5 ANOS DE VIGÊNCIA
DO CPC/2015

BALANÇO DO CONTENCIOSO
EMPRESARIAL

TozziniFreire
ADVOGADOS

sumário

Jurisprudência defensiva nos Tribunais Superiores e o CPC/2015: avanço ou retrocesso? 3

Balanço das posições dos Tribunais sobre a aplicação dos negócios processuais atípicos 6

Mecanismos consensuais no bojo do processo: efetividade e problemas 10

O processo ficou mais célere com o CPC/2015? 13

Tutela de evidência: reflexões sobre a possibilidade de concessão da medida e a força dos precedentes 17

Os desafios da (não) estabilização da tutela de urgência antecipada antecedente: agravar ou simplesmente impugnar? Quando aditar a inicial? 21

As inovações em matéria de provas do CPC/2015 e sua aplicação no contencioso empresarial 25

Prazos processuais e materiais no CPC/2015: problemas e jurisprudência 29

O rol com taxatividade mitigada do agravo de instrumento: estudo jurisprudencial 33

Avanços e retrocessos na execução 37

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) em números 41

Decisões judiciais com eficácia vinculante - mito ou realidade? 45

A multa cominatória (“astreintes”) no cumprimento de obrigações de fazer: inovações e controvérsias do CPC/2015 48

Produção antecipada de provas sem urgência: análise jurisprudencial 52

Medidas executivas atípicas – a polêmica do artigo 139, IV, do CPC/2015: análise jurisprudencial 56

Decisão parcial de mérito – artigo 356 do CPC: análise jurisprudencial 61

A positivação da desconsideração – inversa – da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015 65

Amicus Curiae e a aplicação do artigo 138 do CPC 69

O fenômeno da desjudicialização e o CPC/2015 72

Dinamização do ônus da prova nos cinco anos de vigência do CPC/2015 76

A ação de dissolução parcial de sociedades no CPC/2015: breves anotações sobre disposições controvertidas 79

O tratamento da arbitragem pelo novo CPC. O que mudou? 83

Seguro Garantia Judicial 86

Precedentes e arbitragem: estão os árbitros vinculados a precedentes judiciais? 89

A prescrição e CPC/2015 94

Contraditório e recorribilidade na ação de produção antecipada de prova 98

ESTE E-BOOK FOI ESCRITO POR ADVOGADOS E SÓCIOS DE TOZZINIFREIRE EM MARÇO DE 2021 PARA CELEBRAR OS CINCO ANOS DO CPC/2015

JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES E O CPC/2015: AVANÇO OU RETROCESSO?

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da evolução da legislação processual, das consequências para a jurisprudência defensiva e dos entraves criados após a nova legislação processual. 3. Conclusão. 4. Referências

1. INTRODUÇÃO

Em 2008, quando tomava posse como presidente do Superior Tribunal de Justiça, o ministro Humberto Gomes de Barros afirmou que a "jurisprudência defensiva" consistia "na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos".[1]

Ou seja, a jurisprudência defensiva, claramente, não é estratégia recente; ao contrário, revela uma luta constante do Poder Judiciário contra o volume de recursos que são destinados às Cortes Superiores do país, tanto que muitas das orientações criadas ao longo dos anos pelos Tribunais e já consideradas defensivas, hoje, não mais subsistem, o que certamente se deve pelo advento do Código de Processo Civil de 2015 que, de certa forma, proporcionou o declínio de parte desse malfadado entendimento.

Contudo, esse novo ordenamento processual não foi suficiente para extinguir por completo essa prática que perdura, e ainda perdurará, por anos, em face da necessidade de se controlar o volume e a carga de trabalho nos Tribunais Superiores que, para tanto, criam filtros ilegítimos, revestidos como requisitos recursais, mas não previstos em lei.

Tais mecanismos são vistos como *instrumento de gestão jurisdicional para atendimento de metas e enfrentamento de passivos recursais consideráveis ou, ainda, como uma espécie extraoficial de repercussão geral.*[2]

2. DA EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL, DAS CONSEQUÊNCIAS PARA A JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E DOS ENTRAVES CRIADOS APÓS A NOVA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL

Como mencionado, o Código de 2015 obteve sucesso em barrar algumas das jurisprudências defensivas existentes à época, mas não teve êxito em exterminá-las por completo.

Servem de exemplo, aqui, alguns dos entendimentos já ultrapassados: (i) a extemporaneidade de um recurso tido por prematuro, porque interposto antes de iniciado o prazo; (ii) a exigência de que as cópias que instruíam um recurso de agravo fossem autenticadas, mesmo quando a parte adversa não colocava sua idoneidade em dúvida; (ii) custas ou o "preparo" recolhidos previamente e com o código de receita correto, mas por guia correspondente preenchida com o uso de impressora e não de caneta. Todos ensejavam o não conhecimento do recurso.

Vale observar que, evidentemente, a jurisprudência defensiva já vinha sendo combatida pelo Código anterior de 1973, tendo o legislador incluído, ao longo do tempo, uma série de mudanças visando dirimir discussões que esbarravam em entendimentos protetivos dos Tribunais.

---

1 Trecho do discurso do ministro Humberto Gomes de Barros, proferido em 07/04/2008, na solenidade de posse no cargo de presidente do STJ para o biênio 2008/2010.

2 MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt e NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Súmula 7 já faz vezes de repercussão geral no recurso especial. *ConJur*, 31 jul. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/improbidade-debate-sumula-faz-vezes-repercussao-geral-recurso-especial. Acesso em: 11 mar. 2021.

Todavia, foi com o advento do Código de 2015 que alguns entendimentos ligados à jurisprudência defensiva foram expressamente afastados com a clara e objetiva positivação de situações específicas, habitual e frequentemente utilizadas pelos Tribunais Superiores como "fundamento" para deixar de analisar o mérito dos recursos.

