenção bem ponderada, levando-se em conta o valor ambiental como direito fundamental, de suma importância para a sociedade. Ocorre que, igualmente, há outros valores que são de suma importância para a sociedade e foram erigidos pela Constituição como direito fundamental, como o direito à igualdade, o que inclui o direito à paridade de armas processuais.

Deste modo, o Princípio da Precaução não possui o condão de impor a “regra da distribuição estática inversa”, principalmente por que, para aplicação do Princípio da Precaução, há a necessidade de se realizar a ponderação, o que só é possível por meio da análise do caso concreto, e nunca através de imposição de uma regra universal.

3.4 DA APLICAÇÃO DO ART. 6º, INC. VIII DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Por fim, a decisão proferida no Resp 1.330.027/SP utiliza o argumento de que “a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza cânones da solidariedade, da facilitação de acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda”. De fato, a técnica do ônus dinâmico da prova é medida que se impõe e, como na época em que foi julgado o Resp 1330027/SP o atual Código de Processo Civil ainda não estava em vigor, a aplicação por analogia do art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor era medida que se fazia necessária.

Hoje, com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, tal utilização subsidiária da norma consumerista *não faz mais sentido*. Mesmo se não houvesse a novação legislativa, a aplicação do art. 6º, inc. VIII, do CDC não pode significar a “regra da distribuição estática inversa”. Mesmo para aqueles que defendem que ainda é caso de se aplicar o art. 6º, inc. VIII, do CDC, *é necessário que sejam preenchidos os requisitos legalmente exigidos para que se inverta o ônus da prova*.

Pela simples leitura do art. 6º, inc. VIII, observamos que, para que o juiz inverta o ônus da prova em causas consumeristas, há a necessidade de que a alegação do consumidor seja verossímil ou quando ele for hipossuficiente. O próprio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que não há inversão automática do ônus da prova nas

causas consumeristas, afirmando que “a inversão do *ônus da prova* não ocorre em todas as situações em que a relação jurídica é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor”³³. Ora, se o art. 6º, inc. VIII, do CDC não importa inversão automática nas relações jurídicas reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor, com muito mais razão não pode inverter automaticamente nas causas ambientais.

Contudo, o que defendemos é que, com a entrada em vigor do CPC/2015, nas demandas ambientais se aplica o art. 373 do CPC e não mais o art. 6º, inc. VIII, do CDC. *Há dois fundamentos para utilizar o art. 6º, inc. VIII, do CDC na inversão do ônus da prova em demandas ambientais: o entendimento de que a norma faz parte do microssistema normativo que regulamenta a tutela transindividual e o entendimento de que o art. 333 do CPC/73 não atendia aos Princípios Processuais da Igualdade, da Eficiência e da Adequação.*

De fato, conforme previsto pelo STJ ao julgar Recurso Especial o RESP 510.150/MA, “a lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se”³⁴.

O ingresso do Código de Defesa do Consumidor no mencionado microssistema se deu por determinação do art. 117 do CDC que, ao incluir o art. 21 na Lei da Ação Civil Pública, determina que os dispositivos do Título III da lei que institui o Código de Defesa do Consumidor sejam aplicadas à defesa dos direitos e interesses difusos e coletivos. Ocorre que o art. 6º, inc. VIII, faz parte do Título I da lei e não do Título III. O verdadeiro motivo para o ingresso da norma consumerista de inversão do ônus no microssistema do processo coletivo é que, a falta de previsão de inversão judicial do ônus da prova no CPC/73 ofendia princípios basilares do Direito Processual, como os Princípios da Eficiência, da Adequação e da Igualdade.

A falta da previsibilidade legal de o próprio juiz inverter o ônus da prova causava distorções que tornavam o procedimento inadequado para atender as peculiaridades das demandas ambientais e gerava um ônus muito grande para aquele que propunha a ação de reparação do dano ambiental. Se fosse aplicado o art. 333 do CPC/73 de forma fria, em

33 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1478062 / SP*, 4ª Turma, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 ago. 2017.

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 510.150/MA*, 1ª Turma, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acessado em: 18 ago. 2017.

muitos casos seria imposto ao autor de uma ação de reparação ambiental um ônus demasiadamente pesado, o que implicaria graves danos ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A impossibilidade de inversão judicial do ônus da prova servia como um empecilho intransponível para a recuperação do dano ambiental.

Ocorre que a omissão legislativa foi sanada. O art. 373 do CPC prevê expressamente esta possibilidade, desde que sejam preenchidos os requisitos formais e materiais *já mencionados nesse estudo*. Como a regra geral, hoje, supre a necessidade processual, não há mais nada que justifique a utilização do art. 6º, inc. VIII, do CDC como “bengala” para atender as deficiências processuais que existiam quando o CPC/73 estava em vigor.

4 CONCLUSÃO

A inversão do ônus da prova sofreu grande alteração legislativa e tal alteração repercute diretamente nas demandas ambientais. Se, mesmo na época em que vigorava o Código Processual Civil de 1973, não havia espaço para se aplicar a regra da “distribuição estática inversa” em demandas ambientais, com a entrada em vigor do atual Código de Processual Civil há muito mais razão para se extirpar a jurisprudência do STJ de que, em demandas ambientais, há sempre a inversão do ônus da prova.

A distribuição dinâmica do ônus da prova é uma regra de justiça processual e, como bem se pode extrair do seu nome, a distribuição é dinâmica: o ônus pode recair sobre o autor ou sobre o réu. Impor, sempre e em todo caso, ao empreendedor o ônus de comprovar que não houve danos ou que há causas excludentes de responsabilidade, é desconsiderar as peculiaridades do caso concreto, ofendendo princípios basilares do Direito Processual Civil como, por exemplo, os Princípio da Igualdade, da Eficiência e da Adequação.

O atual regime jurídico processual exige que, mesmo em ações cujo o objeto seja a defesa do meio ambiente, seja aplicada a regra geral da distribuição dinâmica do ônus da prova, observando-se as peculiaridades do caso concreto a fim de que, em situações excepcionais, o juiz possa inverter o ônus processual para que recaia sobre aquele que possa se desincumbir com maior facilidade, seja o autor ou o réu da demanda.

REFERÊNCIAS**DOCTRINA:**

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. Princípio da Precaução: Manual de Instruções. In:____*Revista Cedoua*, 2008. Disponível em: <<http://ucdigdspace.fccn.pt/bitstream/10316.2/8833/10/1-princ%C3%ADpio%20da%20precau%C3%A7%C3%A3o.pdf?ln=pt-pt>>. Acesso em: 30 mar. 2015.

ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*, 3. ed. Coimbra: Almedina. 2012.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela* / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, e Rafael Alexandria de Oliveira, 12. ed. Salvador: Jus Podium. 2016.

GOMES, Carla Amado. *Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*. Coimbra: Coimbra. 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 16. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de Conhecimento (Curso de Processo Civil - v.2)* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, 7. ed. Versão Atualizada 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

PYHÄLÄ, Minna; BRUSENDORFF, Anne Christine; PAULOMÄKI, Hanna. The Precautionary Principle. In:____ FITZMAURICE, Malgosia; ONG, David M.; MERKOURIS, Panos (coord.). *Research Handbook on International Environmental Law*, coord. Massachusettes/USA: Edward Elgar Publishing Limited. 2010.

TRENNEPOHL, Terence. *Direito Ambiental*. Salvador: JusPodium. 2009.

JURISPRUDÊNCIA:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 627.189/SP, Pleno do STF*, 08 de junho de 2016. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 1 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial nº 779250 / SP*, 2ª Turma, Brasília, DF, 06 de dezembro de 2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 19 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento no Agravo em Recurso Especial nº 846996 / RO*, 4ª Turma, 04 de outubro de 2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1330027 / SP*, 3ª Turma, 06 de novembro de 2012. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1478062 / SP*, 4ª Turma, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 de agos. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 510.150/MA*, 1ª Turma, 17 de fevereiro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 18 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70037339751/2010*, 14ª Câmara Cível, Porto Alegre/RS, 26 de agosto de 2010. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21281505/apelacao-civel-ac-70039197298-rs-tjrs/inteiro-teor-21281506#>>. Acesso em: 20 ago. 2017..

CABIMENTO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO FISCAL

*SUITABILITY OF THE DISREGARD OF LEGAL ENTITY IN
TAX ENFORCEMENT PROCESS*

Silvia Ferraz Sobreira Fonseca

Mestre em Direito pela UNICAP

Procuradora Federal Responsável substituta pela Equipe Nacional de Cobrança.

Júlia Queiroz de Freitas

Acadêmica de direito.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica; 2 Breves considerações sobre a Execução Fiscal; 2.1 Do redirecionamento da Execução Fiscal; 2.2 Do cabimento ou não do IDPJ nos processos de Execução Fiscal; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo relacionar o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica com os processos de Execução Fiscal, tributários e não tributários. Para isso, além de uma breve análise histórica da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento brasileiro, serão comparados os procedimentos previstos nos arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015 e na Lei de Execução Fiscal, nº 6.830/80, com o intuito de analisar o cabimento ou não do referido incidente nos processos de execução baseados na Dívida Ativa. Além disso, ressaltar os novos princípios abarcados no novo CPC e a importância da adesão deles também aos processos de execução fiscal.

PALAVRAS-CHAVE: Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Código de Processo Civil. Lei de Execução Fiscal.

ABSTRACT: This article's purpose is to associate the disregard of legal entity with the Tax Enforcement process. To do that, besides a little historical study of the disregard of legal entity in Brazilian's law, will be made a comparison of the procedure seen in the Civil Procedure Code and in the Tax Enforcement Law, to study the suitability of the disregard of legal entity in tax enforcement process. Furthermore, highlight the importance embracing the new principles of the Civil Procedure Code in tax enforcement process.

KEYWORDS: Disregard of Legal Entity. Civil Procedure Code. Tax Enforcement Law.

INTRODUÇÃO

Com a promulgação do Novo Código de Processo Civil, o procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica finalmente ganhou previsão legal. Nasceu o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, que veio para padronizar a aplicação do instituto, facilitando o trabalho dos juízes e dos demais operadores do direito.

Entretanto, diante dos processos de execução fiscal, tanto de créditos de natureza tributária, como de não tributária, surgiu o questionamento se caberia a aplicação do Incidente de Desconsideração da Pessoa Jurídica. Isso porque a Lei de Execução Fiscal, nº 6.830/80, já prevê um procedimento próprio que permite o redirecionamento da execução, possibilitando que o sócio responda patrimonialmente pela dívida da empresa devedora.

Assim, tendo em vista a grande carga de processos de execução fiscal que o Judiciário enfrenta todos os dias, é de extrema importância a análise do cabimento ou não do incidente. Além disso, apesar do pouco tempo de vigência do CPC/15, já são encontradas na jurisprudência decisões conflitantes acerca desse tema.

