



Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil

Organizadores
Guilherme Christen Möller e Leonardo Beduschi

ISBN: 978-85-66149-31-9



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
de Santa Catarina



ORGANIZADORES

Guilherme Christen Möller

Leonardo Beduschi

REFLEXÕES SOBRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Edição Eletrônica

Florianópolis

2018



CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS - CEJUR

CONSELHO TÉCNICO-CIENTÍFICO

Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

Desembargador Henry Petry Junior

Desembargador Luiz César Medeiros

Desembargador Volnei Celso Tomazini

Juiz de Direito Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva

Juíza de Direito Vânia Petermann

Juiz de Direito Marcelo Pizolati

Juíza de Direito Janiara Maldaner Corbetta

CONSELHO EDITORIAL

Desembargador Volnei Celso Tomazini

Juiz de Direito Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva

Juíza de Direito Janiara Maldaner Corbetta

Juiz de Direito Fernando de Castro Faria

Juiz de Direito João Batista da Cunha Ocampo Moré

Juiz de Direito Antônio Zoldan da Veiga



CEJUR / Academia Judicial

Rua Almirante Lamego, 1386 – Centro,
Florianópolis/SC, 88015-601 Fone: (48) 3287-2801

academia@tjsc.jus.br | www.tjsc.jus.br/academia

FICHA CATALOGRÁFICA

R332 Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil [recurso eletrônico] / organizadores: Guilherme Christen Möller, Leonardo Beduschi. – dados eletrônicos. - Florianópolis: CEJUR, 2018.

ISBN: 978-85-66149-31-9

1. Código de Processo Civil. 2. Dano moral. 3. Estado Democrático de Direito. 4. Precedente judicial. 5. Ordenamento jurídico. 6. Agravo de instrumento. I. Möller, Guilherme Christen. II. Beduschi, Leonardo. III. Título.

CDDir: 341.460981

Ficha catalográfica elaborada por Onir Alexandre Pereira de Sousa – CRB 14/5147

A obra busca abordar temas específicos e particularmente polêmicos decorrentes das primeiras interpretações do Código de Processo Civil de 2015 pela jurisprudência e pela doutrina. Esses temas, de grande relevância prática no cotidiano judiciário, são abordados de forma a propiciar ao leitor as ferramentas iniciais para a compreensão e aprofundamento dos temas.

O conteúdo dos artigos deste livro é de responsabilidade dos autores e não expressa qualquer posição técnica ou institucional do Poder Judiciário de Santa Catarina

APRESENTAÇÃO.....8

PREFÁCIO.....9

**O PEDIDO CONDENATÓRIO POR DANOS MORAIS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL: UMA INTERPRETAÇÃO DO ART. 292, V, DO CPC, EM DEFESA DA
SÚMULA Nº 326 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....11**

Leonardo Beduschi

**O DILEMA POR TRÁS DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NA LEI
PROCESSUAL CIVIL DE 2015 (LEI N.º 13.105/2015).....25**

Guilherme Christen Möller

**UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA
COOPERAÇÃO (ART. 6.º DO CPC) NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS.....44**

Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO: BUSCA PELA UNIFORMIDADE E ESTABILIZAÇÃO DAS DECISÕES NO
ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....63**

Gabriela Marchioro Carvalho

**AGRAVO DE INSTRUMENTO – A RELATIVIZAÇÃO DA TAXATIVIDADE DE SEU
CABIMENTO NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....92**

Thiago Sevegnani Baehr

Assim como uma nova música, um novo filme, uma nova série de televisão, ou até mesmo uma nova história, o Novo Código de Processo Civil foi elaborado para ser diferente do antigo, com a finalidade de progressão da ciência processual civil e de assumir o caráter de instrumento de concretização dos fins esperados para o momento contemporâneo do processo civil brasileiro.

A palavra “novo” transmite uma sensação de insegurança para desde os militantes na área, até mesmo aqueles que recém começaram a estudá-la, todavia, para alguns, essa sensação de insegurança caminha sempre de mãos dadas com uma força de vontade e garra para buscar entender o porquê do novo.

Essa força de vontade para estudar o novo e refletir sobre o porquê do seu surgimento se deu na presente obra. Cinco autores buscaram fazer algumas reflexões sobre o Novo, o Novo Código de Processo Civil brasileiro.

Buscou-se abordar nesta obra temas diversos, desde Teoria Geral do Processo à o Direito Processual Civil e seu reflexo noutros ramos do Direito.

Cada autor teve uma sensação única e prazerosa quando do estudo e elaboração da sua pequena reflexão de determinada temática.

Esperamos que os estudos aqui elaborados sejam úteis para iniciar, incentivar ou terminar discussões sobre o Novo Código de Processo Civil e sempre buscar o aperfeiçoamento e crescimento da ciência processual.

Guilherme Christen Möller e

Leonardo Beduschi

Organizadores

Um novo Código é muito mais que uma nova lei. Um novo Código traz consigo a esperança da mudança, fundada na expectativa de que suas letras, unidas pelo sentido conferido pelo intérprete, possam proporcionar um novo resultado diante do cenário já conhecido; o mesmo que exigiu não apenas uma nova lei, mas sim, repito, um Código realmente novo.

A compreensão desta mudança pressupõe, por parte do operador do Direito, o principal e constante exercício da reflexão sobre os diferentes aspectos do contexto fático e jurídico que serão alcançados pelo sentido então aplicado à norma no curso de sua atividade, seja ela qual for, peticionando ou julgando.

Nisso reside o primoroso valor desta obra Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil, cujas linhas registram ideias gestadas naquele que, por certo, é um dos mais fecundos ambientes intelectuais que já conhecemos: o meio acadêmico. Professores e alunos, irmanados do mesmo propósito, nos brindam com o conhecimento lapidado a partir dos estudos realizados em torno de temas tão importantes, quanto palpitantes, capazes, na lição de Rubem Alves, de estimular a fome de saber mesmo àquele que meramente venha a passar os olhos sobre os títulos respectivos.

Inaugurando esta obra, seus primeiros registros são descortinados pelo Professor Leonardo Beduschi que, numa abordagem clara e bem fundamentada em defesa da Súmula n. 326 do Superior Tribunal de Justiça, trata sobre o pedido condenatório por danos morais, enfrentando a controvertida interpretação conferida ao art. 292, V, do CPC em relação ao dever de especificação do valor pretendido. Mais do que saber que o valor da causa comporta inclusão do valor do dano moral almejado (quando espontaneamente estimado), é preciso correlacionar tal aspecto com a formulação do referido pedido, sobretudo de modo a identificar se, em tal sentido, há propriamente uma exigência ou não.

Interessantíssimo olhar é desenvolvido por Guilherme Christen Möller, sob o prisma da Teoria Geral do Processo, para a possibilidade jurídica do pedido como forma de compreender o reflexo da sua exclusão das condições da ação, as quais, nem por isso, deixam de existir e de estruturar a percepção sobre o exercício do direito de ação. Mesmo não seria possível imaginar que a legislação poderia eliminar uma condição da ação sem que nos perguntemos sobre as consequências a partir daí projetadas, as quais vão continuar a ocorrer no contexto fático e jurídico, queira ou não o legislador.

O princípio da cooperação, por sua relevância, constituiu foco de elucidativa análise desenvolvida pela Professora Lívia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira, a qual discorre sobre a possibilidade de sua aplicação nos processos administrativos e, com isso, demonstra a elevada perspectiva de propagação quanto ao seu alcance. Não por outra razão, trata-se de um princípio e, não à toa, um dos mais importantes, em torno do qual muitos outros se inter-relacionam e, com ele, passam a ganhar mais amplo sentido e força, sobretudo interpretativa.

Avançando esta profícua jornada reflexiva, Gabriela Marchioro Carvalho discorre sobre a busca pela uniformidade e estabilização das decisões como reflexo esperado pelo sistema de precedentes judiciais, premissa sobre a qual muitos outros institutos, distribuídos ao longo do Código, passaram a se edificar.

Coroando de brilho esta obra, Thiago Sevegnani Baehr questiona, num viés crítico-reflexivo, a taxatividade do rol que trata das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento, renunciando sua relativização como forma de assegurar o duplo grau de jurisdição quando necessário seu exercício imediato sem que se possa aguardar o momento futuro da interposição da apelação.

Como se percebe, para falar de esperança, os autores falam de ousadia, de crítica e também de compreensão, elementos fundamentais para a leitura do novo que se coloca diante dos nossos olhos. Com a mesma propriedade com que o fazem no âmbito da academia, fazem-no aqui na grande academia que é a própria vida. Isso porque só se interessa pelo conhecimento quem tem fome de saber, e só a tem quem vive efetivamente. Um brinde, pois, à vida que pulsa e nos impulsiona rumo ao caminho moldado pelas nossas escolhas. Não esqueçamos, contudo, de refletir enquanto caminhamos, sobretudo porque, a cada passo dado, nos aproximamos mais e mais de algum destino. Destino não, marcos escolhidos. Quiçá, num futuro próximo, possamos avaliá-los positivamente. A depender da elevada qualidade científica das reflexões ora feitas, em minha alma tal receio deixa de ter lugar.

Quitéria Tamanini Vieira Péres

Juíza de Direito e Professora

O PEDIDO CONDENATÓRIO POR DANOS MORAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA INTERPRETAÇÃO DO ART. 292, V, DO CPC, EM DEFESA DA SÚMULA Nº 326 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Leonardo Beduschi

1.1 INTRODUÇÃO

Nos pedidos genéricos de dano moral, a jurisprudência consolidada, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, também permitia que tal valor fosse fixado pelo Juiz, e mesmo que o montante fosse indicado na petição inicial, ou seja, ainda que o pedido de danos morais fosse determinado, a condenação em montante inferior ao postulado pelo autor não implicava sucumbência recíproca (enunciado nº 326 da Súmula da jurisprudência do STJ).

A leitura dessa nova disposição legislativa (art. 292, inc. V, do CPC/2015) sugere imediatamente dois questionamentos que, numa primeira análise, não são facilmente respondidos pelo novo Código: ainda é possível a formulação de pedido genérico em ações condenatórias por danos morais? E, havendo pedido determinado nesses casos, condenação em montante inferior acarreta sucumbência recíproca?

Esses são os pontos que conduzem a presente exposição.

A conclusão que desde já se adianta é que, à exceção das hipóteses nas quais o autor formula pedido certo e determinado de danos morais, indicando na inicial a quantia que pretende ver fixada pelo Juiz, nada mudou em relação à valoração da causa. Além disso, defende-se a permanência do enunciado nº 326 da Súmula da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, já que o panorama fático da *ratio decidendi* desse enunciado não foi (e nem poderia ter sido) alterado pela entrada em vigor do novo Código de Processo Civil.

1.2 O valor da causa e o dano moral

Analisando a primeira questão, à época do CPC/1973, Joel Dias Figueira Júnior expôs que muitas vezes, o pedido (certo) de condenação (objeto imediato) do réu por danos

morais, decorrentes da morte de um ente querido, não está na dependência de qualquer elemento probatório para sua fixação (determinação), em que tristeza e o sofrimento pela perda irreparável da pessoa amada aparecem de forma ínsita na própria relação de direito material violado, em face do ilícito praticado. Nesses casos, segundo o autor, arbitrar o valor perseguido com a demanda seria um ônus processual do postulante, não podendo ser relegado para a fase processual posterior ou remetido para estipulação, de acordo com o prudente critério do julgador. (FIGUEIRA JÚNIOR, 2001, p. 92-93).

Já apreciando a disciplina introduzida pelo novo Código de Processo Civil, Fredie Didier Júnior aponta nessa mesma linha, afirmando que o autor deve quantificar o valor da indenização na petição inicial, formulando pedido certo e determinado, delimitando o quanto pretende receber como ressarcimento pelos prejuízos morais que sofreu. E prossegue:

Quem, além do próprio autor, poderia quantificar a “dor moral” que alega ter sofrido? Como um sujeito estranho e por isso mesmo alheio a esta “dor” poderia aferir a sua existência, mensurar a sua extensão e quantificá-la em pecúnia? A função do magistrado é julgar se o montante requerido pelo autor é ou não devido; não lhe cabe, sem uma provocação do demandante, dizer quanto deve ser o montante. Ademais, se o autor pedir que o magistrado determine o valor da indenização, não poderá recorrer da decisão que, por absurdo, a fixou em um real (R\$ 1,00), pois o pedido teria sido acolhido integralmente, não havendo como se cogitar interesse recursal. O art. 292, V, do CPC, parece ir por este caminho, ao impor como o valor da causa o valor do pedido nas ações indenizatórias, “inclusive as fundadas em dano moral”. Somente é possível a iliquidez do pedido, nestas hipóteses, se o ato causador do dano puder repercutir, ainda, no futuro, gerando outros danos (p. ex.: uma situação em que a lesão à moral é continuada, como a inscrição indevida em arquivos de consumo ou a contínua ofensa à imagem); aplicar-se-ia, então, o inciso II do par. 1º do art. 624, aqui comentado. Fora dessa hipótese, incabível a formulação de pedido ilíquido. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 581).

No mesmo sentido é a lição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 834), e Daniel Amorim Assumpção Neves (2015, p. 223-224).

Já Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Francisco Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart apontam para a permanência, no processo civil brasileiro, da possibilidade de formulação de pedido genérico nesses casos, asseverando que ao referir expressamente à ação que visa a tutela reparatória por força da alegação de dano moral, o novo Código pretende que o autor de fato aponte, sempre que possível, o valor que pretende a título de indenização, nada obstante seja possível na hipótese a formulação de pedido genérico. (MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2015, p. 301).

Tocante a essa questão, há alguns aspectos que devem ser ponderados.

Numa primeira na análise, o art. 292 do CPC/2015 está localizado no Título V (do valor da causa) do Livro IV (dos atos processuais) da Parte Geral do novo Código, ao passo que a disciplina dos pedidos se encontra na Seção II do Capítulo II (da petição inicial) do Título I (do procedimento comum) do Livro I (do processo de conhecimento) da Parte Geral do CPC/2015.

Assim, ao menos num aspecto “topográfico”, a modificação determinada pelo art. 292 do CPC/2015 limitar-se-ia ao valor da causa, pois não houve indicação expressa acerca do reflexo de tal alteração em relação à formulação de pedido genérico em ações de natureza condenatória por danos morais.

Deve ser ressaltado que o valor da causa ganha relevo no CPC/2015, pois além de ser um critério básico para o cálculo das custas, é parâmetro também para a aplicação prática dos seguintes institutos processuais:

- 1) multa por ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, §2º);
- 2) multa por litigância de má-fé (art. 81);
- 3) honorários sucumbenciais (art. 85, §§2º e 5º, 338, par. único e 701);
- 4) multa pela ausência da parte à audiência de conciliação ou mediação (art. 334, §8º);
- 5) multa ao perito que deixa de apresentar o laudo (art. 468, inc. II, §1º);
- 6) multa ao autor que proponha indevidamente ou de má-fé ou ao réu que embargue de má-fé a ação monitória (art. 702, §10);
- 7) depósito para a admissibilidade da ação rescisória (art. 968, inc. II);
- 8) multa ao agravante quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime (art. 1.021, §4º);
- 8) multa por embargos de declaração manifestamente protelatórios e pela reiteração destes (art. 1.026, §§2º e 3º).

Há, como se percebe, grande relevância processual na correta quantificação do valor atribuído à causa, tanto que o novo CPC, repetindo dispositivo do Código revogado, determina que mesmo causas sem conteúdo econômico aferível de imediato precisam de atribuição de valor certo (art. 291).

Contudo, aparentemente, a modificação imposta pelo art. 292, inc. V, do CPC, cinge-se à quantificação do valor da causa, inexistindo, ao menos de forma explícita, vinculação entre qual quantificação e a proibição de formulação de pedido genérico.

Pedido genérico é aquele determinado quanto ao gênero, mas genérico em relação à quantidade, ou seja, tocante ao *an debeatur* será determinado, ao passo que em relação ao *quantum debeatur* será indeterminado (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 580). Teoricamente, a exigência de formulação de pedido determinado (sendo que as hipóteses nas quais este pode ser genérico são excepcionais) se fundamenta na economia processual (pela desnecessidade de posterior liquidação), na ampla defesa e na “*aderência da decisão ao pedido de forma a que a situação de direito material subjacente à demanda seja resolvida de uma forma mais eficiente e mais completa*”. As situações em que o pedido genérico é permitido são todas ligadas à impossibilidade material de que o pedido seja determinado, porque o autor (ainda) não sabe a quanto, exatamente, tem direito (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2016, art. 324).

Tal raciocínio aplica-se com perfeição à tutela ressarcitória genérica¹ na qual o autor demanda danos patrimoniais, pois a indenização mede-se pela extensão do dano (Código Civil, art. 944), sendo lícito ao autor, nesses casos, formular pedido genérico quando não for possível determinar as consequências do ato/fato ou quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu (CPC, art. 324, §1º).

Tocante ao pedido condenatório por danos morais (imateriais), entretanto, não se tem tanta firmeza em relação às balizas para a sua fixação. A Lei, por exemplo, não estabelece nenhuma (arts. 186 do CC e art. 5º, incs. V e X da CF), ressalva feita à Lei de Imprensa². A doutrina civilista oscila entre os aspectos reparatório/compensatório e punitivo/sancionador da condenação civil por danos morais, havendo ainda quem defenda o seu caráter pedagógico/disciplinador (TARTUCE, 2012, p. 460).

Considerando esses aspectos e as balizas fixadas pela doutrina, conforme reconhecido, afirmado e reafirmado pela jurisprudência (especialmente do Superior Tribunal

1 A expressão é de Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, 2008 e MARINONI, 2015).

2 A Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), que teve sua inconstitucionalidade reconhecida pelo STF na ADPF nº 130 no ano de 2009, empregava o salário-mínimo como grandeza parâmetro a aplicação de pena-tipo para conduta que ofendesse a moral (art. 17). Em relação à reparação, estabelecia o referido regramento: “Art. 53. **No arbitramento da indenização em reparação do dano moral**, o juiz terá em conta, notadamente: I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido. [...]”

de Justiça), o Juiz tem liberdade para apreciar, valorar e arbitrar a indenização dentro dos parâmetros pretendidos pelas partes. Conforme explanado pelo Ministro do STJ Luis Felipe Salomão, não há um critério legal, objetivo e tarifado para a fixação do dano moral, dependendo “ **muito do caso concreto e da sensibilidade do julgador**”. “A indenização não pode ser ínfima, de modo a servir de humilhação à vítima, nem exorbitante, para não representar enriquecimento sem causa” (grifo nosso - BRASIL, 2009).

O Ministro do STJ Sidnei Beneti expôs que essa é uma das questões mais difíceis do Direito brasileiro atual, pois “Não é cálculo matemático. **Impossível afastar um certo subjetivismo**” (grifo nosso - BRASIL, 2009)³.

A jurisprudência daquela Corte superior mantém essa orientação há muitos anos, asseverando, por exemplo, que diante da imprescindibilidade de ampliação e facilitação do acesso à Justiça, a jurisprudência do STJ passou a flexibilizar as exíguas exceções legais à regra de determinação do pedido, notadamente no que concerne às ações indenizatórias, permitindo, assim, ao autor formular pedido genérico de compensação por dano moral (REsp 777.219/RJ, 3ª Turma, DJ de 23/10/2006 e REsp 537.386/PR, 4ª Turma, DJ de 13/06/2005). Nessa mesma linha, “porque inexistentes critérios legais de mensuração, o arbitramento do valor da compensação por dano **moral caberá exclusivamente ao juiz, mediante seu prudente arbitrário**, de modo que não se mostra legítimo exigir-se do autor, no momento da propositura da demanda, a indicação precisa de um valor. Ressalte-se que essa faculdade atribuída ao autor de formular pedido genérico de compensação por dano moral não importa em ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o réu, além de se insurgir contra a caracterização da lesão extrapatrimonial, poderá pugnar ao juiz pela fixação do quantum indenizatório em patamar que considere adequado”. (grifo nosso - REsp 1534559/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 01/12/2016).

Assim, se é possível estabelecer um parâmetro unânime em relação à fixação do dano moral, é o de que o subjetivismo e generosa margem de discricionariedade do Juiz são as linhas condutoras.

Impossível, diante disso, não rememorar a importante lição de Lênio Luiz Streck, quando expõe que a realização/concretização dos textos legais (ou seja, a sua transformação em normas) não depende e nem pode depender “de uma subjetividade assujeitadora [...], como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete”.

3 “De acordo com o ministro Beneti, nos casos mais frequentes, considera-se, quanto à vítima, o tipo de ocorrência (morte, lesão física ou deformidade), o padecimento da própria pessoa e dos familiares, circunstâncias de fato (como a divulgação maior ou menor), e consequências psicológicas de longa duração para a vítima. Quanto ao ofensor, considera-se a gravidade de sua conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos no agir, suas forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que a punição tenha efeito pedagógico e seja um desestímulo efetivo para não se repetir ofensa”. (BRASIL, 2009).

Na verdade, o “drama” da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores. E, para além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento”, típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana passa a ser a “fonte iluminadora” do significado de tudo o que pode ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista (intérprete *lato sensu*) [...] historicamente, os juízes eram acusados de ser a boca da lei. Essa crítica decorria da cisão entre questão de fato e questão de direito, isto é, a separação entre faticidade e validade (problemática que atravessa séculos). As diversas teorias críticas sempre aponta(ram) para a necessidade de rompimento com esse imaginário exegético. Ocorre que, ao mesmo tempo, a crítica do direito, em sua grande maioria, sempre admitiu – e cada vez admite mais – um alto grau de discricionariedade nos casos difíceis, nas incertezas designativas, enfim, na zona de “penumbra” das leis. (STRECK, 2010, p. 94-96).

Ora, submeter o autor à essa subjetividade e ao mesmo tempo exigir que quantifique sua pretensão ressarcitória a título de danos morais pode equivaler, na prática, a negar-lhe (ou dificultar-lhe ao extremo) o acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), o que se torna explícito se se admitir a sucumbência parcial caso o juiz não acolha a integralidade do montante postulado pelo autor (CPC, art. 86).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, anterior ao CPC/2015, é sedimentada no sentido de que, se há indicação clara na petição inicial do benefício econômico pretendido na demanda, ainda que em patamar mínimo, é este que deve figurar como valor da causa (Pet 2398/SP, Corte Especial, rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 12/05/2010 e AgRg no REsp 1445991/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 11/06/2014).

Segundo a mesma Corte, contudo, tal entendimento, entretanto, não exclui a possibilidade de formulação de pedido de danos morais genérico, sem definição inicial do *quantum debeat* (AgRg no AREsp 527.202/SP, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/09/2015, DJe 30/09/2015). Em resumo, o valor da causa nas ações de indenização por danos morais é aquele da condenação postulada, se mensurado pelo autor, em razão de que deve corresponder ao conteúdo econômico da pretensão, não podendo atribuir valor menor. (AgRg no Ag 1148167/SP, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 12/04/2011).

Assim, evidentemente sem a pretensão de esgotar um assunto tão polêmico e com implicações práticas tão relevantes, defende-se que o art. 292, inc. V, do CPC/2015 deve ser lido da seguinte forma:

1 - Havendo a formulação de pedido determinado pelo autor em relação aos danos morais por ele pretendidos, esse deve ser o valor da causa, o que não exclui a formulação de pedido genérico;

2 - Havendo pedido genérico de condenação do réu ao pagamento de danos morais, no qual inexistente a especificação de um “valor pretendido”, o valor da causa poderá ser arbitrado pelo autor na petição inicial.

Em que pese umbilicalmente ligados, o valor atribuído à causa e o pedido são momentos diferentes da petição inicial, e com consequências processuais igualmente distintas, embora deva ser reconhecido que há uma ligação lógica entre um e outro na imensa maioria dos casos.

Além disso, conforme antiga tradição no nosso direito processual, o valor da causa se submete ao controle de ofício pelo juiz (§3º do art. 292 do CPC) e também ao contraditório (art. 293), podendo ser impugnado pelo réu na contestação (art. 337, inc. III).

1.3 Sucumbência Parcial e o art. 292, v, do CPC

Veja-se que a resposta à pergunta anterior está intimamente relacionada à questão seguinte, tocante à sucumbência recíproca quando o juiz concede um valor inferior em relação aquele pretendido pelo autor. Dar ao art. 292, inc. V, do CPC/2015, a amplitude pretendida pela doutrina anteriormente exposta, implicaria na invalidade da Súmula nº 326 do STJ, que estabelece: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Tal invalidade não representaria, por certo, um óbice intransponível ao referido entendimento (no sentido de que deve ser formulado pedido determinado nas ações condenatórias por dano moral), pois o CPC/2015 retirou a validade de vários enunciados sumulados do STJ (a exemplo do que ocorreu com as Súmulas nºs 306⁴ e 453⁵).

Um dos desdobramentos possíveis de tal entendimento é o de que advogados e defensores públicos devem “exímios conhecedores e profundos estudiosos dos valores arbitrados a título de dano moral, de modo iterativo, pelos tribunais superiores, em cada evento específico da seara da responsabilidade civil contratual e extracontratual. Sob pena de arruinarem seus patrocinados em caso de sucumbência total ou parcial da ação indenizatória mal sucedida”. (AMARAL, 2015).

4 Que, antes do §14 do art. 85 do CPC, estabelecia que “os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

5 Invalidada pelo §18 do art. 85 do CPC, mas que fixava: “Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação própria”.

Nesse sentido, a intenção óbvia do CPC/2015 seria a de limitar (ou reduzir) a formulação irresponsável de pedidos condenatórios por danos morais diante da possibilidade de sucumbência parcial, impendendo destacar que o CPC/2015 vedou expressamente a compensação da verba honorária (art. 85, §14).

Muito já se escreveu sobre a denominada “litigância frívola”, sobre o “dano moral de poltrona” ou ainda sobre a “República dos melindrosos”, expressões corretas e contundentes que se relacionam aos inúmeros exemplos de formulação desarrazoada de condenação por danos morais. Contudo, não é esse o tópico que se pretende abordar nos estreitíssimos limites desse texto.

O aspecto mais relevante para a compreensão do que aqui se defende é o fato de que a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, em 18 de março de 2015, não alterou (e nem poderia ter alterado de pronto) o panorama prático que levou à edição do enunciado nº 326 da Súmula da jurisprudência do STJ. Ou seja, o novo CPC, apesar dos seus esforços no sentido de valorizar a jurisprudência e não resolveu esse “problema” tão antigo que é a quantificação dos danos morais.

Em resumo: o Advogado, tanto na vigência da legislação revogada quanto na da atual, continua sem ter parâmetros seguros para a postulação de danos morais, ao contrário do que ocorre com os danos patrimoniais.

Sensível a essa constatação, o Superior Tribunal de Justiça, fundamentando os precedentes que levaram à edição da Súmula nº 326, expôs que, em se tratando de reparação por dano moral, não fica o Judiciário vinculado aos valores pretendidos pelo autor na petição inicial.

Por isso, reconhecido o direito à reparação, ainda que esta venha a ser fixada em valores muito inferiores à quantia pleiteada pelo autor, não há falar em êxito parcial ou sucumbência recíproca. A sucumbência é total, uma vez que o objeto do pedido é a condenação por dano moral. Escapando o valor da condenação à vontade do ofendido e inexistindo, consoante a sistemática de nosso direito positivo, tariffação para os casos de lesão ao patrimônio imaterial, desde que procedente o pedido, o êxito da parte autora é sempre total, a menos que, tendo havido cumulação de pedidos, num deles haja sucumbido. Não é o caso. (REsp 579.195/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2003, DJ 10/11/2003, p. 192).

Repita-se: o novo CPC não tarifou a reparação dos danos morais, de modo que o Advogado pudesse, logo na inicial, especificar o quanto pretende. Nesse sentido, é preciso reconhecer que a valorização da jurisprudência encetada pelo novo CPC (por exemplo, arts. 926-928) está longe de resolver essa questão.

Além disso, não é com a criação de empecilhos práticos ao acesso à Justiça que se resolverá a imorredoura crise do Poder Judiciário, já que desestimular a propositura da ação condenatória, nesses casos, representaria a própria negação da primeira onda preconizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth em obra célebre. (CAPPELLETTI, GARTH. 2002).

A fim de ilustrar essa questão, imagine-se uma situação muito comum no cotidiano forense, como a injusta recusa de plano de saúde à cobertura securitária. O Advogado, partindo do princípio de que deve quantificar e determinar seu pedido condenatório por danos morais, se debruça sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio da ferramenta “Jurisprudência em teses do STJ”, que em sua Edição nº 04, no item “PLANOS DE SAÚDE – II”, expõe o seguinte:

EDcl no AREsp 353.411/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 28/10/2013)	R\$ 10.000,00
AgRg no AREsp 158625/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, Julgado em 20/08/2013, DJE 27/08/2013	Cinquenta salários mínimos
AgRg no REsp 1317368/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, Julgado em 18/06/2013, DJE 26/06/2013	R\$ 12.000,00
AgRg no REsp 1138643/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, Julgado em 11/04/2013, DJE 22/04/2013	R\$ 25.000,00
AgRg no REsp 1299069/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, Julgado em 26/02/2013, DJE 04/03/2013	Dez salários mínimos
AgRg no Ag 1215680/MA, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, Julgado em 25/09/2012, DJE 03/10/2012	R\$ 15.000,00
AgRg no AREsp 175.663/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 29/06/2012.	R\$ 20.400,00

Só para fins de comparação e tornar o exemplo compreensível, a condenação por danos morais variará entre R\$ 8.800,00 e R\$ 44.000,00. Supondo que o advogado indique o pedido certo de danos morais de R\$ 44.000,00, eventual fixação do montante

em R\$ 8.800,00 pelo Poder Judiciário poderá acarretar uma sucumbência parcial que será calculada sobre R\$ 35.200,00, ou seja, sobre a diferença entre os patamares máximo e mínimo apontados pela jurisprudência nesse caso, podendo alcançar.