Por exemplo, possibilidade de intimação da parte para regularizar a representação processual ou mesmo complementação das custas, mesmo que em dobro, quando não recolhidas.

Com isso, a partir de 2015, acreditava-se que os Tribunais Superiores reduziriam o uso da tal jurisprudência defensiva, utilizando-se menos desses "filtros" repletos de formalismos capazes de impedir o conhecimento do mérito dos recursos. Entretanto, novos e fortes entraves foram criados, desprestigiando o recente Código de 2015, tão inovador e certamente imbuído da pretensão de tornar o curso processual menos formal e engessado.

Ocorre que, já na vigência do novo Código de 2015, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passaram a exigir novos requisitos formais para os recursos a eles dirigidos, dando continuidade ao costumeiro intento de barrar a grande massa de processos destinados àqueles Tribunais.

Um dos requisitos ou filtros criados após a vigência do Código de 2015 é a sustentada necessidade de impugnação detida e individualizada, em tópicos específicos,[3] de todos os fundamentos adotados pelas decisões emitidas pelos Tribunais de origem, com base no art. 1.021, § 1º, do CPC, associado às Sumulas 182[4] e 83[5] do STJ, como também às Súmulas 283[6] e 284[7] do STF.

Isso porque esse requisito, inicialmente programado para atingir os recursos de Agravo em Recurso Especial (advindo dos Tribunais locais para julgamento pelo STJ), passou a ser paulatinamente aplicado também a outros recursos, mormente ao Agravo Interno,[8] destinado a atacar as decisões proferidas pelo próprio STJ. Vale dizer que, mesmo que a parte tenha desistido de brigar por um dos argumentos lançados anteriormente no recurso (seja por conhecer do entendimento dominante ou simplesmente por não desejar mais aquele provimento), é obrigada a seguir com o argumento, sob pena de não ter as demais questões julgadas pelo Tribunal Superior, tratando a decisão que julga o agravo interno como uma decisão incindível. Quando menos, a parte deverá trazer tópico específico no agravo interno indicando expressamente sua ausência de interesse em recorrer sobre determinado ponto.[9]

Outra questão que tem causado espécie na comunidade jurídica é o denominado prequestionamento, uma exigência dos Tribunais Superiores de que toda a matéria debatida nos recursos, a eles destinados, tenha sido previamente objeto de debate pelo Tribunal de origem, não bastando mera menção sem fundamentação "suficiente".

Nesse aspecto, era exigido da parte recorrente, ainda na vigência do Código de 1973, a inclusão de tópico específico nas razões do recurso sustentando a existência de negativa de prestação jurisdicional, com o intuito de afastar a alegação de falta de prequestionamento caso o Tribunal de origem tenha se negado (expressamente ou não) a analisar alguma tese lançada na demanda.

Já com a nova legislação, considerando o disposto no art. 1.025 do CPC/2015,[10] havia a expectativa de que ocorreria a aceitação do chamado "prequestionamento ficto", ou seja, uma espécie de prequestionamento automático quando a parte alegasse a matéria perante o Tribunal local, mas este não tratasse do tema.

Acreditava-se, assim, que haveria dispensa do tal tópico específico nas razões do recurso para alegar eventual omissão pelo Tribunal de origem, sendo suficiente a indicação do dispositivo federal não examinado. A Súmula 211 emitida pelo STJ em 01/07/1998,[11] no

---

3 AgInt no REsp 1.865.093/SP, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 08/03/2021.

4 Súmula 182 - É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada (Súmula 182, Corte Especial, julgado em 05/02/1997, DJ 17/02/1997).

5 Súmula 83 - Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

6 Súmula 283 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

7 Súmula 284 - É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.

8 AgInt no AREsp 1.770.181/MS, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/03/2021, DJe 10/03/2021.

9 Resp 1.407.844/SP: "Convém ressaltar que a Primeira Turma desta Corte compreendeu que incumbe ao agravante se insurgir contra todos os capítulos específicos e autônomos da decisão agravada, admitindo-se o agravo interno parcial nas hipóteses em que há manifestação expressa de que sua irresignação se volta somente contra parcela do julgado e de que haveria concordância com o restante (AgInt no REsp 1.518.882/SC, rel. ministro Sérgio Kukina, DJe 21/02/2019; AgInt no REsp 1.695.426/RS, rel. ministra Regina Helena Costa, DJe 21/09/2018; e AgInt no AREsp 1.163.354/RJ, rel. ministro Gurgel de Faria, REPDJe 04/10/2018)".

10 Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

11 Súmula 211 - Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

entanto, continua sendo amplamente aplicada pelo STJ, assim como a exigência de que a omissão do Tribunal local em apreciar a tese seja ventilada em tópico específico. Ou seja, em nada adiantou a criação de tal artigo.

Como terceiro exemplo, traz-se a alegada impossibilidade de as Cortes Superiores reanalisarem fatos e provas constantes dos autos. Nesse sentido, traz a ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.342.955/RS[12] que "o conhecimento do recurso especial como meio de revisão do enquadramento jurídico dos fatos realizado pelas instâncias ordinárias se mostra absolutamente viável; sempre atento, porém, à necessidade de se admitirem esses fatos como traçados pelas instâncias ordinárias, tendo em vista o óbice contido no enunciado nº 07 da Súmula/STJ".

Ou seja, as partes devem ter o cuidado de levar às Cortes Superiores apenas teses que envolvam fatos já delineados e expressamente tratados pelo Tribunal local, vez que, se para a análise do mérito do recurso for necessária a avaliação de qualquer documento que não seja o próprio acórdão, incidirá o impedimento indicado na referida Súmula nº 7.