Em razão disso, o presente artigo, sem a pretensão de exaurir o tema, mas com o objetivo de pontuar alguns aspectos de ordem prática, fará uma breve análise do Instituto de Desconsideração da Pessoa Jurídica e da possibilidade dele ser aplicado aos processos de execução fiscal.

Para tanto, será realizada uma pequena análise histórica da Teoria de Desconsideração da Personalidade Jurídica e da sua previsão em ordenamentos legais brasileiros, bem como do procedimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica de acordo com o Novo Código de Processo Civil.

Por oportuno, será feito um resumo do procedimento da execução fiscal previsto na Lei 6.830/80 com ênfase ao procedimento de redirecionamento da execução fiscal nos casos em que a pessoa jurídica é usada para ilegalidades, estando preenchidos os requisitos previstos em lei.

Salienta-se também que, independentemente da aplicação ou não do Incidente de Desconsideração da Pessoa Jurídica à execução fiscal, os princípios abarcados e ressaltados no Novo Código de Processo Civil devem ser recepcionados nos processos de execução.

Por fim, se fará uma análise sobre a compatibilidade entre o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e o procedimento da execução fiscal de créditos de natureza tributária e não tributária.

1 DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Um dos princípios mais importantes do Direito Societário é o da autonomia patrimonial, que dispõe que o patrimônio social não se confunde com o dos sócios. Esse princípio tem como objetivo incentivar o desenvolvimento das atividades econômicas, visto que representa menor risco para a atividade empresarial, pois protege o patrimônio das sociedades e o dos sócios.

Entretanto, essa separação patrimonial não é absoluta, pois também pode facilitar a ocorrência de fraudes e ilegalidades. Isso ocorre, por exemplo, nos casos de ocultação patrimonial, em que a empresa está sendo executada por uma dívida, e, para se abster de pagá-la, o sócio transfere o patrimônio da empresa para o seu nome, tendo como intuito escondê-lo, já que a dívida contraída pela pessoa jurídica não é respondida, em princípio, pela pessoa física.

Além disso, vale ressaltar que a empresa, como atividade econômica, é um exercício do direito de propriedade, e por isso deve obedecer à sua função social. Assim, deve se orientar para esse fim, sendo irregular qualquer abuso ou desvio funcional.¹

Nesse contexto, com o objetivo de impedir essas práticas, surge a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. Com base nela, o patrimônio dos sócios poderia passar a responder pelas dívidas e obrigações contraídas pela empresa em algumas situações.

A Teoria de Desconsideração da Personalidade Jurídica surgiu nos países da Common Law. O primeiro caso em que se discutiu a possibilidade de aplicar essa teoria foi o de *Salomon x Salomon Co*, no Reino Unido, no fim do século XIX. A teoria foi acatada na primeira e na segunda instância, mas foi reformada pela casa dos Lordes, que decidiu pela autonomia da pessoa jurídica. Apesar de, no fim, não ter sido aceita, a partir desse caso, a teoria se desenvolveu e se tornou discussão em diversos países.²

Existem duas teorias de aplicação do Instituto da Desconsideração da Personalidade Jurídica, a teoria maior e a teoria menor. A teoria maior defende que a desconsideração só pode ser aplicada como forma de impedir fraudes e abusos praticados através da pessoa jurídica. Já a menor defende que a desconsideração se justifica com o simples prejuízo do credor.³

O Brasil foi um desses países que acatou o Instituto de Desconsideração da Personalidade Jurídica como meio de impedir que, através das pessoas

1 DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador. Ed. Jus Podivm, 2015.

2 Ibidem.

3 PASA, Josiane. *A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4534>.

jurídicas, a lei fosse burlada e que fossem cometidas fraudes ao direito do credor, em conformidade com a teoria maior. Entretanto, por muito tempo, ela não foi positivada.

A primeira vez que a Desconsideração da Personalidade Jurídica foi expressamente regulada em lei no Brasil foi no Código de Defesa do Consumidor de 1990, que dispôs no Capítulo IV, da Seção V, as situações em que ela poderia ser aplicada. O caput do art. 28 expõe que:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

O §5º desse mesmo artigo traz mais uma situação: “§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”⁴

O CDC inspirou outras leis a recepcionarem a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica. A Lei 8.884/94, hoje revogada e substituída pela 12.529/11, foi a segunda a dispor sobre as hipóteses em que seria possível desconsiderar a personalidade jurídica das empresas. Em seguida foi a vez da Lei 9.605, de 1998, que legisla sobre a responsabilidade de condutas lesivas ao meio ambiente. Em seu art. 4º regulamentou de forma muito semelhante ao CDC: “Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Em 2002, foi a Lei 10.406, que instituiu o novo Código Civil brasileiro, que regulamentou o Instituto de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Em seu art. 50 dispõe que:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

⁴ PASA, Josiane. *A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4534>.

Apesar de explicitamente aceita no Brasil em diversos diplomas legais, que a preveem no âmbito do direito material, ainda não havia um regramento específico que regulasse o procedimento correto para o cumprimento da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Assim, o Novo Código de Processo Civil de 2015 criou o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, disposto nos arts. 133 a 137, com o intuito de efetivar e uniformizar a sua aplicação.

O incidente é um tipo de intervenção de terceiro, já que ingressa no processo aquele que será o responsável patrimonialmente. Há a ampliação subjetiva do processo, mas também a ampliação objetiva, já que se acresce mais um pedido ao litígio: o de aplicar a Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Como é uma demanda, o requerimento de instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica deve expor a causa de pedir. Ou seja, para que o juiz autorize a instauração, é necessário que o requerimento demonstre o preenchimento dos pressupostos legais específicos para a desconsideração, e que descreva a conduta ilícita que justifique o incidente.

É válido destacar que há a possibilidade de Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica, que é quando ocorre a responsabilização patrimonial da pessoa jurídica pelas obrigações pessoais de seus sócios ou administradores.

O Código não dispôs sobre as hipóteses de aplicação da desconsideração, apenas determina que deverão seguir os pressupostos previstos em lei. O CPC, na verdade, regulamenta o modo de aplicação da sanção da Desconsideração da Personalidade Jurídica.

Assim, o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica aplica-se, como regra geral, nos casos de abuso da personalidade jurídica, quando há desvio de finalidade ou confusão patrimonial, conforme art. 50 do Código Civil, citado acima.

Nos casos em que a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, não é necessário o incidente, pois poderá já ser citado o sócio ou a pessoa jurídica. Vale ressaltar também que, a não ser nesse caso, a instauração do incidente suspende o processo.

É importante salientar que o incidente não pode ser instaurado de ofício pelo juiz, apenas por pedido da parte ou do Ministério Público. Em conformidade com o princípio do contraditório, instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para se manifestar, e poderá requerer provas no prazo de 15 dias.

O incidente também veio como um modo de incrementar o contraditório, como dito acima, seguindo o novo paradigma instaurado pelo CPC/15. Essa nova

sistemática tem como objetivo dar maior celeridade e eficiência aos processos, conforme se percebe nos artigos 1 ao 12 do novo código, que trazem os princípios, as normas fundamentais do processo civil. Também se observa uma mudança de entendimento do papel do juiz, que deixou de ser apenas um sujeito de direitos, e passou a ser também sujeito de deveres para com as partes.

Foram resgatados alguns princípios do código de 1973, mas alguns são inovações no ordenamento processual, como o princípio da cooperação, do art. 6º, que defende que as partes busquem uma solução do litígio de forma mais fácil e justa, se evitando situações de incerteza.

O princípio da vedação das decisões surpresa, previsto no art. 10, também foi uma novidade do CPC/15, e é conexo aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Por esse princípio, o juiz, antes de decidir de ofício, deve realizar a oitiva das partes sobre matérias que não foram discutidas e que têm relevância para o andamento do processo.

Percebe-se, inclusive com o Incidente de Desconsideração da Pessoa Jurídica, que o CPC/15 trouxe novas diretrizes para o processo civil, prezando por maior clareza, efetividade, economia e celeridade das relações processuais.⁵

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE EXECUÇÃO FISCAL

A Execução Fiscal é um procedimento especial de execução que se baseia em um título executivo extrajudicial, a Certidão de Dívida Ativa, prevista no inciso IX do art. 784 do Código de Processo Civil de 2015.

O seu procedimento é regulado pela Lei de Execução Fiscal (LEF), nº 6.830/80. Subsidiariamente, ou seja, somente nas situações em que a LEF for omissa, conforme determina o seu art. 1º, aplicam-se as regras previstas no CPC/15.

A Dívida Ativa compreende o valor tributário ou não tributário que é devido à Fazenda Pública, e é formada pelo valor principal, pela atualização monetária, pelos juros, pela multa de mora e pelos demais encargos previstos, conforme §2º do art. 2º da Lei de Execução Fiscal.⁶

Para a emissão da Certidão de Dívida Ativa é necessário o processo administrativo, que deve apurar a liquidez e a certeza do crédito. Nele, a parte é notificada para se manifestar acerca do débito tributário ou não tributário do qual está sendo cobrada, e tem o direito de se defender e recorrer das decisões, sendo garantido o contraditório e a ampla defesa. Por

5 CARDOSO, Igor Guillen. *Inovações principiológicas no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235921,101048-Inovacoes+Principiologicas+no+Novo+Codigo+de+Processo+Civil>>.

6 CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 7. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Dialética, 2009.

fim, não sendo apresentada ou rejeitada a defesa, ou não sendo realizado o pagamento, o débito será inscrito na Dívida Ativa.

O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deve conter as informações básicas do devedor e da dívida, devendo seguir os requisitos do §5º do art. 2º da Lei 6.830/80.

Assim, a Certidão de Dívida Ativa é o que legitima a propositura da execução fiscal, pois atesta que se funda em obrigação certa, líquida e exigível, conforme determina o art. 783 do CPC/15.

Proposta a execução fiscal, estando a petição inicial em ordem, o executado será citado - de preferência pelos correios com aviso de recebimento - para pagar a dívida ou garantir a execução em 5(cinco) dias, como dispõe o art. 8º da LEF.

De acordo com o art. 9º da LEF, a garantia da execução poderá ser feita por depósito em dinheiro, fiança bancária, nomeação de bens à penhora ou indicação de bens de terceiros à penhora, desde que aceita pela Fazenda Pública.

Quando a execução fiscal é proposta pela União, por suas autarquias, ou fundações públicas, incide o art. 53 da Lei 8.212/91. Ele disciplina que, nesses casos, a exequente pode indicar bens à penhora, que será efetivada juntamente com a citação inicial do devedor. Tal faculdade não afasta o direito de o executado nomear os bens a serem penhorados. O §2º desse mesmo artigo determina que, sendo paga a dívida no prazo dos 2 (dois) dias seguintes à citação, a penhora poderá ser liberada, desde que não haja outra execução pendente.