No exemplo acima, na pior das hipóteses (art. 85, §2º), o autor poderá ter que pagar R\$ 7.040,00 de honorários sucumbenciais ao advogado da parte contrária, importância que praticamente esvaziaria o benefício econômico por ele obtido por meio da sentença judicial.

Esse panorama, ao que parece numa primeira análise, é o cenário pretendido pelos que defendem a vinculação do Judiciário ao valor atribuído à causa nas ações condenatórias que veiculam pretensão à reparação do dano moral.

1.4 CONCLUSÃO

O que se espera com essa sucinta exposição é evidenciar a importância do debate fomentado pela interpretação do art. 292, inc. V, do CPC.

Em grosseira síntese, defendemos que, nesse ponto específico, o novo CPC mudou para nada mudar na prática em relação ao tema, permanecendo em pleno vigor o enunciado da Súmula nº 326 do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, o Advogado do autor continua com a possibilidade de formular pedido genérico atinente aos danos morais, ocasião na qual arbitrará o valor da causa; contudo, optando por indicar na inicial o valor que efetivamente pretende, deverá replicar esse montante no valor da causa, atendendo ao comando do art. 292, inc. V, do CPC. E em qualquer uma dessas hipóteses, não estando o Judiciário preso a esse valor, inexistente sucumbência parcial em caso de fixação de um montante menor.

Evidentemente, esse posicionamento está longe de ser pacífico e há um longo caminho até que o assunto seja sedimentado na jurisprudência e na doutrina.

Entretanto, a título de reflexão e provocação, uma rápida análise de alguns números pode ajudar a lançar luzes sobre essas linhas interpretativas do referido dispositivo do novo CPC.

Veja-se que o tema “indenização por dano moral” figura na segunda posição do ranking dos assuntos mais demandados na Justiça Estadual, respondendo por 6,19% do total de demandas (1.622.424 ações) quando relacionado ao Direito do Consumidor (responsabilidade do fornecedor), e 3,26% (855.205 demandas) quando relacionado ao Direito Civil (responsabilidade civil), conforme o relatório Justiça em Números 2016, publicado pelo Conselho Nacional da Justiça (BRASIL, 2016).

O mesmo relatório revela que, nos Juizados Especiais Cíveis, o tema “indenização por dano moral” salta para o primeiro lugar com 1.096.278 ações (18,97% do total) quando conectado com o Direito do Consumidor, e 434.741 demandas (7,45% do total) quando embasado no Direito Civil.

A análise desses números é enriquecida pelo cotejo com as informações contidas no estudo denominado “O uso da Justiça e o litígio no Brasil”, realizado em conjunto pela Associação dos Magistrados Brasileiros e o CNJ em 2015. Nesse estudo, constatou-se a alta concentração de demandas nas quais figuram como parte um número reduzido de atores. Nessa lista, ao lado das instituições do poder público municipal, estadual e federal, figuram bancos, instituições de crédito e prestadoras de serviços de telefonia e de comunicações (BRASIL, 2015).

Tendo essas informações em mente, pergunta-se: a quem interessa a vinculação do Judiciário ao pedido determinado de danos morais? A quem aproveitaria, principalmente, a obliteração da Súmula nº 326 do STJ e a aplicação da sucumbência parcial nessas hipóteses? Ou então, quais “atores” agradeceriam pela inibição da postulação por danos morais?

As respostas a essas provocações nos parecem evidentes, pois é deveras ingênuo imaginar que as regras processuais surgem por acaso, ou então que o processo civil carece muitas vezes de efetividade por obra do destino⁶.

Poderia ser acrescentado também outro aspecto a essa análise, que é a recente aprovação da Lei nº 13.467/2017, publicada em 13/7/2017 e que entrará em vigor em 11/11/2017, que introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho o art. 791-A. Esse dispositivo, da denominada “reforma trabalhista”, determinou a fixação de honorários sucumbenciais nas ações propostas perante a Justiça do Trabalho (o que abrange, evidentemente, os pedidos condenatórios por danos morais)⁷. Apesar de essa análise escapar ao âmbito desse texto, é impossível deixar de observar que o relatório Justiça em

⁶ Analisando proposição semelhante, relacionada à ordinarização dos procedimentos ao longo da história, Luiz Guilherme Marinoni expõe de forma magnífica: “Um processo de cognição sumarizada, ao admitir uma ação posterior, pode permitir ao vencido reverter o resultado econômico obtido pelo vencedor, o que certamente não geraria a “segurança” exigida para o desenvolvimento da produção industrial. A ideologia da civilização industrial, portanto, de certa forma reafirmou a tendência da expulsão das tutelas sumárias do sistema processual, incompatíveis que eram com os negócios dos “homens de negócios””. (MARINONI, 2015, item 7.2).

⁷ “Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. [...] § 4º 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 e somente poderão ser executadas se, nos dois 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 do beneficiário.”

Números 2016, do CNJ, indica que, na Justiça do Trabalho, o tema “indenização por dano moral” é relacionado a 704.345 demandas, o que representa 7,03% do total de ações em tramitação naquela Justiça especializada (BRASIL, 2016).

Repita-se: é difícil acreditar em coincidências em matéria legislativa.

Assim, a única certeza nessa seara é que o tema é controverso e as suas implicações práticas são amplas e profundas, motivo pelo qual merece a devida atenção e estudo.

Há que se considerar, por fim, que a eventual mudança num entendimento jurisprudencial tão sedimentado e arraigado na prática forense deve ser feita levando-se em conta os vetores que o novo CPC estipulou em seu art. 926, que determina que “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios. **Com novo CPC, ação de dano moral deixa de ser porta da esperança**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-29/carlos-amaral-ncpc-dano-moral-deixa-porta-esperanca>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

BEDUSCHI, Leonardo. **O pedido condenatório por danos morais no novo Código de Processo Civil**. A interpretação do art. 292, inc. V, do NCCP. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4854, 15 out. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48361>>. Acesso em: 8 jul. 2017.

BRASIL, CNJ. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL, AMB e CNJ. **O uso da Justiça e o litígio no Brasil**, 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

BRASIL, ConJur. **STJ define valor de indenizações por danos morais**, 15 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. – Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo de conhecimento, v.4, t. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Tutela contra o ilícito**: ação inibitória e de remoção (art. 497, parágrafo único, do CPC/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; MITIDIERO, Daniel Francisco. ARENHART, Sérgio Cruz. **Novo Código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JÚNIOR, Nelson e MARIA DE ANDRADE NERY, Rosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC**: Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. São Paulo: Método, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 2. ed. São Paulo: Método, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O DILEMA POR TRÁS DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NA LEI PROCESSUAL CIVIL DE 2015 (LEI N.º 13.105/2015)

Guilherme Christen Möller

2.1 INTRODUÇÃO

Ao dia 18 de março deste ano de 2017, celebrou-se a vigência do primeiro ano do Código de Processo Civil de 2015.

Como qualquer legislação de grande impacto para a sociedade e com pouco tempo em vigência, persistem diversas dúvidas sobre diversos assuntos desse novo diploma.

Não só o Direito Processual Civil, mas a própria Teoria Geral do Processo já vinha sofrendo grande discussão doutrinária acerca de diversos pontos antes mesmo da vigência do Novo Código de Processo Civil. Essa discussão começou a partir do início do novo modelo processual para o Brasil, e culminou numa notável mudança, sendo tão significativa que passa a ser enxergada como uma nova Teoria Geral do Processo para parcela dos doutrinadores do processo civil.

O Novo Código de Processo Civil foi o responsável por potencializar o sentimento de dúvida sobre diversas questões, como é o caso do objeto de estudo deste trabalho: O que aconteceu com a possibilidade jurídica do pedido no Novo Código de Processo Civil?

Ver-se-á a frente que há é inaugurado um severo debate entre duas correntes doutrinárias sobre o que houve com essa antiga condição da ação, afinal, enquanto uma sustenta que ela foi fundida com o interesse de agir, a outra alega que ela teria sido transformada numa atipicidade do art. 332 do Código de Processo Civil.

Nesta perspectiva surge o problema em questão, afinal, qual a posição doutrinária com maior coerência para com o novo modelo processual civil, especialmente após a vigência do Novo Código de Processo Civil?

2.2 A AÇÃO E SUAS CONDIÇÕES NO PANORAMA MODERNO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Foram impactantes as mudanças ocorridas na seara do Direito brasileiro a partir da metade do século XX com o advento da inserção de um novo modelo constitucional nesse sistema jurídico.

O novo modelo constitucional foi responsável por desencadear efeitos noutros ramos que não exclusivamente àquele Constitucional, mas especialmente na legislação infraconstitucional, campo no qual está inserido o Direito Processual Civil.

A partir de então, o modo de como enxergar o Direito Processual Civil mudou, podendo-se considera que ele está numa nova fase, fase essa que possui fundamentos e ideias diferentes¹ de momentos pretéritos dessa ciência. (MÖLLER, 2017a).

O Direito Processual Civil contemporâneo deve ser compreendido e estudado em seu momento, entretanto, não se podendo prescindir à velhas construções que até então foram vivenciadas por uma questão relativamente importante, são imprescindíveis para a correta compreensão do que o processo civil contemporâneo está pautado e quais são os seus objetivos. (DIDIER JÚNIOR, 2015).

Diferente não deve ser pensado quanto à Teoria Geral do Processo, afinal, apenas foi possível a inserção desse instituto numa contemporaneidade graças à sua antiga construção.

Seria impossível falar de ação e suas “condições” no panorama jurídico contemporâneo sem analisar as construções que antecederam o presente momento.

Ponto que se revela curioso acerca da ação é sua não positivação em qualquer dos códigos processuais civis brasileiro que existiram, o que não foi diferente no Novo Código de Processo Civil. Essa opção legislativa por não delimitar o que seria a “ação” resultou na tarefa de tal atividade ser realizada pelos doutrinadores.

Essa opção oportuniza um debate demasiadamente acalorado na proporção que

1 Fredie Didier Júnior (**Curso de Direito processual civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 40-42) elenca quatro marcas modernas para esta nova fase da ciência processual: A primeira trata acerca da transformação da hermenêutica jurídica, reconhecendo o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, assim, essa função passa a ser observada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, tanto pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, quanto pela interpretação dos textos normativos, de modo a definir a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes. A segunda se refere ao desenvolvimento da teoria dos princípios, reconhecendo-lhes eficácia normativa: “o princípio deixa de ser técnica de integração do Direito e passa a ser uma espécie de norma jurídica”. A terceira marca é a expansão dos direitos fundamentais, que impõem ao direito positivo um conteúdo ético mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana e cuja teoria jurídica se vem desenvolvendo a passos largos. Por fim, a quarta e última marca diz respeito ao reconhecimento da força normativa da Constituição, a qual passa a ser encarada como principal veículo normativo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente de intermediação legislativa.

são apresentadas três teorias para definir o que viria a ser a ação, quais sejam a teoria imanentista da ação², a teoria da ação como direito concreto³, e, a teoria da ação como direito abstrato.

Destaca-se que, salvo a primeira teoria, não se tratam de teorias que foram sendo sucedidas uma pela outra. O conflito de definições entre Windscheid e Muther ocasionou o surgimento das duas últimas teorias, a teoria da ação como direito concreto e da ação como direito abstrato, isso no cenário em que predominada a teoria imanentista da ação, a teoria imanentista.

A polêmica ocorrida entre os juristas resultou em dois importantes pontos, a superação da primeira teoria por parcela majoritária dos juristas à época, e, a percepção da ação como algo diverso do direito subjetivo, reconhecendo-se sua autonomia.

A ação como direito abstrato se trata do reconhecimento de que a ela não dependeria da existência de qualquer direito subjetivo⁴, o que, à época de sua concepção, foi um passo considerável à frente da ideia de que a ação não devesse ser confundida com o direito subjetivo, inclusive, podendo resumir o conceito na ideia aqui exarada. (DELLORE *et al*, 2016, p. 204).

2 Também associada como teoria civilista da ação, para CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER, (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 279-280) a ação nessa teoria é vista como *ius quod sibi debeatur in iudicio persequendi*, numa tradução livre seria o mesmo que afirmar que a ação é um direito de pedir em juízo o que nos é devido. Essa definição, fruto da escola clássica ou imanentista (aí a origem do seu nome), esculpiu uma ideia de que a ação e o processo eram meros capítulos do direito substancial, não distinguindo a ação do direito subjetivo material. Nessa perspectiva, a ação seria algo como uma qualidade de todo direito ou até mesmo o próprio direito reagindo a uma violação. A ruína dessa teoria com a sua superação pelas outras foi justamente pelo fato de que a mesma remete a três conclusões, a um, não há ação sem direito, a dois, não há direito sem ação, a três, a ação segue a natureza do direito.

3 A teoria imanentista da ação durou até a metade do século XIX, quando, em decorrência à famosa discussão entre Windscheid e Muther, passou a ser repudiada por parcela majoritária dos juristas. Por um lado, Windscheid destacou que a ação não poderia ser confundida com a pretensão de direito material (ASSIS, Carlos Augusto de. Ação. In: **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. CARACIOLA, Andrea Boari; DE ASSIS, Carlos Augusto; DE SOUZA, André Pagani; DELLORE, Luiz; FERNANDES, Eduardo Simardi. Teoria Geral do Processo Contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2016, p. 202), enquanto, noutro lado, Muther destacou que a ação seria o direito “contra o magistrado à concessão da fórmula”, servindo de base para surgir uma nova concepção de ação, dirigida ao Estado, sendo distinta do direito subjetivo discutido em juízo (NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, ns. 39 e 40, p. 90-91). Essa polêmica deu ensejo a duas novas teorias, a da ação como direito concreto e a da ação como direito abstrato, A primeira pode ser resumida na ideia de que só tinha ação o indivíduo que tinha o direito a um provimento favorável, ou seja, exemplificando na teoria de Adolf Wach (1885), a ação seria um direito subjetivo público contra o Estado, entretanto dependente de uma sentença favorável (ASSIS. Ação. In: **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. CARACIOLA; DE ASSIS; DE SOUZA; DELLORE; FERNANDES. São Paulo: Atlas, 2016, p. 203).

4 Por exemplo, nessa visão abstrata, caso o indivíduo utiliza-se do processo, ou seja, da atividade jurisdicional e, ao final da relação processual, não obter provimento à sua pretensão inicial, teria utilizado de “algo”, sendo esse “algo” a ação, a qual não depende propriamente de um resultado positivo para o caso apresentado, pelo menos nessa linha.

Para o cenário jurídico brasileiro, a teoria da ação como direito abstrato teve maior aceitação entre os juristas, o que resultou na sua incorporação ao sistema, especialmente após a contribuição de LIEBMAN, o qual foi o responsável por apontar que a ação apenas poderia ser proposta em juízo quando preenchidos três requisitos, sendo eles a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir, surgiu-se nesse momento as “condições da ação”.⁵

Sem negar a formulação feita por LIEBMAN, DINAMARCO (2009) desenvolve outra posição, a qual denomina de escalada de situações, em que a ação é desenvolvida em três fases, ação não exercida, ação em fase de exercício e ação exercida.⁶

As definições obtidas para cada teoria emanam de um período histórico totalmente diverso do presente, seja pela configuração da sociedade, seja pela configuração do Estado.

A ação, na visão contemporânea de processo civil, não deve ser restrita ao pensamento das teorias vistas acima, vez que esse instituto transcende as ideias lá dispostas.

Atualmente, a sociedade e o Estado possuem uma configuração diversa daquela na qual tais teorias foram concebidas, de modo que é indispensável pensar-se num conceito da categoria ação que revele a preocupação com o efetivo acesso à ordem jurídica justa, e não apenas com o direito formal de acesso ao judiciário. (BEDUSCHI, 2015, p. 208-209).

A ação não está restrita ao fato da possibilidade de buscar a jurisdição estatal a fim de apresentar suposta irregularidade no cotidiano daquele jurisdicionado, pelo contrário, ela deve ser pensada como mecanismo para obter um processo justo, garantindo-se não apenas o pronunciamento estatal sobre o caso, mas visando garantir todos os direitos fundamentais inerentes os jurisdicionados durante a constância do processo, de modo a buscar solucionar o litígio da melhor maneira e desaparecer o sentimento inseguro oriundo do conflito havido entre elas.

5 A ideia formulada por LIEBMAN é algo consideravelmente significativo, sendo considerado por alguns autores como algo eclético, como é o caso de Alexandre Freitas Câmara (**Lições de direito processual civil**, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, v. 1, p. 143) e Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (**Curso avançado de processo civil**, 11. ed., São Paulo: RT, 2010, v. 1, p. 144). Por outro lado, Cândido Rangel Dinamarco (**Instituições de direito processual civil**, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, ns. 435 e 555) nega o posicionamento quando ao caráter eclético de sua teoria e sustenta que a formulação por ele feita almeja corrigir determinados “exageros” da teoria, o que em nada afastaria o caráter abstrato, haja vista que não condiciona a ação à existência do direito.

6 Em um primeiro momento existe o simples direito ao processo (ação não exercida), intensificada resulta no direito de diversos poderes para realização de atos de participação no processo (ação em fase de exercício), o que se perdura até chegar ao direito a um provimento sobre determinada pretensão almejada pela parte (ação exercida), não sendo todas as vezes lhe favorável conforme inicialmente aduziu (ASSIS. Ação. In: **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. CARACIOLA; DE ASSIS; DE SOUZA; DELLORE; FERNANDES. São Paulo: Atlas, 2016, p. 204).

Nessa linha, THEODORO JÚNIOR (2008, p. 51) define que, numa concepção eclética, seria a ação o “direito a um pronunciamento estatal que solucione o litígio, fazendo desaparecer a incerteza ou a insegurança gerada pelo conflito de interesses” e cumprindo com os preceitos propostos pelo novo modelo constitucional, especialmente a garantia do acesso à justiça e ao cumprimento de um processo justo^{7,8}.

Essa reforma de pensamento processual não surtiria efeito apenas na ação propriamente dita, mas em todo o seu instituto, carreando as suas “condições” desse modo.

Da análise do Novo Código de Processo Civil é possível observar que não se faz mais menção ao termo condição da ação, tampouco se vislumbra dispositivo igual ao do Código Buzaid⁹.

A primeira conclusão que se tira diante de tal ausência não seria outra senão da extinção das condições da ação, todavia, não é essa a proposta do Novo Código de Processo Civil.

A categoria “condição da ação” é tratada como uma questão ligada aos elementos da ação¹⁰, estando essa em uma zona intermediária entre o juízo de admissibilidade e o juízo de mérito. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 304).

Elas não seriam propriamente questões de mérito, tampouco propriamente questões de admissibilidade, seriam elas simplesmente questões vinculadas à ação. Constituem-se num círculo concêntrico intermediário entre o externo, as questões puramente formais, e o interior, o mérito da causa. (FABRÍCIO, 2003, p. 305).

7 A ideia que se deva ter por processo justo é a do processo como fim de possibilitar o descobrimento da verdade real dos fatos, possibilitando que seja o vitorioso da causa aquele que tiver a verdade em seu favor, tendo sua situação jurídica protegida pelo pronunciamento jurisdicional (SOUZA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: **à la recherche du temps perdu? Novos rumos da Justiça Cível**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2009, p. 17).

8 Carlos Augusto de Assis, nessa linha, complementa que “hoje em dia, há forte tendência no sentido de minimizar essas divergências (entre as teorias). O enfoque que deve ser privilegiado, em termos de ação, diz respeito à sua aptidão para proporcionar, da melhor forma possível, a promessa constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV). Nesse sentido, as divergências em termos de natureza jurídica da ação, ainda existentes, hoje em dia, não podem ser exacerbadas” (ASSIS. Ação. In: **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. CARACIOLA; DE ASSIS; DE SOUZA; DELLORE; FERNANDES. São Paulo: Atlas, 2016, p. 206).

9 “O CPC-1973 consagrou essa categoria (condição da ação). O inciso VI do seu art. 267 autorizava que o processo fosse extinto, sem resolução de mérito, quando ‘não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual’. No inciso X do art. 301, o CPC-1973 mencionava a carência de ação como matéria de defesa do réu – carência de ação é a falta de alguma das condições da ação. Eram os únicos textos normativos do CPC-1973, que se encontrava no capítulo ‘Da ação’, o legislador não mencionava o termo ‘condição da ação’, embora se referisse ao interesse e à legitimidade” (DIDIER JÚNIOR. *Op., cit.*, p. 304).

10 Não se deve confundir “elementos da ação” com “condições da ação”, haja vista que não se tratam de sinônimos, mas de categorias diferentes. São três os elementos da ação: As partes, a causa de pedir e o pedido.

A principal objeção a essa categoria tinha fundo lógico: se apenas há dois tipos de juízo que podem ser feitos pelo órgão jurisdicional (juízo de admissibilidade e juízo de mérito), só há duas espécies de questão que o mesmo órgão jurisdicional pode examinar. Não há sentido lógico na criação de uma terceira espécie de questão: ou a questão é de mérito ou é de admissibilidade. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 305).

DINAMARCO, nessa linha, adotando a posição de LIEBMAN no tocante às “condições da ação”, defendia antes mesmo da vigência do Código de Processo Civil de 2015 a transformação desse trinômio num binômio composto apenas por questões de admissibilidade e de mérito. (DINAMARCO, 2001b, p. 182) (DINAMARCO, 2001a, 616-618).

A exemplo prático dessa corrente adotada por DINAMARCO (2001b), é adotada pela doutrina alemã e é dividida em questões de admissibilidade e mérito. (ROSENBERG, 1955, p. 44-50) (MOREIRA, 1989, p. 83-84) (WAMBIER, 2004, p. 354, nota 140).

Denota-se a opção legislativa pela adoção desse binômio composto por questões de admissibilidade e de mérito no Novo Código de Processo Civil.¹¹

Atenta-se ao fato de que essa adoção do binômio invés do trinômio não enseja na extinção das “condições da ação”. Essa opção resulta exclusivamente na mera extinção do termo “condição da ação”, de modo que elas ainda permanecem no sistema jurídico brasileiro¹², porém, doutra forma, isso com o fim de atender a adoção do binômio juízo de admissibilidade e juízo de mérito.¹³

11 Essa adoção fica clara quando da leitura do art. 17 (art. 17 – Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade), art. 18 e seu parágrafo único (art. 18 – Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico. Parágrafo único. Havendo substituição processual, o substituído poderá intervir como assistente litisconsorcial), art. 19 e seus incisos (art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica; II - da autenticidade ou da falsidade de documento), art. 330, incisos II e III (art. 330. A petição inicial será indeferida quando: II - a parte for manifestamente ilegítima; III - o autor carecer de interesse processual) e art. 485, inciso VI (art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual) todos do Código de Processo Civil (BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017).

12 “Outro ponto, em uma comparação entre o CPC de 2015 e o sistema do Código de 1973, que merece destaque é o fato de não mais haver uma referência expressa à categoria ‘condição da ação’, o que leva parte da doutrina a concluir que, tendo em vista o desaparecimento no texto normativo desta expressão, desaparece o tema ‘condição da ação’. Entretanto, o desaparecimento da expressão condição da ação não justifica o abandono do estudo desta categoria tradicionalmente referida em nossa cultura jurídica processual, sobretudo porque o CPC continua se valendo das subcategorias *legitimidade e interesse de agir*, mantendo ademais a mesma estrutura e dinâmica destes institutos, que podem ser resumidas em: a) quando irregulares, impedem o exame do mérito; e, até por isso, b) podem ser alegadas pelas partes e conhecidas de ofício pelo juiz em qualquer tempo e grau de jurisdição”. (MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução a estudo do Direito Processual Civil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2017, p. 273-274).

13 “Sepulta-se um conceito que, embora prenhe de defeitos, estava amplamente disseminado no pensamento jurídico brasileiro. Inaugura-se, no particular, um novo paradigma teórico, mais adequado que o anterior, e que, por isso mesmo, é digno de registros e aplausos” (DIDIER JÚNIOR. *Op., cit.*, p. 306).

Ao adotar o binômio, as condições da ação não desapareceriam. É o conceito “condição da ação” que seria eliminado. Aquilo que por meio dele se buscava identificar permaneceria existente, obviamente. O órgão julgador ainda teria de examinar a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. Tais questões seriam examinadas ou como questões de mérito (possibilidade jurídica do pedido e legitimidade *ad causam* ordinária) ou como pressupostos processuais (interesse de agir e legitimação extraordinária). (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 305).

2.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: O DILEMA ENCONTRADO PELA ADOÇÃO DO BINÔMIO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE / JUÍZO DE MÉRITO

Destacou-se alhures que a adoção pelo binômio (juízo de admissibilidade e juízo de mérito) defendido por parcela dos juristas, como é o caso de DINAMARCO (2001b), não enseja na extinção *lato sensu* do gênero. Veja-se, o que é exclusivamente extinto é o termo “condição da ação” e “carência da ação”, nada influenciando na existência da possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade *ad causam*, até porque o julgador deverá continuar fazendo a análise deles obrigatoriamente.

Conforme art. 17 do Novo Código de Processo Civil¹⁴, bem como os demais destacados na nota 20 deste trabalho, há sim a menção quanto a legitimidade *ad causam* e ao interesse de agir¹⁵, entretanto havendo uma omissão quanto à possibilidade jurídica do pedido.

Nessa perspectiva, essa omissão remete o interprete a seguinte dúvida, houve a exclusão desse requisito (possibilidade jurídica do pedido)?

Há divergência doutrinária sobre a questão.

14 A antiga correspondência do art. 17 do CPC de 2015 era o art. 3º do CPC de 1973 (Lei nº 5.869/73) “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade “ (BRASIL. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017), mudança sutil, entretanto, de relevante importância.

15 A título de complemento, tanto a legitimidade *ad causam*, quanto o interesse de agir no Código de Processo Civil de 2015 e na modernidade da ciência processual devem ser estudados como pressupostos de admissibilidade. A legitimidade *ad causam* está associada à requisito de validade subjetivo, notadamente no tocante às partes; já o interesse de agir também associado como requisito de validade, porém, em caráter extrínseco positivo (DIDIER JÚNIOR. *Op., cit.*, p. 314). Humberto Theodoro Júnior (**Curso de Direito Processual Civil**. 57. Ed., Forense: São Paulo, 2016, p. 161) por exemplo, noutra visão acerca do amparo da legitimidade *ad causam* e interesse de agir como pertencentes a um juízo de admissibilidade sustenta que a significativa mudança apresentada pelo art. 17 do CPC/2015, em detrimento ao art. 3º do CPC/1973, faria com que tais requisitos passassem a ser estudados como “preliminares de mérito”, entretanto, dada a previsão do art. 485, inc. VI, do CPC, não seria a correta visão a ser feita acerca do instituto.

Parcela da doutrina defende que sim. O pensamento para com essa corrente consiste no fato de que essa “condição da ação” teria sido excluída da Teoria Geral do Processo a partir de 18 de março de 2016.

Excluída que está do ordenamento processual a figura da possibilidade jurídica, resta indagar como devem ser enquadradas as situações antes nela contempladas. Em outras palavras, se, por exemplo, o juiz, hoje em dia, se deparar com uma demanda em que se cobra uma dívida de jogo, o que deverá ele fazer? Endentemos que a solução será extinguir o processo sem resolução de mérito por falta de interesse processual. (DELLORE *et al*, 2016, p. 221-222).

Essa primeira corrente reconhece um aspecto similar entre a possibilidade jurídica do pedido para com o interesse de agir, de modo que, na linha de ASSIS (DELLORE *et al*, 2016), vez que o processo careça de possibilidade jurídica do pedido, carecerá de igual modo de interesse de agir, o que resultará na extinção do processo sem a análise do mérito, ou seja, com fundamento no art. 485, inc. VI, *in fine*, do Código de Processo Civil.

A base doutrinária da primeira corrente está em MONIZ ARAGÃO (2005, p. 439), o qual sustenta, à luz do Código de Processo Civil de 1973, que “[...] sempre que faltar a possibilidade jurídica faltarão também o interesse processual [...]”.¹⁶

Já para a segunda corrente, não houve a exclusão da possibilidade jurídica do pedido do sistema processual civil brasileiro, já que ela teria sido transformada numa hipótese atípica do rol do art. 332¹⁷ do Código de Processo Civil.

16 Aliás, esse posicionamento emana da reformulação feita por LIEBMAN com relação ao seu posicionamento inicial sobre as condições da ação, defendendo que a possibilidade jurídica do pedido estaria contida no interesse de agir, restando, desse modo, apenas o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1. Ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p. 43).

17 Tratam-se das hipóteses de improcedência liminar do pleito. “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1o O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição. § 2o Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 241. § 3o Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias. § 4o Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias” (BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 abr. 2017).