Ocorre que, ao final, não basta também que os fatos estejam expressamente destacados na decisão recorrida ou que a parte assim afirme indicando quais seriam, pois a jurisprudência defensiva "avançou" para entender pela inviabilidade do recurso que lança argumentos genéricos quanto à não aplicação da Súmula nº 7, enfatizando os julgadores a necessidade de efetivo cotejo/confronto entre a decisão recorrida e a tese sustentada para que seja demonstrada a desnecessidade do revolvimento fático-probatório.

Exatamente nesse sentido foi o pronunciamento do ministro Og Fernandes, quando da análise do ARESP 1.463.467/RJ,[13] ao afirmar que a parte não trouxe alegação **efetiva** e voltada a afastar as conclusões da decisão combatida, não demonstrando, no cotejo entre o acórdão impugnado e a argumentação trazida no recurso especial, situação que afastasse o referido óbice processual. Ou seja, adotando critério totalmente subjetivo (uma alegação pode ser insuficiente para uma pessoa, mas suficiente para outra), afasta a necessária objetividade da lei e termina por não analisar o mérito da questão.

12 REsp 1.342.955/RS, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 31/03/2014.

13 AgInt no AREsp nº 1.463.467/RJ, relator ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 22/06/2020, DJe 29/06/2020.

3. CONCLUSÃO

Diante desse cenário crítico narrado, resta evidente que os Tribunais Superiores, em especial o STJ, assoberbados, criam mecanismos próprios para lidar com o enorme volume de processos e, com isso, mesmo após a vigência do Código de 2015, não reduziram a utilização de jurisprudência defensiva, tendo aumentado, inclusive, o número de recursos que não são conhecidos, sem julgamento de mérito.

Além de criar insegurança jurídica, a jurisprudência defensiva se mostra totalmente ineficaz porque, se de um lado, cria entraves dos mais variados para barrar recursos, do outro, gera o dever/obrigação das partes de apresentarem todos os recursos cabíveis, no intento de demonstrar o equívoco daquela decisão, gerando maior trabalho aos julgadores.

4. REFERÊNCIAS

AgInt no AREsp 1770181/MS, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08/03/2021, DJe 10/03/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002585678&dt_publicacao=10/03/2021. Acesso em: 11 mar. 2021.

AgInt no AREsp nº 1.463.467/RJ, relator ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 22/06/2020, DJe 29/06/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=111552767&registro_numero=201900636978&peticao_numero=201900695859&publicacao_data=20200629&formato=PDF. Acesso em: 11 mar. 2021.

AgInt no Resp 1407844/SP, rel. ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado 03/11/2020, DJe 20/11/2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1996517&num_registro=201303248630&data=20201120&peticao_numero=202000600313&formato=PDF. Acesso em 11 mar. 2021.

AgInt no REsp 1865093/SP, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 02/03/2021, DJe 08/03/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000544114&dt_publicacao=08/03/2021. Acesso em 11 mar. 2021.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt e NÓBREGA, Guilherme Pupe da. Súmula 7 já faz vezes de repercussão geral no recurso especial. ConJur, 31 jul. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/improbidade-debate-sumula-faz-vezes-repercussao-geral-recurso-especial. Acesso em: 11 mar. 2021.

REsp 1342955/RS, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 18/02/2014, DJe 31/03/2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201201878131&dt_publicacao=31/03/2014.

Súmulas disponíveis em: https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/ e http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula.

Trecho do discurso do ministro Humberto Gomes de Barros, proferido em 07/04/2008, na solenidade de posse no cargo de presidente do STJ para o biênio 2008/2010. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/coletanea/author/proofGalleyFile/2581/2326. Acesso em: 11 mar. 2021.

AUTORAS

ISABELLA BRAGA POMPILIO

SANDRA ARLETE MAIA RECHSTEINER

BALANÇO DAS POSIÇÕES DOS TRIBUNAIS SOBRE A APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

SUMÁRIO: 1. Conceito e exemplos de aplicação. 2. Limites. 3. Jurisprudência. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. CONCEITO E EXEMPLOS DE APLICAÇÃO

O CPC/2015 prevê o instituto dos negócios processuais atípicos, conforme estabelece o artigo 190:

"Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo."

Antonio do Passo Cabral[1] define o negócio processual da seguinte forma:

"Convenção ou acordo processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem a necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento."

Teresa Arruda Alvim[2] exemplifica ensinando que: "aspectos procedimentais variados podem, também, ser objeto de convenção: as partes podem estipular limites de manifestações, podem estipular a impossibilidade de existir esta ou aquela modalidade probatória, prazos mais exíguos que os legais [...]".

1 CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Jus Podium, 2016, p. 68.

2 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil.* São Paulo: RT, 2016, p. 397.

Em essência, o artigo 190 do CPC/2015 prevê que as partes podem convencionar sobre aspectos procedimentais, estabelecendo mudanças no rito processual.

Cassio Scarpinella Bueno[3] doutrina que os negócios processuais podem versar, por exemplo, sobre escolha de conciliador, mediador e da câmara de mediação, suspensão do processo, escolha do perito, escolha do administrador depositário, e redução de prazos.

Para **Fredie Didier Jr.**,[4] os negócios processuais podem versar sobre impenhorabilidade de bens, instância única, ampliação ou redução de prazos, superação de preclusão, substituição de bem penhorado, rateio de despesas processuais, dispensa de assistente técnico, retirada de efeito suspensivo de recurso, não promoção de execução provisória, dispensa de caução, limite do número de testemunhas, intervenção de terceiro fora das hipóteses legais, acordo para tornar uma prova ilícita, dentre outros exemplos.

O Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) traça algumas hipóteses interessantes para a aplicação do artigo 190 do CPC/2015:

"São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo

3 BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 217.

4 DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 381.

para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba)"

A recente Portaria nº 33/2018 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional incentiva o uso do negócio processual atípico nas execuções fiscais. O artigo 38 da Portaria nº 33/2018 da PGFN autoriza expressamente a Fazenda Pública a celebrar negócios processuais, com vistas a facilitar o recebimento do crédito executado.