Não sendo encontrados bens a serem penhorados, a execução é suspensa pelo tempo máximo de 1 (um) ano. Nesse período também se suspende a contagem do prazo prescricional. O juiz determinará o arquivamento dos autos se, nesse 1 (um) ano, não forem encontrados bens suscetíveis à penhora.

Segundo o art. 185-A do Código Tributário Nacional, se o devedor, regularmente citado, não paga, nem apresenta bens à penhora, e a Fazenda Nacional não encontra bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de bens e direitos, que se limitará ao valor total do débito tributário.

Essa indisponibilidade significa que o executado não poderá alienar esses bens e direitos, e, se o fizer, não terá eficácia diante da execução fiscal. A indisponibilidade não satisfaz a execução, mas é um meio de garantir a penhora de bens, servindo como uma medida de natureza cautelar.⁷

O executado pode se defender da execução através de ação autônoma ou através de embargos do devedor.

7 CUNHA, op.cit.

O art. 16 da LEF garante o direito de o executado oferecer embargos à execução no prazo de 30 (trinta) dias contados do depósito; da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia; da intimação da penhora. O §1º desse mesmo artigo determina que, para que sejam admitidos os embargos, é necessário que o executado garanta a execução.

Nos embargos, deverá ser suscitada toda a matéria útil à defesa, conforme disciplina o §2º do art. 16 da Lei 6.830/80. A reconvenção é uma exceção a essa regra, pois não é admitida nos embargos do devedor (§3º, art. 16 da Lei de Execução Fiscal).

Outra forma de defesa admitida na execução fiscal é a exceção de pré-executividade. Ela é admitida como forma de impugnar a execução, alegando a sua nulidade, e é aceita sem a necessidade de apresentação de garantia. Cabe em matérias em que já há prova pré-constituída do alegado, e em matérias que poderiam ser conhecidas de ofício pelo juiz.⁸

É válido salientar que, com base nos princípios reforçados no novo CPC, apesar de o juiz poder conhecer de ofício certas matérias, deverá, antes de decidir, ouvir a parte contrária, pois é vedada a emissão de decisão surpresa.

A exceção de pré-executividade é uma construção jurisprudencial, mas que acabou sendo recepcionada no NCPC, pacificando o entendimento sobre a sua admissibilidade. No parágrafo único do seu art. 803 é disposto que: "A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução".

É de extrema importância lembrar que a execução fiscal corre em proveito do credor, mas com o menor ônus possível para o devedor, como dispõe o art. 805 do Código de Processo Civil: "Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.". Assim, toda a hermenêutica deve ser voltada para a concretização da demanda do credor, visando a efetividade da execução fiscal, que é alcançada com a recuperação do crédito.

Na execução fiscal, o credor é um representante da sociedade, e o crédito a ser recuperado é dinheiro público. Esse dinheiro será utilizado em políticas públicas, que irão retornar para a sociedade em forma de benefícios, como, por exemplo, investimentos em hospitais e escolas.

Tendo isso em vista, justifica-se a existência de uma legislação e de procedimento específicos para a execução fiscal, já que se objetiva proteger o crédito público.

8 CUNHA, op. cit.

2.1 DO REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

Nos processos de execução fiscal em que figurem no polo passivo empresas, caso não sejam encontrados bens a serem penhorados, e se verifique que houve a utilização do instituto da personalidade jurídica de forma fraudulenta ou abusiva, é possível o redirecionamento da execução, para que os sócios respondam patrimonialmente e pessoalmente pelas dívidas e obrigações contraídas pela pessoa jurídica.

Como dito anteriormente, o Termo de Inscrição em Dívida Ativa deve conter os dados do devedor, inclusive os responsáveis pela dívida, conforme inciso I, §5º do artigo 2º da Lei de Execução Fiscal.

Se no Termo de Inscrição em Dívida Ativa for escrito o nome dos demais responsáveis, conforme disciplina o inciso I do art. 2º da LEF, a execução poderá ser automaticamente redirecionada a eles, pois configuram como polo passivo da execução. Isso ocorre devido à presunção de certeza e liquidez que a inscrição em dívida ativa goza. Entretanto, essa presunção é relativa, como dispõe o parágrafo único do art. 3º da Lei de Execução Fiscal, podendo ser negada por meio de prova inequívoca.

Se o nome do responsável não estiver na Certidão de Dívida Ativa, a execução ainda pode ser redirecionada a ele, por meio de uma petição simples, desde que seja comprovada a sua responsabilidade subsidiária pela dívida, pois há a inversão do ônus da prova.^{9 10}

O Código Tributário Nacional, em seu art. 135, regulamenta que só é possível haver o redirecionamento da execução fiscal decorrente de crédito tributário às pessoas comprovadamente responsáveis por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

Outro requisito é o de que o fato gerador deve ser contemporâneo ao tempo que o sócio-gerente atuou na empresa. Ou seja, não pode ser responsabilizado sócio que não esteve presente na época do fato que gerou o tributo que está sendo cobrado.¹¹

É válido comentar também que, de acordo com jurisprudência já assentada, não é possível o redirecionamento da execução fiscal por

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 900.371/SP (2006/0231995-2)*. Recorrente: DZ S/A Engenharia Equipamentos e Sistemas e Outros. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. São Paulo, 20/05/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7085851/recurso-especial-resp-900371-sp-2006-0231995-2/inteiro-teor-12828095>>.

10 CUNHA, op. cit., p. 351.

11 PINHEIRO, Adriano Martins. *Execução fiscal – o patrimônio dos sócios, sob análise jurisprudencial*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132634,31047-Execucao+fiscal+o+patrimonio+dos+socios+sob+analise+jurisprudencial>>.

inadimplemento de tributos, com a consequente responsabilização patrimonial dos sócios, pois não é considerado infração à lei.¹²

Nos casos de execução fiscal de créditos não tributários, para justificar o seu redirecionamento, é comumente invocado o já citado art. 50 do Código Civil, além do art. 10 do Decreto n.º 3.708/19, que dispõe que:

Art. 10. Os sócios gerentes ou que derem o nome à firma não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei.

Também é aplicado o art. 158 da Lei n.º 6.404/76, que disciplina que:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

Assim, esses artigos se equivalem ao que disciplina o art. 135, III do CTN nos processos de execução fiscal tributária.

O caso mais recorrente de infração de lei pelos responsáveis pela pessoa jurídica é o de dissolução irregular da empresa. Ela ocorre quando a empresa deixa de funcionar em seu domicílio fiscal e não informa aos órgãos competentes. Assim, tendo o Oficial de Justiça, que goza de fé pública, tentado citar e descoberto que a empresa não funciona mais no endereço constante nos cadastros oficiais, se presume que houve a sua dissolução irregular, não sendo necessária a comprovação de dolo por parte do sócio.¹³

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 430*. O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_41_capSumula430.pdf>.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 435*. Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=domic%EDlio&&b=TEMA&p=true&t=&l=10&i=11>>.

2.2 DO CABIMENTO OU NÃO DO IDPJ NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO FISCAL

Diante disso, surge o questionamento acerca do cabimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica nos processos de Execução Fiscal.

Primeiramente, como já mencionado, o Código de Processo Civil se aplica subsidiariamente ao processo de Execução Fiscal, somente quando a Lei 6.830/80 for omissa ou tiver alguma lacuna.

Nos casos de execução fiscal de pessoa jurídica, quando não são encontrados bens para serem penhorados, como já visto, é possível o redirecionamento da execução para que incida sobre os bens da pessoa física responsável pela empresa, desde que preenchidos os requisitos previstos por lei.

A própria LEF prevê o procedimento de redirecionamento da execução fiscal. Além dos artigos já comentados anteriormente, em seu art. 4º, inciso V, dispõe que a execução poderá ser promovida desde o início contra o responsável pelas dívidas, tributárias ou não, das pessoas jurídicas de direito privado.

Também regula que os bens do responsável, que, no caso, é o sócio gerente da pessoa jurídica, podem se sujeitar à execução fiscal, conforme dispõe o §3º do mesmo artigo:

§3º Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

Observa-se, portanto, que a Lei de Execução Fiscal prevê a possibilidade de a pessoa física, responsável pela pessoa jurídica, ser responsabilizada patrimonialmente pelas dívidas da empresa, além de prever o procedimento devido. Assim, a LEF não foi omissa quanto à possibilidade de redirecionamento da execução.

Além disso, o princípio da especialidade determina que, havendo duas regras sobre o mesmo tema, a norma especial afasta a incidência da norma geral. Por isso, aceitar a aplicação do Incidente de Desconsideração da Pessoa Jurídica na execução fiscal seria tornar inválidas as normas da Lei de Execução Fiscal.

Conclui-se, portanto, que o CPC não deve regulamentar o que a LEF já prevê, pois sua incidência é de caráter subsidiário, não podendo ser aplicada no lugar da norma específica.

Além disso, é importante salientar que existem algumas incompatibilidades entre o procedimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e o procedimento determinado pela Lei 6.830/80.

O meio de se insurgir contra a execução fiscal é através dos embargos do devedor, que só podem ser opostos se a execução já estiver garantida, conforme disciplina o §1º do art. 16 da LEF. Já no IDPJ, o executado não precisa apresentar garantia à execução.

O incidente, quando instaurado, sempre suspende o processo, enquanto na execução fiscal só há a suspensão com a apresentação dos embargos, se já tiver havido a garantia.

Do mesmo modo, com a instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, o executado tem o direito de requerer a produção de provas (art. 135 do CPC/15), mas na execução só é possível a instrução probatória com os embargos à execução, que só são aceitos se a execução estiver garantida.

Desse modo, se fosse aplicado o IDPJ na execução, o processo seria suspenso e o executado poderia produzir provas em sua defesa sem que a execução estivesse garantida, indo diretamente de encontro com o que a Lei de Execução Fiscal prevê explicitamente, e permitindo que o executado se beneficiasse da sua própria torpeza.

Ademais, o incidente não pode ser instaurado de ofício pelo juiz, tendo que haver o requerimento pela parte ou pelo Ministério Público, nos processos em que lhe couber intervir. Nos processos de execução fiscal, se estiver sendo impossibilitada a satisfação da execução, e forem preenchidos os requisitos já citados, o juiz pode determinar o redirecionamento.¹⁴

Também é importante comentar que o incidente pode ser instaurado contra qualquer sócio, enquanto a execução fiscal de crédito tributário só pode ser redirecionada para aqueles que têm poder de gerência ou administrativo da empresa, conforme disciplina o código Tributário Nacional em seu art. 135, inciso III.¹⁵

Além disso, as causas que justificam a instauração do IDPJ diferem das que justificam o redirecionamento da execução fiscal, pois não englobam todas as hipóteses possíveis. O incidente é possível nos casos de abuso da personalidade jurídica, quando há desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Já na execução fiscal tributária, com base no art. 135 do

14 NASRALLAH, Amal. *Desconsideração da Personalidade do NPCP não se aplica às Execuções Fiscais – TRF3 e TJSP*. Disponível em: <<http://tributarionosbastidores.com.br/2016/08/dpj/>>.