O posicionamento deste Curso, assim, vai no sentido de dar novo significado à conhecida “condição da ação” possibilidade jurídica do pedido, prevista no CPC-1973 como hipótese de indeferimento da petição inicial sem exame do mérito, nada obstante as críticas doutrinárias a essa opção – o exame da possibilidade jurídica do pedido e inequivocamente um exame de mérito, e não de admissibilidade. O CPC, então, ao não mais tratar da possibilidade jurídica do pedido como hipótese de extinção do processo sem exame do mérito, silenciando no ponto, adota correto entendimento doutrinário, reconfigurando a “possibilidade jurídica do pedido” e permitindo, a partir da conjugação de algumas normas fundamentais processuais, uma atípica hipótese de improcedência liminar do pedido. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 605).

Essa corrente, tendo como um dos seus defensores Fredie Didier Júnior (2015), sustenta que não houve uma exclusão, tampouco uma junção da possibilidade jurídica do pedido com o interesse de agir, mas que justamente pela adoção do binômio juízo de admissibilidade e de mérito a possibilidade jurídica do pedido viria a ser analisada como uma causa atípica do art. 332 do Código de Processo Civil de 2015.

Na proporção em que o interesse de agir e a legitimidade *ad causam* seriam enquadradas como pilares de um juízo de admissibilidade, por outro lado, considerando a essência da possibilidade jurídica do pedido, deveria ela ser enquadrada num juízo de mérito justamente pelo fato de estar ligada ao próprio direito buscado por intermédio do processo e não a uma característica formal do processo.

Além do viés principiológico, como eficiência (art. 8º do CPC), boa-fé (art. 5º do CPC) e duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição Federal – art. 4º do CPC), a preocupação dessa segunda corrente está pautada justamente em inibir a atividade jurisdicional “inútil”¹⁸ frente a questões demasiadamente atípicas que são levadas a conhecimento do Poder Judiciário e, mais do que levado a conhecimento, utilizada da jurisdição para resolver essas questões.¹⁹

Aparenta-se, entretanto, não haver grandes consequências pela adoção duma corrente ao invés doutra, porém, o mesmo não se revela numa análise minuciosa.

Ponto comum entre ambas as correntes é que sustentam a validade da possibilidade

18 As devidas escusas pelo termo chulo. Toda a atividade jurisdicional, pela regra da boa-fé (art. 5º do CPC), não deveria sequer ser enquadrada como útil ou não, mas sim como atividade de obrigatoriedade estatal a um pronunciamento fim sobre a questão proposta em juízo, entretanto a classificação se mostra necessária na medida em que as próprias partes que utilizam do meio jurisdicional não fazem respeito ao princípio aqui destacado, levando situações grotescas ao conhecimento do Poder Judiciário.

19 Fredie Didier Júnior (*Op., cit.*, p. 604) cita alguns exemplos para esses casos atípicos: “Alguns exemplos: demanda para reconhecimento de usucapião de bem público, pedir autorização para matar alguém ou determinar que o Brasil declare guerra aos EUA; também serve de exemplo o pedido que contrarie expressamente texto normativo não reputado inconstitucional”.

jurídica do pedido no sistema jurídico brasileiro, entretanto, a primeira assegurando meramente a validade como incorporação do interesse de agir²⁰, enquanto a segunda sustenta além de sua validade, a sua existência como uma forma atípica do art. 332 do Código de Processo Civil.

Ápice da questão é o fato de que a adoção da primeira, em relação à segunda, meramente extinguirá o processo, haja vista estar sendo fundamentado no art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil, enquanto, a segunda corrente, assegura a possibilidade de fazer coisa julgada acerca daquela questão atípica levada ao Poder Judiciário, ou seja, julgando o processo com fundamento no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil.

O problema de amparar questões atípicas com a mera extinção (art. 485, inc. VI, do CPC) estaria justamente no artigo subsequente do código, em que é assegurado que “o pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação” (BRASIL, 2015), entretanto, “no caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485, a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito” (BRASIL, 2015).

Em outras palavras, o jurisdicionado dessa questão atípica poderá fazer uso desse disposto para propor o processo por mais vezes (máximo de três vezes), haja vista que o mérito sequer foi analisado.

Desse modo, resta prejudicada a coisa julgada sobre a atipicidade da questão proposta em juízo, o que poderia servir de precedente para questões idênticas ou similares àquela, bem como agravaria a atividade do juízo, haja vista estar em detrimento os princípios da celeridade (para com os demais processos da unidade jurisdicional) e economia processual (em uma característica *lato sensu*), pelo menos nas três vezes em que poderá propor a questão, nos termos do art. 486, § 3º, do Código de Processo Civil²¹.

20 Na linha de MONIZ ARAGÃO (*Op., cit.*, s.p.), carecendo de possibilidade jurídica do pedido, carecia também de interesse de agir, de modo a se extinguir o processo com força na segunda parte do inciso VI, do art. 485, do Código de Processo Civil.

21 “Art. 486, § 3º - Se o autor der causa, por 3 (três) vezes, a sentença fundada em abandono da causa, não poderá propor nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito”. BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

2.4 A ATIPICIDADE DO ART. 332 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO CAUSA INDEFERIMENTO LIMINAR DO PEDIDO

Numa concepção conservadora, a possibilidade jurídica do pedido, enquanto “condição da ação”, poderia ser definida como requisito da ação associado à uma ausência de proibição legal quanto à questão proposta em juízo, ou que contrariasse o sistema jurídico brasileiro.

Não havendo vedação ao pedido no ordenamento jurídico, há de se conhecer como o sendo juridicamente possível, caso contrário, mostra-se necessário a declaração de “carência de ação”, de modo a “ser entendida à luz da ausência de vedação a que se deduza em juízo determinado provimento” (CORREIA, 2007, p. 74).

Por possibilidade jurídica do pedido, enquanto condição da ação, entende-se que ninguém pode intentar uma ação sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja, no ordenamento jurídico. (ALVIM, 1997, p. 370).

Dada a inserção do sistema jurídico brasileiro num novo modelo constitucional, pensa-se que o conceito acima resta ultrapassado.

Na visão moderna e neoconstitucionalista, a possibilidade jurídica do pedido poderia ser definida como a possibilidade de um sujeito postular em juízo algum direito, contanto que não seja constitucionalmente vedado, ocasião em que, caso for contrariada a norma constitucional, dever-se-á conhecer não apenas a sua carência, mas a sua inconstitucionalidade.²²

22 A preocupação do órgão jurisdicional quando da aplicação desse requisito em um caso prático deve estar atenta principalmente ao acesso à justiça. Essa preocupação pelo acesso à justiça se mostra plausível pelos movimentos de redemocratização ocorridos em solo brasileiro a partir da ruptura do regime militar em 1985, intensificados em 1988 com a promulgação da Constituição Federal de 1988. O acesso à justiça, direito fundamental estabelecido no art. 5º, inc. XXXV, da CF, no regime estatal atual do Brasil deve ser amplamente zelado. (MÖLLER, Guilherme Christen. Métodos adequados de solução de conflitos: Panaceia para a crise do Poder Judiciário? In: Simpósio brasileiro de processo civil. 1., 2017, Curitiba. **Anais do simpósio brasileiro de processo civil**. Curitiba: Academia brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), 2017, p. 1-30). A não existência positiva de direito material em lei infraconstitucional não enseja no reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido enquanto a Constituição Federal não vedar, de modo que não poderia a unidade jurisdicional competente simplesmente deixar de dar prosseguimento a uma ação pelo simples fato de não existir uma previsão infraconstitucional para aquele direito correspondente à ação ou enquanto não contrariada a Constituição Federal. Para José Carlos de Araújo Almeida Filho (**Processos eletrônicos e Teoria Geral do Processo eletrônico**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 137): “Certo, diante das novas tecnologias, que muitas situações não se encontram, ainda, amparadas pelo direito material, mas nem por isso o juiz poderá negar-lhe a prestação jurisdicional ou estampar um despacho que vem se tornando costumeiro: *‘nada a decidir, diante da falta de amparo legal’*”. Nessa linha é também a visão de CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER (Op., cit., 2013, p. 288-289): “Constitui tendência contemporânea, inerente aos

Por outro lado, o interesse agir deve ser associado a ideia de que embora interesse ao Estado no exercício da jurisdição, não convém a persecução pela sua jurisdição sem que haja daí um resultado útil, havendo esse interesse de agir quando a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária e adequada*.

Repousa a *necessidade* da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado – ou porque a parte contrária se nega a satisfazê-lo, sendo vedado ao autor o uso da autotutela, ou porque a própria lei exige que determinados direitos só possam ser exercidos mediante prévia declaração judicial (são as chamadas ações constitutivas necessárias, no processo civil e a ação penal condenatória, no processo penal [...]). *Adequação* é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado. O provimento, evidentemente, deve ser apto a corrigir o mal de que o autor se queixa, sob pena de não ter razão de ser. Quem alega, p. ex., o adultério do cônjuge não poderá pedir a anulação do casamento, mas o divórcio, porque aquela exige a existência de vícios que inquinem o vínculo matrimonial logo na sua formação, sendo irrelevantes fatos posteriores. O mandado de segurança, ainda como exemplo, não é medida hábil para a cobrança de créditos pecuniários. (DINAMARCO *et al*, 2013, p. 289).

Respeita-se o posicionamento da primeira corrente defendida por MONIZ ARAGÃO (2005) e LIEBMAN, a qual sustenta que a ausência de possibilidade jurídica do pedido resultará na imediata ausência de interesse de agir, entretanto, não há possibilidade de suprimir a possibilidade jurídica do pedido em interesse de agir num só, haja vista estarem em planos distintos.

O interesse de agir está num plano ligado ao juízo de admissibilidade, em que não se analisa o direito em si, entretanto os aspectos formais do processo. Havendo essa análise, e, preenchidos os requisitos da admissibilidade do processo, esse será remetido ao juízo de mérito para a análise do direito buscado por intermédio da tutela jurisdicional estatal, ocasião em que será encontrada a possibilidade jurídica daquele pedido. Confrontada com a ausência de contrariedade ao dispositivo da Constituição Federal, poderá o processo seguir o normal *iter processual*.

Nessa perspectiva, o juízo de mérito é analisado num segundo momento, de modo que poderá sim haver legitimidade *ad causam* e interesse de agir, carecendo, hipoteticamente, de possibilidade jurídica do pedido.

movimentos pelo *acesso à justiça*, a redução dos casos de impossibilidade jurídica do pedido (tendência à universalização da jurisdição). Assim, p. ex., constituindo dogma a incensurabilidade judiciária dos atos administrativos pelo mérito, a jurisprudência caminha no sentido de ampliar a extensão do que considera aspectos de legalidade desses atos, com a consequência de que os tribunais os examinam.

Considerando a baixa questão formalista que se deve ter pela atual fase do Direito Processual Civil, não poderia ocorrer uma análise reversa, ou seja, analisar previamente o mérito, todavia, caso esse seja possível, não dar seguimento ao processo por impossibilidade de legitimidade *ad causam* ou interesse de agir. Quando sanável, o juízo de admissibilidade não deverá prejudicar o juízo de mérito.²³

Nessa perspectiva, a adoção da segunda corrente para este dilema envolvendo a possibilidade jurídica do pedido mostra-se mais adequado para a visão pregada pela Teoria Geral do Processo contemporânea.

A opção pelo art. 332 do Código de Processo Civil, as hipóteses de improcedência liminar do pedido, não se demonstra aleatória.

Veja-se, quando da análise da aptidão da petição inicial, obrigatoriamente o juiz, em ambas as correntes aqui destacadas, deverá fazer uma breve análise do mérito daquele processo, isso após a superação do juízo de admissibilidade. Uma vez configurado a impossibilidade jurídica daquele pedido, o juiz deverá julgar liminarmente aquele processo, evitando-se atividade jurisdicional “inútil”, de modo que caso assim não fosse seria necessário o recebimento da inicial, citação do réu, oferecimento de contestação, réplica e só aí, caso tratar de causa fática e dispensar instrução, prolatar sentença de improcedência do pedido atípico, o que já poderia ter feito antes mesmo de ordenar a citação da parte adversa.

Cria-se, com esse mecanismo atípico do art. 332 do Código de Processo Civil, uma “válvula de escape”. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 605).

Às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído *a priori* pelo ordenamento jurídico sem qualquer

23 “A função do processo persiste na instrumentalização das regras substanciais existentes no ordenamento jurídico, até porque o resultado que dele se espera está nesse campo. Não seriam outros os ideais esperados para o processo na visão contemporânea que não a instrumentalidade e a efetividade. O uso das técnicas processuais deve se adequar para que a instrumentalidade atinja o fim esperado, qual seja a solução das crises verificadas no plano do direito material. Quanto mais adequado se proporcionar a tutela jurisdicional aos direitos substanciais, o desempenho dessa prestação pela técnica processual será mais efetivo. O formalismo processual utilizado como desculpa para o descumprimento da função pacificadora do processo e para embaraçar ou protelar de forma injustificada, passa a ser afrontado pelo processo justo, o qual almeja, com a celeridade e a segurança jurídica, proporcionar às partes o resultado desejado pelo direito material. Na seara do pensamento processualista brasileiro contemporâneo, de um lado, sua constitucionalização, noutro, a teoria circular dos planos, devendo o processo, nesse novo modelo processual ser visto meramente como um instrumento de garantia de direitos fundamentais e, especialmente, do direito material perseguido em juízo, não podendo o apego a forma ser motivador para prejudicar o direito no plano material”. (MÖLLER, Guilherme Christen. A constitucionalização do direito processual civil contemporâneo brasileiro. 2016. 147 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - **Centro de Ciências Jurídicas**, Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2016. Disponível em: <http://www.bc.furb.br/docs/MO/2016/362006_1_1.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017).

consideração das peculiaridades do caso concreto. Nos países em que não há o divórcio, será juridicamente impossível um pedido de sentença com o efeito de dar às partes o *status* de divorciado; essa demanda será desde logo repelida, sem que o juiz chegue a considerar quaisquer alegações feitas pelo autor e independentemente mesmo da prova dessas alegações. (DINAMARCO *et al*, 2013, p. 288).

Na posição de CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER (2013), interessante é destacar o trecho em que os autores se referem a possibilidade da demanda ser desde logo repelida.

Assim, considerando que pela base principiológica destacada alhures estar em consonância com essa questão de improcedência liminar do pedido, concomitante ao fato do plano em que estaria inserida a possibilidade jurídica do pedido, no caso juízo de mérito, não poderia ser outro o pronunciamento estatal que não aquele com a análise do mérito, fundamentando no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, ao invés do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, aliás, é o entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Civil conforme enunciado n.º 36²⁴.

O art. 17 do Código de Processo Civil disciplina as denominadas condições da ação, identificando-as com o binômio interesse e legitimidade, neste sentido rompendo com uma tradição do Direito Processual Civil pátrio, refletida no CPC de 1973, a qual inspirada na doutrina de Enrico Tullio Liebman, identificava como três as condições da ação: interesse de agir, legitimidade de partes e possibilidade jurídica do pedido. No sistema atual, o reconhecimento da possibilidade jurídica do pedido em uma decisão judicial categoriza uma decisão de mérito. [...] Nesse sentido, a única mudança sensível é a categorização da outra (controvertida) subcategoria, a possibilidade jurídica do pedido que, no sistema do CPC de 2015, constitui decisão de mérito, formando coisa julgada material. A partir de agora, portanto, caso o magistrado entenda que o pedido formulado é juridicamente impossível, deverá extinguir o processo como resolução do mérito, julgando improcedente o pedido, fundamentando sua impossibilidade jurídica, o que dará ensejo à formação de coisa julgada material (SIC). (MONNERAT, 2017, p. 273-274).²⁵

24 Enunciado n. 36: As hipóteses de impossibilidade jurídica do pedido ensejam a improcedência liminar do pedido. (BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 248).

25 No mesmo sentido Elpídio Donizetti (*Op., cit.*, p. 136) explica que “na essência, entretanto, tudo continua como dantes no quartel de Abrantes. Apenas a possibilidade jurídica do pedido ganhou um *up grade*. Deixou de ser uma mera condição da ação e passou a integrar o mérito.

2.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com esta breve digressão, espera-se ter evidenciado que para o processo civil contemporâneo a possibilidade jurídica do pedido passa a ser analisada como qualidade de qualquer direito tutelado até que contrarie a norma constitucional, e que essa antiga “condição da ação” sofre um dilema com a vigência do Novo Código de Processo Civil, haja vista que se discute se foi suprimida pelo interesse de agir (art. 17 do CPC), ou se ela passou a ser enquadrada como hipótese atípica do art. 332 do Código de Processo Civil.

Pelo estudo realizado, conclui-se que a adoção da segunda corrente, a transformação da possibilidade jurídica do pedido como hipótese atípica do art. 332 do CPC, mostra-se mais coerente com as perspectivas atuais do processo, especialmente pela questão da economia dos atos processuais e atividade jurídica “inútil”, afinal, uma causa que seja juridicamente impossível não deve ser prolongada, resultando no seu imediato indeferimento e extinção.

A opção pelo art. 332 do Código de Processo Civil, não foi escolhida aleatoriamente, afinal, e trabalhando em linhas práticas, quando analisar a aptidão da petição inicial, em ambas as correntes, obrigatoriamente o juiz deverá fazer uma breve análise do mérito daquele processo, isso sem contar que a essa altura já se superou a questão do juízo de admissibilidade, de modo que configurando a impossibilidade jurídica daquele pedido não será mais necessário todo o tramite processual para analisar a questão apenas no fim da fase de conhecimento.

Dessa forma, julga-se liminarmente aquele processo e evita-se atividade jurisdicional “inútil”.

Com adoção dessa corrente, cria-se uma válvula de escape para o Poder Judiciário, além da questão suscitada acima, para que a decisão jurídica tenha força de fazer coisa julgada, ou seja, o pronunciamento estatal da causa será aquele com a análise do mérito, pautando-se no art. 487, inc. I, do Código de Processo Civil, ao invés do art. 485, inc. VI, do Código de Processo Civil, o que impossibilita reiteração do pedido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: RT, 1997, v. 1.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processos eletrônicos e Teoria Geral do Processo eletrônico**. 1. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BEDUSCHI, Leonardo, Conceito de Ação no Novo Código de Processo Civil, **Revista Jurídica**, FURB – Universidade Regional de Blumenau, v. 19, nº 38 p. 195-222, jan./abr/ 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.
Disponível em: Acesso em: 16 abr. 2017.

_____. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.
Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 abr. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, 24. ed., São Paulo: Atlas, 2013, v. 1.

CARACIOLA, Andrea Boari; DE ASSIS, Carlos Augusto; DE SOUZA, André Pagani; DELLORE, Luiz; FERNANDES, Eduardo Simardi. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed., Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001a, v. 2, n. 727.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, ns. 435 e 555.

_____. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001b, v. 3.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2016.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. **Ensaio sobre direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, trad. Cândido Rangel Dinamarco, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MÖLLER, Guilherme Christen. A constitucionalização do Direito Processual Civil contemporâneo brasileiro. 2016. 147 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em

Direito) - **Centro de Ciências Jurídicas**, Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2016. Disponível em: <http://www.bc.furb.br/docs/MO/2016/362006_1_1.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017

_____. **Anotações sobre a constitucionalização do Direito Processual Civil contemporâneo brasileiro**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2017a.

_____. Métodos adequados de solução de conflitos: Panaceia para a crise do Poder Judiciário? In: Simpósio brasileiro de processo civil. 1., 2017, Curitiba. **Anais do simpósio brasileiro de processo civil**. Curitiba: Academia brasileira de Direito Constitucional (ABDConst), 2017b, p. 1-30.

MONIZ ARAGÃO, Egas Dirceu. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. II.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. **Introdução a estudo do Direito Processual Civil**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sobre pressupostos processuais. **Tema de direito processual** – 4ª série. São Paulo: Saraiva, 1989.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, ns. 39 e 40.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 1. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de derecho procesal civil**. Buenos Aires: EJEJA, 1955, t. 2.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Um novo processo civil português: **à la recherche du temps perdu? Novos rumos da Justiça Cível**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2009.
TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. 11. ed., São Paulo: RT, 2010, v. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 49. ed., Forense: São Paulo, 2008.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 57. ed., Forense: São Paulo, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 5ª ed., São Paulo: RT, 2004.

UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO (ART. 6.º DO CPC) NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira

3.1 INTRODUÇÃO

Estado Democrático de Direito, também chamado apenas de Estado de Direito ou Estado Social e Democrático de Direito, tem como marco de consolidação a Europa ao longo do século XIX, que passa a adotar, de maneira ampla, o modelo tornado universal pela Revolução Francesa: separação de Poderes e proteção dos direitos individuais. (BARROSO, 2016, p. 277). É que a fase imediatamente anterior a esse período se caracterizou pelo absolutismo monárquico, sufocando liberdades individuais para a manutenção dos privilégios de uma aristocracia ociosa e fundada em premissas retóricas. (DALLARI, 2016, p. 297). Assim, as ideias de Estado, democracia e Direito passaram a se entrelaçar formando um todo autocentrado e disposto a debater a formação de um Estado no qual o Direito é visto como forma de transformação e emancipação social. (BITTAR, 2016, p. 52).

Neste sentido, em um Estado Democrático de Direito, o Direito é instrumento de transformação, catalizador da sociedade, passando de uma perspectiva meramente teórica para um contexto social prático, regulando (e balizando) a intervenção do Estado na vida privada. Nesse sentido:

Procura-se, com isso, reunir em si as qualidades que se podem extrair como positivas seja do modelo de Estado Liberal, seja do modelo de Estado Social, sem recair nem se confundir com eles. A presente identificação faz com que essa categoria seja, evolutivamente, diferente do Estado Absolutista, do Estado Liberal e do Estado Social, para representar um aprimoramento crítico do Estado de Bem-Estar Social, como constata Ferran R. Coll, nos estudos de sua tese intitulada Teoria crítica y Estado social. (BITTAR, 2016, p. 52-53).

Identifica-se, portanto, nos últimos quinhentos anos, três modelos institucionais diversos: o Estado pré-moderno, o Estado legislativo e o Estado constitucional de Direito, sendo que em cada um desses períodos é reservado ao Direito, à ciência jurídica, e à jurisprudência, um papel específico e diferenciado. (BARROSO, 2016, p. 277). Ainda mais que o Estado Democrático de Direito, buscando administrar tensões entre liberdade e igualdade, permanece tendo como papel relevante a justiça distributiva, preservando a presença do Estado na regulação da vida social, na determinação das orientações do mercado e, principalmente, na devolução de condições de desenvolvimento humano, buscando fortalecer as bases de direitos fundamentais e direitos humanos. (BITTAR, 2016, p. 83-84).

Segundo DALLARI (2016, p. 300-303), desde que seus valores e sua organização sejam concebidos adequadamente, o Estado Democrático de Direito é um ideal que pode ser atingido, desde que sejam observados os seguintes pressupostos fundamentais: eliminação da rigidez formal, supremacia da vontade do povo, preservação da liberdade e preservação da igualdade. É nessa perspectiva organizacional que o papel do Direito como mola propulsora de justiça social se evidencia. É que o Estado e o espaço público não deixaram de ser protagonistas da realidade social, porém sua atuação recebeu temperamentos da ciência jurídica e sua construção jurisprudencial.

Não obstante a discussão acerca da efetiva implementação de um Estado Democrático de Direito no Brasil – segundo BITTAR (2016, p. 66), sequer os traçados liberais da democracia foram plenamente consolidados na realidade brasileira --, fato é que a Constituição Federal de 1988 estabelece, já no seu preâmbulo, que a Assembleia Nacional Constituinte se reúne para instituir um Estado Democrático¹. E seu artigo 1.º não destoa do preâmbulo: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos (...)”. É dizer: vive-se em um Estado Democrático de Direito e seus objetivos e fundamentos devem ser implementados.

A partir desta perspectiva, a validade da produção legislativa já não depende apenas da forma de sua produção, mas também – e principalmente – da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece imperatividade típica do Direito, devendo a Constituição impor limites ao legislador e ao administrador,

1 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.

bem como deveres de atuação. A ciência jurídica, tanto através da produção legislativa como pela atuação dos Tribunais, assume papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, inclusive podendo invalidar atos legislativos ou administrativos que possam ferir a Constituição Federal. (BARROSO, 2016, p. 279).

Não é diferente no Direito Processual Civil, podendo-se inclusive falar em um direito constitucional processual, já que a principiologia processual está em grande parte na própria Constituição Federal, devendo todo o ordenamento infraconstitucional ser com ela harmônico. (GONÇALVES, 2016, p. 45).

Nesta esteira é que se desenvolveu o Código de Processo Civil, que já em seu primeiro artigo estabelece sua subordinação à Constituição Federal, aduzindo: “O processo civil será ordenado, disciplinado, e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. A regra é clara: o Código orienta-se pela Constituição Federal e com ela tem de ser compatibilizado, formal e materialmente.

E se diversos princípios fundamentais do processo estão postos na própria Constituição Federal, outros tantos princípios processuais são estabelecidos pelo legislador infraconstitucional, sendo, contudo, igualmente vinculantes. É que os princípios são normas que fornecem coerência e ordem a um conjunto de elementos, fundamentam um sistema jurídico não deixando de ser, eles também, normas jurídicas. Mesmo quando implícitos são obrigatórios, vinculando e impondo deveres. (TALAMINI e WAMBIER, 2016, p. 70-73).

É nesse contexto que surge o “dever de cooperação”, já no artigo 6.º do Código de Processo Civil, que assim dispõe: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Tendo como suposta matriz o contraditório em sua feição substancial, revelando um “direito de influência” das partes na construção de um provimento jurisdicional, para além do binômio informação-reação, tal princípio busca o vigor democrático inerente ao contraditório. (STRECK *et al*, 2015).

Em notas sobre um novo sistema processual, que se chamaria de processo cooperativo, acrescenta DIDIER:

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. (DIDIER, 2011).

Se a cooperação nasce da uma junção ou do redirecionamento dos princípios do contraditório e da boa-fé processual, ambos pertinentes ao processo administrativo, e se, segundo o próprio artigo 15 do Código de Processo Civil, suas normas serão aplicadas supletiva e subsidiariamente aos processos eleitorais, trabalhistas e administrativas², é possível dizer que o novo regramento processual civil se aplica também à Administração Pública? Se na esfera administrativa, conquanto não haja coisa julgada, não exista contencioso administrativo, há procedimentos administrativos aos quais se aplicam princípios gerais (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 501), pode-se afirmar que o processo administrativo também sofre influência desses novos paradigmas trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015? E, dando um recorte mais preciso ao tema, como verificar a cooperação entre Administração e administrado?

3.2 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: BREVES COMENTÁRIOS.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (2016, p. 496), a norma positivada no art. 6.º do Código de Processo Civil tem por objetivo solucionar um problema central do processo, que é a equilibrada organização dos trabalhos processuais, pois o modelo de um processo justo seria o modelo cooperativo, calcado na colaboração entre o juiz e as partes envolvidas no litígio. Para referidos doutrinadores, a colaboração visa organizar o papel dos sujeitos processuais na conformação do processo, que deve então ser estruturado como uma verdadeira comunidade de trabalho, dividindo este trabalho entre todos os participantes de forma equilibrada. Essa feição colaborativa do processo acaba por rejeitar a jurisdição como polo metodológico do processo civil, afastando a visão unilateral do fenômeno processual, aproximando-o de uma concepção mais pluralista e democrática de um Estado Constitucional.

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini:

Esse princípio impõe ao juiz, partes e demais sujeitos da relação processual que atuem de modo coordenado em vista do objetivo final do processo. Não se ignora o antagonismo estabelecido entre as partes. Tampouco se pode desconsiderar que, em primeiro lugar, cada parte tem, o direito de, nos limites da boa-fé, exercer todas as faculdades processuais possíveis para obter no processo o resultado que lhes seja o mais favorável possível. No entanto, nada disso afasta a consideração de que o único

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

objetivo a que legitimamente se pode aspirar no processo é uma tutela jurisdicional justa e oportuna. Esse escopo é idêntico para todos os sujeitos do processo – e ele serve de pauta e meta para o dever de cooperação. (TALAMINI e WAMBIER, 2016, p. 82).

Se para referidos autores o processo colaborativo é uma realidade jurídica e um princípio processual que deve ser seguido, Lenio Luiz Streck insiste, enfaticamente, que colaboração se trata na verdade de um “canetaço” com que o Código de Processo Civil expurga a natureza Hobbesiana e Freudiana do homem apostando no Rousseau e seu “homem bom”. Além de desacreditar na natureza cooperativa dos litigantes, porém sem instigar a litigiosidade, questiona até onde pode ir o juiz em seu diálogo com as partes alicerçado neste dever de cooperar, para que não se corra o risco de transmudar a figura do magistrado em um contraditor. (STRECK *et al*, 2015).

Ressalvada, portanto, a discussão acerca da propriedade – ou impropriedade – dessa tal colaboração ora em estudo, fato é que o modelo de processo colaborativo, assumido como justo e correto pelo Código de Processo Civil, visa outorgar nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo, pois o juiz cooperativo é paritário no diálogo e assimétrico na decisão, sendo um princípio jurídico que estabelece, de forma cogente, um estado de coisas que deve ser promovido. (MARINONI *et al*, 2016, p. 498).