As Portarias nºs 360 e 742, ambas da PGFN, também prestigiam claramente o manejo do artigo 190 do CPC/2015 para fins de obtenção de uma maior efetividade no trâmite das execuções fiscais.

E na recente Lei nº 13.874/2019, no artigo 19, reforça-se ainda mais a ideia do uso do artigo 190 do CPC/2015 pelo Poder Público, de modo a se buscar maior efetividade no trâmite dos processos.

Não é demais lembrar que a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu artigo 15, também já estimulava as convenções processuais em procedimentos envolvendo o *Parquet*.

2. LIMITES

Grande debate existe na doutrina acerca dos limites para a aplicação do artigo 190 do CPC/2015, não havendo, ainda, uniformidade quanto ao tema.

Para **Teresa Arruda Alvim,**[5] os negócios processuais não podem versar sobre deveres absolutos das partes (artigos 77 e 78 do CPC/2015), sobre matérias indisponíveis e acerca de eventual não motivação das decisões judiciais. **Fredie Didier Jr.**,[6] por sua vez, afirma que os negócios processuais não podem versar sobre competência em razão da matéria, da função e da pessoa, bem como sobre a taxatividade e cabimento dos recursos. **Humberto Theodoro Jr.**[7] defende que os negócios processuais não podem limitar os poderes instrutórios do juiz, ou o controle dos pressupostos processuais e das condições da ação, nem versar sobre qualquer outra matéria envolvendo ordem pública.

Com posição similar, **Trícia Navarro Xavier Cabral** pontua que as partes, na dinâmica do CPC/2015, ganharam mais poder para participar ativamente do processo; alertando, contudo, que [esse modelo] "não se trata de retorno à concepção privatista do processo, que permanece lastreado no interesse público inerente ao poder que emana da jurisdição estatal".[8] Doutrina, ainda, que:

"Por sua vez, para além dos elementos intrínsecos do ato, viu-se que o juiz deve apreciar os limites dos atos, os quais, neste trabalho, foram identificados como sendo: os direitos fundamentais, as garantias processuais, a reserva legal, as prerrogativas do juiz, a administração judiciária e a proteção a terceiros."[9]

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados, por sua vez, já destacou hipóteses em que o uso do artigo 190 do CPC/2015 não seria autorizado:

"A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juiz

5 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO; Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de, op. cit., p. 402.
6 DIDIER Jr., Fredie, op. cit., p. 388.
7 THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 471.
8 CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da Liberdade Processual.* Indaiatuba, SP: Foco, 2019, p. 152.
9 Ibidem, p. 152.

o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de amicus curiae; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei."[10]

3. JURISPRUDÊNCIA

Não há dúvida de que há clara divergência doutrinária sobre os limites para o manejo do negócio processual atípico. Por isso, as manifestações jurisprudenciais autorizando a aplicação do artigo 190 do CPC/2015 se mostram interessante norte para a consolidação dos contornos a serem observados pelas partes quando da celebração do negócio processual atípico.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 2118535-58.2017.8.26.0000, da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo sido relator o Desembargador Paulo Pastore Filho, decidiu-se que as partes podem convencionar, em negócio processual atípico, sobre qual bem deve recair a penhora. Por outro lado, no também recente julgamento do Agravo de Instrumento nº 2098515-46.2017.8.26.0000, da 33ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tendo sido relator o desembargador Eros Piceli, decidiu-se que as partes não podem convencionar sobre a possibilidade de se aplicar o instituto da denunciação da lide em caso concreto que seria regido pelo Código de Defesa do Consumidor, dada a vedação de ordem pública que estaria contida no comando do art. 88 do diploma consumerista.

Por sua vez, apesar do que prevê o artigo 2º, II, da Instrução Normativa nº 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho, a Terceira Turma do TST, no julgamento do Recurso de Revista nº 0147300-49.2012.5.13.0004, tendo sido relator o ministro Alexandre de Souza Agra, com acórdão publicado em 27/10/2017, considerou válida a convenção processual atípica para autorizar o uso de prova emprestada.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 2045753-87.2016.8.26.0000, a 32ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido relator o desembargador Luis Fernando Nishi, entendeu que as partes, com base no artigo 190 do CPC/2015, podem versar sobre a forma pela qual recebem intimações.

E, no julgamento da Apelação Cível nº 70075492462, a 16ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo sido relator o desembargador Paulo Sérgio Scarparo, entendeu que as partes podem convencionar sobre a realização da audiência de conciliação e sobre o momento para a apresentação de contestação.

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 2002087-65.2018.8.26.0000, conforme acórdão relatado pelo desembargador Sérgio Gomes, a 37ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser plenamente cabível o negócio processual atípico para prever medidas constritivas contra o devedor, afastando-se a decisão de primeira instância que havia julgado pela inconstitucionalidade do artigo 190 do CPC/2015.

Na mesma linha de admissão do artigo 190 do CPC/2015, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1404094-69.2018.8.12.0000 - Dourados, em acórdão relatado pelo desembargador Vilson Bertelli, entendeu pela possibilidade de as partes celebrarem negócio processual atípico para prever a denunciação da lide da empresa seguradora.

No mesmo norte de prestígio ao art. 190 do CPC/2015, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2269263-77.2018.8.26.0000, em acórdão relatado pelo desembargador Rodolfo Pellizari, entendeu pela possibilidade de as partes convencionarem sobre a redução do prazo para o cumprimento de uma medida judicial que cuida de desocupação de área.

Até mesmo em linha com a recente Lei nº 13.964/2019, há interessante julgado do Tribunal de Justiça do Amapá reconhecendo o manejo do artigo 190 do CPC/2015 para embasar acordo quanto às consequências jurídicas referentes

---

10 Disponível em: https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf. Acesso em: 10 mar. 2021.

à ação de improbidade administrativa *(TJ-AP - AI: 00035683920188030000 AP, Relator: Desembargadora SUELI PEREIRA PINI, Data de Julgamento: 10/09/2019)*.