15 BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>.

CTN, o redirecionamento pode ser feito quando o responsável pratica atos com excesso de poderes ou infringindo a lei, o contrato social, ou estatuto da empresa.

Verifica-se, mais uma vez, que se for aceita a aplicação do IDPJ nos processos de execução fiscal, a legislação específica para tais processos se torna ineficaz, visto que a lei 6.830/80 e o CPC/2015 não são compatíveis.

3 CONCLUSÃO

Apesar da grande importância que o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica representa para o ordenamento jurídico processual, após breve estudo sobre o tema, em que foram pontuados os aspectos mais práticos da questão, é possível concluir que o IDPJ não deve ser aplicado aos processos de execução fiscal.

O procedimento próprio previsto na lei especial sobre o assunto, a Lei nº 6.830/80, permite que a execução recaia sobre o patrimônio do responsável pela pessoa jurídica que figura no polo passivo da execução. Por isso, deve incidir a lei especial em detrimento da lei geral, sob pena de tornar ineficaz todo o microssistema previsto na LEF.

Além disso, o procedimento de instauração do IDPJ previsto no Código de Processo Civil de 2015 é incompatível com o previsto na Lei de Execução Fiscal, destacando-se as consequências decorrentes da não necessidade de garantia da execução.

Assim, o redirecionamento da execução fiscal deve continuar sendo feito pelas via constante na LEF, através de uma simples petição, desde que sejam preenchidos os requisitos previstos em lei, e comprovado o uso irregular da pessoa jurídica.

Na execução fiscal de créditos de natureza tributária, deve ser atendido o disposto no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Nos de natureza não tributária, deve haver a ocorrência de uma das situações previstas, ou no art. 50 do Código Civil; ou no art. 10 do Decreto nº 3.708/19; ou no art. 158 da Lei nº 6.404/76.

Apesar da não aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica na execução fiscal, é importante salientar que os princípios que ele representa, e que são evidenciados no Novo Código de Processo Civil, e a mudança de paradigma que o acompanha devem ser recepcionados no procedimento da execução fiscal. Esses princípios valorizam questões de grande importância, como a cooperação nas relações processuais, entre as partes e o juiz, a celeridade, e a efetividade na resolução de litígios.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Igor Guillen. *Inovações principiológicas no Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235921,101048-Inovacoes+Principiologicas+no+Novo+Codigo+de+Processo+Civil>>.

CORT, Daniel Dala. *Pessoa Jurídica, autonomia patrimonial, abusos, desvios e fraudes*. Disponível em: <<https://dc.jusbrasil.com.br/artigos/181894959/pessoa-juridica-autonomia-patrimonial-abusos-desvios-e-fraudes>>.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 7. ed. revisada, ampliada e atualizada. São Paulo: Dialética, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. *Novo código de processo civil: comparativo com o código de 1973*. Salvador: Jus Podivm, 2015.

NASRALLAH, Amal. *Desconsideração da Personalidade do NCPC não se aplica às Execuções Fiscais – TRF3 e TJSP*. Disponível em: <<http://tributarionosbastidores.com.br/2016/08/dpj/>>.

PASA, Josiane. *A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Brasil*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4534>.

PINHEIRO, Adriano Martins. *Execução fiscal - o patrimônio dos sócios, sob análise jurisprudencial*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132634,31047-Execucao+fiscal+o+patrimonio+dos+socios+sob+analise+jurisprudencial>>.

QUEIROZ, Ricardo de Lima Souza. *Incidente de desconsideração da PJ deve ser afastado em execução fiscal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/ricardo-queiroz-desconsideracao-pj-nao-cabe-execucao-fiscal>>.

SÁ, Fábio Gustavo Alves de. *Abordagem histórica da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro antes do Código Civil de 2002*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/abordagem-hist%C3%B3rica-da-desconsidera%C3%A7%C3%A3o-da-personalidade-jur%C3%ADdica-no-ordenamento-jur%C3%ADdico-br>>.

SIGNORETTI, Diogo Brandau. *O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e o crédito tributário*. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-o-credito-tributario-09052016>>.

PERSPECTIVAS E DESAFIOS DA MEDIAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*PERSPECTIVES AND CHALLENGES OF MEDIATION IN
PUBLIC ADMINISTRATION*

Tatiana de Marsillac Linn Heck

*Advogada da União, Mestre em Direito, Mediadora em Formação, Membro da
Comissão Especial de Mediação da OAB-RS.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Aproximação Entre os Princípios da Mediação e os Princípios de Direito Administrativo; 1.1 Autonomia da Vontade e Impessoalidade; 1.2 Autonomia da Vontade e Legalidade; 1.3 Busca do Consenso e Indisponibilidade; 1.4. Decisão Informada e Legalidade; 1.5 Isonomia e Supremacia do Interesse Público; 1.6 Boa-Fé e Moralidade; 1.7 Imparcialidade e Supremacia do Interesse Público; 1.8 Independência e Legalidade; 1.9 Oralidade, Informalidade, Legalidade e Eficiência; 1.10 Confidencialidade e Publicidade; 2 Mediação, Direito Administrativo e Transdisciplinariedade; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho se propõe a abordar os desafios e as perspectivas à mediação voltada ao poder público. Os desafios tratarão da adequada harmonização entre os princípios da mediação e os princípios de direito administrativo. Como perspectivas, buscar-se-á demonstrar os benefícios decorrentes da adequada concepção e utilização da mediação no tratamento das questões concernentes à administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: Mediação em Direito Administrativo. Princípios da Mediação. Transdisciplinariedade.

ABSTRACT: This paper proposes to address the challenges and prospects for mediation focused on public power. The challenges will address the appropriate harmonization between the principles of mediation and the principles of administrative law. As perspectives, it will demonstrate the benefits derived from the adequate conception and use of the mediation in the treatment of the questions concerning the public administration.

KEYWORDS: Mediation in Administrative Law. Principles of Mediation. Transdisciplinarity.

INTRODUÇÃO

A mediação foi introduzida na legislação brasileira por meio do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, e da Lei de Mediação, Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015¹.

Tanto o Novo CPC, como a Lei de Mediação preveem a criação de câmaras de mediação dedicadas a tratar dos conflitos no âmbito administrativo² que, segundo a Lei de Mediação, estarão estruturadas no âmbito dos órgãos da advocacia pública³. Abordar os desafios desta nova atividade atribuída pela legislação aos órgãos de advocacia pública, na busca da adequada implementação da mediação como recurso efetivo para tratar das questões da administração é o objetivo do presente trabalho.

As câmaras de mediação dentro da estrutura da administração pública consistem em um espaço especializado no tratamento de conflitos em matéria administrativa. Por meio da atuação do mediador, responsável por conduzir o procedimento a fim de auxiliar que a comunicação entre os mediandos seja produtiva, de modo que identifiquem os verdadeiros interesses⁴, a fim de construírem conjuntamente um consenso a respeito das questões. Segundo Heynes e Marodim (1996, p. 20), o procedimento baseia-se na própria responsabilidade dos participantes em tomar as decisões sobre os conflitos, constituindo-se num procedimento que confere autoridade a cada um dos envolvidos.

Assim, pode-se dizer que a principal característica da mediação é que o poder de decisão é conferido aos mediandos, não advindo do mediador. Este não decide, não opina, tampouco força a consecução de um acordo. Apenas, de forma imparcial, utilizando-se de ferramentas apropriadas, conduz o processo de mediação de forma a possibilitar que os mediandos possam ter clareza das suas necessidades e, conseqüentemente, consigam chegar à resolução do conflito de forma satisfatória e duradoura.

1 No âmbito do poder executivo, já eram utilizados procedimentos de autocomposição, tendo sido a prática institucionalizada dentro da Advocacia-Geral da União em 2007, na forma da Câmara de Administração da Administração Pública Federal – CCAF, criada pelo Ato Regimental nº 5, de 2007. No âmbito do poder judiciário, passou a ser desenvolvida institucionalmente a partir da Resolução nº 125 do CNJ, de 2010.

2 As duas leis do nosso ordenamento que tratam hoje da mediação dispõem a respeito do procedimento de forma sobreposta. A criação das câmaras administrativas está prevista no, art. 174 do Código de Processo Civil, assim como no art. 32 da Lei de Mediação.

3 Art. 32, *caput*, Lei de Mediação.

4 O termo *interesse* tem em mediação o sentido daquilo que é realmente o núcleo da questão que às vezes num primeiro momento aparece superficialmente, sem revelar sua profundidade e extensão. O interesse é o que corresponde à real necessidade do mediando, e cujo máximo atendimento se busca, na medida do possível, alcançar.

É nisso, em poucas palavras, que consiste o procedimento de mediação⁵. De acordo com nossa legislação, as câmaras administrativas serão estruturadas dentro dos órgãos da advocacia pública, onde houver, tratando-se, portanto, de mediação institucional. Essas câmaras tratarão de conflitos de matéria administrativa, tanto conflitos internos à administração, ou às administrações⁶, como conflitos entre a administração pública e o particular⁷.

A mediação por meio das câmaras administrativas pode ser tanto pré-judicial, quando o conflito ainda não está judicializado, como pode tratar de demandas já judicializadas, no caso em que as partes acordem em fazer tentativa de autocomposição em sede das câmaras administrativas⁸. De observar que desde a vigência da Lei de Mediação, todo o conflito que envolve dois entes da administração pública federal deverá ser, necessariamente, tratado por meio de autocomposição antes de ser levado à judicialização⁹.

A fim de possibilitar que o advogado público e os demais envolvidos no procedimento de mediação por meio das câmaras administrativas tenham uma melhor compreensão da técnica voltada ao poder público, focaremos o presente trabalho naquilo que constitui o cerne da problemática atinente à utilização da mediação para o tratamento de questões de direito administrativo: o fato de que, nesta seara, a mediação deve ao mesmo tempo ser fiel aos princípios da mediação elencados na legislação¹⁰, assim como deve manter adequação aos princípios de direito administrativo.

A mediação não pertence ao direito, mas agora passou a ser ferramenta do direito. Ao ser internalizada, é necessário que o direito respeite os princípios da mediação que a constituem, e nisso reside o desafio de encarar a mediação concernente aos entes públicos. Faz-se imprescindível respeitar a essência do instituto da mediação, sob o risco de que o direito, ao se apropriar deste instituto, venha a desvirtuá-lo ao fazê-lo, e com isso subtrair da sociedade as imensas possibilidades que a mediação oferece.