Sobre os desdobramentos da cooperação, esclarece Wambier e Talamini:

Para o juiz, o princípio da cooperação desdobra-se em quatro deveres: de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio. Cumpre ao juiz esclarecer-se quanto às manifestações das partes: questioná-las quanto a obscuridades em suas petições; pedir que esclareçam ou especifiquem requerimentos feitos em termos mais genéricos e assim por diante (ex.: art. 357, § 3.º, do CPC/2015). Impõe-se ainda reconhecer o contraditório não apenas como garantia de embate entre as partes, mas também como dever de debate do juiz com as partes. Essa dimensão do contraditório, já enfatizada acima, constitui o dever de diálogo do juízo com as partes (art. 9.º do CPC/2015). O juiz deve ainda prevenir as partes sobre os riscos e deficiências das manifestações e estratégias por elas adotadas, conclamando-as a corrigir os defeitos sempre que possível (ex., art. 321 do CPC/2015). Além disso, o juiz deve auxiliar as partes, eliminando obstáculos que lhes dificultem ou impeçam o exercício das faculdades processuais (ex., arts. 272, §1.º, 139, VI, e 437, §2.º, do CPC/2015). (TALAMINI e WAMBIER, 2016, p. 83).

Vê-se, portanto, a faceta substancial do contraditório, vale dizer, a colaboração/cooperação entre os sujeitos processuais, com íntima ligação com o contraditório e ampla defesa, surge como um passo além, uma espécie de contraditório qualificado.

3.3 PROCESSO ADMINISTRATIVO: VISÃO GERAL, CONTRADITÓRIO E COOPERAÇÃO.

Para Romeu Felipe Bacellar Filho (2008, p. 88), o processo não está restrito ao exercício da função jurisdicional, podendo ser utilizado no Direito Administrativo com as peculiaridades inerentes a este ramo, possuindo, contudo, um núcleo comum de processualidade com a ordem constitucional vigente. Segue explicando que a Constituição Federal dispõe acerca de distintos processos administrativos, se referindo, no seu artigo 41, àquele que gera a perda do cargo do servidor público, o processo administrativo disciplinar; e também introduzindo, em seu artigo 5.º, inciso LV, o processo administrativo entendido no seu sentido amplo, em face de servidor ou de particular.

Há, assim, processo administrativo como gênero, e processo administrativo disciplinar como espécie. Interessa, para os fins deste artigo, o processo administrativo como gênero.

Não obstante a divergência conceitual entre processo e procedimento administrativos, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 766-767) existem quatro sentidos diferentes para a expressão “processo administrativo”. Num primeiro sentido, designa o conjunto de papéis e documentos organizados numa pasta e referentes a um assunto determinado, seja de interesse da Administração Pública ou do administrado. Em segundo lugar, pode ser usado como sinônimo de processo disciplinar, quando se busca punir o servidor público infrator. Numa terceira acepção, mais ampla, é o conjunto de atos coordenados visando a solução de uma controvérsia no âmbito administrativo. Por fim, caso não haja controvérsia, pode ser considerado a série de atos preparatórios de uma decisão final da Administração Pública.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, P. 487) vem dizer que “é uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”.

Adverte José dos Santos de Carvalho Filho (2015, p. 1024), que como na via administrativa as autoridades não desempenham função jurisdicional, vale dizer, não dizem o direito de forma definitiva, poderia supor-se que a denominação processo administrativo não seria muito técnica, pois não se trata de um processo como o judicial. Porém, tanto quanto o judicial, o administrativo também tem objetivo certo, que no caso é a prática de um ato administrativo final. E além de ser uma expressão consagrada entre a população, a própria Constituição Federal faz referência à expressão processo administrativo.

O doutrinador segue na sua narrativa de que no ordenamento jurídico brasileiro não há uma sistematização uniforme para o processo administrativo, como existe para o

judicial, seja ele cível ou penal, sendo que algumas importantes regras sobre o processo administrativo se encontram em atos administrativos como decretos, regulamentos, regimentos, entre outros. Mas é na Lei n.º 9.784/99 que se estabeleceram as regras gerais para o processo administrativo em sentido amplo, instituindo-se um sistema normativo que tem por fim obter uniformidade nos inúmeros expedientes que tramitam na Administração Pública. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1025).

Observa ainda Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2015, p. 1012), que referida lei tem âmbito de aplicação apenas federal, isto é, suas normas são aplicáveis à estrutura da Administração Pública federal, direta e indireta, não obrigando, portanto, Estados, Municípios ou o Distrito Federal, ou seja, não é uma lei nacional, nada impedindo que outro ente federativo edite lei específica sobre a matéria.

Definido o processo administrativo, portanto, como “o instrumento que formaliza a sequência ordenada de atos e de atividades do Estado e dos particulares a fim de ser produzida uma vontade final da Administração” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1026), os princípios a ele aplicáveis estão devidamente arrolados no art. 2.º da Lei n.º 9.784/99: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Antes, porém, é preciso tecer alguns comentários sobre a classificação dos processos administrativos. BANDEIRA DE MELLO assim leciona:

Assim, desde logo, fala-se em ‘procedimentos internos’, que se desenrolam circunscritos à intimidade, à vida privada intestina da Administração, em contraste dos ‘procedimentos externos’, de que participam os administrados. Mencionam-se, *exempli gratia*, os procedimentos ‘recursais’ ou ‘revisoriais’, alude-se aos ‘procedimentos contenciosos’, de par com outros que a Administração intervém para resguardar interesses de terceiros em consideração à boa ordem administrativa, como ocorre no procedimento para registro de marcas e patentes. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 499).

Para referido administrativista, os princípios e garantias do administrado se referem aos procedimentos externos que, segundo ele, dividem-se novamente em ampliativos ou restritivos, dando especial importância para esta última categoria, pois dela advém muitos dos princípios retores do processo administrativo, particularmente quando se estabelece alguma sanção como ato administrativo final. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 500).

Interessa, também, a classificação prevista por Carvalho Filho (2015, p. 1026-1027), para quem há dois grandes grupos de processos administrativos, os não litigiosos e os litigiosos. Os primeiros, como indicado pelo próprio nome, são aqueles em que não se apresenta um conflito de interesses entre o Estado e o particular, sendo que através dele se concretiza apenas o desempenho de uma função administrativa. Traz como exemplo o inquérito policial e a sindicância administrativa, que se prestam apenas a uma apuração. Já o grupo dos processos administrativos litigiosos contém realmente interesses em conflito entre o Estado e o administrado, que se constitui no mesmo conflito a que se refere o processo judicial, sendo que a diferença é que neste há coisa julgada, função jurisdicional, e naquele não. Guardando semelhança com processos judiciais, na categoria dos processos administrativos litigiosos há uma aparência de processo judicial, tanto que se costuma chamá-los de *judicialiformes*. Como exemplo, o clássico processo administrativo disciplinar – processo administrativo como espécie. Ocorre que aqui os conflitos com o Estado são decididos pelo próprio Estado, que assume a posição de parte e de julgador, sendo que suas decisões podem ser impugnadas na via judicial. Exemplos também nos conflitos de natureza tributária e previdenciária.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 768-769) traz mais uma classificação pertinente: separa os processos administrativos em gratuitos ou contenciosos. Para ela, chamam-se gratuitos os processos em que os próprios órgãos da Administração são encarregados de fazer atuar a vontade concreta da lei, visando atingir os fins estatais que lhe são confiados, mas que nem sempre vão envolver uma decisão da Administração sobre uma pretensão do particular. Já o contencioso é o que se desenvolve perante um órgão cercado de garantias que asseguram a sua independência e imparcialidade, e que tem competência para proferir decisões com força de coisa julgada sobre a lida surgida entre a Administração e o administrado. Observa-se que esse processo só pode se desenvolver em países que adotam o contencioso administrativo, sendo que naqueles que adotam o sistema de unicidade de jurisdição, como o caso do Brasil, esse tipo de processo só ocorre perante o Poder Judiciário.

Lucas Rocha Furtado (2012, p. 1004), apresenta como classificação mais importante a que divide os processos administrativos em processos ampliativos de direito e processos restritivos de direito, observando que o contraditório e ampla defesa impostos pela Constituição Federal são de observância obrigatória em todo e qualquer processo restritivo de direito, e não necessariamente no processo ampliativo de direito, que inclusive não exige tanto rigor formal.

É possível verificar, não obstante a diferença de nomenclatura, um denominador comum nas classificações apresentadas: a existência, ou não, de um litígio entre a Administração Pública e o administrado. E a diferença é fundamental quando se busca averiguar os princípios aplicáveis ao processo administrativo.

Emparelhando-se com as tendências contemporâneas do Direito Administrativo, tanto em sua finalidade de limitação do poder e garantia dos direitos individuais dos administrados frente o Estado, a Constituição Federal de 1988 trata de parte considerável da atividade administrativa, pressupondo que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração Pública. Dá-se, assim, grande destaque à nova concepção da processualidade no âmbito da função administrativa, transpondo para ela os princípios do “devido processo legal”. (GRINOVER, 1991).

Neste sentido, BANDEIRA DE MELLO enumera os princípios que atingem o processo administrativo:

No ordenamento jurídico-positivo brasileiro podem ser identificados 12 princípios obrigatórios, com fundamento explícito ou implícito na Constituição. Nove destes princípios são aplicáveis a todo e qualquer tipo de procedimento e apenas três deles deixam de ser aplicados a certas espécies de procedimentos. São os seguintes: (I) princípio da audiência do interessado; (II) princípio da acessibilidade aos elementos do expediente; (III) princípio da ampla instrução probatória; (IV) princípio da motivação; (V) princípio da revisibilidade; (VI) princípio da representação e assessoramento; (VII) princípio da lealdade e boa-fé; (VIII) princípio da verdade material; (IX) princípio da celeridade processual; (X) princípio da oficialidade; (XI) princípio da gratuidade; (XII) princípio do informalismo. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 501-502).

Para BANDEIRA DE MELLO (2015, p. 501-502), o princípio da audiência do interessado, que se aplica a todo e qualquer processo administrativo, trata-se na verdade de uma espécie de contraditório. Mas para além de meramente ser ouvido, o princípio implica ao administrado a oportunidade, concretamente, de manifestar-se sobre o desenrolar do procedimento e seus incidentes, tendo como fundamento o art. 5.º, inc. LV, da Constituição Federal³. Explica que os princípios da audiência do interessado e o da ampla instrução probatória, nos processos administrativos não restritivos ou ablatórios de direito, assentam-se não no fundamento do art. 5.º, inc. LV, da CF, mas sim num fundamento genérico implícito que decorre do art. 1.º, inc. II, da Constituição Cidadã, pois um de seus fundamentos é a cidadania e a soberania popular. Daí que a decisão administrativa que ocorresse sem contraditório feriria a “cidadania” e o republicanismo que a Constituição Federal vem pregar. (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 506).

³ Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Malgrados os esforços de argumentação apresentados, se para o referido doutrinador o contraditório está presente em todo e qualquer processo administrativo, como positivado no art. 2.º da Lei n.º 9.784/99, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao tratar deste princípio juntamente com a ampla defesa, deixa claro recorte mais específico e também pertinente ao tema aqui proposto: “O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas”. (DI PIETRO, 2016, p. 777).

No mesmo sentido, José dos Santos de Carvalho Filho:

O mandamento constitucional abrange processos judiciais e administrativos. É necessário, todavia, que haja litígio, ou seja, interesses conflituosos suscetíveis de apreciação e decisão. Portanto, a incidência da norma recai efetivamente sobre os processos administrativos litigiosos. A interpretação *a contrario sensu* é a de que não incide o princípio sobre processos não litigiosos. É o caso, por exemplo, do inquérito policial, do inquérito civil, da sindicância prévia de mera averiguação. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1031).

Dirley da Cunha Junior (2015, p. 565), esclarece, no mesmo sentido, que os princípios da ampla defesa e do contraditório fazem com que, no processo administrativo, sejam respeitadas as garantias à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, desde que nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.

BACELLAR FILHO também se posiciona, acrescentando detalhe importante:

A Constituição Federal assegura aos litigantes e aos acusados em geral contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela interentes. Litigantes podem ser entendidos como aqueles sobre os quais pende uma controvérsia, um conflito de interesses, cuja decisão compete à Administração. O conflito pode dar-se entre particulares com controvérsias entre si, o que ocorre nas licitações por exemplo, e entre particulares e a Administração, como sucede na grande parte dos recursos administrativos. [...] Nestes dois últimos exemplos de conflitos, que têm em comum a presença da Administração como interessada e julgadora, fica nítida a diferença com o processo judicial, em que o Estado/juiz encontra-se equidistante das partes. (BARCELLAR FILHO, 2008, p. 89-90).

Com efeito, a distinção, sutil, é determinante para que se verifique, mais além, a incidência do princípio da cooperação, na perspectiva de um contraditório substancial.

Ora, se o contraditório, entendido como corolário da ampla defesa, se faz presente apenas em processos administrativos em que efetivamente haja um litígio, ou, utilizando a classificação de Bandeira de Mello, nos processos administrativos externos restritivos ou ablatórios de direitos, haverá contraditório entre partes que, tecnicamente, não estão em lados opostos e em paridade, pois, se de um lado tem-se o administrado, do outro está a própria Administração Pública que, além de parte, também é a encarregada do julgamento final, da decisão administrativa final que se busca com aquele processo. Não há, portanto, a triangulação típica dos processos judiciais.

A problemática aumenta quando se considera que o Supremo Tribunal Federal, na Súmula Vinculante n.º 5, já definiu que “*a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição*”. É que, se a falta de defesa técnica em um processo administrativo litigioso como evidentemente é o processo administrativo disciplinar, pois pode resultar em grave sanção ao servidor, não fere o contraditório, tanto menos feriria a ausência de cooperação entre as partes, já que, como acima mencionado, além de adversários uma delas é a própria julgadora do feito.

Em resumo: nos processos administrativos não litigiosos, ou não externos e restritivos, não há, com fundamento no art. 5.º, inc. LV, da Constituição Federal, contraditório propriamente dito, não havendo, portanto, cooperação entre os envolvidos. O exemplo seria se, no Inquérito Policial, a Autoridade Policial devesse, a fim de garantir o contraditório substancial, cooperar com o investigado, informando-o das investigações, buscando evitar decisões surpresas. Lado outro, nos processos administrativos litigiosos, ou externos e restritivos de direitos, há contraditório, tanto porque decorre de comando constitucional (art. 5.º, inc. LV, da CF), como também porque expressamente disposto no art. 2.º da Lei n.º 9784/99. Ocorre que este contraditório não é o mesmo daquele do processo judicial, tanto é que a ausência de defesa técnica não o viola, podendo o administrado atuar por si mesmo, elaborando sua defesa e acompanhando o processo. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 1031). E em não sendo, portanto, princípios que materialmente se expressam da mesma maneira, pode-se afirmar que este novo princípio da cooperação trazido pelo art. 6.º do NCPD, e que decorre de um contraditório substancializado, incide nos processos administrativos?

Seguindo esta linha de raciocínio, não.

A uma porque a formação processual administrativa, ainda que nesse processo *judicialiforme*, não é a mesma disposição de partes do processo judicial: não há triangulação entre os sujeitos, pois a Administração Pública tanto é parte como também é julgadora, havendo apenas ela e o administrado naquele litígio administrativo.

A duas porque se a falta de defesa técnica não ofende a Constituição, como sumulado de forma vinculante pela Suprema Corte brasileira, que bem sabe da importância

e da estatura constitucional do princípio do contraditório, bem menos ofenderia a falta de cooperação entre a Administração Pública e o administrado.

E a três porque “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, nos termos do art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Ou seja, a decisão administrativa pode ser revista pelo próprio Judiciário, como muitas vezes o é, quando então se forma um processo judicial acerca daquela demanda antes reservada à esfera administrativa. Aí sim se terá, efetivamente, cooperação entre Administração Pública e administrado, sujeitos litigantes em um processo que será decidido por um Magistrado, uma autoridade estatal, terceiro nesta relação. Formada a triangulação processual, na esfera jurisdicional, nada impede que se aplique o art. 6.º do Código de Processo Civil ao litígio, ainda que envolva a Fazenda Pública e todas as suas prerrogativas decorrentes do regime juspublicista.

Todavia, apenas por um esforço interpretativo, e levando em consideração o argumento de Bandeira de Mello de que há fundamentação jurídica para o contraditório em todos os processos administrativos, litigiosos ou não, seja em função do disposto no art. 5.º, inciso LV, da CF, seja por respeito à cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil, vale o questionamento: que tipo de cooperação, nos termos daquela prevista no art. 6.º, do NCPC, poderia então existir entre a Administração Pública e o administrado?

Especificamente ao explanar o princípio do contraditório, DI PIETRO assim se posiciona:

Em atendimento aos princípios do contraditório e da ampla defesa, a Lei n.º 9.784/99 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos de que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente [...] Além disso, a mesma lei impõe a intimação do interessado nos seguintes casos: para ciência de decisão ou efetivação de diligência (art. 26); para conhecimento de atos do processo que resultem em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e para os atos de outra natureza, de seu interesse (art. 28); para a prestação de informações ou a apresentação de provas (art. 39), para apresentar alegações, em caso de interposição de recurso (art. 62). (DI PIETRO, 2016, p. 777).

Elencados estes artigos como formas de fazer valer o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo, permanece a pergunta feita anteriormente: em que medida se daria a cooperação, na perspectiva de um contraditório substancial e entendida nos

seus desdobramentos de deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio? Que outras situações que não estas relacionadas ao princípio do contraditório poderiam ser consideradas situações de utilização do princípio da cooperação?

Busca-se a resposta através do cotejamento entre alguns artigos já existentes na Lei n.º 9.874/99 e os quatro desdobramentos da cooperação acima já mencionados: dever de esclarecimento, dever de diálogo, dever de prevenção e auxílio.

Como ideias de dever de esclarecimento, diálogo e auxílio, poder-se-ia interpretar o art. 6.º, parágrafo único, da Lei n.º 9784/99: “É vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas”. Decerto que a lei se refere ao servidor encarregado de receber o pedido de instauração do processo e não ao servidor ou comissão de servidores que efetivamente decide o processo administrativo em si, mas pode ser considerado um esboço de diálogo entre sujeitos. Vale a ressalva, porém, que a *mens legis* deste artigo é voltada muito mais para a boa orientação, proibidade e boa-fé da Administração Pública quando se trata de administrado atuando sem Advogado constituído, do que cooperação nos moldes daquela delineada pelo Código de Processo Civil, visando ser um “novo dimensionamento de poderes no processo, o que implica necessidade de revisão da cota de participação que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual”. (MARINONI *et al*, 2016, p. 99).

Outro exemplo próximo da cooperação prevista no Código de Processo Civil, mas que já existia na Lei n.º 9.784/99, seria a consulta pública prevista nos seus artigos 31 e 32, que se presta a ajudar a autoridade competente a tomar uma decisão com base em debates sobre a matéria do processo, desde que relevante a questão jurídica apresentada. (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 1022). Seria possível aventar a possibilidade de que esta audiência pública equivaleria, guardadas as proporções, ao saneamento realizado cooperativamente, conforme estabelecido no art. 357, § 3.º, do Código de Processo Civil. Observa-se, contudo, que a consulta se destina à manifestação de terceiros que não a Administração e o administrado, presentes naquela relação processual, numa espécie de *amicus curiae* administrativo. Não tem este artigo, portanto, a mesma ideia de cooperação daquela prevista pelo Código de Processo Civil de 2015, que se destina à dinâmica processual interna, e sugere “o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa”. (MARINONI *et al*, 2016, p. 500).

Indo além, o rol de direitos dos administrados elencado no art. 3.º, da Lei n.º 9.784/99, entre eles ser tratado com respeito pelas autoridades da Administração, ter ciência

da tramitação do processo administrativo, formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, e fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, têm muito mais relação com os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, do que com a cooperação como base de um modelo processual cooperativo que visa, reiterar-se, “organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo, estruturando-o como verdadeira comunidade de trabalho”. (MARINONI *et al*, 2016, p. 496).

Quanto à necessidade de motivação das decisões proferidas nos processos administrativos, também não se pode enquadrar como desdobramento da cooperação ou colaboração prevista no Código de Processo Civil. É que todos os atos administrativos possuem como um de seus atributos o motivo, sendo dever da Administração Pública, em respeito à legalidade e à moralidade, e também para facilitar o controle das decisões tomadas, indicar quando e como determinado fato, documento ou alegação influenciou na decisão final. (MEDAUAR, 2011, p. 179). Raciocínio contrário seria afirmar que, antes do advento do art. 6.º do Código de Processo Civil, as decisões tomadas pela Administração Pública, sejam aquelas finais nos processos administrativos ou mesmo os atos administrativos isolados, não precisariam ser motivadas, o que fere os princípios que regem toda a Administração Pública brasileira, aqueles do art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

3.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da colaboração, previsto no artigo 6.º do Código de Processo Civil, certamente traz, além de muitas mudanças, inquietações ao mundo jurídico. Importado do Direito europeu, o princípio em questão prevê que o processo seja produto da atividade cooperativa triangular, entre juiz e partes, exigindo, de forma moderna, um juiz ativo no centro da controvérsia e a participação das partes por meio do caráter isonômico entre os sujeitos processuais. (DONIZETTI, 2016, p. 42).

Para muito além de ser apenas *mais um* artigo de lei, o referido princípio visa a construção de toda uma nova maneira de se enxergar um processo: o processo cooperativo. Partes e juiz têm o dever (imposto) de cooperar entre si, pois objetivo do processo, a tutela jurisdicional justa e oportuna, é interesse de todos os sujeitos processuais. (TALAMINI e WAMBIER, 2016, p. 83).

Há, portanto, um contraditório substancial, um *contraditório qualificado*, cuja consequência é o processo cooperativo. Observa-se, entretanto, não ser toda e qualquer

intimação das partes que se caracteriza como colaboração processual. Ao contrário, um processo cooperativo, nos moldes daquele importado do direito europeu e delineado no Código de Processo Civil exige muito mais do que a mera paridade de armas, ou então a simples oitiva de todos os envolvidos na contenda. Propõe, em verdade, uma “comunidade de trabalho” entre os envolvidos. (DELLORE *et al*, 2016, p. 86).

É sabido, outrossim, que o aparato processual civil se estende aos processos administrativos, situação consolidada já muito antes do advento do Código de Processo Civil de 2015. A dinâmica processual administrativa, contudo, não é a mesma daquela que se desenrola em um processo jurisdicional.

Primeiramente porque não há triangulação em processo administrativo. Existe de um lado o administrado, ou servidor, e de outro a própria Administração Pública, que além de parte é julgadora do feito. Também porque nem todo processo administrativo envolve um litígio entre os envolvidos. Como visto, para alguns renomados doutrinadores da disciplina, como José dos Santos de Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Romeu Felipe Bacellar Filho, se não há litígio entre os envolvidos no processo administrativo, sequer há contraditório. Por outro lado, para Bandeira de Mello, há contraditório em todos os tipos de processo administrativo, seja em função do art. 5.º, inc. LV, da CF, quando litigioso; ou, não havendo disputa, calcado no art. 1.º, inc. II, da CF, vale dizer, em respeito à cidadania como fundamento da República Federativa do Brasil.

Delimitada esta primeira questão, provoca-se a segunda: se o princípio da cooperação, estabelecido no Código de Processo Civil, tem íntima relação com uma faceta substancial do contraditório, é possível afirmar que ele existe no processo administrativo, considerando todas as suas peculiaridades?

A rigor, não.

Três argumentos fortaleceram esta resposta. O primeiro se refere à própria formação processual administrativa. Ainda que nesse processo considerado *judicialiforme*, em que visivelmente há um litígio entre administrado e Administração Pública, esta última tanto é parte como também é julgadora, não havendo triangulação processual. O segundo porque se a falta de defesa técnica não ofende a Constituição, nos termos da Súmula Vinculante n.º 5 do Supremo Tribunal Federal, bem menos ofenderia a sistemática processual a falta de cooperação entre a Administração Pública e o administrado, quanto mais que, nos processos administrativos em que não há patrocínio de Advogado, a formação de um processo cooperativo seria dificultosa, pois implicaria numa evidente falta de equilíbrio entre os sujeitos processuais. E em terceiro lugar porque nada impede que a decisão administrativa seja revista pelo próprio Poder Judiciário, quando então se forma

um processo judicial com três sujeitos processuais, Administração Pública, administrado e Juiz, terceiro nesta relação, quando então se pode aplicar o art. 6.º do Código de Processo Civil ao litígio.

De mais a mais, é preciso registrar que os artigos da Lei Federal n.º 9.784/99 referentes ao andamento do processo administrativo, ou seja, artigos que impõem necessidade de intimação do administrado, motivação de decisões, previsão de recursos, não se referem a um processo cooperativo como propõe o art. 6.º do Código de Processo Civil, mas relacionam-se na verdade com os princípios do contraditório e da ampla defesa, e também com legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, princípios basilares da Administração Pública positivados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. É que não se pode afirmar, reiterar-se, que a simples previsão de intimação da parte contrária ou de existência e possibilidade de recurso é processo cooperativo, como se fosse mera substituição do contraditório. Ao contrário, a formação e criação de um sistema cooperativo transcende, vai além do mero contraditório, e necessita, minimamente, de envolvidos devidamente representado por seus Advogados, que possam dialogar então com o Magistrado, formando a tal triangulação processual. E considerando que a inexistência de advogado no processo administrativo não ofende a Constituição, como sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, a cooperação seria por si desigual caso alguns processos tivessem, ou não, a presença do procurador.

É certo que existe todo um novo mundo decorrente da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, e que atualmente o processo administrativo também deve ser compreendido à luz destas mudanças, porém nem todas as novidades podem ser transpostas sem pudores ao processo administrativo. É preciso cotejá-las à realidade diferenciada do Direito Administrativo, do regime jurídico *juspublicista*, e das diversas peculiaridades que envolvem a Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil, volume 1. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BITTAR, Eduardo C. B. **Teoria do Estado**: filosofia política e teoria da democracia. 5. ed. ver. atual. e modif. São Paulo: Atlas, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 abr. 2017.

_____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 03 abr. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.
Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.
Acesso em 03 abr. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

CARACIOLA, Andrea Boari; DE ASSIS, Carlos Augusto; DE SOUZA, André Pagani; DELLORE, Luiz; FERNANDES, Eduardo Simardi. **Teoria Geral do Processo Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. rev. ampl. e atual. Editora Juspodivm: Salvador, 2015.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio; DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira; STRECK, Lenio Luiz. **O “bom litigante” – Riscos da moralização do processo pelo dever de cooperação do novo CPC**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 23, n. 90, p. 339-354, abr./jun. 2015.)

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364050/mod_resource/content/0/FREDIE%20DIDIER%20-%20Os%20tr%C3%AAs%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo,%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf> Acesso em 10 de abril de 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: jan./mar. 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de processo civil: teoria geral do processo, volume 1**. 16 ed. reformulada e ampliada de acordo com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BUSCA PELA UNIFORMIDADE E ESTABILIZAÇÃO DAS DECISÕES NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gabriela Marchioro Carvalho

4.1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro adota-se o sistema normativo do *civil law*, onde a fonte primária do direito são as leis, sendo que os costumes e a jurisprudência são utilizados como fonte secundária, a fim de que sejam preenchidas eventuais lacunas deixadas pelo legislador. Entretanto, cresce diariamente a divergência jurisprudencial no Brasil, onde juízes e tribunais interpretam o direito positivado de diferentes maneiras, o que resulta na atribuição de soluções distintas a demandas jurídicas idênticas, trazendo por consequência, instabilidade e insegurança ao poder judiciário. Diante disso, o atual Código de Processo Civil valoriza a formação e a aplicação do sistema de precedentes judiciais, instituto característico do sistema normativo do *common law*, com o intuito de uniformizar e estabilizar as decisões judiciais, assegurando maior efetividade na prestação da tutela jurisdicional, e por consequência, garantindo o princípio da segurança jurídica.

Assim, o presente artigo tem por objetivo analisar o sistema de precedentes judiciais e a aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de apontar as possíveis formas de sua aplicação e quais serão os possíveis efeitos práticos mediante a adoção dos precedentes como novas fontes do direito. Ademais, tem por objetivo estabelecer o conceito de precedentes, bem como analisar os conceitos específicos que compõem os precedentes e as técnicas para a devida aplicação do sistema. Objetiva-se também a análise dos precedentes como novas fontes do direito estabelecidas pelo atual Código de Processo Civil e, além disso, explicar de que forma o sistema será eficaz para solucionar a questão da divergência jurisprudencial no Brasil.

4.2 PRECEDENTES JUDICIAIS COMO FONTES DO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

O atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) visa solucionar os litígios de forma mais célere, comprometendo-se com a efetividade na prestação da tutela jurisdicional. O direito processual civil passa a considerar as disposições de outros sistemas, observando a evolução do direito, equilibrando a legislação positivada e o que é produzido pelos tribunais de justiça e, desta forma, adaptando-se às mudanças necessárias. Assim, o CPC/2015 “representa grande avanço, uma vez que se tentou dar uma roupagem mais didática, de fácil interpretação, e, sobretudo, com a simplificação de procedimentos, incorporando valores constitucionais” (GALINDO, 2016, p. 12).