Por sua vez, a 23ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2213606-53.2018.8.26.0000, em acórdão relatado pelo desembargador Franco de Godoi, entendeu pela impossibilidade de as partes convencionarem sobre a fixação das verbas de honorários de sucumbência, dado que esta atividade seria privativa do magistrado.

O Superior Tribunal de Justiça enfrentou, pela primeira vez, o tema dos limites das convenções processuais, bem como a questão do controle judicial dos negócios processuais atípicos, no julgamento do Recurso Especial nº 1738656/RJ, tendo sido relatora a ministra Nancy Andrighi. O acórdão consolida o entendimento de que o Poder Judiciário realiza o controle de validade do negócio jurídico processual atípico após sua celebração entre as partes, bem como demonstra a necessidade de interpretar-se restritivamente o grau de abrangência de tal modalidade de acordo; tudo de modo a se garantir a necessária interpretação e controle das convenções processuais, pelo Poder Judiciário, no decorrer do trâmite da lide.

4. CONCLUSÃO

Os recentes julgados, no geral, prestigiaram a aplicação do artigo 190 do CPC/2015, e buscaram traçar uma leitura em conformidade com as normas fundamentais do CPC/2015. Neste contexto, muito ao contrário do que parcela da doutrina imaginava quando dos debates acadêmicos acerca da utilidade do negócio processual atípico do artigo 190 do CPC/2015, é certo que o Poder Judiciário já vem sendo instado a se posicionar sobre os requisitos de validade e eficácia de tal instituto; sendo inegável que existem julgados que demonstram a inclinação do Poder Judiciário de prestigiar o manejo pelas partes dos negócios processuais.

Mas não se questiona que o Poder Judiciário ainda terá a difícil missão de delinear, com mais precisão, quais são os limites de aplicação do artigo 190 do CPC/2015, sendo, portanto, importantíssimos os recentes julgados acerca do tema.

5. REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da Liberdade Processual*. Indaiatuba, SP: Foco, 2019.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podium, 2015. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil Comentado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

REDONDO, Bruno Garcia. Comentários ao art. 381 do Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil Comentado*. Coord. Helder Moroni Câmara. São Paulo: Almedina, 2016.

THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. I.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2016.

AUTOR

ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO

MECANISMOS CONSENSUAIS NO BOJO DO PROCESSO: EFETIVIDADE E PROBLEMAS

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Novo Código de Processo Civil e o estímulo à autocomposição. 3. Dos entraves de ordem prática à promoção da autocomposição nos processos judiciais. 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Há anos, o Poder Judiciário vem lutando para fazer frente à sempre crescente quantidade de processos judiciais ingressados, muitos dos quais poderiam ser solucionados via composição amigável entre as partes.

Ciente disso, o legislador do Novo Código de Processo Civil se preocupou em não apenas criar regras para a condução dos processos judiciais, como também se dedicou a estimular a autocomposição como um mecanismo efetivo e salutar para solução das controvérsias.

Cinco anos após a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil, a vontade do legislador não parece ter sido atendida em sua totalidade.

Nesse ínterim, o índice de sentenças homologatórias de acordo proferidas cresceu 30,1% e, apenas em 2019, do total de processos solucionados, 12,5% se deram por meio de autocomposição entre as partes.

Apesar do crescente número de acordos celebrados judicialmente, diversos são os processos que tramitam sem que uma tentativa sequer de solução consensual seja promovida.

Nas linhas abaixo, investigaremos brevemente alguns dos fatores que explicam por que partes e magistrados vêm optando, cada vez com mais frequência, pela dispensa das audiências para tentativa de autocomposição.

2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ESTÍMULO À AUTOCOMPOSIÇÃO

O Novo Código de Processo Civil instituiu como uma de suas principais tônicas a promoção à solução consensual de conflitos, preceito previsto como norma fundamental do processo civil (artigo 3º, § 2º).[1]

Não à toa, a norma determina ao Estado, na figura de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, o incentivo à resolução consensual das disputas (artigo 3º, § 3º).[2]

Como expressão desse espírito pacificador, o Novo Código de Processo Civil previu, em seu artigo 334,[3] a designação de audiência prévia de conciliação ou mediação entre as partes. A redação conferida ao artigo denota que ao juiz incumbe obrigatoriamente a designação de referida audiência, que somente será dispensada no caso de o direito em discussão não comportar a autocomposição ou de as partes mutuamente optarem pela não realização do ato.[4]

---

1 Artigo 3º, § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

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

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

4 Artigo 334, § 4º. A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; II - quando não se admitir a autocomposição.

A relevância conferida pelo Novo Código de Processo Civil à audiência prévia é tamanha que o não comparecimento injustificado de quaisquer das partes ao compromisso é tido como ato atentatório à dignidade da Justiça, passível de punição.[5]

Além da oportunidade para conciliação prévia, o Novo Código de Processo Civil estabelece também que a autocomposição deve ser estimulada pelas autoridades em qualquer momento processual em que se verifique a possibilidade do alcance de um acordo (artigo 3º, § 3º).[6]

Apesar da importância dedicada pelo Novo Código de Processo Civil às audiências para tentativa de autocomposição, fato é que, na prática, sua realização tem sido dispensada com muito mais frequência do que desejou o legislador.

Embora haja situações peculiares e razões casuísticas para a dispensa das audiências de conciliação ou mediação em cada processo, alguns fatores comuns podem ser apontados como causas desse fenômeno. Vejamos quais são eles a seguir.

3. DOS ENTRAVES DE ORDEM PRÁTICA À PROMOÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO NOS PROCESSOS JUDICIAIS

A primeira razão a ser destacada para a frequente dispensa das audiências de conciliação ou mediação no bojo dos processos reside na descrença das partes na possibilidade de composição nos casos concretos.