5 Mediação e conciliação são procedimentos assemelhados, que possuem algumas diferenças. Em termos gerais, a conciliação valoriza mais a obtenção do acordo, enquanto a mediação se volta para a relação entre os mediandos, estando seu o foco na restauração dessa relação, do que o acordo seria decorrência natural, mas secundária.

6 Na CCAF, por exemplo, desde 2010 são realizadas conciliações entre a União e estados e Distrito Federal, assim como entre a União e municípios, conforme previsão expressa do art. 18 do Decreto nº 7.392, de 2010.

7 De acordo com o art. 32, inciso II da Lei de Mediação.

8 Art. 139, inciso V, CPC.

9 Art. 39 da Lei de Mediação.

10 Art. 166 CPC e art. 2º da Lei de Mediação.

A proposta do presente trabalho é conferir aos princípios de direito administrativo brasileiro uma interpretação à luz da mediação e dos seus princípios informadores, de modo a obtermos uma compatibilização que permita que sejam utilizados os institutos da mediação e da conciliação como ferramentas do direito administrativo sem que tais elementos percam sua essência.

Ao elencar os princípios da mediação, a legislação não fez exceção à sua aplicação, do que decorre que devem incidir tanto em se tratando de mediação judicial, como de mediação em câmaras privadas, quanto da mediação nas câmaras voltadas à administração pública.

Não poderia ser diferente, vez que, sendo os princípios da mediação informadores do instituto, devem ser observados independentemente de que tipo de mediação se trata, seja privada, seja judicial, seja no poder público. O objetivo do presente trabalho é propor uma compreensão harmoniosa entre os princípios de mediação e os princípios de direito administrativo, o que é necessário para que o procedimento de mediação¹¹ no tratamento das questões da administração pública possa proporcionar os benefícios esperados.

Uma vez que os princípios da mediação estão elencados tanto no Novo CPC como na Lei de mediação¹², entendemos que a atuação das câmaras administrativas deve se pautar por ambas as normas, já que sobrepostas, motivo pelo qual o presente texto abordará todos os princípios listados na legislação, organizados conforme seja mais acentuado o seu âmbito de incidência. Assim, trataremos dos princípios que dizem respeito aos mediandos (autonomia da vontade, busca do consenso ou consensualismo, decisão informada, isonomia, e boa-fé), princípios concernentes ao mediador (independência e imparcialidade) e princípios relativos ao procedimento (confidencialidade, oralidade e informalidade). Esses princípios serão aproximados daqueles princípios de direito administrativo com os quais se relacionam, tanto aqueles que tem sede constitucional (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), como aqueles reconhecidos pela doutrina¹³ (supremacia do interesse público e indisponibilidade).

11 Ainda que se fale na legislação como na doutrina em procedimento de mediação e procedimento de conciliação, como nosso foco aqui são os princípios, que se aplicam tanto ao um como a outro procedimento, utilizaremos somente o termo mediação, com a ressalva que o que falaremos sobre mediação se aplica também ao procedimento de conciliação, salvo quando fizermos ressalva

12 A Resolução N° 125 CNJ de 2010, em seu Anexo III, já fazia menção aos princípios da mediação, quase todos agora reiterados na legislação aqui citada, a qual se aplica mais diretamente à mediação nas câmaras administrativas, motivo pelo qual nos restringiremos a estes, que em nosso entendimento dão bem conta do procedimento relativo às matérias de direito administrativo. Para constar, além de alguns dos princípios aqui tratados, a Resolução CNJ 125 também traz como princípios da mediação a competência do mediador, o respeito à ordem pública, o empoderamento e a validação.

13 Por todos, Carvalho Filho (2012, p. 32-34).

Por meio da abordagem das relações travadas entre os dois conjuntos de princípios, serão também trazidos ao texto aspectos relativos ao procedimento da mediação, já que é na sua prática que as questões aqui tratadas surgem, sendo o presente trabalho dedicado em especial àqueles que vivenciam a prática da mediação voltada à administração pública e se deparam com seus desafios.

1 APROXIMAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO E OS PRINCÍPIOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1 AUTONOMIA DA VONTADE E IMPESSOALIDADE

A primeira aproximação a fazer, até para que se afirme ser possível a mediação de conflitos do poder público, é entre o princípio da autonomia da vontade, pertencente à mediação, e o princípio da impessoalidade, informador do direito administrativo. Autonomia da vontade - dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento.

Segundo Carvalho Filho (2012, p 21), para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, que sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Neste aspecto, reflete a aplicação do princípio da finalidade, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela administração é somente o interesse público. Segundo a doutrina tradicional, não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, pois nesse caso haverá sempre uma atuação discriminatória.

A crítica poderia vir, assim, no sentido de que a impessoalidade inerente à administração pública seria fator impeditivo para o tratamento das questões por meio da mediação, procedimento voltado precipuamente ao atendimento de pessoas para tratarem seus conflitos de forma pacífica¹⁴.

É fato que a administração pública é formada por órgãos e instituições, cujos atos devem ser pautados pela impessoalidade, no sentido de que devem ser motivados apenas pelo interesse público, assim como o representante da administração não atua em seu nome, mas investido da competência que detém por força legal e regulamentar. As relações da administração pública são relações profissionais, hierarquicamente organizadas e

14 A mediação é voltada ao tratamento de conflitos, que são inerentes ao convívio humano, como referem Almeida e Pantoja (2016, P. 87)

compromissadas com a legalidade. Então, sendo a Administração formada por órgãos e instituições, cujas funções são exercidas por pessoas no exercício profissional, seria cabível indagar se é possível a mediação, já que a mediação é sobretudo um procedimento que trabalha com pessoas (BRAGA NETO, 2016, p. 772).

Essa questão deve ser superada para que se reconheça a possibilidade da mediação no poder público e, caso afirmativo, que suas peculiaridades sejam reconhecidas para que se utilize o instituto da mediação na forma adequada, a fim de alcançar a realização de seus potenciais benefícios.

Na verdade, para se admitir a possibilidade de tratar os conflitos administrativos por meio da mediação, deve-se atentar para as características peculiares ao poder público, de modo a respeitá-las, a fim de empregar o instituto do modo adequado ao contexto em que é utilizado.

Como bem ensina Braga Neto (2016, p. 772), por trás das instituições estão as pessoas, e são essas que lidam com os conflitos, sendo portanto possível mediar com a administração pública por meio dos seus representantes.

Assim, o primeiro aspecto a reconhecer é o fato de que o servidor público terá legitimidade de estar em mediação em decorrência de sua investidura, reconhecendo-se que o fato de alguém estar em mediação em razão de sua atuação profissional não é motivo para afastar a utilização do procedimento.

Eidt (2016, p. 167) já abordou a problemática da possibilidade da utilização da mediação pela Administração Pública, tendo concluído que a superação de certos dogmas concernentes ao direito administrativo tradicional pode trazer inúmeras vantagens ao Estado e ao cidadão por meio da utilização das vias autocompositivas para esse tipo de conflitos.

1.2 AUTONOMIA DA VONTADE E LEGALIDADE

Em temas da administração, a autonomia da vontade, como princípio da mediação, há que ser harmonizada também com o princípio da legalidade. Assim, segundo Tartuce (2015, p. 205), ao mediador cabe propiciar condições para que os indivíduos, atentos à sua autodeterminação, possam se engajar na conversa e atuar para deflagrar pontos úteis a serem trabalhados. Ao atuar como facilitador da comunicação, o mediador deve se valer de técnicas e estratégias, sem abrir mão da imparcialidade, para conduzir o processo de forma produtiva e propiciar a uma tal comunicação entre os mediandos, de modo que, com a contribuição de cada um, que traz sua visão parcial, se chegue a uma visão global e conjunta das questões tratadas. Se a mediação evolui para a obtenção do acordo, este terá a

concordância de cada um dos envolvidos, a partir da compreensão de que aquela é a melhor solução possível, frente aos próprios interesses, mas também levando em conta os interesses dos outros. Como adverte Alberton (2008 apud TARTUCE, 2016, p. 206), a mediação, portanto, não pode e não deve ser medida unicamente pelo êxito constante no termo de entendimento.

Assim, se a autonomia da vontade significa que os mediando tem total liberdade para tomar as decisões relativas aos temas tratados (liberdade somente reduzida em relação à renúncia de direitos indisponíveis), o princípio da legalidade impõe que os atos administrativos sejam realizados dentro dos limites da lei. Portanto, em relação ao poder público, a lei e as normas infra legais deverão servir de parâmetro e de limite à mediação. Ou seja, o poder público, em mediação, deve comprometer-se nos limites e na forma da lei, de acordo com as regras relativas a cada questão tratada durante o procedimento.

A administração pública está limitada por um conjunto de normas, em que a autonomia da vontade está mais reduzida em relação à grande liberdade do particular, e em decorrência disto, o procedimento pode se tornar mais limitado em termos de opções, de soluções possíveis, que deverão estar nos limites do emaranhado de normas, mas ainda assim a mediação pode ocorrer, proporcionando por meio da aproximação entre os mediandos, que são aqueles que detém o domínio técnico das questões, a troca de informações, o aprofundamento das discussões, de modo a se chegar a uma compreensão global das questões, que propiciam a construção das soluções por meio do consenso.

Aqui reside a grande vantagem da mediação em relação à judicialização do conflito, já que, dentre as soluções possíveis, a mediação proporciona que os próprios interessados construam aquela que traga maiores benefícios para todos os envolvidos.

Outro aspecto relacionado à autonomia da vontade e legalidade, é o fato de que, tratando-se de uma mediação que ocorre no seio de uma instituição, deve-se ter em mente que esteja na posição de mediando quem detém competência para tanto. Portanto, em se tratando de acordos feitos pelo poder público, deve-se observar que os representantes institucionais detenham legitimidade para decidir as questões tratadas em mediação. Assim, em consonância com as normas de direito administrativo, deverão ser observadas as regras de competência do órgão ou instituição, de modo a comparecerem como mediandos em mediação em decorrência de designação institucional. Neste aspecto, é importante observar que, para que o procedimento de mediação seja produtivo e traga resultados satisfatórios, representantes institucionais que participarão do procedimento devem, em

primeiro lugar, estar presentes em todas as reuniões de mediação, a fim de que a continuidade e evolução do procedimento, no qual uma reunião é encadeada com a outra, não fique prejudicada.