Nota-se atualmente que a legislação não basta para atender as necessidades da sociedade, uma vez que “os textos são equívocos e as normas são vagas”, motivo pelo qual a decisão judicial passa a ser considerada como meio para solucionar os casos concretos, apta a unificar o direito. Em suma, os fundamentos de uma decisão servirão como elementos aptos a concretizar de forma reconstrutiva as normas. (MARINONI *et al*, 2016b, p. 986).

As fontes do direito devem ser compreendidas como fatos ou atos dotados de coercitividade, os quais são capazes de produzir normas jurídicas, de acordo com o ordenamento jurídico perante o qual estiverem inseridos. (BERTÃO, 2016, p. 2). No Código de Processo Civil revogado (BRASIL, 1973), mais precisamente no art. 126, tinha-se a legislação como principal fonte do direito, todavia com o advento do CPC/2015, aumenta-se a valorização dos precedentes judiciais. (PEIXOTO, 2016, p. 37). O princípio da mera legalidade deixa de ser a norma de reconhecimento do sistema brasileiro, dando lugar ao princípio da legalidade ampla constitucional. Desta feita, a constitucionalização do processo, conforme o art. 1º do CPC (BRASIL, 2015), modifica a aplicação do direito, “sendo necessário quebrar definitivamente com dogmas ainda presos a um paradigma do Estado Liberal” (PEREIRA e ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 3). Considerando a evolução da sociedade, com o aumento da complexidade das relações entre os indivíduos, a legislação deixa de atender as necessidades, e com isso, chama-se o Poder Judiciário para suprir essa deficiência. (PEIXOTO, 2016, p. 29).

O *stare decisis* vem progressivamente se flexibilizando, para poder atender à extrema heterogeneidade e variabilidade das relações sociais, que não podem sofrer engessamento de normas jurídicas estáticas, pois a revelação do seu conteúdo e do seu alcance deve acompanhar as mutações fáticas e axiológicas das situações a que

se aplicam. [...] embora baste apenas um precedente para influenciar os julgamentos futuros, comparam-se rigorosamente todas as circunstâncias do precedente e do novo caso para assegurar a absoluta identidade de situações a justificar a incidência da mesma regra. (GRECO, 2004, p. 2).

Em ambos os sistemas, *civil law* e *common law*, busca-se a isonomia no direito, ou seja, tratar casos análogos de forma igual, a ponto de solucionar as questões jurídicas de forma semelhante, levando em conta o precedente judicial para resolver casos futuros. Os precedentes judiciais devem ser considerados como um elemento complementar na busca pela interpretação e aplicação do direito, a fim de resolver os casos práticos. (ROSSI, 2015, p. 139). A busca pela unidade do direito deve ser compreendida sob dois aspectos, retrospectivo e prospectivo, visto que, ao mesmo tempo em que se soluciona questões jurídicas controvertidas, desenvolve-se o direito propriamente dito, adequando-o às necessidades atuais e colocando-o de acordo com os interesses da sociedade. (BERTÃO, 2016, p. 11). Em outras palavras, interpretar e aplicar o direito tendo por base os precedentes judiciais depende, também, da legislação e dos costumes, considerando o precedente como “um acúmulo de experiências históricas a ensejar um posicionamento da jurisprudência na compreensão de determinado tema ou litígio” (ROSSI, 2015, p. 152).

Ao considerar os precedentes como fontes do direito, confere-se a estes a natureza de norma geral, pois se extrai do precedente uma norma aplicável a casos futuros. Ressalva-se que a regra extraída não será elaborada de forma implícita ou explícita pelo juiz do caso precedente, mas sim, pelo juiz do caso posterior ao utilizar-se do caso precedente como fundamento. Com isso, não se pode confundir o precedente com a norma que será extraída, mas sim, compreendendo os precedentes judiciais como instrumentos aptos a criar normas jurídicas mediante o exercício da jurisdição. Portanto, as decisões judiciais caracterizadas como precedentes são fontes do direito pelo fato de que destas serão extraídas normas jurídicas capazes de fundamentar novos julgados. (BERTÃO, 2016, p. 2-3).

Em vista disso, utilizando-se dos precedentes como fundamentação para uma decisão em um caso concreto, busca-se alcançar a coerência e integridade do direito, de modo que, havendo divergência a respeito de uma determinada temática, far-se-á uma análise dos posicionamentos, resolvendo o caso de forma dialética e fundamentada, evitando-se assim, a mera repetição de ementas e julgados fora do contexto da decisão. (FOGAÇA e FOGAÇA, 2015, p. 520).

Com a entrada em vigor da nova legislação processual, rompe-se com o caráter persuasivo que se atribuíra à jurisprudência, vinculando os precedentes judiciais, de forma

que a prestação da tutela jurisdicional venha a ocorrer de forma mais célere e efetiva, atendendo aquilo que os jurisdicionados esperam do Poder Judiciário, de modo a garantir a coerência e integridade do ordenamento jurídico. O sistema de precedentes judiciais estabelecido em nosso ordenamento pelo CPC/2015, se aplicado a partir da integração do trabalho entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, visando tutelar os direitos dos indivíduos, poderá contribuir de forma expressiva para o ordenamento jurídico brasileiro, garantindo a racionalidade do direito. (PEREIRA e ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 5-6).

É importante ressaltar as críticas feitas à adoção do sistema de precedentes judiciais perante o ordenamento jurídico brasileiro pelo atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Para Lenio Luiz Streck (2016), determinar que certas decisões sejam tidas como “instrumentos de vinculação decisória” não resolve a questão da insegurança jurídica, pois para o autor, esse é um problema relacionado à qualidade da prestação jurisdicional, vez que o sistema de precedentes judiciais ignora o fato de que a legislação vincula efetivamente a atuação do Poder Judiciário. O autor salienta dois aspectos relevantes no tocante à fundamentação com base nos precedentes, para ele não há textos pré-determinados nas decisões com base nos precedentes, não sendo possível limitar a *ratio decidendi* por um texto. Ademais, é necessário que haja a demonstração da singularidade de cada caso, ou seja, é preciso individualizar o caso em questão para que seja possível aplicar os precedentes, que não comporta previamente uma questão de fato. Nas palavras do autor “não há aplicação mecânica ou subjuntiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial”. Na opinião de Streck, é ingênuo acreditar que as Cortes Superiores sejam capazes de criar “super decisões”, aptas a solucionar a multiplicidade de demandas.

Sob o ponto de vista do autor, o CPC/2015 apenas cria “provimentos judiciais vinculantes cuja função é reduzir a complexidade judicial para enfrentar o fenômeno brasileiro da litigiosidade repetitiva”, sendo que, na opinião dele não se trata de um sistema de precedentes. Assim, para que os artigos 926 e seguintes do CPC/2015 possam contribuir de forma efetiva para a resolução das questões jurisdicionais contemporâneas, deverão ser lidos de acordo com o que dispõe a Constituição Federal. O autor ainda ressalva a respeito do risco de “caminharmos para estabelecimento de juízes legisladores e, por consequência, para uma *Juristocracia*” (grifo do autor), tendo em vista que estamos conferindo poderes aos Tribunais Superiores sem que estes sejam legítimos para tanto, visto que não estruturam uma jurisprudência íntegra, estável e coerente. (STRECK, 2016).

Consoante o exposto, segundo José Miguel Garcia Medina (2016), considera-se uma decisão judicial como precedente quando, pelas qualidades que dispõe, é devidamente

respeitada e seguida por decisões posteriores. Desta forma, a ausência de qualidade das decisões proferidas pelas Cortes Superiores no Brasil prejudica o reconhecimento dos precedentes, fazendo com que os juízes deixem de respeitá-los. O autor sustenta que os Tribunais Superiores não prezam pela estabilidade de suas decisões e, como exemplo, menciona os dizeres Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* 135.100 (BRASIL, 2016), o qual deixou de invocar a decisão proferida no HC 126.292, sob o argumento de que a decisão anterior não possui eficácia vinculante, considerando o disposto nos artigos 102 §2º e 103-A, ambos da Constituição Federal, “a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral”. Assim, o autor afirma que as decisões que não estejam no rol de decisões vinculativas da Constituição Federal terão apenas força persuasiva. Desta forma, sob a perspectiva de Medina, para aplicação do sistema de precedentes judiciais, é necessário que se leve em consideração o que dispõe a Constituição Federal, “sem se deixar levar por estrangeirices que nada tem a ver com nossa realidade jurídica e social. Levemos a sério o papel que deve ser desempenhado por nossos Tribunais superiores”.

A previsão de vinculação normativa e formal aos precedentes judiciais (a) não invade a competência constitucional de criação de normas atribuída ao Poder Legislativo; (b) é oportuna e alvissareira no contexto de um Estado Democrático Constitucional para a implementação de um sistema processual mais racional. (PEREIRA e ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 2-5).

Os autores explicam que, havendo interpretação operativa, será possível formar materialmente um precedente, porém, para que um precedente normativo seja considerado formalmente vinculante, é necessário que a decisão esteja de acordo com o previsto no art. 927 do CPC/2015. Desta feita, havendo simples aplicação do precedente, sem reconstruir o conteúdo propriamente dito, é o precedente anterior que será levado em consideração posteriormente, ou seja, “a nova decisão com base no precedente não é ela mesmo um precedente, mas apenas uma decisão judicial” (PEREIRA e ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 2-5).

Ademais, sob o entendimento dos autores, não há que se falar em “violação ao princípio democrático e à separação dos poderes”, pois com o sistema de precedentes o Judiciário não está legislando, mas sim, reconstruindo o conteúdo jurídico dos textos normativos através da interpretação operativa dos juízes. A intenção do sistema de precedentes judiciais não é inserir normas gerais e abstratas no ordenamento jurídico, o que se pretende é “vincular a solução jurídica de determinados juízes e tribunais às circunstâncias fáticas do caso concreto” (PEREIRA e ZANETI JÚNIOR, 2016, p. 2-5).

Outras críticas também são feitas à adoção do sistema de precedentes judiciais pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme Rafael Calheiros Bertão (2016, p. 11-13). Uma delas diz respeito a um possível “engessamento da atividade jurisdicional”, deixando de prestar a tutela jurisdicional de forma adequada e de acordo com a evolução da sociedade. Na verdade, busca-se impor aos tribunais o dever de enfrentar os precedentes judiciais, podendo afastar sua aplicação, desde que fundamentem de forma adequada, arguindo de forma clara e precisa os motivos pelos quais não o acolheram.

Paralelamente, também se critica a complexidade dos sistemas de precedentes judiciais, pois alega-se que por haver uma quantidade considerável de julgados, isto dificultaria a cognição das normas jurídicas postas. Entretanto, essa afirmativa não merece prosperar, considerando que atualmente, fazendo uso da internet, o acesso à informação torna-se amplo, onde a divulgação das decisões judiciais torna-se simples e de fácil acesso a todos. Além disso, a doutrina terá o papel fundamental na adoção do sistema de precedentes, ficando com o encargo de “selecionar os principais precedentes, comentá-los e difundi-los aos aplicadores do direito, não sendo tão diferente do que já ocorre com as súmulas e jurisprudências do sistema atual” (BERTÃO, 2016, p. 12). Tem-se o intuito de simplificar a atividade jurisdicional com a uniformização da interpretação, não aumentar a complexidade do ordenamento jurídico, como muitos acreditam.

Além disso, para alguns o sistema de precedentes judiciais ofende o princípio do livre convencimento motivado e a independência do magistrado, vez que impõe a ele o dever de julgar de acordo com as decisões anteriores, vindo a restringir sua cognição. Razão não assiste a quem utiliza-se destes argumentos, posto que se trata de “princípios que regem a apreciação probatória do juiz, podendo este valorar as provas da forma que entender pertinente e fundamentar sua decisão em qualquer uma das apresentadas” (BERTÃO, 2016, p. 12). Portanto, o sistema de precedentes judiciais diz respeito à valoração dos fatos pelo juiz, e não está ligado a restrições aos instrumentos normativos cogentes que o julgador deve seguir.

Por fim, no que diz respeito à crítica feita ao *stare decisis*, pelo fato de que o sistema vai contra à tripartição dos poderes, ofendendo o princípio da legitimidade, deve-se afastar tal entendimento pois “não há qualquer mácula à legitimidade democrática, posto que a investidura dos juízes, enquanto entes responsáveis pelos julgamentos, é extraída da constituição” (BERTÃO, 2016, p. 13). É um equívoco considerar que apenas o legislador estaria então apto a elaborar as normas, visto que, a atividade do magistrado vai além, abrange o dever de interpretação das normas. A respeito, destaca-se o entendimento de Rafael Calheiros Bertão:

O sistema de precedentes não torna os juízes legisladores ou imputam qualquer ofensa à tripartição de poderes. Ocorre, assim, um reconhecimento das normas jurídicas criadas a partir da interpretação dos juízes, limitando-se novos debates e reinterpretações de fatos já devidamente decididos. (BERTÃO, 2016, p. 13).

Assim sendo, após afastar as críticas dirigidas ao sistema de precedentes, o próximo capítulo versa sobre as disposições no atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) no tocante aos precedentes e as vantagens que a adoção do sistema traz ao ordenamento jurídico brasileiro.

4.3 PRECEDENTES JUDICIAIS NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.3.1 Como os precedentes foram disciplinados no atual código de processo civil

O atual Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 13.103, de 16 de março de 2015, propõe a construção de um sistema de precedentes vinculantes, trazendo no Livro III “Dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais”, em seu Título I “Da ordem dos processos e dos processos de competência originária dos tribunais”, a ampliação do rol de precedentes obrigatórios e dispõe acerca da formação de aplicação dos precedentes judiciais. (PEIXOTO, 2016, p. 146). Mediante isso, estabeleceu-se um sistema de precedentes onde os conflitos serão solucionados através de decisões, as quais servirão de parâmetro normativo obrigatório. (ROSSI, 2015, p. 153).

O artigo 926 do atual CPC (BRASIL, 2015), prevê que “os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Pela leitura do dispositivo legal, entende-se que a jurisprudência deverá ser mantida estável e não deverá ser alterada sem propósito, tendo em vista que “não se pode pensar em entendimentos que não sejam passíveis de alteração, tendo em vista as transformações sociais e econômicas inerentes à sociedade moderna”, devendo o entendimento jurisprudencial ser coerente e íntegro. (NERY e NERY JÚNIOR, 2015, p. 1832).

O *caput* do referido artigo evidencia a atribuição que o atual Código de Processo Civil concede aos precedentes judiciais, “inclusive a título de racionalização e uniformização dos entendimentos obteníveis como resultado da prestação jurisdicional” (BUENO, 2015, p. 569). Desta forma, o artigo 926 estabelece os deveres gerais para os tribunais no tocante à construção e manutenção do sistema de precedentes, quais sejam: a) o dever de

uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade; d) o dever de coerência; e e) o dever de dar publicidade adequada aos seus precedentes. (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 487). Nesse mesmo sentido, é o que dispõe o enunciado de nº 316 do FPPC (BRASIL, 2016): “A estabilidade da jurisprudência do tribunal depende também da observância de seus próprios precedentes, inclusive por seus órgãos fracionários”.

Para que se possa construir uma sistemática de precedentes, é imprescindível que os próprios tribunais que estabelecem as decisões vinculantes “mantenham uma jurisprudência razoavelmente estável”, estando, exceto nos casos de superação de precedentes, vinculados às próprias decisões (*stare decisis* horizontal). (PEIXOTO, 2016, p. 147).

Os autores Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2016b, p. 987-988) lecionam em sua obra a respeito da distinção entre os tribunais perante a organização do judiciário para que se possa constatar a quem compete a tarefa de uniformização. Para os autores, atribui-se às Cortes de Justiça (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça) a função de controlar a interpretação dos fatos, das provas produzidas e do direito aplicável aos casos concretos, bem como a função de incentivar o debate a respeito da solução dos casos por meio da jurisprudência. Já no tocante às Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), voltadas à unidade do direito, concede-se a estas a função de interpretar o direito partindo da solução de um caso concreto, assim como a função de “dar a última palavra a respeito de como deve ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país”. Desta forma, atribui-se a tarefa de uniformizar a jurisprudência às Cortes de Justiça, pois conforme os argumentos utilizados pelos autores:

Essas Cortes não devem repetir inúmeras e inúmeras vezes diante de milhares de casos concretos a mesma solução jurídica para uniformizar a aplicação do direito no nosso país. Devem dar unidade ao direito a partir da solução de casos que sirvam como precedentes para guiar a interpretação futura do direito pelos demais juízes que compõe o sistema encarregado de distribuir justiça a fim de evitar a dispersão do sistema jurídico.

Os parágrafos 1º e 2º do art. 926, do CPC/2015, foram inseridos com o intuito de esclarecer a forma adequada pela qual deverá proceder-se com a edição dos enunciados

de súmulas, as quais possuem força obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados, o que acarreta na presunção de que o tribunal é fiel à base fática pela qual a jurisprudência sumulada foi construída, e com isso “neutraliza o problema histórico dos enunciados das súmulas criados de forma abstrata, sem referência aos precedentes que levaram à sua conformação” (ZANETI JÚNIOR, 2014 apud DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 487-488). Dado o exposto, os parágrafos supramencionados apresentam que:

§1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Para Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 490), o art. 926 do CPC (BRASIL, 2015) deve ser interpretado no sentido de lhe ser dado máxima efetividade. Desta forma, nota-se que a exigência de integridade, coerência e estabilidade dos precedentes judiciais, inserida no dispositivo, acarreta na necessidade de se observar o rol do art. 927, sendo possível a “unificação de entendimento de todos os tribunais pátrios” (PEIXOTO, 2016, p. 149).

Assim, o art. 927 do CPC/2015 estabelece o rol hierárquico de precedentes obrigatórios, os quais foram elencados com o intuito de garantir os princípios da igualdade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia, sendo eles: a) as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade; b) os enunciados de sumula vinculante; c) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; d) os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional; e e) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados, devendo ser entendidos como precedentes obrigatórios exemplificativos. (PEIXOTO, 2016, p. 147-148).

Sob o ponto de vista de ARENHART; MARINONI; MITIDIERO (2016a, p. 647-651), o rol trazido pelo art. 927 do CPC/2015 carece de homogeneidade, vez que mistura decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade perante o STF, súmulas, decisões de solução de casos ou questões repetitivas e orientação do plenário ou do órgão especial, porém, permanece omissa quanto aos precedentes, propriamente ditos, *ratio decidendi* e fundamentos determinantes da decisão. Os autores argumentam

que, com relação às decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, é preciso esclarecer que estas decisões produzem coisa julgada *erga omnes*, ou seja, possuem eficácia obrigatória, e por essa razão, devem ser observadas por todos os juízes e tribunais. Ademais, quanto aos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, através dos quais solucionam-se os casos de massa ou de questões múltiplas, o precedente dependerá de repercussão geral da questão constitucional e de violação de lei federal ou de divergência em torno da sua interpretação por parte de tribunais distintos, tendo em vista que, a *ratio decidendi* extraída dos acórdãos prolatados em Recursos Extraordinários e Recursos Especiais possui efeito obrigatório. No tocante às súmulas, na opinião dos autores, estas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito, pelo fato de terem sido pensadas “a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que decisões têm efeito obrigatório”. Desta feita, em razão dos aspectos mencionados, os autores consideram a norma do art. 927 do atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), de caráter meramente exemplificativo.

Ademais, destaca-se o que estabelece o enunciado de nº 314 do FPPC (BRASIL, 2016): “As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal”.

Pondera-se que mediante a aplicação do sistema de precedentes judiciais, pode-se atribuir a estes seis efeitos jurídicos distintos, quais sejam: a) vinculante (obrigatório); b) persuasivo; c) obstativo da revisão de decisões; d) autorizante; e) rescindente; e f) de revisão da sentença. Com isso, cabe mencionar o disposto no enunciado de nº 170 do FPPC: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionados a eles submetidos”, ou seja, como o próprio nome sugere, atribui-se ao precedente a característica de vinculante (obrigatório) quando este for dotado de eficácia vinculativa em relação aos casos futuros que sejam análogos ao caso que deu origem ao precedente em si. (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 467-468).

Cabe ressaltar a distinção dos dois principais efeitos dentre todos os acima mencionados, sendo eles o vinculante/obrigatório e o persuasivo.

Os precedentes vinculantes/obrigatórios são aqueles que incidem sobre o juiz o dever de observá-los no momento de proferir uma determinada decisão judicial, sob pena de incidir em erro caso venha a deixar de segui-los, o que ocasionará a revisão desta decisão judicial através dos recursos cabíveis. (BERTÃO, 2016, p. 4). Em outras palavras, havendo um precedente judicial classificado como vinculante, o juiz “pode ser obrigado a decidi-lo do mesmo modo que foi decidido anteriormente, mesmo que ele possa dar uma

boa justificativa para não o fazer” (BARBOZA, 2014, p. 202). Por outro lado, quanto aos precedentes persuasivos, estes podem ser definidos como decisões que não vinculam um órgão judicial, mas sim, merecem ser considerados por órgãos inferiores ou superiores, os quais estarão livres para segui-los ou não (MEDINA, 2016b, p. 1313-1314). Assim sendo, referindo-se aos precedentes judiciais de caráter persuasivo, estes são caracterizados “pela faculdade dos julgadores de segui-los, ou seja, não há uma obrigatoriedade em sua aplicação e pode o julgador, querendo, deixar de seguir o precedente sem que tal ato constitua um erro” (BERTÃO, 2016, p. 4).

Para Cássio Scarpinella Bueno (2015, p. 571), o legislador teve a intenção de implementar através do art. 927 do CPC/2015, a política judiciária estabelecida pelo art. 926 “no que diz respeito à observância das decisões jurisdicionais pelos variados órgãos jurisdicionais, levando em consideração suas respectivas áreas de atuação originária e recursal”. Para tanto, o art. 927 do atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) estabelece uma regra geral a respeito dos parâmetros de observância dos precedentes judiciais, enunciados de súmulas e da jurisprudência dos tribunais e, além disso, traz, pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro, “referências à superação de entendimentos anteriormente fixados”, dispondo da seguinte forma em seus cinco incisos: a) no primeiro e no segundo inciso o legislador teve a preocupação de reforçar o caráter vinculante atribuído às decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade, bem como às súmulas vinculantes; b) no terceiro inciso o legislador inovou ao estabelecer que os juízes e tribunais estejam vinculados também aos “os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”; c) no inciso de número quatro o legislador concedeu, de forma inusitada, caráter vinculante às súmulas do STF e STJ; e d) o último inciso prevê que, juízes e tribunais observem “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 355).

Uma *vinculação interna* dos membros e órgãos fracionários de um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma Corte. Uma *vinculação externa* dos demais órgãos de instância inferior (juízes e tribunais) aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos. Afinal, o precedente não deve vincular só o tribunal que o produziu, como também os órgãos a ele subordinados. (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 479-480).

Prosseguindo com a análise dos dispositivos que tratam a respeito do sistema de precedentes judiciais no atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), nota-se pela leitura

dos cinco parágrafos trazidos pelo art. 927 do referido código, a tentativa do legislador em organizar as formas de modificação e superação “necessárias para uma práxis minimamente racional no que toca a súmulas e precedentes”. (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 359).

Na concepção doutrinária de Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2016^a, p. 662), conforme previsto no art. 927, § 1º do CPC/2015 que “os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo”, os autores vão além, argumentando que ao fazer uso dos precedentes para fundamentar as decisões, os julgadores deverão observar o direito contraditório, de acordo com o art. 5º, inciso LV da CF/88 e artigos 9º e 10º do CPC/2015, bem como respeitarão o dever de fundamentação analítica, conforme estabelecido pelo art. 93, inciso IX da CF/88 e art. 489, §1º do CPC/2015. Assim, aplicando-se ao sistema de precedentes judiciais a concepção contemporânea do princípio do contraditório, o órgão julgador poderá apenas modificar o entendimento partindo de questões que estejam sendo objeto de debate na relação processual. (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 356).

Ademais, é importante que se faça a ressalva quanto à importância da fundamentação, pois caberá ao julgador, de forma adequada e completa, fundamentar os motivos que o levaram a aplicar ou não o precedente judicial, não bastando simplesmente mencionar o precedente, ou parafrasear o texto extraído do precedente “sem fazer qualquer alusão ao que, de concreto, está sendo julgado na espécie”, devendo assim, “ser oportunizado às partes que se manifestem previamente, acerca do assunto”. (BUENO, 2015, p. 572).

Deverá o órgão julgador subordinar-se às exigências dos arts. 10 e 489, §1º, estes responsáveis pelas balizas relativas à correta validade dos fundamentos das decisões, prevendo o respeito à oportunidade das partes de terem se manifestado sobre o que se fulcrará como base da fundamentação, isso no decorrer da marcha processual (art. 10), bem como se limitar a invocar “precedente” ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e ainda, 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, ex vi do art. 489, §1º., V e VI. (GAIO JÚNIOR, 2016).

Ainda convém destacar que o atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), no art. 489, §1º, incisos V e VI, dispõe da seguinte forma acerca da importância da fundamentação nas hipóteses em que o julgador utilizar da técnica da distinção, abordada anteriormente no presente artigo:

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - 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.

Em suma, o inciso V define ser “imprescindível a análise da correspondência da sua tese com o caso debatido em juízo”, não bastando simplesmente invocar o precedente, sem demonstrar sua aplicabilidade ao caso concreto sob julgamento. Outrossim, o inciso VI, do referido dispositivo legal, impõe a necessidade de demonstrar que as questões de fato e de direito do precedente judicial estão em desacordo com o caso concreto. Em conjunto, os dois incisos acima mencionados tratam da *distinguishing*. (PEIXOTO, 2016, p. 187).

Do mesmo modo, a técnica do *overruling* também foi introduzida pelo legislador no atual Código de Processo Civil, conforme art. 927, §4º:

A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Por fim, merece ressalva o disposto no art. 927, §5º, o qual aduz que: “Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores”. Desta feita, o referido parágrafo dispõe acerca da necessidade de os tribunais proporcionarem a ampla divulgação dos precedentes. (THEODORO JÚNIOR *et al*, 2015, p. 362). Dessa forma, tanto os juízes quanto os jurisdicionados, poderão ter acesso ao entendimento jurisprudencial de um determinado tribunal. (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 489).

Mediante o exposto, constata-se que no art. 926 do atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) está previsto o *stare decisis* horizontal, enquanto o art. 927, do mesmo diploma legal, dispõe-se acerca do *stare decisis* vertical. (MARINONI *et al*, 2016a, p. 990). Deste modo, sob o ponto de vista de José Rogério Cruz e Tucci (2004, p. 16), precedentes

verticais são aqueles dotados de maior persuasão, os quais provêm de Cortes Superiores em relação aos tribunais inferiores, distinguindo-se dos precedentes horizontais, que emanam dos órgãos jurisdicionais situados no mesmo grau hierárquico do tribunal onde serão seguidos.

Os precedentes são horizontalmente vinculantes, pois, quando vinculam o mesmo órgão prolator, ou, ainda, outros órgãos com o mesmo nível hierárquico. Dessa forma, a resolução da questão jurídica de determinada maneira impõe para aquele órgão, que mantenha a tese nos demais julgamentos [...] Os precedentes verticalmente vinculantes, por outro lado, são aqueles que, emanados por órgão hierarquicamente superior, obrigam a adoção pelos demais [...] Dessa forma, juízes e tribunais que possuam relação subordinada deverão seguir os precedentes emanados pela Corte Superior. (BERTÃO, 2016, p. 5).

Melhor dizendo, na medida em que o *stare decisis* vertical estabelece que os tribunais inferiores sigam os precedentes judiciais dos tribunais superiores, o *stare decisis* horizontal exige que os órgãos jurisdicionais respeitem seus próprios precedentes. (BARBOZA, 2014, p. 199).

Dado o exposto, destinam-se os seguintes tópicos do presente artigo aos efeitos gerados pela adoção do sistema de precedentes judiciais em nosso ordenamento jurídico e sob quais aspectos a doutrina do *stare decisis* pode beneficiar a sistemática do processo civil brasileiro.

4.3.2 Busca pela uniformidade e estabilização das decisões judiciais

O filósofo Ronald Dworkin traz no prefácio de sua obra o seguinte ensinamento: “o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que nosso direito constitui a melhor justificativa do conjunto de nossas práticas jurídicas, e de que ele é a narrativa que faz dessas práticas as melhores possíveis” (DWORKIN, 1999).

É importante destacar que em um Estado Democrático de Direito, os valores de certeza, estabilidade e previsibilidade jurídica são essenciais para a aplicação do direito, além de ser necessário que haja uniformidade na interpretação e aplicação do direito quando do julgamento dos casos concretos pelos tribunais, pois “de nada adianta haver permanência das leis e da Constituição se não houver confiança e previsibilidade nas decisões judiciais, que também fazem parte da ordem jurídica” (BARBOZA, 2014, p. 237-241).