Antes de ingressar em Juízo, é comum que as partes engajem negociações prévias na tentativa de encontrarem um acordo que possa satisfazer a ambas. Frustradas as tentativas de conciliação, as partes acionam o Poder Judiciário já desacreditadas da possibilidade de uma autocomposição, o que naturalmente as leva a dispensar a realização de audiências no curso do processo.

Na esfera consumerista, essa dinâmica tem ganhado contornos ainda mais claros. Com cada vez mais frequência, tem-se verificado a prolação de decisões que condicionam o acionamento do Poder Judiciário pelo consumidor à demonstração de prévia e frustrada tentativa administrativa de solução de sua pretensão junto ao fornecedor.

Nesse sentido, pactos de desjudicialização[7] e orientações por parte das administrações judiciárias têm sido editados no intuito de promover tais condicionantes, a fim de estimular a autocomposição entre as partes e, com isso, reduzir o acervo de processos judiciais.

Exemplo dessa frente de atuação é a recente orientação exarada pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), vinculado ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Ainda que sem caráter obrigatório, a orientação direciona que "nas ações em que for admissível a autocomposição, a exigência de prévia comprovação da tentativa de negociação poderá ser considerada como condição para aferição do interesse processual, cabendo ao juiz suspender o feito, por prazo razoável, para que a parte comprove tal tentativa, sob pena de indeferimento da inicial ou extinção do feito sem resolução de mérito".[8]

Outras tantas decisões têm utilizado como norte a plataforma Consumidor.gov.br, exigindo que o consumidor inicialmente acione o fornecedor por tal via administrativa, antes de seguir com a ação judicial.[9]

Em todos esses casos, é certo que, já estabelecidas tratativas extrajudiciais para solução da controvérsia existente e tendo essas sido inexitosas, a realização de audiências judiciais de conciliação ou mediação torna-se ineficaz, o que consequentemente enseja sua dispensa.

A segunda razão que pode ser apontada para as

---

5 Artigo 334, § 8º. O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

6 Ver nota 2.

7 Como exemplo de pacto de desjudicialização, ver “Muriaé assina pacto em prol da desjudicialização”. Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/muriae-assina-pacto-em-prol-da-desjudicializacao.htm#.YEkQGI5Kg2w. Acesso em: 11 mar. 2021.

8 Disponível em: https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/orientacao-recomenda-comprovacao-de-tentativa-de-conciliacao-para-seguimento-de-acao.htm#.YEkQiI5Kg2w. Acesso em: 11 mar. 2021.

9 “A criação da plataforma ‘Consumidor.gov.br’ tem, então, como intuito otimizar e reduzir o tempo gasto pelos consumidores para que seus direitos sejam efetivados, bem como desafogar o Poder Judiciário, o qual não pode ser considerado como única alternativa para a tutela das demandas consumeristas. Dito isso, decisões de tribunais pátrios cada vez mais têm confirmado o uso da referida plataforma e de projetos congêneres como antecedentes à judicialização, especialmente em demandas sem demonstração de pretensão resistida” (TJSC, Agravo de Instrumento nº 4028110-34.2019.8.24.0000).

recorrentes dispensas quanto à realização das audiências para autocomposição entre as partes decorre da própria estrutura do Poder Judiciário.

A falta de condições para o atendimento célere e efetivo dos jurisdicionados, bem como o volume invencível de novas ações ingressadas e do acervo já existente são fatores que comumente levam os magistrados a dispensarem a realização de tais audiências. Agendas abarrotadas e o reduzido número de centros e profissionais habilitados para condução das audiências para autocomposição fariam com que alguns atos fossem designados com significativo atraso, o que poderia implicar relevante morosidade ao feito.

Levantamento do Conselho Nacional de Justiça aponta que, até 2019, o Brasil contava com um pouco mais de onze mil conciliadores habilitados e menos de mil e quinhentos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) na Justiça Estadual para fazer frente a mais de vinte milhões de novos processos ingressados apenas naquele ano.

Em 2020, novos obstáculos se impuseram à realização das audiências: o fechamento das unidades de atendimento em razão da pandemia causada pela COVID-19.

Apesar de o Novo Código de Processo Civil indicar expressamente a possibilidade de as audiências se darem em formato virtual,[10] a experiência vivenciada no último ano deixou claro que nem todas as frentes do Poder Judiciário estão aptas e preparadas para a realização de audiências remotas. Tal cenário levou muitos magistrados a optarem pela dispensa de audiências compositivas ou pelo cancelamento de atos já agendados, na tentativa de evitar atrasos ao andamento dos processos.[11]

Por fim, a terceira – e principal – razão que explica a recorrente dispensa das audiências de conciliação ou mediação se refere à mentalidade cultural brasileira.

Com frequência, o litígio judicial é desencadeado por partes em relacionamentos já desgastados ao extremo, muitas vezes envoltos em cargas de indignação, resistências e mágoas, o que dificulta a aproximação entre as partes e inflama a rivalidade entre os polos da demanda.

Em situações como essas, é comum que as partes ingressem em Juízo não com o desígnio de solucionar a controvérsia, mas sim com o objetivo de fazer justiça: isso é, de vingar-se do sofrimento ou do prejuízo experimentados, obtendo do Poder Judiciário o amparo que entendem cabível a si e a penalização da parte contrária.

Apesar da morosidade e da burocracia que envolvem o Poder Judiciário, a cultura do brasileiro ainda é a do litígio judicial, entrave que se impõe de forma ampla à disseminação e ao fortalecimento da autocomposição.

4. CONCLUSÃO

Ainda que em ritmo crescente, é evidente que o fortalecimento da estrutura judicial não consegue acompanhar a expressiva quantidade de litígios existentes, não tendo o Poder Judiciário condições de atender com celeridade e efetividade todas as demandas que lhe são dirigidas. Nesse cenário, a autocomposição é alternativa eficaz capaz de solucionar de forma satisfatória os conflitos surgidos e de evitar o prolongamento de desgastantes controvérsias.