O convite para a reunião de mediação deve ser endereçado a dirigente do órgão ou instituição, devendo ser a entidade representada por servidor público que detenha alguma parcela de poder de decisão da matéria específica a ser tratada. Ainda que não seja viável que a máxima autoridade do órgão participe das reuniões de mediação, a fim de que a mediação seja exitosa, deverá contar com participação expressamente chancelada por quem detenha a competência específica para tanto, segundo as normas pertinentes. Desse modo, o procedimento de mediação deverá ser desenvolvido de forma que as combinações feitas e decisões tomadas em cada reunião sejam ratificadas pela autoridade competente, o que pode ser verificado na reunião seguinte. Caso não haja a devida ratificação, o ponto deverá ser rediscutido, até que a solução esteja em condições de ser ratificada.

A autocomposição em direito administrativo pode também envolver ente público, de um lado, e particular, pessoa física ou jurídica, de outro. Com relação ao particular, se pessoa jurídica, deve também ser observada a continuidade da participação dos representantes da empresa, e a participação no processo de mediação dos seus representantes e assegurada a participação de pessoas com poder de decidir sobre as questões debatidas, o que facilita o procedimento, ou o esclarecimento de que as propostas que surgirem ficarão sujeitas à chancela dos gestores da empresa com poder de decisão.

Com relação à mediação entre o poder público e o particular, fato é também não se tratar de inovação brasileira. Masucci (2009, p. 18) fez estudo acerca da mediação entre o poder público e particular, traçando comparações de como o instituto é praticado em França, Inglaterra e Alemanha, concluindo que em todos estes países existem limites à utilização do método. Todavia, frente às dificuldades, ao invés de se deduzir que o emprego do procedimento de mediação entre a administração e o cidadão é impraticável, a solução encontrada nestes países foi restringir a possibilidade de mediação a certas situações¹⁵.

15 Segundo Masucci (2009, p. 20-21), na França, a 'mediation' é excluída quando se trata de litígios que afetam o exercício de poderes públicos, vinculados ou discricionários, sendo admitida a mediação quando o litígio se refere a um contrato administrativo ou à responsabilidade da administração pública. Ultimamente, passou a ser admitida pelo Conseil d'État utilização da mediação no 'contentieux d'excès de pouvoir', sendo possíveis 'arrangements avec la légalité', admitindo-se que entre várias soluções igualmente possíveis conforme o prisma da legitimidade, a Administração possa ser instada, sem prejuízo da legalidade, para modificar uma 'elección' que já havia sido realizada em uma direção mais adequada à oportunidade. Na Alemanha, o emprego da mediação (die Mediation) se exclui quando o conflito afeta o exercício de poderes públicos regulamentados, e se admite quando se trata de poder discricionário, entre outras situações. No Reino Unido, as restrições dizem respeito sobretudo a conflitos em questões de Direito, para decidir questões de direitos e liberdades

1.3 BUSCA DO CONSENSO E INDISPONIBILIDADE

A busca do consenso, ou consensualismo, como propõe Vasconcelos (2015 p. 217), como princípio da mediação, significa que se trata de um espaço onde se busca chegar livremente ao consenso, no sentido de visão compartilhada por todos a respeito dos temas tratados.

Dada a natureza do que está em questão nas mediações em direito administrativo, que é o bem comum, o desafio é respeitar o limite da negociação em matéria administrativa.

A mediação envolve a negociação, vez que a atuação do mediador busca conduzir a negociação dos mediandos, de modo a que a identificação dos seus interesses, por meio do estabelecimento de uma comunicação produtiva, possa gerar a construção de soluções que contentem a todos.

Em uma mediação em matéria administrativa, quem representa a administração terá de buscar a satisfação da parcela do interesse público que melhor atinja o bem comum, e em nome disso abrir mão da parcela do interesse que pode vir ao encontro do interesse da outra parte, seja ela administração ou particular, desde que essa renúncia não implique em anulação do bem comum. Em termos teóricos, seria essa a fórmula, que é muito mais complexa na sua aplicação prática. Aqui não cabe lugar para a visão, já superada, da indisponibilidade do interesse público. O que se tenta propor é a reflexão para o fato de que, tratando-se de mediação, a negociação é inexorável, e negociar implica necessariamente em fazer concessões.

Assim, há reflexos do consensualismo em relação à indisponibilidade do bem público, vez que negociar é fazer concessões, há que se poder negociar acerca também do que é bem público. Eidt (2017, p. 167) afirma que, superados os dogmas do tradicionais da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade, a autocomposição na Administração Pública apresenta grandes possibilidades, na medida em que permite o acesso direto dos administrados e confere aos entes estatais melhores condições de cumprir com suas obrigações, com previsibilidade e compatibilidade orçamentária na sua execução.

Na mais recente concepção do direito administrativo, os dogmas de que o interesse público é intransponível e de que o patrimônio público é indisponível, já foram superados. É o que defende Binembojm (2014 apud EIDT, 2017, p. 136), segundo quem a identificação do interesse que deve prevalecer não prescinde de uma prévia ponderação dos direitos em

civis, em casos de abuso de poder administrativo, mas a mediação é admitida para encontrar uma solução em conflitos de direito público para as quais não é adequada uma rígida aplicação das normas, ou quando se trata de resolver questões fáticas complexas.

conflito, o que permitirá identificar qual a conduta que melhor preserva os direitos fundamentais previstos. No mesmo sentido, Salles (2011 apud EIDT, 2017, p. 140) observa que o interesse patrimonial nem sempre representa de fato o interesse público.

Não há fórmula para garantir a preservação do interesse público em mediação, do que decorre que caberá aos mediandos, sob a condução do mediador, fazerem combinações que guardem respeito à legalidade, assumindo a responsabilidade de atos que, ou sejam previstos em lei, ou tenham margem nos regulamentos administrativos, dentro da esfera de discricionariedade, de acordo com as normas de competência, tendo por objetivo último a realização do bem comum. Se estes aspectos estiverem presentes como norteadores da mediação administrativa, os acordos estarão dentro dos limites da legalidade, em respeito ao direito administrativo, o que garantirá a consistência dos acordos resultantes da mediação, tanto internamente, como perante o judiciário ou aos órgãos de controle.

O bom negociador não é aquele que não cede, mas aquele que sabe ceder em aspectos menos relevantes, em troca de assegurar o atendimento de aspectos mais importantes. Os interesses devem pautar a negociação em mediação, e muitas vezes os interesses de diferentes órgãos não se chocam, mas são complementares, de forma que podem ser atendidos de parte a parte sem haver necessidade de qualquer aspecto importante, sendo apenas necessário esclarecer a situação em todas as suas nuances, o que às vezes parece milagroso como forma de solucionar as questões.

Nesse caso, a mediação é o espaço que propicia o encontro e a aproximação dos órgãos com a explicitação do interesse de cada um, o que possibilita a construção de um caminho favorável a todos os envolvidos.

1.4 DECISÃO INFORMADA E LEGALIDADE

O sentido do princípio da decisão informada é assegurar que os mediandos tenham consciência tanto dos seus direitos, como do conteúdo fático das questões tratadas. O intuito é de que as decisões sejam tomadas com plena consciência do que representam e quais serão suas consequências. A busca da decisão informada deve ser sempre objeto de atenção por parte do mediador, que deve conduzir o procedimento de modo que os participantes estejam em equilíbrio em relação uns aos outros, e esse equilíbrio envolve fundamentalmente a consciência e o conhecimento das questões fáticas e jurídicas relativas ao conflito. Em matéria administrativa, a participação dos advogados públicos que têm por ofício o assessoramento jurídico dos gestores tem essa função: auxiliar no esclarecimento jurídico, auxiliando o gestor nesse aspecto. Portanto, a atuação de advogados especializados no tema objeto da

mediação se faz valorosa, na medida em que é capaz de conferir maior segurança jurídica às soluções encontradas. O cuidado que sempre se deve ter é que a decisão compete ao gestor, que é aquele que efetivamente representa o ente público, e a quem cabe o protagonismo no procedimento de mediação, tendo o advogado assessor o papel secundário, pois é mero auxiliar no procedimento.

Morais e Spengler (2008, p. 134) destacam o espaço democrático assegurado pela mediação, na medida em que o mediador, ao invés de se posicionar em um local superior às partes, encontra-se no meio delas para partilhar um espaço participativo voltado para a construção do consenso. Os protagonistas são os mediandos, e é deles a única voz que deve ser levada em conta na construção do acordo, ainda que com base em informações prestadas pelo assessoramento técnico eventualmente existente em mediação.

A atuação do mediador deve ser feita com o intuito de esclarecer os participantes de seus papéis, orientando e sanando dúvidas a respeito do procedimento. A orientação jurídica a respeito das questões discutidas deve ser feita preponderantemente pelos advogados que assessoram os gestores, os quais participam da mediação com essa função específica. O fato de o mediador se ater à condução do procedimento, deixando a orientação jurídica a cargo dos advogados que assessoram o gestor, ajuda a preservar a imparcialidade e o foco nas técnicas de mediação a serviço do êxito do procedimento, o que já é tarefa complexa o bastante para o mediador se encarregar sozinho.

Dada a complexidade do direito administrativo, formado por inúmeras normas e regulamentos, a decisão informada é também essencial para garantir a legalidade da mediação, o que lhe assegura a necessária solidez jurídica, na medida em que auxilia que estejam presentes em grau satisfatório todos os elementos necessários ao ato administrativo, de forma a apresentar as condições para que o acordo seja homologado, passando a ter a condição de título executivo extrajudicial ou judicial.

1.5 ISONOMIA E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da isonomia consta do rol de princípios da Lei de mediação, e trata de assegurar que as partes em mediação recebam igualdade de tratamento. A mediação deve proporcionar equilíbrio entre os envolvidos, de modo a garantir que a vontade de um não se sobreponha em relação ao outro, devendo ser o eventual acordo obtido com base na construção verdadeiramente conjunta. A isonomia diz respeito à igualdade tanto da quantidade, como à qualidade da participação de cada um dos mediandos. Caso o mediador identifique haver disparidade de poder entre os envolvidos, pode utilizar-se de técnicas que auxiliem no

empoderamento da parte, como a validação, ou o parafraseamento, que busca ressaltar a informação trazida, ou ainda o assessoramento técnico ou jurídico que possam auxiliar na busca do equilíbrio entre as partes. De ressaltar que a atuação do mediador deve buscar o equilíbrio entre as partes sempre de modo imparcial. O mediador não pode atuar como advogado, ou técnico, esclarecendo dúvidas das partes em relação ao objeto da mediação, o que deve ser feito por terceiros assessores. Caso seja constatado que a mediação transcorreu com desequilíbrio entre as partes, ou com ausência de conhecimento de uma das partes em relação às consequências do acordo, o mediador não só pode, como deve evitar o fechamento da mediação em um acordo que não reflete uma verdadeira mediação no sentido próprio da palavra.