Desta feita, o atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) atendendo a necessidade de incentivar a construção de um entendimento jurisprudencial mais uniforme e estável, a fim de contribuir para a diminuição das incertezas e inseguranças presentes no ordenamento jurídico brasileiro, traz a adoção do sistema de precedentes judiciais, conforme exposto no tópico anterior. Entretanto, para que se aplique a doutrina do *stare decisis*, é necessário que a jurisprudência seja íntegra, sendo “imprescindível que os órgãos jurisdicionais respeitem suas próprias decisões”, além de elaborarem decisões aptas para que se extraiam os precedentes (orientações para futuras decisões), os quais serão seguidos pelo próprio tribunal que deu origem a esse precedente e pelos demais tribunais que compõem o judiciário. Logo, a ausência de harmonia entre os entendimentos jurisprudenciais é incompatível com a ideia de estabilidade e previsibilidade. (MEDINA, 2016b, p. 1302).

Em outras palavras, conforme Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 237-241) leciona em sua obra, os precedentes judiciais fundamentam-se na coerência, tanto nas decisões, quanto no sistema em sua totalidade. A coerência e a uniformidade compõem o conjunto de valores essenciais para garantir força ao sistema de precedentes, os quais devem ser alcançados pela função interpretativa dos juízes. Ademais, sob o ponto de vista da autora, com o *stare decisis* vertical garante-se a uniformidade, a segurança jurídica, a equidade e a eficiência do direito, sendo que no tocante ao *stare decisis* horizontal o direito é visto como integridade.

O dever de uniformizar condiz com o dever que os tribunais têm de não permanecer omissos nos casos em que houver divergência interna sobre uma mesma questão jurídica, pois o tribunal possui a obrigação de resolver as divergências existentes, uniformizando o entendimento jurisprudencial. Quanto ao dever de estabilidade, qualquer alteração no entendimento deverá ocorrer de forma justificada, além de “ter sua eficácia modulada em respeito à segurança jurídica” (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 487-489). Em suma, ao aplicar os precedentes judiciais para solucionar os casos futuros análogos postos em julgamento, a estabilidade estará sendo preservada e, por conseguinte, os tribunais estarão contribuindo para a segurança jurídica. (TUCCI, 2004, p. 298). O dever de manter a jurisprudência estável é apenas um dos deveres impostos aos tribunais no que diz respeito à necessidade de se garantir o princípio da segurança jurídica. (MARINONI *et al*, 2016a, p. 642).

Com relação à estabilidade, cabe aqui mencionar os argumentos utilizados por Antônio Pereira Gaio Júnior:

Tratar da mesma forma casos similares é algo fundamental para a estabilidade do poder e para a manutenção da segurança necessária ao desenvolvimento das

relações sociais. As decisões não podem ser incompreensíveis ou destituídas de significado claro, pela mera razão de que o jurisdicionado precisa de parâmetros para definir seu comportamento. É diante desse cenário que se vislumbra a segurança jurídica almejada por um Estado que se diz Constitucional de Direito, onde as premissas da estabilidade, previsibilidade e continuidade da ordem jurídica são preceitos essenciais. (GAIO JÚNIOR, 2016, p. 9).

No entendimento de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, estão em conjunto com o dever de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável e divulgando-a de forma adequada, os deveres de integridade e coerência, compondo “o complexo de situações jurídicas passivas imputadas aos tribunais”, sendo que tais deveres servem como mecanismos imprescindíveis para o desenvolvimento do sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, na lição dos doutrinadores, o mais adequado seria dizer que “os tribunais deverão zelar pela consistência se sua jurisprudência”, fazendo referência ao conjunto de deveres formado pela coerência e pela integridade. (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 490-491).

Os juízes possuem o dever de construir o direito de forma coerente, adequando-o às decisões judiciais e também ao presente e ao futuro. (BARBOZA, 2014, p. 252). É nesse sentido o enunciando de nº 455 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (BRASIL, 2016), o qual aduz que: “Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação”.

Para Lenio Luiz Streck (2013) o dever de coerência significa “proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica”, onde os mesmos princípios aplicados ao caso precedente serão também utilizados para a solução dos casos futuros análogos, assegurando a integridade do direito. Sendo assim, o dever de coerência garante a igualdade, vez casos iguais serão decididos da mesma forma, contribuindo para a linha evolutiva do desenvolvimento da jurisprudência, não podendo o tribunal decidir contra o seu próprio entendimento jurisprudencial, exceto nos casos de superação. (DIDIER JÚNIOR *et al*, 2016, p. 493).

Por outro lado, no que diz respeito à integridade, é inadmissível que se possa decidir um caso concreto posto em julgamento sem levar em consideração o entendimento anterior, ou seja, as decisões não podem partir do zero, desrespeitando a integridade do direito e os julgados anteriores sobre os casos semelhantes. (PEIXOTO, 2016, p. 143). O dever de integridade é mais do que prezar por decisões coerentes, significa respeito ao passado, todavia não impõe aos precedentes o caráter de imutabilidade. (BARBOZA,

2014, p. 225). Em vista disso, o enunciado de nº 456 do FPPC (BRASIL, 2016) dispõe que “uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico”.

Não se pode falar em integridade do direito sem mencionar o entendimento de Ronald Dworkin, o qual leciona que a integridade oferece proteção contra a parcialidade, a fraude, e demais formas de corrupção, pelo fato de que promove a união entre a vida moral e política dos indivíduos de uma sociedade, pois determina que o cidadão de bem, ao tratar com o outro nos casos em que os interesses de ambos estiverem em conflito, “interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania”. O autor concebe o direito como integridade, como uma prática que tem por escopo um sistema coerente de convenções jurídicas, precedentes e valores de uma comunidade, dentro de um determinado caso concreto. Diz respeito a uma construção de decisões que estão de acordo com a integridade de todo o sistema jurídico “extraíndo princípios amplos deste e dos valores que a comunidade personificada faz no presente vigorar, apoiados em princípios de justiça, de equidade e de devido processo legal” (DWORKIN, 1999, p. 215-292).

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo [...] as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro [...]. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito [...]. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam dos princípios da justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática da comunidade. (DWORKIN, 1999, p. 215-292).

Para Ronald Dworkin, o direito como integridade nada mais é do que um romance em cadeia, onde um grupo de romancistas escreve um romance em série, sendo que cada romancista interpreta os capítulos recebidos e escreve um novo capítulo, acrescentando ao que já havia sido escrito pelos romancistas anteriores e passa adiante ao próximo romancista. “Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade”. Dessa forma, o direito como integridade exige que os juízes vejam o direito como um conjunto coerente de princípios, aplicando-os aos novos casos que surgem, de modo que “a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”.

O juiz, atuando como um romancista, interpreta tudo o que já foi escrito e, ao exercer a sua atividade, tem consciência de que não está começando um novo romance, mas continuando aquele já existente, da melhor maneira melhor possível. A nova dinâmica da decisão judicial imposta pelo NCCP, portanto, trabalha com uma interpretação construtiva do direito, pela qual o julgador deve determinar o significado do precedente, dando sequência à sua criação. (FOGAÇA e FOGAÇA, 2015, p. 518).

Assim, constata-se que adotar o sistema de precedentes judiciais não ocasionará o engessamento das decisões judiciais, mas sim, estabelecerá uma prática onde as decisões a serem prolatadas partirão de decisões anteriores, tendo o direito como integridade, com o intuito de adaptar o direito à realidade social, baseando-se em princípios fundamentais. (BARBOZA, 2014, p. 262).

O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa. Isto porque a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valorização e a fundamentação que o embasaram, assim, sempre que ele for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial. (2015 apud ROSSI, 2015, p. 156).

Portanto, após abordar os deveres de coerência e integridade, os quais são essências para se assegurar a uniformidade e estabilização das decisões, o último tópico do presente artigo trata a respeito da consolidação do processo interpretativo, a fim de garantir o princípio da segurança jurídica em nosso ordenamento jurídico.

4.3.3 O sistema de precedentes judiciais como garantia da segurança jurídica

É necessário que haja segurança para uma vida em sociedade, sendo que sem este princípio é impossível que os seres humanos sejam livres, “por não terem conhecimento das consequências dos seus atos comissivos e omissivos”. O direito por si só deveria garantir a busca pela segurança, podendo servir como ponto de partida, entretanto, nota-se que o direito não vem oferecendo elementos para tanto. O que ocorre é um “aumento de complexidade das informações com as quais todos os operadores do direito precisam lidar”, ou seja, a sociedade vem tornando-se cada vez mais complexa, o que reflete diretamente na aplicação do direito. Com isso, a doutrina e a jurisprudência falham mediante tal situação, porquanto “não conseguem trabalhar adequadamente com a segurança jurídica, que se torna um conceito extremamente confuso, aumentando o grau de insegurança” (PEIXOTO, 2016, p. 30-38).

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. [...] Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito [...]. (2000, apud IMHOF e REZENDE, 2015, p. 895-896).

O ordenamento jurídico como um todo deve oferecer segurança jurídica aos jurisdicionados, sendo que as normas e decisões judiciais que o compõem devem ser baseadas na coerência, devendo “haver consistência e completude no plano formal e dependência recíproca e comunidade de elementos no plano substancial”. Assim, não se pode considerar o princípio da segurança jurídica como um fim em si mesmo, na verdade, a interpretação do direito é que deve ser considerada segura. (MARINONI *et al*, 2016a, p. 989). Ademais, a segurança jurídica como princípio, atua de forma efetiva no direito, vez que influencia diretamente na solução das demandas propostas perante o Poder Judiciário, estando inserido na argumentação jurídica. (PEIXOTO, 2016, p. 46).

Rafael Calheiros Bertão caracteriza o princípio da segurança jurídica como “um dos principais valores fundamentais do sistema jurisdicional”, onde ao mesmo tempo em que o direito deve ser flexível, sendo capaz de adequar-se às variações na cultura e no comportamento da sociedade onde está inserido, deve ser apto a garantir segurança aos indivíduos, “com regras claras e permissivas à previsão eficaz das consequências pelas práticas dos atos jurídicos” (BERTÃO, 2016, p. 7).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) estabelece em seu preâmbulo que o Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, com o propósito de assegurar a segurança, o bem-estar, a igualdade e a justiça, como valores essenciais e supremos à sociedade brasileira. Segundo a autora Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 236), o princípio da segurança jurídica, o qual “pode ser deduzido de nossa Constituição, busca restringir a atuação estatal, que tem seus limites fixados na própria Constituição e legislação infraconstitucional, de forma a se garantir a estabilidade e a paz social”.

Consoante o entendimento majoritário, alega-se que o princípio da segurança jurídica está presente no texto constitucional, entretanto, na opinião de Humberto Ávila “a proteção da segurança de modo paralelo à garantia desses outros valores é claro indicador de que o termo foi utilizado no sentido de segurança jurídica, tendo em vista que a segurança física não revela esses atributos” (2011 apud PEIXOTO, 2016, p. 65).

Dessa forma, de acordo com o entendimento de Ravi Peixoto (2016, p. 71), contata-se que desde o preâmbulo, o constituinte preocupe-se em dar importância para o

princípio da segurança jurídica, considerando “sua construção a partir de outros elementos constitucionais”, consagrando-o expressamente no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que trata dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, dispondo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

O princípio da segurança jurídica está implícito na Constituição Federal, em seu art. 1.º, sendo alicerce do próprio Estado Democrático de Direito. Trata-se, em verdade, de uma faceta do princípio da confiança, que impõe transparência e boa-fé na atuação dos julgadores, de modo que haja um respaldo à crença depositada pelos jurisdicionados em decisões pautadas em regras gerais. (BERTÃO, 2016, p. 7).

Conforme demonstrado no capítulo anterior, a legislação muitas vezes não consegue por si só estabelecer o princípio da segurança jurídica, tendo em vista a impossibilidade de previsão geral de todas as questões, o que exige do juiz, portanto, “uma análise interpretativa da lei, o que, necessariamente, gera uma incerteza acerca das consequências jurídicas de atos” (BERTÃO, 2016, p. 7).

Deste modo, as decisões proferidas perante o Poder Judiciário, de certa forma doutrinam a sociedade, garantindo previsibilidade do resultado em determinadas questões. Sendo assim, preserva-se a segurança jurídica quando a jurisprudência se torna uniforme, garantindo aos jurisdicionados um modelo seguro de conduta, o que os faz ter confiança na prestação jurisdicional. (LOURENÇO, 2011). Logo, considerando o princípio da segurança jurídica como elemento constitutivo do Estado de Direito, ao adotar o sistema de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo a integridade na prestação jurisdicional pelo Estado, torna-se possível assegurar segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade e igualdade nas decisões judiciais. (BARBOZA, 2014, p. 234).

Nessa acepção, a exposição de motivos desenvolvida pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), consagra o seguinte entendimento:

A segurança jurídica fica comprometida com a brusca e integral alteração do entendimento dos tribunais sobre questões de direito. [...] Uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração.

Outrossim, percebe-se que não há que se falar em segurança jurídica quando as decisões emanadas de um mesmo Poder Judiciário são conflitantes, decisões estas que versam a respeito de questões e fatos semelhantes. Considerando que as decisões “produzem efeitos normativos quando da interpretação e aplicação do direito ao caso concreto e, portanto, necessário se faz o respeito ao princípio da segurança jurídica”. Assim, constata-se que um conjunto de decisões judiciais é capaz de trazer mais segurança jurídica e previsibilidade ao direito do que a própria legislação vigente. (BARBOZA, 2014, p. 237-239).

Segundo Lucas Buril de Macêdo (2016, p. 7-9), com a adoção do sistema de precedentes judiciais, supre-se a carência presente no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à segurança jurídica, à igualdade nas decisões judiciais e à eficiência da prestação jurisdicional. São estes os princípios que devem orientar a aplicação do *stare decisis* no Brasil, porém não devem ser compreendidos isoladamente, sem considerar os demais princípios que compõem o ordenamento jurídico. Compreende-se que a falta de racionalidade na atividade jurisdicional, prestada pelos juízes e tribunais brasileiros, gera a carência de segurança jurídica no direito brasileiro, tendo em vista que não são raras as vezes em que as decisões proferidas são desordenadas e desalinhas, gerando diferentes interpretações acerca dos mesmos dispositivos legais, além de ser comum ver “o mesmo tribunal, mediante seus órgãos internos, sustentar posicionamentos opostos ou variar injustificadamente suas decisões em curtos espaços de tempo”. Dessa forma, segundo os argumentos utilizados pelo autor, através da adoção do sistema de precedentes judiciais, o direito passa a ser mais seguro, “tornando relevantes elementos ligados à própria aplicação da norma e criando ônus argumentativos importantes para a construção racional das normas jurídicas”, garantindo-se também que as decisões proferidas sejam dotadas de coerência.

Nesse sentido, o enunciado de nº 323 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (BRASIL, 2016) estabelece que “a formação dos precedentes observará os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

Ademais, ressalva-se que a segurança jurídica e a estabilidade não estarão presentes na certeza ou na previsibilidade da decisão por si só, ou em saber de que forma o caso concreto será julgado, mas sim, na certeza de que os casos postos em julgamento serão decididos de acordo com a integridade, comprometendo-os a uma coerente e defensável visão dos direitos e deveres concedidos aos jurisdicionados. (BARBOZA, 2014, p. 246). Destarte, o julgador terá o dever de demonstrar que “a necessidade de mudança supera a necessidade de estabilidade do ordenamento jurídico e a imposição de igualdade de tratamento para casos semelhantes” (PEIXOTO, 2016, p. 179).

De acordo com Rafael Calheiros Bertão, há três aspectos fundamentais a serem observados para que se possa garantir o princípio da segurança jurídica:

Cognoscibilidade, ou seja, que os jurisdicionados possam conhecer as consequências jurídicas de seus atos; estabilidade, ou continuidade do direito; e previsibilidade, ao permitir se ter uma maior noção do posicionamento dos juízes acerca das matérias. Dessa forma, é possível se alcançar a paz social, posto um sistema em que o direito é bem delimitado e todos sabem as consequências de seus atos, tende a gerar menor propensão a conflitos. (BERTÃO, 2016, p. 7).

Levando-se em conta os argumentos acima mencionados, conclui-se que o atual Código de Processo Civil (BRASIL, 2015) através da adoção do sistema de precedentes judiciais, passa a valorizar as decisões como fundamentos para os julgamentos, com o intuito de otimizar a justiça, dando um importante passo em busca da integridade e da coerência, garantindo o princípio da segurança jurídica aos jurisdicionados.

4.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a entrada em vigor do atual Código de Processo Civil em março do corrente ano, constatou-se que seria preciso aprimorar os estudos com relação às novidades introduzidas pelo legislador no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que as novas temáticas foram inseridas ao direito processual civil com o intuito de aprimorar a prestação jurisdicional oferecida pelo Estado, atendendo as necessidades atuais da sociedade. Desta forma, elaborou-se o presente artigo com o propósito de analisar alguns aspectos relevantes no que diz respeito à adoção do sistema de precedentes judiciais pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Partindo da premissa de que frequentemente juízes e tribunais aplicam soluções distintas a casos semelhantes, percebeu-se a necessidade de adotar um sistema apto a pôr fim a esta situação, garantindo além de previsibilidade, tratamento igualitário aos jurisdicionados.

Assim, como ponto de partida no presente estudo, se fez imprescindível esclarecer algumas questões, como diferenciar os precedentes judiciais das súmulas e das jurisprudências, tendo em vista que o legislador não traz com clareza no atual Código de Processo Civil o conceito de precedentes. Desta forma, foi possível perceber que precedente é a decisão judicial que servirá de referência para os julgamentos futuros de casos semelhantes e que,

ao ser aplicado reiteradamente enseja a formação da jurisprudência de um determinado tribunal, que ao tornar-se predominante resulta na edição de um enunciado de súmula.

Ademais, para que possa vincular os precedentes judiciais de maneira adequada, contatou-se a necessidade de tratar a respeito dos elementos essenciais para a aplicação do sistema de precedentes judiciais. Logo, sob esse aspecto, ressaltou-se a importância de identificar os elementos presentes em um precedente judicial, sendo eles a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos relevantes à decisão final, e *obiter dictum*, os demais aspectos que não influenciam no julgamento do caso concreto.

Nesse mesmo sentido, se fez importante tratar a respeito das técnicas próprias de aplicação do sistema de precedentes, as quais impedem que haja engessamento do direito, permitindo que o juiz possa expor suas razões para seguir ou não a decisão precedente. Sendo assim, mediante a utilização das técnicas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*), ao decidir o caso concreto com base nos precedentes judiciais, o juiz estará obrigado apenas a respeitá-los, mas não necessariamente a segui-los, desde que o faça de forma fundamentada, justificando os motivos pelos quais está aplicando ou não o precedente judicial.

Portanto, levando-se em conta o que foi mencionado, concluiu-se que ao adotar o sistema de precedentes judiciais, o legislador passa a tratá-los como novas fontes do direito processual brasileiro, vez que apenas o direito positivado não é capaz de atender as atuais demandas da sociedade, e que estarão à disposição para servir como fundamentação das decisões judiciais, ao lado das leis, dos costumes e da doutrina.

Do mesmo modo, pelo fato de que o sistema de precedentes favorece que casos análogos sejam decididos igualmente, percebeu-se que com isso é possível assegurar que as decisões judiciais proferidas sejam mais estáveis e uniformes, evitando assim que sejam dadas soluções distintas a casos semelhantes postos a julgamento perante os tribunais, tornando o poder judiciário um sistema íntegro e coerente, de modo a garantir de forma efetiva o princípio da segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a. 2v.

_____. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC - fundamentos e sistematização: Lei 13.105, de 16.03.2015**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BERTÃO, Rafael Calheiros. Os Precedentes no novo código de processo civil: a valorização da stare decisis e o modelo de corte suprema brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 253/2016, p. 347-385, mar/2016.

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 04 out. 2016.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 05 out. 2016.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil revogado**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em: 08 out. 2016.

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 27 ago. 2016.

_____. **Projeto de Lei do Senado Federal n. 166/2010**. Dispõe sobre o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>> Acesso em 21 out. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.071**. Relator Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6573599>> Acesso em: 27 ago. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar no Habeas Corpus nº 135.100 Minas Gerais**. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135100.pdf>> Acesso em: 08 out. 2016.

_____. **Carta de São Paulo**. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. São Paulo: 2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>> Acesso em: 27 ago. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOGAÇA, Mateus Vargas; FOGAÇA Marcos Vargas. Sistema de precedentes judiciais obrigatórios e a flexibilidade do direito no novo código de processo civil. **Revista da Faculdade de Direito - UFMG**, Belo Horizonte, n. 67, p. 509-533, jul./dez. 2015.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 343 – 370, Jul/2016.

_____. **O conceito de precedentes no novo CPC**. Disponível em: <<http://www.gaiojr.adv.br/astherlab/uploads/arquivos/artigos/O-CONCEITO-DE-PRECEDENTES-NO-NOVO-CPC.pdf>> Acesso em: 18 set. 2016.

GALINDO, Cleusy Araújo. Impactação dos precedentes judiciais como fonte de direito no novo CPC e a influência no processo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**, vol. 169/2016, p. 83 – 110, Mai-Jun, 2016.

GRECO, Leonardo. **Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança**. Disponível em: <http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/artigos/novas_sumulasdo_stf_ealguns_reflexos_sobreo_mandadode_seguranca.pdf> Acesso em: 12 set. 2016.

IMHOF, Cristiano; REZENDE, Bertha Steckert. **Novo código de processo civil comentado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa; SACONATO, Thais Estevão. **A Teoria Dos Precedentes Judiciais no Sistema Jurídico Brasileiro: Segurança Jurídica e Acesso à Justiça**. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI – UFMG/FUMEC/DOM Helder Câmara. Acesso à Justiça II. Santa Catarina, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/8xr5f0t5/4gnRXhAEzj7IELA4.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente judicial como fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Temas Atuais de Processo Civil**, v. 1, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-/166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 18 set. 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. Transformação, sinalização e superação antecipada e sua pertinência ao sistema de precedentes brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, vol. 3/2016, p. 89 – 120, Jan-Jun/2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2010. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wp-content/uploads/2016/08/Confer%C3%AAncia_IAP2.pdf> Acesso em: 18 set. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDINA, José Miguel Garcia. A instabilidade da jurisprudência do STF sobre o estado de inocência (princípio da não culpabilidade). Ou, o que é um “precedente”? **Os Constitucionalistas**. 07 jul. 2016a. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/a-instabilidade-da-jurisprudencia-do-stf-sobre-o-estado-de-inocencia-principio-da-nao-culpabilidade-ou-o-que-e-um-precedente>> Acesso em: 08 out. 2016.

_____. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016b.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica - conforme novo CPC**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodium, 2016.

PEREIRA, Carlos Frederico Bastos; ZANETI JÚNIOR, Hermes. Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do código de processo civil de 2015? **Revista de Processo**, vol. 257/2016, p. 371 – 388, Jul/2016.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROSSI, Júlio César. **Precedente à brasileira**: a jurisprudência vinculante no CPC e no novo CPC. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Antônio Álvares. **As súmulas de efeito vinculante e a completude do ordenamento jurídico**. São Paulo: LTR, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Consultor Jurídico**. 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>> Acesso em: 20 set. 2016

_____. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Consultor Jurídico**. 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>> Acesso em: 08 out. 2016.

_____. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1998.

TARUFFO, Michele. **Precedente e jurisprudência**. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro. a. 3, n. 2. jul.-dez./2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – A RELATIVIZAÇÃO DA TAXATIVIDADE DE SEU CABIMENTO NO ÂMBITO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Thiago Sevegnani Baehr

5.1 INTRODUÇÃO

Desde sua concepção, o Novo Código de Processo Civil brasileiro positivado pela Lei nº 13.105, de 16 de março 2015, suscitou entre os operadores do direito e a sociedade civil inúmeras dúvidas, discussões e debates, operados em relação ao sistema processual até então vigente.

As mudanças não foram poucas, e ao entrar em vigor, trouxe ao judiciário novos institutos, revitalizando e criando sistemáticas processuais, inclusive resgatando algumas velhas práticas que já haviam caído no esquecimento da comunidade jurídica. Por ora, neste artigo, tratar-se-á das mudanças que se reportam ao Agravo de Instrumento, enquanto restrito ao primeiro grau de jurisdição.

Na pesquisa, buscou-se apurar o histórico, as hipóteses de cabimento e ao afinal, conceituar e avaliar a interpretação extensiva, preocupando-se com possíveis efeitos e causas de preclusão, além do funcionamento do agravo de instrumento na lide forense, o qual vem perseguir uma forma de correção, frente às divergências de procedimento ocorridas no âmbito da nova legislação, finalizando-se com uma crítica a lei processual, em virtude das problemáticas instituídas por essa.

Almeja-se como objetivo, que o leitor tenha uma visão cristalina das divergências instaladas nos arts. 1.015 a 1.020 do CPC/2015, justificando a delimitação do tema abordado, sem delongas que poderiam vir a tornar o trabalho exaustivo.

Ademais impende salientar que este trabalho, não possui o condão de esgotar as problemáticas abordadas sobre o tema, frente a riqueza de exemplos e temáticas que podem ser tratadas. A pretensão é de constituir uma análise metodológica, demonstrando-se as formas e sugestões de ataque às interlocutórias que se entende por enquanto como não agraváveis de imediato e as implicações no sistema legal, resultando nas respostas que a sociedade espera.

5.2 O AGRAVO DE INSTRUMENTO

5.2.1 Evolução histórica do agravo

O direito processual civil latino ocidental, é originário do processo romano germânico, que se iniciou muito antes de Cristo, mais precisamente em 754 a.C, conforme preleciona WAMBIER (2000, p. 20), e com o desenvolvimento da humanidade, surgiu o conceito de *civil law*, tradição também adotada em Portugal. Como nossa colonização e nossa história decorre dos portugueses a partir do século XVI, o nosso direito processual não é diferente, cabendo trazer um breve esboço histórico.

Assim também considerado por ASSIS (2008, p. 469), o recurso de agravo surgiu na segunda edição das Ordenações Manuelinas, em 1521. De longa utilização, é imperioso destacar que no processo lusitano, foi admitido o agravo de instrumento, agravo no auto do processo, basicamente, existindo em todas as ordenações, até sua implantação no Brasil, que se discorrerá abaixo.

5.2.2 O agravo na legislação brasileira

Neste tópico, podemos trazer como marco temporal, a instituição de nossas legislações, mais precisamente sobrevivendo o período imperial, na época de 1824. De acordo com este panorama, WAMBIER (2000, p. 43) afirma que com a constituinte do império, promulgou-se uma lei que instituiu que as legislações portuguesas seriam vigentes no reino, desde que não ofendessem a nova situação de independência, instituindo-se assim as Ordenações Filipinas e leis extravagantes.

WAMBIER (2000, p. 44) menciona também que na época do império, o governo determinou que o Conselheiro Antonio Joaquim Ribas consolidasse as leis processuais brasileiras promulgadas desde a independência política, sendo que referida consolidação disciplinou o processo civil a partir de 1890, com também vigência do Regulamento 737 desde 1850.

Para THEODORO JÚNIOR (2016, p. 19) é forçoso reconhecer que se “examinado serenamente, em sua própria perspectiva histórica”, o regulamento foi marco admirável de evolução na técnica processual, “especialmente no que toca à economia e simplicidade do procedimento”, ou seja, de grande valia ao início do direito processual civil da colônia, que cada vez mais se distanciava da metrópole.

Só que a Constituição Republicana de 1891, demarcou as divisas entre a Justiça dos Estados e a Federal, encarregando cada qual de legislar sobre a matéria processual,

onde para WAMBIER (2000, p. 44), após o início do século XX até meados de sua segunda década, em quase todos os Estados do Brasil (com exceção de Goiás e Mato Grosso) promulgou-se códigos de processo civil, cada qual de alcance em seu Estado, geralmente possuindo rol casuístico de cabimento do recurso de agravo.

Prosseguindo-se na história, vislumbra-se o período Vargas, com o qual o Estado Novo, e com este, necessitava o país de uma legislação processual civil unitária, atendendo os anseios da comunidade jurídica, pois com tantas legislações deficitárias e ao mesmo tempo diferentes entre si, impossível era conhecê-las á fundo no estudo do direito processual. Theodoro Júnior (2016, p. 19-20) assevera que com a implantação do regime de 1937, o Governo encarregou uma comissão de elaborar o Código Nacional de Processo Civil, que, entretanto, não conseguiu ultimar seu trabalho, em razão de divergências insuperáveis entre seus membros. Mas Pedro Batista Martins, conseguiu finalizar seu trabalho, gerando o Decreto-Lei nº 1.608, de 1939, que instituiu o CPC/39.

Conforme opinião de WAMBIER (2000, p. 50), “o código revogado, significou um grande passo para a evolução do direito processual legislado. Rompeu-se com o praxismo adotaram-se modernos princípios processuais, desenvolvidos pela doutrina alemã e, posteriormente, pela italiana”.

Compreende-se melhor o tema, na visão de José Frederico Marques (Apud ASSIS, 2008) “A rígida disciplina de ataque as interlocutórias gerou “sufocante atmosfera” no sistema processual. A contaminação dos meios de respiração das partes derivava, segundo o diagnóstico de autoria conspícua, no “excessivo simplismo” que negava importância transcendental a algumas decisões, na verdade aptas a influenciarem diretamente o desfecho da causa, ou provocarem dano irremediável à parte, sobrelevando-se “as providências liminares dos interditos proibitórios”

Com a revogação, pelo Código Buzaid, infere-se de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 24) que este código veio a consagrar um modelo processual equivalente ao que tínhamos antes, mas agora revestido de melhor aspecto estético, criando alguns institutos, aperfeiçoando outros e, sem dúvida alguma, introduzindo alguns progressos substanciais.