O Novo Código de Processo Civil caminhou bem ao antever a necessidade de estímulo aos mecanismos consensuais de resolução de conflitos, cujo sucesso depende, em grande parte, do interesse e da colaboração das partes.

Nas batalhas travadas na ordem democrática de direito, cabe ao jurisdicionado fazer a sua escolha: optar pelo caminho da guerra e lutar bravamente em Juízo, ou optar pela trajetória da conciliação e erguer a autocomposição como sua bandeira branca de paz.

---

10 Artigo 334, § 7º. A audiência de conciliação ou de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

11 Nesse sentido: "Diante das restrições de acesso de pessoas aos prédios dos *fóruns em virtude da pandemia do COVID-19, considerando ainda a impossibilidade de realização da audiência por videoconferência, posto que a parte ré não possui procurador constituído nos autos, fica a mesma cancelada. Com isso, deixo para momento oportuno a análise da conveniência da audiência de conciliação (CPC, art. 139, VI, e Enunciado nº* 35 do ENFAN)". (TJSP, Processo nº 1028931-47.2020-47.8.26.0114).

AUTORES

LUIZ VIRGÍLIO PIMENTA PENTEADO MANENTE

LUCIANA BAZAN MARTINS BISETTI

O PROCESSO FICOU MAIS CÉLERE COM O CPC/2015?

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O que indicam os dados do CNJ sobre o tema? 3. De que forma as alterações implementadas pelo CPC/2015 tornam o processo mais lento? 4. Conclusões. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Como se sabe, o CPC/2015 nasce tendo a busca da celeridade processual como um de seus pilares, tanto que a sua exposição de motivos[1] reconhece a celeridade como pressuposto para a efetiva garantia de uma ordem jurídica justa.[2] Pode-se dizer que o CPC/2015 dá continuidade às reformas que foram implementadas após a introdução do princípio da "razoável duração do processo"[3] pela Emenda Constitucional (EC) nº 45, responsável por impactar na criação de políticas de planejamento e gestão de varas e tribunais.[4]

Como exemplo de mudanças implementadas pelo CPC/2015, vale mencionar: (i) a audiência de conciliação prevista pelo artigo 334; (ii) intensificação dos mecanismos de uniformização jurisprudencial e réplica de teses jurídicas; (iii) taxatividade do agravo de instrumento (art. 1.015); (iv) previsão de ordem cronológica de conclusão (art. 12); dentre outras. Todas essas reformas, em conjunto, criaram a percepção, de parcela da doutrina e dos operadores do direito, de que o CPC/2015 dotaria o processo civil de maior agilidade. Passados 5 anos da vigência do novel Código, resta examinar se as medidas que prometiam acelerar o processo surtiram efetivamente o efeito almejado.

2. O QUE INDICAM OS DADOS DO CNJ SOBRE O TEMA?

Após 5 anos de vigência do CPC/2015, a percepção no dia a dia forense é a de que, infelizmente, o processo **não se tornou mais rápido** em razão das modificações inseridas pelo novel Código. Tal percepção é confirmada pela análise dos dados do Justiça em Números, que consiste em um sistema nacional de dados e informações elaborado e atualizado anualmente pelo CNJ e que pode ser apontado como uma das referências para análise quantitativa e qualitativa de informações de gestão dos Tribunais pátrios na atualidade.[5] De fato, o relatório do Justiça em Números referente ao ano de 2019,[6] último relatório disponibilizado pelo órgão, indica que não houve melhora da produtividade dos Tribunais, tampouco aceleração no trâmite dos processos.

De início, verifica-se que, entre os anos de 2015 (último antes da vigência do CPC/2015) e 2020 houve substancial aumento do número de casos novos (19,5 para 20,7 milhões na Justiça Estadual e 3,7 para 5,2 milhões na Justiça Federal), o que vem a indicar que a implementação de mecanismos de

1 Exposição de Motivos do CPC/2015. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf . Acesso em: 8 mar. 2021.

2 Vide o seguinte trecho: "Levou-se em conta o princípio da razoável duração do processo. Afinal a ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça. A simplificação do sistema recursal, de que trataremos separadamente, leva a um processo mais ágil". (Exposição de Motivos do CPC/2015, p. 29).

3 Art. 5º [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

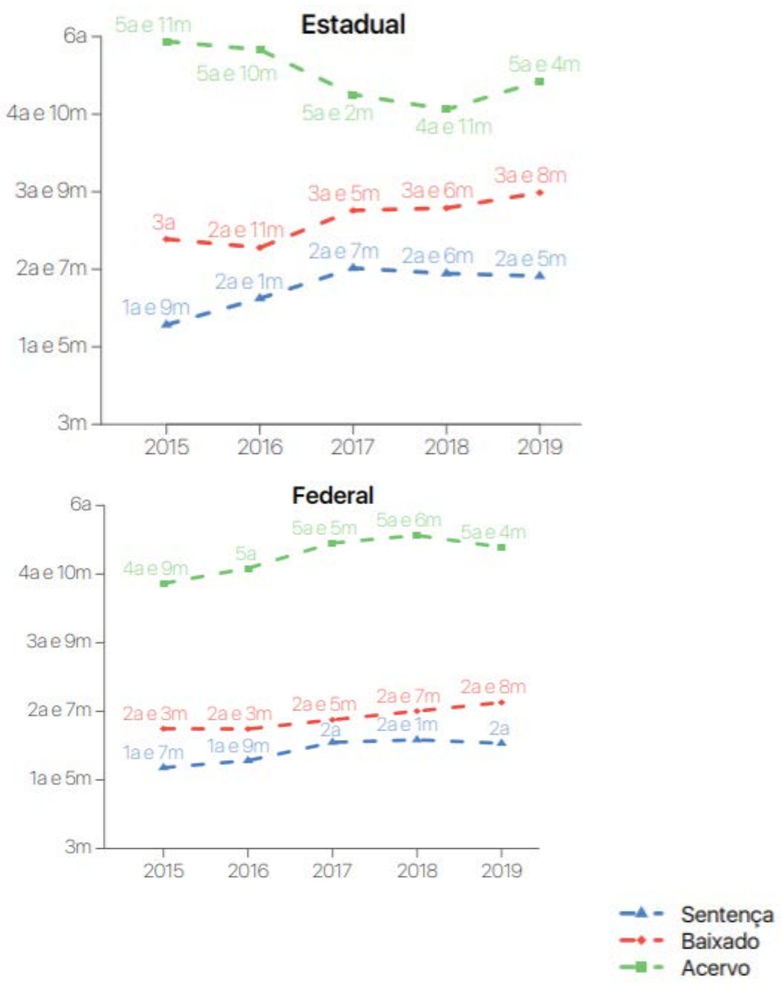
4 GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: uma análise empírica.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18.