Em se tratando de mediação entre ente público e particular, de pronto demanda a composição com o princípio não normatizado, mas consagrado pela prática e doutrina tradicionais, da supremacia do interesse público, do que decorrem certas prerrogativas da administração que, todavia, não encontram guarida no ambiente da mediação. Como bem lembra Eidt (2016, p. 140), a mais moderna doutrina administrativista tem revisitado essa noção tradicional, alertando para o fato de que não pode o interesse público travestir-se de argumento para impermeabilizar toda e qualquer conduta do Estado.

Assim, em nome da isonomia, o mediador deve atuar de modo a buscar equilibrar a participação dos mediandos no procedimento, o que pode fazer pela utilização de técnicas de mediação como a escuta ativa, que busca identificar os interesses, e trazê-los à tona no procedimento, a o reforço positivo, que trata de valorizar as condutas e posturas colaborativas dos mediandos, o cáucus, que é a sessão privada de que o mediador pode se valer para buscar compreender melhor cada um dos mediandos, e que pode ser efetivo recurso ao seu empoderamento. Por meio destas ferramentas, que o mediador utiliza conforme sente que possam contribuir ao desenvolvimento da mediação, ele busca propiciar a participação equilibrada entre os mediandos, a fim de que a construção do acordo seja feita de maneira a refletir efetivamente a realização dos interesses de todos os envolvidos na questão. Esse é o verdadeiro cerne, objetivo da mediação, pois é na construção do acordo onde não há um vencedor e um perdedor, mas no qual os interesses de todos os mediandos estão atendidos, ainda que não de forma plena, mas de modo a preservar sua essência, que está a riqueza do procedimento, vez que se todos saem da mediação satisfeitos com o acordo, o seu cumprimento será decorrência natural da satisfação dos envolvidos com o que ficou acordado, o que é muito mais poderoso no mundo real que uma decisão judicial.

Assim, pela sua natureza, não há outro modo de fazer mediação, ainda que na esfera do direito administrativo, sem assegurar a isonomia das partes, frente ao que as prerrogativas decorrentes da supremacia do interesse público devem ser postas de lado em nome de assegurar a possibilidade do sucesso do tratamento autocompositivo das questões administrativas.

A isonomia entre as partes busca que a mediação propicie comunicação efetiva e produtiva entre os mediandos, o que cria condições para a construção de um consenso em torno da questão, dando margem ao surgimento de soluções realmente conjuntas, que atendam de modo satisfatório os interesses de todos os envolvidos.

Também é tarefa do mediador utilizar técnicas e ferramentas de empoderamento, quando necessário, de modo a tornar a comunicação equilibrada em casos de desequilíbrio entre as partes.

Assim, a mediação torna-se o espaço onde a administração se aproxima do cidadão, ao buscar conjuntamente com ele a melhor forma de resolver um problema comum. É procedimento eficaz e eficiente em aproximar diferentes órgãos integrantes às vezes do mesmo ente federativo, mas que detém interesses imediatos aparentemente conflitantes. Também serve de canal ao reforço do pacto federativo, colocando horizontalmente diferentes entes da federação, como União e estados ou municípios para em conjunto encontrarem soluções positivas todas as partes envolvidas.

A utilização da mediação para tratar de problemas administrativos e criar soluções que atendam a todos os envolvidos é verdadeiro exercício prático de democracia. É a melhor expressão do trabalho conjunto, na mesma direção, que deve ser desenvolvido pelos envolvidos em um conflito, de modo a deixarem as suas posições iniciais antagônicas e aprenderem a desenvolver alternativas que podem deixar de atender plenamente aos seus interesses, mas que são ainda assim vantajosas porque geram benefícios para todos os envolvidos e assim garantem altos graus de adesão.

1.6 BOA-FÉ E MORALIDADE

A boa-fé é outro princípio que deve nortear todo o procedimento de mediação, visando a que as partes sejam leais no sentido de tratarem com seriedade e transparência as questões, cooperando com o procedimento, em colaboração com o mediador. Boa-fé, assim, consiste no sentimento e no convencimento íntimos quanto à lealdade, à honestidade e à justiça do próprio comportamento em vista da realização dos fins para os quais este é direcionado, no conceito de Zani (2012 apud TARTUCE, 2015, p. 207)

No âmbito da mediação aqui tratada, a boa-fé se aproxima do princípio da moralidade que rege a administração pública, princípio que

impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta.

Assim, a mediação deve ser dar de maneira que os mediantes que representam os entes públicos assumam as responsabilidades na medida de sua competência, de acordo com as normas de direito administrativo que regem o tema debatido. A boa-fé, ao lado da moralidade, tende a assegurar a *fairness* do procedimento, de modo para que se construam soluções consistentes com os princípios e normas aplicáveis ao caso concreto.

1.7 IMPARCIALIDADE E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Imparcialidade é condição fundamental ao mediador, que deve procurar compreender a realidade dos mediados, sem que nenhum preconceito ou valor pessoal venham a interferir no seu trabalho. Tartuce (2015, p. 202) aponta a imparcialidade como a equidistância e a ausência de comprometimento do mediador em relação aos envolvidos no conflito.

Longe de buscar induzir as partes a um acordo, a mediação busca preponderantemente restaurar a comunicação proveitosa entre os mediados. Para que a essência da mediação seja preservada, o mediador precisa se manter imparcial na aplicação das técnicas, evitando a todo custo fazer alianças com quaisquer das partes. Ao atuar com empatia, transparência e comprometimento, o mediador angaria a confiança das partes, o que é decisivo para que estas possam participar efetiva e livremente da mediação, garantindo o sucesso do procedimento.

Na mediação em matéria administrativa, a imparcialidade se sobrepõe totalmente em relação à supremacia do interesse público. Assim, aquele que atua como mediador estará buscando preservar o equilíbrio entre os mediados, de modo que possam construir, com igualdade de oportunidades, um acordo em que os interesses de todos estejam contemplados, lembrando que a mediação é um espaço onde não deve haver perdedor ou ganhador, mas que todos devem sair ganhadores.

Estando as câmaras dentro da estrutura administrativa, mais especificamente dentro dos órgãos de advocacia pública, abre-se o espaço para a atuação do advogado público no papel do mediador. Para tornar possível a condução exitosa do procedimento de mediação, de modo que o mediador, ainda que servidor público, exerça este ofício com a devida imparcialidade.

É possível que, mediante a adequada formação, que é o primeiro cuidado que a atuação do mediador demanda, o servidor público, mesmo o advogado público, adquira o conhecimento e a técnica necessária a conduzir um procedimento de mediação, mesmo aquela entre administração e

particular, com a devida imparcialidade. O que é absolutamente necessário para tanto é a formação consistente, que proporcionará o conhecimento aprofundado do instituto da mediação, a fim de que a imparcialidade na sua atuação como mediador seja garantida.

Aliás, a formação adequada não é foco apenas do ponto de vista do princípio da imparcialidade, mas essencial à atuação do mediador. A vantagem das câmaras administrativas é que podem dispor de mediadores com consistente conhecimento de direito administrativo, preciosa bagagem ao ofício, devendo que se busque equipar cuidadosamente estes profissionais com as habilidades próprias à mediação, o que propiciará procedimentos exitosos.

En la mediación, el ‘tercero’ es el fiel de la balanza del procedimiento. La conclusión feliz del procedimiento depende en buena medida de su habilidad para conducir la negociación entre las partes. Es precisa una habilidad que incluya no sólo competencia jurídica, sino también técnicas de comunicación, las cuales no pueden ser improvisadas. [...] la consecución del acuerdo depende también y sobre todo de la ‘ajenidad’ del mediador, de su ‘neutralidad’ respecto de las partes. En su labor de facilitar, o mejor dicho, de ‘propiciar’ el encuentro entre las partes, debe asistirles sin abandonar nunca una perspectiva neutral respecto de ellas y de los contenidos del posible acuerdo. (MASUCCI, 2009, pp. 16-17).

1.8 INDEPENDÊNCIA E LEGALIDADE

A independência do mediador indica seu dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável¹⁶.

A independência necessita estar presente na mediação do poder público, mesmo que modulada por certas peculiaridades decorrentes do princípio da legalidade. Cabe dizer que o mediador de uma câmara administrativa preside o procedimento, mas tem ainda o compromisso de observar as normas institucionais acerca da mediação, que devem ser observadas a fim de que a mediação se desenvolva com respeito às peculiaridades institucionais, o que propicia que acordo eventualmente obtido em mediação tenha validade.

16 Conceito constante do art. 2º do Anexo III da Resolução CNJ n. 125.

O propósito para a criação de normas que regulamentam o procedimento de mediação nas câmaras administrativas deve ser o estabelecimento de critérios objetivos para aceitação do caso para mediação, a fim de propiciar a devida publicidade e impessoalidade da administração pública. Além disso, normas da instituição podem regular o trâmite do acordo havido em mediação, também prevendo critérios para sua validade. Não é o foco aqui detalhar tais normas, mas mencionar que, no caso das câmaras administrativas, pode haver regulamentação em relação a que tipo de caso pode ser levado à mediação, ao estabelecimento de alçadas para se realizarem acordos, entre outras normas com o objetivo de eleger situações, dentre as previsíveis, que a administração possa transigir e cumprir com os acordos eventualmente formalizados. Isso pode levar à criação de critérios a serem seguidos para haver o juízo de admissibilidade positivo em relação a cada caso concreto, o que é natural em um ambiente formal como é o da administração pública, e que serve à organização do procedimento, não à limitação da atuação do mediador.

Assim, superadas as questões formais que se destinam a organizar como será e em que situações ocorrerá o procedimento da mediação administrativa, o mediador conduzirá o procedimento de acordo com os princípios aqui já abordados, as técnicas e ferramentas próprias da mediação, presidindo o processo, com vistas a propiciar o ambiente adequado para as partes tratarem das questões concernentes ao conflito.

Ou seja, em sua atuação nas câmaras administrativas o mediador deve guardar a devida observância às normas da câmara, ao mesmo tempo em que preserva a sua independência em relação ao procedimento de mediação em si, do qual é o gerente, e no qual aplica as técnicas, ferramentas e princípios de acordo com o que entender que é necessário em cada caso concreto, permanecendo a qualidade do ofício da mediação como uma obra quase artesanal que se constrói pouco a pouco, em cada sessão, com a participação de todos os envolvidos sob a condução mestra do mediador.

1.9 ORALIDADE, INFORMALIDADE, LEGALIDADE E EFICIÊNCIA

A mediação é procedimento que ocorre por meio de comunicação verbal, que não necessita ser reduzida em ata ou taquigrafada. A dialética da mediação é ditada pela oralidade da linguagem comum, e a comunicação é a ferramenta fundamental para o restabelecimento da relação entre os mediandos e a construção de um novo modo de lidar com o conflito.