Para simplificar, o legislador de 1973, achou por bem, constituir no art. 522 que das decisões interlocutórias cabe agravo genericamente, ou seja, de todas elas sem qualquer limitação de quantidade, qualidade, forma, independentemente sendo ou na forma de instrumento, ou retido nos autos.

A recorribilidade plena das decisões interlocutórias causou excesso de serviço no segundo grau de jurisdição, não que na atualidade tenha se sanado, mas estatisticamente à época e aos feitos supracitados.

Em que pese as reformas legislativas para atenuar tal entrave, estas não surtiram efeito substancialmente. Assim, seguiu-se sem mais modificações até a apresentação do anteprojeto do novo Código de Processo Civil, presidido pelo Ministro Luiz Fux e pela eminente jurista Teresa Arruda Alvim Wambier que ficou ao encargo de relatora-geral, o qual foi de grande receptibilidade na comunidade jurídica, que há muito aguardava um novo modelo de processo, pelo menos, havia-se a esperança de uma sistemática mais avançada, com aplicação da instrumentalidade, conceito muito empregado na doutrina, perpassando, que inclusive pensou-se em extinguir o agravo de instrumento, conforme Elpídio Donizetti (2016, p. 1482) que descreve em sua obra que na reformulação do sistema recursal pelo legislador do novo CPC, que cogitou-se no anteprojeto a o impedimento da recorribilidade das decisões interlocutórias, tal como ocorre na Justiça do Trabalho, mas verificou-se, contudo, que, em face da diversidade e complexidade das questões submetidas ao juízo cível, não era possível simplesmente escorraçar a recorribilidade de tais decisões.

Diante estamos de um novo código, e sobrevém alterações, com isto, o sistema de preclusões foi alterado, extinguindo-se a necessidade do agravo retido, em nosso ordenamento.

A motivação, que se levou para extinguir o agravo retido, e modificar o sistema preclusivo, pode ser analisada em face do entendimento de Arruda Alvim (2014, p. 1033) o qual consigna “Com efeito, se o escopo do agravo retido é justamente o de evitar a preclusão, parece evidente que não há por que impugnar decisão acerca de questões de ordem pública, não sujeitas a preclusão, por intermédio desse recurso. Contra decisões interlocutórias proferidas no curso da execução, também cabe agravo de instrumento, já que inexistiria interesse recursal em impugná-las via agravo retido pela óbvia razão de que não haveria sede própria para reiterá-lo. Há de se concluir, portanto, que referidas decisões, nada obstante não incluídas naquelas expressamente constantes do art. 522, são impugnáveis por agravo de instrumento. Podemos dizer que, se o agravo retido se revelar inútil para impugnar a decisão, mesmo que a hipótese não se enquadre nas exceções previstas no art. 522, será caso de interposição de agravo de instrumento. Interpretação distinta colidiria com o princípio do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, estampado no inc. LV do art. 5.º do texto constitucional”

Consubstanciado entendimento, demonstrava a já falibilidade do agravo retido no CPC revogado, e não foi melhor entendimento extingui-lo de uma vez por todas. O avanço legislativo é de visibilidade perfunctória, facilitando a atuação das partes e dos juízes com o manejo do procedimento da ação.

5.2.3 Princípios do cabimento do recurso de agravo

Concebeu-se o agravo de instrumento no Novo Código de Processo Civil, para continuar se atacando decisões interlocutórias, mas parte delas, ou seja, as especificadas no rol do art. 1.015 do ref. diploma processual.

Já alertava Araken Assis (2012, p. 510), que “o projeto do novo CPC acolheu as críticas à prodigalização do agravo e, como regra, indica as decisões passíveis desse recurso, eliminando a preclusão das insuscetíveis de impugnação autônoma, que deverão ser reiteradas como preliminar nas razões ou contrarrazões de apelação. É um regime mais racional, mas só a prática revelará seus efeitos para conter a propensão das partes a impugnar todos os atos decisórios do primeiro grau”.

E de fato, quando da promulgação do Novo Código de Processo Civil, confirmou-se a visão acima delineada, onde convém a doutrina chamar de rol taxativo, *numerus clausus*, do agravo de instrumento, que é o que se infere por exemplo de MEDINA (2016a, p. 1332), onde leciona que o agravo de instrumento, à luz do novo código, é cabível somente nas hipóteses previstas em lei, resultando-se assim a taxatividade do cabimento deste recurso.

Com certas diferenças de entendimento, trata AMARAL (2016, p. 1016), que o legislador reforça o princípio da irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, onde de regra não cabe agravo de instrumento contra estas, que só poderão ser impugnadas em apelação, mas apenas aplica-se o agravo, quando for uma das exceções previstas no art. 1.015 do CPC/2015. Vê-se que tal doutrinador, classifica como exceções, o rol do art. 1.015 do código de processo civil, mencionando que a regra geral é a irrecorribilidade das decisões interlocutórias no curso do feito.

Com tantas alterações neste recurso, fez o legislador modificar a apelação, para lá se recorrer das interlocutórias não agraváveis, como tratam CONCEIÇÃO; RIBEIRO; TORRES DE MELLO e WAMBIER (2015, p. 1439-1440)¹.

1 Aliás, para a parte, nada muda substancialmente: a “resposta” do Judiciário ao seu agravo retido já vem, à luz do CPC/73, depois, se há reiteração, quando e se fosse julgada a apelação. Isso não mudou: a “resposta” do Judiciário (decisão sobre a impugnação, que consta do bojo da apelação) só vem se e quando a apelação for julgada. Menos esforço da parte e do Judiciário, para obtenção de resultado equivalente. Agora não há mais nem recurso, nem necessidade de ratificação. O recurso de que se serve a parte para impugnar as interlocutórias não sujeitas a agravo de instrumento, portanto, é a apelação. Se for vencido, apelar, impugnando estas decisões e a sentença. Se for vencedor, deve impugná-las por meio das contrarrazões, e estas desempenharão o papel de recurso - far-se-ão pedidos, nas contrarrazões, como se de um genuíno recurso se tratasse – uma outra apelação. É como se o legislador tivesse conferido caráter dúplice à apelação. Não devem ser vistas, estas contrarrazões, como um recurso, cuja existência e cujo procedimento seja “dependente” da apelação do vencedor. Se assim devesse ser, o legislador teria de ter-se manifestado expressamente, e, ainda, assim, parece-nos que neste caso, haveria indevida (inconstitucional) supressão de recurso contra interlocutória não agravável de instrumento. Isto por ofensa ao princípio da isonomia, já que o recurso existe para o apelante e o apelado ficaria sem recurso. A dependência existe só na medida em que

5.3 A TAXATIVIDADE DE SUA APLICAÇÃO

Oportunamente, com o novo código, as mudanças foram grandes no recurso de agravo de instrumento. Aparentemente à primeira vista tornando-se complexas as questões de desenvoltura desta modalidade recursal, mas o principal ponto é que instituiu-se a taxatividade de seu cabimento, ou nas palavras de THEODORO JÚNIOR (2016, p. 28) o Novo Código de Processo Civil, para o agravo de instrumento adotou o critério casuístico, que ora se apresenta em debate neste trabalho, deste o item anterior. Vê-se que a taxatividade adotada decorre do art. 1.015 do CPC/2015, instituído principalmente por fruto de estudos dos nobres processualistas que trabalharam paulatinamente sobre o anteprojeto do Código de Processo Civil, e eis, que entre eles, foi a melhor solução adotada, aparentemente.

Sobre os aspectos do agravo, discorre com clareza meridiana José Araújo (2016), no sentido de que “O primeiro aspecto a ser enfrentado em relação ao Código de Processo Civil de 2015 diz respeito ao esvaziamento da recorribilidade imediata das interlocutórias de primeiro grau. Destarte, o Código de Processo Civil de 2015 diminuiu as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento em face das interlocutórias e a modificou do regime de preclusão das decisões proferidas durante a fase de conhecimento. Por outro lado, como é sabido, no sistema do Código de Processo Civil de 1973, as interlocutórias de primeiro grau estavam sujeitas a agravo (retido - escrito ou oral, ou por instrumento - arts. 522 e ss.). Com o Código de Processo Civil de 2015, está esvaziado um pouco mais o cabimento de recurso em relação às interlocutórias de primeiro grau, ao consagrar: (a) maior restrição ao recurso de agravo de instrumento (art. 1.015), (b) extinção do agravo retido, (c) revisão do regime de preclusão, (d) a ampliação do efeito devolutivo por profundidade do recurso de apelação (art. 1.009) e das contrarrazões”.

No mesmo norte, à luz do magistério de José Miguel Garcia Medina, vislumbra-se a mesma categorização.²

for resposta, mas não na medida em que for recurso – ou seja em que aquele que maneja as contrarrazões impugna interlocutórias, não sujeitas a agravo de instrumento – e que o prejudicaram. Por esta razão, deve-se provocar contraditório, para que o apelante responda, no mesmo prazo (§ 2º). As interlocutórias impugnáveis nas contrarrazões serão devolvidas ao Tribunal. Pode, é claro, acontecer que o “recurso” (contrarrazões de apelação) não seja conhecido por falta de interesse. Mas pode haver casos em que o interesse sobreviva. Imagine-se que o juiz tenha fixado um valor para a causa no início do processo, por meio de decisão de que não cabe recurso. Afinal, na sentença, fixam-se os honorários com base neste valor. Mesmo que o apelante desista da apelação, as contrarrazões terão devolvido a impugnação a esta interlocutória e o vencedor no mérito tem direito a ver esta questão apreciada pelo Tribunal.

2 De acordo com o CPC/2015, as decisões interlocutórias, como regra, não são imediatamente recorríveis, salvo nos casos previstos em lei (cf. art. 1.015 do CPC/2015) e, além disso, quando admissível recurso, de imediato, contra a decisão interlocutória, ele não terá efeito suspensivo. A forma adotada pelo CPC/2015, em relação à irrecorribilidade em separado das decisões interlocutórias, é temperada. Seria mais radical, p.ex., caso se vedasse, em absoluto, a recorribilidade das interlocutórias (cf., a respeito, Nelson Nery

Ademais ante outros estudos, um viés levantado para tal modificação é valorização da decisão de primeiro grau de jurisdição, fazendo-se esta prevalecer entre as partes, conforme se verifica no direito comparado³.

Do ângulo da análise judicial, quanto as mudanças apontadas, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, veio a adotar em seus julgamentos a tese da taxatividade do cabimento do agravo de instrumento, conforme decisão monocrática relatada pela insigne desembargadora Cláudia Lambert de Faria nos autos do Agravo de Instrumento nº. 4018296-03.2016.8.24.0000, oriundo da comarca de Palhoça, assim norteando a jurisprudência “Ademais, de acordo com o estudo de renomados doutrinadores sobre os dispositivos do novo CPC, é quase uníssono o entendimento de que o rol previsto no art. 1.015 do CPC/2015 é taxativo, de forma que as interlocutórias não são recorríveis por agravo”. Entre outros julgamentos realizados, inclusive visualizou-se que deixou de conhecer do agravo relatado, com base no art. 932, III do CPC/2015. (BRASIL, 2017).

Ao que impende analisar a posição de Nosso Tribunal Pátrio, vislumbra-se das hipóteses aventadas pelos mesmos que a taxatividade do cabimento do recurso de agravo, ponderou com bastante peso no julgamento destes agravos e de diversos outros julgados neste mais de um ano de vigência do novo CPC.

E não foi diferente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, onde as decisões seguem a mesma linhagem. (2016).

Assim, tem que rumou-se à adoção massificada da taxatividade imposta pelo CPC, pelos doutrinadores acima e órgãos julgadores de nossos tribunais, tanto que para tal situação, pode haver, aparentemente, por parte destes o cabimento do brocardo latino *dura lex, sed lex*, sem preocupação com maiores interpretações, até porquê a adoção de uma interpretação extensiva, gera automaticamente, maior quantia de recursos, o que vai na contramão dos índices de produtividade e eficiência do judiciário brasileiro.

Jr., Teoria geral dos recursos, item 2.8, p. 180-181; cf., também, exposição de Teresa Arruda Alvim Wambier, os agravos. cit., n. 1.7, p. 88-91, que demonstra que legislações de outros países prepondera uma maior restrição à recorribilidade das decisões interlocutórias; a respeito, cf. também o que se diz a seguir). Como se afirma na doutrina, “as interlocutórias, proferidas, em curso o procedimento, não podem ser sujeitas a um recurso que interrompa ou paralise o curso do feito, especial e particularmente, se o mesmo estiver sendo instruído. O dano seria, se admitidos fossem os recursos que interrompessem (rectius = suspendessem) o processo, similar àquele decorrente da ausência de concentração dos atos processuais” (Arruda Alvim, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, p. 8; idem, Manual de direito processual civil, vol. 2, n. 181, p. 397-398. MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de processo Civil comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b, p. 1500-1501.

3 MEDINA (*Op., cit.*, 2016b, p.1501) nesta senda pontua” De acordo com a lei processual de outros países, a recorribilidade imediata da decisão interlocutória é ainda mais restrita. No direito processual civil francês admite-se *appel immédiat* se a decisão interlocutória tiver se manifestado sobre parte do objeto do litígio (*partie du principal*), nos termos do art. 544 do *Nouveau Code de Procédure Civile*. Não sendo essa a hipótese, as decisões interlocutórias não são recorríveis, salvo nos casos especificados em lei (cf. arts. 544 e 545 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês; é o que ocorre, p.ex., no caso do art. 776 do referido Code)”.

5.3.1 Origem do conceito

No atual ordenamento processual, depreende-se que a previsão das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento no Novo CPC, remetem ao sistema que existiu na vigência do CPC de 1939. (OLIVEIRA, 2015). Perfazendo um sistema, sendo que irrecorríveis eram muitas interlocutórias, e se ressalvavam alguns casos em que delas cabia agravo de instrumento, agravo no auto do processo, ou de petição. (WAMBIER, 2000).

Acima exposto, fica claro a linha tênue que separa este recurso no CPC/39 e no CPC/15⁴. Tanto que na nova legislação, a doutrina vem fazer adoção da nomenclatura ref. as hipóteses em “*numerus clausus*” também é trabalhada na doutrina de NERY JÚNIOR (NERY e NERY JÚNIOR, 2015, p. 2078). Constituiu-se um panorama de afetação entre os recursos de apelação e agravo de instrumento, em razão da taxatividade ora imposta pelo novo Código.⁵

Como se verificou da doutrina analisada, muitas decisões interlocutórias não eram sujeitas ao agravo de instrumento e sim ao agravo no auto do processo (art. 851 e 852 do CPC/39), as partes passaram a se utilizar de outros meios de impugnação como o mandado de segurança contra ato judicial para tentar reverter a decisão interlocutória antes da sentença. Diante desta situação o Código de Processo Civil de 1973 passou a autorizar a interposição do agravo de instrumento para todas as decisões proferidas no curso do processo, ressalvando-se apenas as sentenças e os despachos (art. 522 do CPC/73), o que gerou os diversos entraves já relatados, fazendo, aparentemente o legislador adotar no novo Código de Processo Civil este sentido de interposição restrita aos limites da taxatividade, o que, pela corrente majoritária exposta, foi aceita como que

4 Assim, a sistemática da incidência via “*numerus clausus*” do agravo de instrumento para as decisões interlocutórias elencadas no Código e na legislação esparsa, teve de fato, resgate do que o CPC de 1939, que disciplinava no art. 842 às decisões que se sujeitavam a impugnação via agravo de instrumento, além dos casos expressamente previstos em lei.

5 ARAÚJO. *Cit.* Assim delinea o tema: “Contudo, nos últimos anos, quiçá nas últimas décadas, se percebeu que os tribunais locais acabaram ficando sobrecarregados em decorrência do número excessivo de agravos, às vezes superior ao número de apelações. Essa preocupação foi objeto de tratamento específico na nova legislação processual e envolveu alguns institutos de extrema importância prática e já destacados .neste ensaio, a saber: **(i) a fixação de regra ligada a irrecorribilidade imediata dos pronunciamentos interlocutórios;** (ii) a ampliação da devolutividade da apelação; **(iii) a indicação literal das interlocutórias sujeitas ao agravo de instrumento;** (iv) o juízo de admissibilidade dos recursos; e (v) os poderes dos relatores nos tribunais ordinários.Vale ratificar, por oportuno, que o Código de Processo Civil de 2015 esvazia o cabimento de recurso imediato em relação às interlocutórias de primeiro grau, gerando, com isso, a necessidade de redimensionar o papel do recurso de apelação, ao consagrar: (i) **maior restrição ao recurso de agravo de instrumento (art. 1.015);** (ii) extinção do agravo retido; (iii) revisão do conceito de preclusão; (iv) a ampliação do efeito devolutivo por profundidade do recurso de apelação (art. 1.009, § 1.º); (v) o encerramento do juízo de admissibilidade da apelação pelo órgão de primeiro grau (art. 1.010, § 3.º); (vi) a possibilidade de apresentação de incidente preparatório de efeito suspensivo ao recurso - IES (arts. 995, parágrafo único e 1.012, § 3.º). **(Nosso grifo)**

quase única forma de interpretação e cabimento do recurso que ora se discute, assim de hora, finalizando a origem do conceito.

5.3.2 Hipóteses previstas para cabimento do art. 1.015

Com as modificações sistemáticas compreendidas na divisão recursal, instituídas pelo novo código, é interessante fazer um brevíssimo apontamento, e assim colacionar o entendimento de AMARAL⁶ que trata com clareza meridiana as alterações, primeiramente pontuando do conceito conotativo: “É fundamental atentar para a circunstância de que, enquanto decisões sobre determinadas matérias serão recorríveis, outras o serão somente quando tiverem conotação negativa”.

Neste subitem, visualizou-se que as hipóteses delineadas no art. 1.015 do CPC/15, tem efeitos e procedimentos totalmente diferenciados quando a legislação revogada, ainda em que pese, não haver mudanças significativas quanto à forma do julgamento.

5.4 A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA

De acordo com os fundamentos e excertos jurisprudenciais já expostos, em pouco mais de um ano que entrou em vigência o novo Código de Processo Civil, percebeu-se a adoção majoritária da teoria de hipóteses taxativas de cabimento do recurso de agravo de instrumento, e isto é visto de forma quase unânime entre os Tribunais do país, seja na esfera dos federais, quanto dos estaduais.

Nos subitens abaixo, trataremos das divergências apontadas e as hipóteses que poderão vir a sanar ou atenuar os impasses gerados pela nova codificação, notadamente no âmbito ao direito de defesa e ao contraditório.

6 AMARAL. *Op., cit.*, p. 1016, e ainda, constitui dois grupos de decisões interlocutórias: “No primeiro grupo, encontram-se as decisões sobre tutela provisória, sobre o mérito (quando interlocutórias, é claro), sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, sobre exibição ou posse de documento ou coisa, sobre admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros, sobre concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução e sobre redistribuição do ônus da prova. Em todos esses casos, desimporta se a decisão é positiva (ex. concede a tutela provisória) ou negativa (ex. indefere a tutela provisória). Sempre caberá o agravo de instrumento. No segundo grupo, encontram-se a decisão de rejeição da alegação de convenção de arbitragem, de rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação, de exclusão de litisconsorte, de rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio. Não caberá, a *contrario sensu* dos incisos de que tratam dessas hipóteses recurso quando a decisão tiver conteúdo inverso. Assim, a decisão que defere a inclusão de litisconsorte, ou a que acolhe o pedido de gratuidade da justiça, por exemplo, são irrecurríveis”.

5.4.1 Conceito da forma de interpretar extensivamente

A interpretação aplicada no Direito, ela decorre não apenas da leitura “seca” do texto de lei, mas da interpretação dada a este no âmbito de uma análise realizada sob a ótica da hermenêutica jurídica.

Neste sentido, ensina REALE (2002, p. 278) que “a lei exsurgiu a plano tão alto que passou a ser como que a única fonte de direito. O problema da Ciência do Direito resolveu-se, de certa maneira, no problema da interpretação melhor da lei. Havia duas verdades paralelas: o Direito positivo é a lei; e, uma outra: a Ciência do Direito depende da interpretação da lei segundo processos lógicos adequados. Foi por esse motivo que a interpretação da lei passou a ser objeto de estudos sistemáticos de notável finura, correspondentes a uma atitude analítica perante os textos segundo certos princípios e diretrizes que, durante várias décadas, constituíram o embasamento da *Escola da Exegese*”.⁷

Ademais, tratando-se com propriedade dos pontos peculiares da formação legislativa brasileira, pontuando a legislação que visa a coibir uma maior interpretação, impende salientar que Flávio Tartuce, tratou com exatidão o tema, onde ensina “que apesar de a lei ser a fonte primária do Direito, não se pode conceber um Estado Legal puro, em que a norma jurídica acaba sendo o fim ou teto para as soluções jurídicas. Na verdade, a norma jurídica é apenas o começo, o ponto de partida, ou seja, o piso mínimo para os debates jurídicos e para a solução dos casos concretos. Vigem o Estado de direito, em que outros parâmetros devem ser levados em conta pelo intérprete do Direito” (TARTUCE, 2013, p. 4).

Com destaque, pontuou o citado doutrinador acima, que a norma jurídica em sentido amplo, não pode ter como escopo, o de colocar termo a uma solução jurídica. Ela deve de fato é viabilizar a solução jurídica entre as partes, e estando essas inseridas no processo, a aplicabilidade é a mesma, até porque não seria de valia alguma, aventarmos o direito material de forma ampla, abrangente num sistema processual engessado, que se preocupasse com meros cumprimentos de formalidades, sem haver preocupação com a efetivação do direito que a parte se propôs a perquirir no judiciário.

E para a solução jurídica da problemática levada em forma de lide ao judiciário se efetivar, chegando a um fim colimado pelas partes, vislumbra-se da citação em análise, que

⁷ Ao se discorrer sobre a interpretação do Direito, dada pelos franceses, automaticamente há que se fazer remissão ao sentido da interpretação “seca” da lei (a primeira verdade paralela, nos termos do autor), ademais, complementa esta visão REALE (*Op., cit.*, p. 278): “O dever do jurista era ater-se ao texto, sem procurar soluções estranhas a ele”. Haja vista estes entendimentos, não tem como prosperar, tão logo que a lei, deve ser interpretada sob os ditames das normas hierarquicamente superiores a qual está se interpretando, *v.g.* a leitura de qualquer lei, que deve ser exaurida sua interpretação sob a ótica constitucional, e no caso de entrar-se em conflito, deverá prevalecer a Constituição via de regra, em decorrência de sua supremacia legal.

a norma deve ser trabalhada num sentido maior, abrangente, e não fechada, taxando-se casos específicos, deixando descobertos diversos outros pontos jurídicos que necessitem de sua cobertura, porque o caminho da interpretação textual coligada com a busca pelo direito, fará a adequação da lei com a discussão entravada.

Isto posto, é de se analisar que a lei, quando editada, deve ter por finalidade o bem comum, de regular pacificamente eventuais conflitos. Denota-se do ensinamento de Sérgio Rezende de Barros, que por muitas vezes, a lei tem sua edição pensada sem levar em conta o resultado que a comunidade jurídica e a sociedade civil dela esperam. O processo legislativo assim é levado por uma correnteza de anseios dos que lhe podem ser beneficiados direta ou diretamente, em detrimento dos que necessitam de um adequado ou mais aprimorado sistema, notadamente o jurisdicional que é parte integrante principal do tema aqui tratado. (BARROS, apud TARTUCE, 2013, p. 4).

Pode-se estabelecer um parâmetro com o acima delineado, balizando-se da mesma forma por MARINONI, o qual encerra a polêmica nestes termos “Note-se, desde logo, que não é difícil estabelecer uma ligação bastante clara entre uma cultura que sustenta, sem qualquer constrangimento, a possibilidade de o homem resistir à lei que o prejudica mediante o uso das suas relações e um sistema que ecoa a falta de unidade na solução de casos iguais, vendo o tratamento diferenciado das pessoas como algo natural. De modo que a ausência de reação a um sistema judicial que nega a igualdade e a previsibilidade pode revelar um interesse de várias posições sociais, inclusive de grupos de juízes e de parcela dos advogados” (MARINONI, 2014, p. 14-15).

Por ora, embora bem pontuado que o legislador não pode prever todas as hipóteses de “utilização de soluções da lei”, é de se antever, ao menos, um regramento que venha a atenuar os efeitos deletérios que a excessiva restrição legal (e porque não judiciária) pode vir a causar aos jurisdicionados, quando causa limitação do direito de agir, e supervenientemente grande possibilidade de lesão.

5.4.2 A legislação brasileira e a interpretação extensiva

Ao se operar o Código de Processo Civil, da leitura do art. 1.015, se infere a não tão inovadora (como já exposto nesta pesquisa, com similaridades ao Código de 1939) limitação de hipóteses de interposição do agravo de instrumento em face das interlocutórias proferidas em primeiro grau de jurisdição.

Para se reportarmos nesta nova modalidade do agravo de instrumento, há de se buscar o verdadeiro sentido que a lei remete, conf. acima demonstramos, sendo que

neste plano, cabe muito bem a assertiva de MEDINA “Vê-se que, embora taxativo, o rol de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento é bastante amplo. De algum modo, procurou o legislador antever, com base na experiência haurida à luz da lei processual revogada, os casos em que, sob a nova lei, justificariam a recorribilidade imediata da decisão interlocutória. A riqueza das situações que podem surgir no dia a dia do foro, porém, escapam da inventividade do legislador. Nesses casos, à falta de recurso que possa ser usado imediatamente contra a decisão, poderá ser o caso de se fazer uso do mandado de segurança” (MEDINA, 2016b, p. 1503).

Na continuidade da obra, para o doutrinador acima citado, apesar da taxatividade imposta, implicitamente existe uma abrangência de hipóteses, que são amplas, permitindo uma construção conceitual de hipóteses de cabimento sem desrespeitar o rol taxativo imposto pelo legislador.

Segue na mesma baila DONIZETTI (2016, p. 1487), onde leciona: “Apesar de claramente tratar-se de rol taxativo, é possível admitir a ampliação do rol do art. 1.015 pela via interpretativa”. Complementando sobre a impossibilidade de agravar por instrumento e o cabimento do mandado de segurança, assim nos remete “Quando a matéria objeto da decisão interlocutória não estiver descrita nesses tipos ou hipóteses agraváveis e não houver qualquer outro recurso ou meio de impugnação apropriado, para evitar lesão ou ameaça de lesão ao seu direito, poderá a parte prejudicada impetrar mandado de segurança. Afinal, trata-se (a decisão) de ato de autoridade, suscetível de causar gravame à parte”.

Citam diversos doutrinadores, todos de grande quilate, a possibilidade de manejo de mandado de segurança, ação constitucional que tem fulcro a própria Constituição Federal e lei própria 12.016/2009.

Em que pese o mandado de segurança, o qual está revestido de forma recursal, é cabível os apontamentos de PIRES (2013, p. 130) sobre essa ação constitucional em “*lato sensu*” o qual assim delinea: “Todo abuso de autoridade pública não amparado por *habeas corpus* (direito de ir e vir) ou *habeas data* (direito de acesso a informações) é amparado por mandado de segurança (ex.: mandado de segurança contra Inspetor da Receita Federal que não libera mercadorias regularmente importadas). O direito precisa ser líquido (mensurável e comprovável com a petição inicial via documentos) e certo (existência no ordenamento jurídico). O direito, no mandado de segurança, deve ser comprovado de plano, não se admitindo dilação probatória”. THEODORO JÚNIOR (2010, p. 475), disciplina a aplicação da Constituição ao direito processual também nesta linha, já aplicada ao direito processual civil.

Ou seja, conforme acima inferimos, a caracterização do mandado de segurança

visa tão logo combater a lesão a um ou mais direitos causados por autoridade pública no exercício arbitrário de suas funções, ou seja, não deixa de ser uma interpretação extensiva aos anseios do próprio Código de Processo Civil.

Assim, estando em acordo com a doutrina, a decisão interlocutória que não conste, ou não comporte interpretação infra hipóteses como acima delineado, pode ser alvo de manejo do “*writ*” em assegurar a futura e provável violação de direitos.⁸ Mas, o ressurgimento do mandado de segurança contra ato judicial em decisão interlocutória, relembra uma experiência negativa.⁹

Ou seja, tem-se o Mandado de Segurança como nova forma recursal, não prevista no Código de Processo Civil, mas de aceitação ampla até o momento como sucedâneo recursal.

Desta forma, em análise ao histórico do agravo de instrumento, frente à nova utilidade do mandado de segurança como sucedâneo recursal, voltamos de certa forma ao previsto no regime originário do CPC/73.¹⁰

O que foi suprimido com louvor na codificação passada, por fruto da interpretação do legislador, acabou por ganhar forma novamente na atual codificação. Ora, a legislação brasileira, está sendo interpretada extensivamente para a finalidade de encontro de meio recursal que possa vir ser utilizado. A doutrina majoritariamente tem se guiado neste sentido, ao revés de interpretar decisões hipotéticas dentro dos incisos do art. 1.015 do CPC/2015, que quando faz, são pouquíssimas.