Pela informalidade que caracteriza a mediação, não existe uma fórmula padrão a seguir, o que não significa que o procedimento não

tenha diferentes etapas. Todavia, a informalidade dá ênfase na atuação do mediador como gerente do procedimento, e a utilização a seu critério das técnicas e ferramentas que entende cabíveis e adequadas a cada momento da mediação¹⁷. A mediação não é um processo rígido, uma vez que não está restrita à aplicação de normas genéricas e pré-estabelecidas e sua estruturação depende, basicamente, dos avanços obtidos pelos mediandos (JOHNATAN e ALMEIDA, 2016, p. 242).

Do ponto de vista de uma mínima estrutura ao procedimento, Jonathan e Almeida (2016, p. 243) mencionam que o processo de mediação pode englobar as seguintes etapas: pré-mediação, abertura da mediação, acesso ao conflito, investigação aprofundada do conflito, redefinição do conflito e criação de alternativas, formulação e negociação de propostas, tomada de decisão consensual e término da mediação e acompanhamento.

Durante o procedimento, a agenda de reuniões deve ser organizada de acordo com a disponibilidade dos mediandos, de modo que as reuniões se sucedam em prazos adequados conforme haja a necessidade de se produzirem estudos técnicos, serem realizadas diligências ou propiciar o comparecimento de pessoas com o conhecimento e a competência funcional necessária para a construção da solução de cada caso. O tempo de duração de cada reunião deve respeitar a evolução do procedimento, bem como a disponibilidade dos participantes.

Com relação ao procedimento, para que a mediação nas câmaras administrativas seja exitosa, deve-se propiciar que ocorram tantas reuniões quantas necessárias para que todos os aspectos relevantes do conflito sejam debatidos e decididos em conjunto.

Vez que a oralidade e a informalidade como caracterizadores da mediação visam que o procedimento seja exitoso, estes princípios se encontram em consonância com o princípio constitucional da eficiência relativo à administração pública.

Todavia, dado o princípio da legalidade, as reuniões podem ser registradas, registro feito com o consenso dos participantes. Além disto, o termo de acordo deverá conter os elementos necessários à sua validade e eficácia segundo as regras de direito administrativo incidentes.

1.10 CONFIDENCIALIDADE E PUBLICIDADE

A confidencialidade é outro princípio fundamental da mediação, mesmo em se tratando de matéria administrativa. A confidencialidade,

17 Apesar de as ferramentas utilizadas na mediação não serem objeto do presente trabalho, mencionamos algumas: escuta ativa, acolhimento, normalização, mutualização, resumo, parafraseamento, geração de opções, sair das posições e buscar identificar os interesses, teste de realidade, enfoque no futuro.

que torna possível a criação de um ambiente em que as partes se sentem à vontade para tratar das questões de forma aberta e franca, perdendo o medo de se expor, o que vai gradativamente ocorrendo à medida que o procedimento de mediação avança, é aspecto que não pode ser desprezado, sendo crucial para criar o ambiente propício à mediação.

Frente ao princípio da publicidade que rege o direito administrativo, a confidencialidade do procedimento de mediação não deve ser sacrificada, sob pena de fracasso do procedimento. Assim, em se tratando de questões discutidas em ambiente confidencial ainda que em câmaras administrativas, o que se deve ter em mente é que o resultado da mediação, este sim deve ser levado a público, com publicação do termo de acordo nos canais oficiais, de forma a dar a devida publicidade aos atos que resultaram da mediação, sem que eventualmente certos aspectos que foram debatidos durante o procedimento possam permanecer preservados devido à proteção do princípio da confidencialidade.

Exceção a esse princípio, por óbvio, ocorre nas mediações coletivas que envolvem múltiplos participantes, com a devida realização de audiências públicas, que dão a necessária transparência ao procedimento.

2 MEDIAÇÃO, DIREITO ADMINISTRATIVO E TRANSDISCIPLINARIEDADE

Na mediação de conflitos do poder público, sejam internos, sejam com particulares, os princípios do direito administrativo devem ser interpretados à luz dos princípios da mediação, mas também os princípios da mediação necessitam ser harmonizados com os princípios do direito administrativo. Esta visão é natural à mediação, por ser ela prática transdisciplinar¹⁸.

A Mediação é uma prática multiprofissional, para a qual cada profissional, de origem disciplinar distinta e complementar, adquire um saber comum que é transdisciplinar – muito mais que multidisciplinar ou interdisciplinar, uma vez que *mescla intrinsecamente o conjunto de saberes de que originariamente se constituiu*. (ROSEMBLATT e MARTINS, 2016, p. 142, grifo nosso)

Assim, no presente trabalho, buscamos demonstrar o efeito da mediação no direito, mas nos deparamos também com a necessidade de reconhecer que as peculiaridades da administração pública pautam, por sua vez, a mediação que é adequada e possível em matéria administrativa,

18 De acordo com Roseblatt e Martins (2016, pp. 142-144), a mediação representa a quebra do paradigma cartesiano, valendo-se do pensamento sistêmico. Em seu desenvolvimento, como saber transdisciplinar e sendo “inclusiva por natureza”, absorveu conceitos e técnicas de várias áreas de conhecimento, em especial da comunicação, da psicologia, da filosofia, da antropologia, da sociologia e do direito.

o que, na visão transdisciplinar proposta, é decorrência natural desta aproximação.

O que tentamos transmitir é que a influência do direito na mediação deve ser efetuada de modo a respeitar o seu cerne, a fim de que este instituto não seja despojado do seu imenso potencial quando trazido à esfera do direito público. A utilização da mediação para resolver conflitos administrativos requer muito conhecimento de direito administrativo, para que o desrespeito aos seus princípios não torne os acordos ineficazes. Mas também é imprescindível o profundo conhecimento das técnicas e ferramentas da mediação, e acima de tudo, o respeito fiel aos seus princípios, pois a supressão de qualquer deles pode transformar o procedimento apenas protelação das tantas discussões travadas sem qualquer chance de bons e efetivos encaminhamentos.

Nosso objetivo é reafirmar o conteúdo da mediação em matéria administrativa, cuja utilização como ferramenta de pacificação social, em razão da sua inserção nas leis recentes, será largamente ampliada. O cuidado tem o objetivo de que, nesta disseminação, por meio do direito positivo, o instituto da mediação não perca sua essência, a qual, pelo contrário, deve ser zelosamente preservada, em benefício da própria sociedade. Pois somente preservando-se a essência da mediação, somente se bem compreendida e utilizada, a mediação servirá ao propósito de construir soluções verdadeiramente consensuais e com alto grau de aderência pelas partes, não residindo em outra fórmula possibilidade de seu sucesso.

Tartuce (2015, p. 187) alerta neste sentido, afirmando que a observância dos princípios da mediação é crucial para que sua prática seja realizada de forma adequada em proveito das pessoas em crise, trazendo a importante ponderação de que tanto jurisdicionados como advogados brasileiros padeceram de muitas mazelas ao longo dos anos por conta de práticas que, apesar de denominadas conciliatórias, não respeitavam princípios nem técnicas de conciliação, mas buscavam a todo custo a extinção dos processos judiciais.

Vimos que tanto na França como na Alemanha e Inglaterra, a mediação, ainda que interna à administração, se dá de modo que são respeitadas as características da administração, mas também são valorizadas as características da mediação, modo pelo qual o procedimento assegura certas garantias próprias.

Más em concreto, el respeto de un nivel mínimo de garantías permite a cada una de las partes, [...] un conocimiento cuidadoso y adecuado de los términos del litigio. Permite superar la asimetría informativa que a menudo subsiste entre las partes, y valorar en términos objetivos la posición propia y ajena.

Permite a las partes dialogar constructivamente por una solución justa y transparente del litigio. Permite una negociación en términos paritarios, pues ninguna negociación paritaria eficaz puede poner en marcha sin la disposición de las informaciones necesarias. En síntesis, el respeto de este nivel mínimo de garantías permite reconocer en el procedimiento de mediación un medio alternativo a la solución de los litigios creíble. *Sin el respeto a esta condición, se caería en la retórica de las virtudes salvíficas de los medios alternativos de resolución de los litigios.* (MASUCCI, 2009, P. 35, grifo nosso)

3 CONCLUSÃO

De tudo o que se tentou demonstrar, deflui a concepção da mediação relativa ao poder público como atividade transdisciplinar, regida tanto pelo direito como pela mediação, entendimento necessário não apenas do ponto de vista teórico, mas essencial à realização das possibilidades plenas da mediação, procedimento pelo qual, sob esta ótica, surgem as seguintes perspectivas:

- a) Torna possível o tratamento adequado de conflitos administrativos por meio de entendimento construído conjuntamente pelas partes, por meio do consenso, o que leva ao comprometimento das partes com a solução, a qual é obtida por meio de procedimento com duração de tempo razoável e com baixo custo frente ao processo judicial, consistindo em nova maneira de lidar com o conflito. Nesse procedimento, o Estado se aproxima do cidadão, por meio da humanização da administração pública, ao buscar o tratamento de questões administrativas baseado em valores como boa-fé, ética e adequação.
- b) Confere e garante a efetividade dos acordos e a sua sustentação perante o ordenamento jurídico, tornando-os consistentes perante os órgãos com competência para homologá-los (autoridade administrativa ou judicial) e perante os órgãos de controle, garantindo a efetividade do instituto da mediação e assim o atingimento do bem comum.
- c) Importa na realização efetiva da democracia, ao promover a emancipação dos envolvidos, que atuam como protagonistas, assumindo assim a responsabilidade pelas soluções de seus próprios problemas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo A. Rezende; PANTOJA, Fernanda. Natureza da mediação de conflitos. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Coord.). *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspdium, 2016.

BRAGA NETO, Adolfo. Capacitação em mediação de conflitos – estudo e vivência gradual dos novos paradigmas na construção do ser mediador. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Coord.). *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspdium, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

EIDT, Elisa Berton. *Autocomposição na Administração Pública*. Santa Cruz do Sul, Essere nel Mondo, 2017. Disponível em: <<http://www.essenelmondo.com/it/diritto-autocomposiCAo-na-administraCAo-pUblica-ebook100.php>>.

JONATHAN, Eva; ALMEIDA, Rafael Alves de. Dinâmica da mediação: etapas. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Coord.). *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspdium, 2016.

HAYNES, John F.; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da Mediação Familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996.

MASUCCI, Alfonso. El procedimiento de mediación como medio alternativo de resolución de litigios en el derecho administrativo. Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa. *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 9-35, enero-abril 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2979639.pdf>>.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROSEMBLATT, Ana; MARTINS, André. Mediação e transdisciplinariedade. In: ALMEIDA, T.; PELAJO, S.; JONATHAN, E. (Coord.). *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. Salvador: Juspdium, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 4. ed. São Paulo: Método, 2015.