Podendo ser assim o caso de reforma por lei, ou anteriormente na omissão do poder legislativo, a doutrina guiar uma interpretação conjuntamente a legislação esparsa e conceitos acadêmicos, com finalidade de se aprimorar as hipóteses aventadas pelo artigo codificado supracitado.

8 CONCEIÇÃO; RIBEIRO; TORRES DE MELLO; WAMBIER. *Op., cit.*, p. 1453. Assim discorrem: 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 1.º grau por prejudicialidade externa. Evidentemente, a parte prejudicada não poderia esperar.

9 “O primeiro deles refere-se à previsão das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento em rol taxativo (art. 1.015), retornando ao sistema existente no Código de Processo Civil de 1939. Com isso, cai a regra da ampla recorribilidade das interlocutórias prevista no Código Buzaid. Porém, a experiência mostra que as restrições às hipóteses de cabimento de recursos geram novas insatisfações, incentivando a busca por outros meios processuais de impugnação, como, por exemplo, o nefasto ressurgimento do mandado de segurança contra ato judicial”. OLIVEIRA. *Cit.*

10 No CPC/39, o agravo nunca tinha efeito suspensivo, então para se alcançar o efeito era ônus do agravante manejar mandado de segurança imediatamente após a interposição do agravo. In WAMBIER. *Op., cit.*, p. 74.

5.4.3 Princípios da aplicação da interpretação extensiva

Urge tecer algumas considerações quanto os efeitos da lesão grave, instituída como um dos fundamentos recursais, a qual é a ofensa ou dano sofrido por pessoa coisa ou direito, também chamado de prejuízos, perdas. (GUIMARÃES, 2016, p. 193). Já a difícil reparação, ela incide no próprio conceito da lesão, quando ocorrer, ou que poderá ocorrer eventualmente da parte atribuída de exercer o dever imposto judicialmente ficar prejudicada com uma lesão injusta, que foi julgada em cognição sumária, onde não se teve uma condição plena de apuração, para verificar se o direito da parte de fato é existente, e lhe é devido a guarda da tutela, e isto tudo, com o difícil ou impossível retorno do *status quo ante*.

Independentemente da capacidade econômica da outra parte, há lesões que não podem ser consertadas, ou seja, são impossíveis.¹¹

O viés interpretativo adotado pelo advogado do postulante, e principalmente pelo julgador da causa, deve levar em conta o caso dos autos em análise, a fundamentação na lei, e principalmente do que se reveste o pedido, nos termos, da busca pela efetividade processual, garantindo-se o acesso ao judiciário e uma resposta de mérito ao que lhe buscou.

Ressalta-se nesse sentido que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, trouxe interessantíssima decisão como precedentes daquela Corte (BRASIL, 2016) demonstrando que é cabível uma interpretação extensiva nos casos em que a norma não se adequa perfeitamente ao objeto de análise, cabendo ao intérprete avaliar caso a caso quanto à possibilidade ou não do cabimento do agravo de instrumento, desde que não haja previsão expressa de irrecorribilidade da decisão.

Vislumbra-se do julgado, que o intérprete, na qualidade seja de advogado ao analisar a decisão e de orientar sua interposição perante seu cliente, ou seja de forma seguinte, o magistrado ao receber ref. recurso, tecerá suas ponderações individuais, pois o critério de análise interpretativa é subjetivo, e decorre do consciente interior de cada um, levando-nos novamente ao caso da temível insegurança jurídica. Ainda assim, deve haver importante ponderação dos operadores do direito.¹²

11 Notório é o ensinamento empregado na tutela antecipada, assim redigido: “Essa reversibilidade que exige a lei pode ser *in natura*, o que é sempre preferível. O que se deseja é que seja possível a volta ao *status quo ante*, que haja reposição do estado das coisas tal qual estas existiam antes da providência. Considera-se, todavia, reversível o provimento (reversíveis os seus efeitos), toda vez que puder haver indenização e que esta seja capaz de efetivamente compensar o dano sofrido. Sabe-se porém, que isto nem sempre ocorre. Há danos que, rigorosamente, não são substituíveis por pecúnia. Pensa-se, por exemplo, na destruição de um imóvel urbano. A indenização pode se prestar a custear a reconstrução de outro equivalente. Isto não ocorreria se se tratasse de imóvel cuja construção datasse de 1900. Só em casos como este, e em mais graves, é que se considera que o dano seria irreversível a ponto de evitar a concessão da medida. (ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. v. I, 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 374-375).

12 Ponderação sobre a via interpretativa faz ROMÃO, explicando conceito de Tércio Sampaio Ferraz Jr: “Ainda sobre o conceito de interpretação extensiva, Tércio Sampaio Ferraz Jr. leciona que se trata de um

Entretanto, a extensão da interpretação e seus efeitos não pode ser levada em interpretação aberta, passando-se após por mais variados e aleatórios caminhos, deve ser manejada ainda sob um viés orientado pelo princípio da cautela, trazendo como parâmetro o texto a que se interpreta, inclusive alguns autores, argumentam que a interpretação não vem a ampliar o rol, mas apenas permite que determinada decisão venha a ser enquadrada, levando a uma solução. (ROMÃO, 2016).

MITIDIERO (2014, p. 88) remete-nos que os tribunais para atuarem de forma adequada levando unidade ao direito, devem trabalhá-lo de forma lógico-argumentativa, interpretando de maneira justificada, universalizável e coerente, para assim oferecer boas razões para pacificar o entendimento judicial a respeito de determinada questão e para desenvolver o direito brasileiro.

5.4.4 O papel da jurisprudência na interpretação desta forma do agravo

A jurisprudência, em nosso direito material e processual, há muito tempo, ganhou força tamanha de regular diversas situações e litígios, contribuindo para a pacificação social de conflitos consistindo em verdadeira fonte do direito. Nesta corrente, discorre DONIZETTI (2016, p. 6) que “com o advento do novo Código de Processo Civil superada está a controvérsia sobre a admissão da jurisprudência como fonte do Direito. Em face da obrigatoriedade das súmulas vinculantes e dos precedentes nos Tribunais Superiores, é inegável que a jurisprudência consiste em verdadeira fonte produtora do Direito”, confirmando a visão acima.

Da análise dos excertos jurisprudenciais, como fontes do direito, a remissão nos leva ao direito anglo-americano, podendo ser compreendido na base do direito comparado.

Interessante é o aporte feito à jurisprudência e sua formação no direito, conseguinte, pois impende ressaltar que ela pode ganhar traços vis, como o caso de jurisprudência defensiva e seus inúmeros exemplos vistos no direito processual brasileiro, independentemente da seara processual trilhada.

modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido na sua letra. Argumenta-se, não obstante, que desse modo estará respeitada a *ratio legis*, pois o legislador (obviamente, o legislador racional) não poderia deixar de prever casos que, aparentemente, por uma interpretação meramente especificadora, não seriam alcançados. Assim, se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas. Uma dose de indefinição é, talvez, um dos pressupostos ocultos da língua hermenêutica e, pois, da configuração da vontade do legislador. Aliás, de modo geral, o segredo do bom êxito da atividade interpretativa está em que não existem critérios precisos que indiquem quando se deve utilizar uma ou outra forma de interpretação ou se o intérprete deve valer-se de métodos sistemáticos, sociológicos ou teleológicos. Não é sem razão que a doutrina hermenêutica costuma dizer difusamente que a interpretação é um ato de síntese e que o intérprete, para alcançar a *ratio legis*, deve lançar mão de todos os meios doutrinários ao seu alcance”. (ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPC: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?**. RePro. vol. 259. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Não poderia se deixar de trazer este importante ponto, que é muito bem considerado por OLIVEIRA onde “na tentativa de diminuir o número de recursos, os tribunais passaram a criar óbices jurisprudenciais ao cabimento dos recursos, que assumiram um elevado grau de formalismo, tornando-se verdadeiros obstáculos de acesso às Cortes Superiores, ensejando o não conhecimento de muitas questões jurídicas relevantes, sob o argumento do não preenchimento de requisitos formais. Esse fenômeno ficou conhecido como “jurisprudência defensiva”. No entanto, a referida expressão não reflete sua abordagem e suas consequências. Aquilo que se convencionou chamar de “jurisprudência defensiva”, a nosso ver, é, na verdade, jurisprudência ofensiva: ofende o princípio da legalidade; 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” (OLIVEIRA, 2015).

É de extrema clareza o ensinamento de Pedro Miranda de Oliveira, que aduz sobre os efeitos deletérios, para não mencionar perversos, que a jurisprudência defensiva, respaldada numa construção lógico-formalista causa aos jurisdicionados, atribuindo-lhe o nome de jurisprudência ofensiva. Ademais em prosseguimento, o mesmo doutrinador constrói a seguinte hipótese: “A jurisprudência ofensiva escancara uma lógica perversa: a primazia do *checklist* sobre a matéria de fundo, ou seja, a prevalência da forma em detrimento do mérito. Há quem a fundamente apenas pelo número elevado de recursos existentes nos tribunais. Todavia, nada justifica a primazia do formalismo, consubstanciada na técnica utilizada pelos tribunais para dificultar o acesso do jurisdicionado, por meio da criação de óbices para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos. Trata-se de verdadeira deformação da interpretação realizada pelo Poder Judiciário baseada em posições absolutamente restritivas e de extremo rigor na análise dos requisitos de admissibilidade dos recursos. Nessa perspectiva, parece-nos que a jurisprudência ofensiva tem legitimidade bastante discutível porque muitas de suas manifestações não têm base legal ou decorrem de interpretação distorcida do texto da lei. Com efeito, tal prática configura negativa de prestação jurisdicional, o que causa enorme preocupação na comunidade jurídica, pois tem sido usada de forma desenfreada pelos tribunais para evitar o grande número de recursos que lhe são encaminhados, significando evidente vedação ao direito do recorrente” (OLIVEIRA, 2015).

Sendo que já existem receios fundados de sua aplicação frente às hipóteses de impetração do mandado de segurança, visando atacar interlocutória não recorrível por

recurso de agravo de instrumento diante a taxatividade imposta, como aduz BONAGURA; MONTANS; RAMOS; TORRES DE MELLO: “O mandado de segurança impetrável em face de decisões interlocutórias não agraváveis exige, como condição de admissibilidade, a inexistência de recurso em face da decisão que se pretende impugnar, vale dizer, cabe mandado de segurança de decisão judicial desde que não exista qualquer recurso cabível em face desta decisão. E aqui bate o ponto: as decisões interlocutórias não arroladas no art. 1.015 não são, tecnicamente, irrecorríveis, pois delas cabe, a rigor, a impugnação recursal veiculável em futura apelação ou contrarrazões respectivas! Em tempos de reconhecido defensivismo jurisprudencial, não nos afigura impossível que mesmo o mandado de segurança em face de interlocutórias não agraváveis seja tornado inviável em virtude de serem tais decisões recorríveis por meio de apelação ou contrarrazões” (TORRES DE MELLO *et al*, 2016).

Oras, diante do que tratam os ref. doutrinadores acima, é de considerar o risco que se corre na impetração do mandado de segurança, visando obter provimento jurisdicional na tentativa de afastar-se os efeitos que a decisão gravosa produziria.

De forme reticente, vem admitindo a jurisprudência uma interpretação extensiva das hipóteses por meio da jurisprudência, como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios tem feito. (BRASIL, 2016). Então, é possível se manejar a forma mais adequada de cabimento do agravo de instrumento neste íterim, nas hipóteses surgidas no dia a dia forense. Ao se realizar uma interpretação com cunho extensivo, é possível suprir algumas lacunas da nova lei ante a revogada, para se trazer à baila processual resultados de maior amplitude sobre o direito e efetividade não só ao direito processual, mas de razão eminente ao direito material.

De remate, em sincronia com os precedentes aludindo a jurisprudência, cabe à lição MARINONI, que em sua obra consigna que “ao final, busca-se demonstrar a fundamentalidade dos precedentes para a unidade e o desenvolvimento do direito, a clareza e a generalidade, a promoção da igualdade, o fortalecimento institucional, a limitação do poder do Estado, a previsibilidade, a racionalidade econômica, o respeito ao direito e o incremento da responsabilidade pessoal” (MARINONI, 2014, p. 15).

5.4.5 A viabilidade jurídica de alterar-se o CPC para abrandar a interpretação

Pode-se inferir da obra de BUENO (2015, p. 653) que desde que o então vigente Código de Processo Civil se encontrava apenas na sua Exposição de Motivos do Anteprojeto, teve como objetivo quanto ao agravo de instrumento reduzir os casos que esse pudesse ser interposto, ganhando mais significado com a extinção do agravo retido.

Só que as hipóteses de cabimento eram diversificadas, contemplando várias situações do foro, as quais apontadas por toda a comissão de juristas formada por advogados, juízes, desembargadores e ministros na ativa e aposentados, professores, todos profissionais de grande renome e destaque nacional e internacional.

Quando o projeto do Código adentrou a última etapa do processo legislativo, o rol que acabou por prevalecer na Câmara, foi diminuído e por conseguinte formando o que conhecemos positivado no art. 1.015 do Código de Processo Civil.¹³

A redução de hipóteses do projeto, para a versão final, causou e ainda causa diversos dissabores e prejuízos aos jurisdicionados, iniciando-se precipuamente com os riscos quando da anulação de sentenças pelos tribunais, em razão da reforma da interlocutória recorrida por sentença, aparentemente o mais grave efeito de todos. Neste sentido aponta ARAÚJO (2016) que pode ensejar um número maior de sentenças anuladas em decorrência de vícios processuais constantes do andamento do processo. Em que pese os elogios de alguns autores, o vício da anulação posterior leva por terra a inovação, como se depreende de ROMÃO que na “verdade, a técnica casuística do art. 1.015 do CPC/2015, não se adapta à realidade forense. Seria mais conveniente a manutenção da cláusula geral permissiva do agravo de instrumento, anteriormente prevista no art. 522 do CPC/1973, pois o novo modelo não abarca todas as situações que evitariam, por exemplo, futura anulação da sentença, criando possíveis retrabalhos procedimentais que contrariam a premissa do máximo aproveitamento processual (art. 4.º do CPC/2015) e o princípio da razoável duração do processo (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988). A modificação, além de não ser propensa à geração de impactos consistentes, revela-se prejudicial” (ROMÃO, 2016).

Em seguida, é memorável o retardamento do julgamento da causa, indo de encontro à economia e efetividade processual tão almejada pelo novo Código de Processo Civil.

Repisa-se, a doutrina majoritária não só tem aceito como tem indicado a utilização do mandado de segurança como sucedâneo recursal, então cabe trazer algumas disparidades processuais do “*writ*”, em razão da reconhecida dificuldade do manejo das decisões interlocutórias no novel Código, alguns juristas, vem alertando que a admissão da interpretação extensiva, abarcaria um problema futuro maior, qual seja o risco da admissibilidade por situações extensivas, e o acatamento da preclusão caso fosse identicamente recorrida nas preliminares de apelação ou contrarrazões.

13 No projeto constavam além das positivadas pela lei, estas: X – versar sobre competência; XI – determinar a abertura de procedimento de avaria grossa; XII – indeferir a petição inicial da reconvenção ou a julgar liminarmente improcedente; XV – alterar o valor da causa antes da sentença; XVI – decidir o requerimento de distinção na hipótese do art. 1.050, § 13, inciso I; XVIII – resolver o requerimento previsto no art. 990, § 4º; XIX – indeferir prova pericial; XX – não homologar ou recusar aplicação a negócio processual celebrado pelas partes.

Esta é a lição de DELLORE; DUARTE; GAJARDONI; MACHADO; ROQUE (2016), onde consignam: “Como se sabe, o CPC/2015 opera, quanto à preclusão das decisões interlocutórias, da seguinte forma: (i) para aquelas que comportam agravo de instrumento, a parte interessada deve interpor imediatamente o recurso, sob pena de preclusão imediata; (ii) para as que não admitem o agravo, não haverá preclusão de imediato, mas a parte interessada deverá discutir a matéria, sob pena de preclusão, na apelação ou em suas contrarrazões à apelação (art. 1.009, § 1º). Não há, neste segundo caso, preclusão de imediato, mas apenas a chamada “preclusão elástica”. Quando são ampliadas as hipóteses de recorribilidade para situações não antecipadas pelo legislador, há um importante efeito colateral para o qual ainda não se deu a devida atenção: também podem ser criadas novas hipóteses de preclusão imediata, não imaginadas pelos advogados e demais profissionais do direito. O sistema preclusivo erigido pelo CPC/2015 está estritamente vinculado às hipóteses de cabimento do agravo. A ampliação das situações de cabimento pode acarretar maior extensão da ocorrência da preclusão imediata, como se depreende do artigo 1.009, § 1o, do CPC/2015. Somente não precluem – até o momento em que seja interposta a apelação ou apresentadas as contrarrazões à apelação – as questões não suscetíveis de imediato na via do agravo de instrumento. Assim, a ampliação jurisprudencial dos temas passíveis de serem objeto de agravo pode trazer a reboque a expansão da ocorrência da preclusão imediata do processo”.

Nestes termos, cabe repensar quanto a extensão que a interpretação pode trazer as decisões judiciais. Destarte, retornamos novamente a grave insegurança jurídica, pois um Tribunal poderá reconhecer as hipóteses de interpretação extensiva com reconhecimento da preclusão, devendo ter agravado da decisão, e não o tendo feito, não poderá mais suscitar seu inconformismo. Já outro poderá se posicionar no sentido de não reconhecer a preclusão, ou seja, a parte poderá agravar levando a decisão com interpretação extensiva, mas se não o fizer, interpretando taxativamente o art. 1.015 do CPC/2015, não haverá prejuízo em discussão preliminar da fase recursal, posição melhor acertada, aparentemente. Neste conflito, cabe a lição DELLORE *et al* (2016) pois” na dúvida, os advogados serão levados, pelo menos enquanto não se consolida a jurisprudência, a interpor agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida na fase de conhecimento. Afinal, é melhor o tribunal dizer que não cabia o agravo, do que depois, no julgamento da apelação, asseverar que a matéria já precluiu. Dessa forma, sempre que seja possível cogitar de qualquer interpretação ampliativa, extensiva ou sistemática para cabimento do agravo de instrumento, a parte tomará o cuidado de providenciar sua interposição, evitando que a omissão seja considerada como preclusão em eventual julgamento de apelação”.

De forma crítica, DELLORE finaliza seu raciocínio assim “cairá por terra, assim,

o sistema construído pelo CPC/2015 (ainda que de forma reprovável) de recorribilidade limitada das decisões interlocutórias. Se a jurisprudência não estabelecer definições precisas para o que comporta e o que não admite agravo de instrumento, em breve voltaremos ao sistema do CPC/1973”.

Vislumbra-se da exposição supra, um caso de retrocesso legislativo-processual a todos os jurisdicionados que a lei processual civil se sobrepõe, senão vejamos LIBARDONI “a taxatividade prevista no art. 1.015 trouxe o que, a princípio, poderíamos tratar como prejuízo e retrocesso. Alguns menos otimistas podem sustentar que a utilização do mandado de segurança em face das decisões não recorríveis por agravo de instrumento será uma realidade que prejudicará a vida do jurisdicionado e o funcionamento dos tribunais” (LIBARDONI, 2015).

Ademais, aponta a autora acima, que seria o caso de se salvar a novel legislação, mas, ante as robustas críticas de DELLORE; DUARTE; GAJARDONI; MACHADO; ROQUE alhures, os riscos que poderão fazer sofrer os jurisdicionados, é de se repensar pela ponderação de eventuais e possíveis prejuízos, a instituição de uma reforma na legislação processual.

Assim, a melhor alternativa neste caso, ao que parece, poderá ser a criação de nova lei, para fins de alteração do novel Código, pelo menos, no tocante ao recurso de agravo de instrumento delineado nos arts. 1.015 a 1.020 do CPC/2015, o qual inclusive tem rito mais expedito que o próprio *writ*.

Ainda que admita-se o manejo do *writ*, aponta-se na direção de futura e provável alteração legislativa, pois é inegável o conflito com a súmula 267 do Supremo Tribunal Federal.¹⁴

Com grande objetividade, asseveram DELLORE; DUARTE; GAJARDONI; MACHADO; ROQUE (2016), enfim, o novo CPC não pode ser o que queremos que ele seja, nem o que a jurisprudência quer que ele seja. Ainda que a interpretação não se resuma ao texto legal em sua literalidade, este é um primeiro aspecto da interpretação que define as suas possibilidades. Tais limites necessitam ser observados para que possamos respeitar a vontade legítima do Poder Legislativo. Se não estamos satisfeitos, que busquemos pela via política a correção das imperfeições do novo CPC. O que não se deve é tentar remediar a doença com medicamentos inadequados. Corre-se o risco de agravar o quadro do paciente, que sofrerá com os efeitos colaterais.

Como se infere, dos termos acima delineados o processamento do agravo por si, possui uma forma mais harmônica seja na forma de ataque as decisões interlocutórias, também quando ao seu processamento, evitando-se inclusive a requisição de informações

14 Súmula 267 – STF: Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção.

ao juiz originário da causa conforme ensina THEODORO JÚNIOR (2017, p. 1062), já que o ofício de prestar informações ficou no passado com a legislação processual anterior. Ademais, o procedimento do mandado de segurança, contém uma margem de 120 dias para impetração do mesmo, prazo excessivamente longo, frente aos quinze dias úteis do agravo, causando ao que parece, instabilidade da própria decisão, que é de cognição sumária, ou seja, simples, sem grande lastro probatório na maioria das vezes, diferente do que é em prazo dilatado o que é conferido a ação rescisória em dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (art. 975 CPC/2015), a qual tem o condão de ser proposta para se desconstituir julgado fundado em cognição exauriente via de regra geral.

5.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao que impende analisar o agravo de instrumento cabe ressaltar desde já que foi o recurso com as maiores modificações no novel Código, o que, com todas as mudanças empreendidas pelo legislador, repercutiram muito, notando-se a forma negativa quanto a sua redação, interpretação e cabimento ter prevalecido sobre o conceito de recorribilidade das decisões interlocutórias, assumindo um nítido caráter singular no livro dos recursos.

Desta forma, analisou-se de forma sucinta, sem esvaziar a temática o histórico e a evolução ao longo dos séculos e legislações até a contemporaneidade, também configurou objeto de análise a demonstração das controvérsias suscitadas entre as hipóteses do art. 1.015 do CPC/2015, a interpretação que o operador do direito deva desenvolver na análise do próprio recurso.

Já ao final, foram avaliados os ditames da interpretação extensiva como forma de moldar o “novo” agravo de instrumento para uma realidade processual mais próxima das partes, como uma temática de instrumentalização e maior efetividade da ação, ao qual é possível concluir que os percalços gerados por inúmeras ideias, apenas tem o condão de reforçar a tese de que a referida sistemática do recurso deverá ser objeto de reforma legislativa, a fim de aplicar-se a tutela estatal com maior certeza, cautela e licitude perante as partes litigantes. Ademais tal teoria não poderá ser desprezada, ante o fato de que estamos diante de um Código de Processo Civil promulgado sob o manto da Constituição Federal vigente, e deverá ser levado o processo com rigorismo à plena tutela dos direitos quando conferidos pela jurisdição estatal, sendo inafastável por força desta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. v. I, 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ALVIM, Arruda. **Comentários ao código de processo civil**. Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. 2. ed. ver., atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ANDRADE NERY, Rosa Maria de; NERY JÚNIOR, Nelson. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema**. RePro, vol. 251, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan. 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Manual dos recursos**. 4. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão n.978761, 20160020344135AGI. Distrito Federal, Rel. Des. Sérgio Rocha, j.19.10.2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2oX17Ds>> Acesso em: 22.mai.2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento n. 0334306-26.2016.8.13.0000. Minas Gerais, Rel. Desa. Juliana Campos Horta, j. 11.08.2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2MhsbXi>>. Acesso em: 14.mai.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70071713150. Rio Grande do Sul, Rel. Desa. Catarina Rita Krieger Martins, j. 18.11.2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2O4X3Mv>>. Acesso em: 17.abr.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70071726475. Rio Grande do Sul, Rel. Des. Glênio José Wasserstein Hekman, j. 01.11.2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2N2BUPT>>. Acesso em: 17.abr.2017.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 4018296-03.2016.8.24.0000 de Palhoça. Santa Catarina, Rel. Desa. Cláudia Lambert de Faria, j. 12.04.2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2oVDT0x>>

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 4006058-15.2017.8.24.0000 de Palhoça. Santa Catarina, Rel. Des. Subs. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 11.04.2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2x3PGOR>> Acesso em: 17.abr.2017.

BONAGURA, Anna Paola; MONTANS, Renato; RAMOS, Fabiana Souza; TORRES DE MELLO, Rogerio Licastro. **O agravo de instrumento e o rol do art. 1.015 do novo CPC: taxatividade?**. p. 08.03.2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235291,81042-O+agravo+de+instrumento+e+o+rol+do+art+1015+do+novo+CPC+taxatividade>>. Acesso em: 3.jul.2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CINTRA, Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: RT, n. 41.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogerio Licastro; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil – artigo por artigo**. São Paulo: 1. ed. 3. tir. Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; MACHADO, Marcelo Pacheco; ROQUE, Andre Vasconcelos. **Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva**. p. 05.07.2016. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/07/05/hipoteses-de-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 22.mai.2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19. ed. revisada e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário universitário jurídico**. (in memoriam); atualização de Ana Cláudia Schwenck dos Santos. – 20. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. **Interesse recursal complexo e condicionado quanto às decisões interlocutórias não agraváveis no novo Código de Processo Civil - Segundas impressões sobre a apelação**. RePro. vol. 249. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

_____. **Novo Código de processo Civil comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016b.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle de constitucionalidade à interpretação da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Apontamentos sobre o novíssimo sistema recursal**. RePro, vol. 250, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, dez. 2015.

PIRES, Antonio Fernando. **Direito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMÃO, Pablo Freire. **Taxatividade do rol do art. 1.015, do NCPD: mandado de segurança como sucedâneo do agravo de instrumento?** RePro. vol. 259. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro, Forense, São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Procedimentos especiais**. vol. III. 43. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I**. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Curso de direito processual civil** – vol. III. 50. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 3. ed. rev., atual. e ampl. do livro O novo regime do agravo - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000, Vol. 2.

Leonardo Beduschi

Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Mestre em Ciência Jurídica na Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor titular de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo na Universidade Regional de Blumenau (FURB) e Vice-diretor do CCJ-FURB. Professor do curso de pós-graduação em Direito Processual Civil da UNIASSELVI e da UNIDAVI/Rio do Sul. Professor da ESMESC. Membro do IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual. Pesquisador do Grupo de pesquisa “Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização - Constinter” registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela FURB. Autor de livro e de artigos científicos relacionados ao Direito Processual Civil. E-mail: lbeduschi@furb.br

Guilherme Christen Möller

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau (FURB). Autor de livros e de mais de uma dezena de artigos científicos relacionados ao Direito Processual Civil, à Teoria Geral do Processo e ao Direito Constitucional. Colaborador fixo da seção Doutrina da Revista Bonijuris. Articulista da Editora Empório do Direito. Pesquisador no Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) da Universidade Regional de Blumenau (FURB). Membro da linha de pesquisa Acesso à Justiça, Gestão de Conflitos e Organizações, vinculada ao grupo de pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça, certificado pela Universidade Regional de Blumenau (FURB) junto ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Pesquisador na Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), membro da linha de pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, vinculada ao grupo de pesquisa Teoria do Direito, certificado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) junto ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Mediador Judicial capacitado pelo Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR) do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Advogado, inscrito na OAB/SC nº 51.682, e Consultor Jurídico. E-mail: contato.guilhermemoller@gmail.com.

Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira

Possui graduação em Direito pela FURB - Fundação Universidade Regional de Blumenau (2009) e especialização em Ciências Criminais pela Anhanguera-UNIDERP (2011). Atualmente é Professora Substituta de Direito Administrativo e Direito Processual Penal da Fundação Universidade Regional de Blumenau - FURB, e assessora jurídica no Juizado Especial Criminal de Blumenau - Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Mestranda em Direito no programa público da UNINTER, na linha de pesquisa Teoria e História da Jurisdição.

Gabriela Marchioro Carvalho

Bacharel em Direito pela FURB - Fundação Universidade Regional de Blumenau.

Thiago Sevegnani Baehr

Bacharel em Direito pela FURB - Universidade Regional de Blumenau/SC. cursando pós graduação em nível de especialização lato sensu em direito processual civil pela Damásio Educacional. Advogado sócio - Persuhn & Baehr Advogados desde 05/04/2018. Tem experiência na área de contencioso e consultivo, com ênfase em direito do trabalho e civil (empresarial, indenizatórias e recuperação de créditos) e seus respectivos direitos processuais.

ORGANIZAÇÃO



PARCEIROS

Divisão de Artes Gráficas - DIE
Diretoria de Tecnologia da Informação - DTI

PROJETO EDITORIAL, CAPA E DESENVOLVIMENTO

Divisão de Artes Gráficas - DIE



Tribunal de Justiça de Santa Catarina
Rua Álvaro Millen da Silveira, n. 208, Centro, Florianópolis/SC, 88020-901.
Central Telefônica: (48) 3287-1000
tj.atendimento@tjsc.jus.br | www.tjsc.jus.br