5 Nesse sentido: "Antes da criação do 'Justiça em Números' pelo CNJ, as informações sobre o Poder Judiciário estavam reunidas no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. [...] Desde 2003, ainda que se diga que os dados permanecem incompletos, é inegável que a situação é incomparavelmente melhor tanto quantitativa quanto qualitativamente" (GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica.* São Paulo: Saraiva, 2012, p. 18-19).

6 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. J*ustiça em números 2020: ano-base 2019.* Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf . Acesso em: 23 fev. 2021.

uniformização jurisprudencial não tem evitado a multiplicação de demandas.[7] Além disso, verifica-se que, no âmbito dos Tribunais Superiores, tem havido crescimento tanto de processos novos como pendentes nos últimos anos,[8] vindo a indicar a insuficiência dos repetitivos para frear o direcionamento de recursos a tais Tribunais.

Outro dado interessante que pode ser extraído do Justiça em Números refere-se ao tempo para julgamento e trâmite dos processos. Em realidade, embora o CPC/2015 tenha encurtado procedimentos como forma de acelerar a resolução dos casos, na prática, o que se verifica é que tem havido aumento no tempo para prolação de sentença em 1º grau e encerramento dos processos tanto na Justiça Estadual como na Federal, como indicam os gráficos abaixo:



Ou seja, o trâmite do processo encontra-se **mais lento** na atualidade do que antes do CPC/2015. Além disso, também se verifica que não houve grande melhora nos índices de recorribilidade da Justiça Estadual nos últimos anos. Com efeito, o estudo do CNJ demonstra que, desde 2015, o índice de recorribilidade interna (recursos dirigidos ao mesmo órgão que prolatou a sentença) **aumentou** de 7% para 8%, embora o de recorribilidade externa tenha tido uma diminuição (9,5% para 6,9%).[9] Portanto, de forma geral, isto é, se for considerada a média de recorribilidade externa e interna, o número de recursos não sofreu grande redução.

Por fim, outra informação relevante refere-se aos índices de conciliação. A despeito da obrigatoriedade da audiência de conciliação prevista pelo art. 334 do CPC/2015, entre os anos de 2015 e 2019, o índice de conciliação nos processos na fase de conhecimento sofreu pequeno aumento (17,2% para 19,6%) e tem oscilado nos últimos anos.[10] Sendo assim, a conciliação imposta pelo CPC/2015 tem ensejado mais acordos, só que de forma bastante lenta, ao passo que a duração do processo aumentou substancialmente.[11]

Em conclusão, a análise comparativa do Justiça em Números no cenário pré e pós CPC/2015 evidencia que o processo ficou **mais lento** após o novel Código e o objetivo de conferir maior celeridade não parece ter sido alcançado até o momento.

3. DE QUE FORMA AS ALTERAÇÕES IMPLEMENTADAS PELO CPC/2015 TORNAM O PROCESSO MAIS LENTO?

Sem a pretensão de examinar todas as possíveis causas para o cenário de maior lentidão do Judiciário, algumas das modificações implementadas pelo CPC/2015 podem ser, de alguma forma, relacionadas ao resultado verificado.

(i) obrigatoriedade da realização de audiência de conciliação

Como mencionado, o artigo 334 do CPC/2015 prescreve a obrigatoriedade da designação de audiência de conciliação ou de mediação, com o objetivo de promover a transação entre as partes antes do prazo para contestação. Ocorre que o que se tem verificado, na prática, é que o índice de conciliação ainda é muito baixo e não possui a capacidade de reduzir de forma substancial o número de processos que seguem submetidos à resolução pelo Poder Judiciário.

Ao mesmo tempo, verifica-se que, sendo infrutífero o resultado da audiência, o prazo de 15 dias úteis

7 Ibidem, p. 97.
8 Ibidem, p. 97.
9 Ibidem, p. 123.

10 Ibidem, p. 172.
11 Nesse sentido, as considerações do Relatório: "A conciliação, política permanente do CNJ desde 2006, apresenta lenta evolução. Em 2019 foram 12,5% de processos solucionados via conciliação. O novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação e em quatro anos o número de sentenças homologatórias de acordo cresceu 30,1%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 3.887.226 em 2019. Em relação ao ano anterior, houve aumento de 228.782 sentenças homologatórias de acordo (6,3%)" (Ibidem, p. 258).

para apresentação de contestação só será iniciado **após a data** de realização do ato. Por conseguinte, a previsão da audiência de conciliação, ao passo que não tem representado substancial elevação no total de acordos celebrados, enseja um prolongamento no estágio inicial do feito, postergando o prazo para prolação de uma decisão de mérito ainda em primeira instância, que cresceu nos últimos anos, conforme mencionado. Aliás, tanto é assim, que há decisões, proferidas por juízes de primeira instância do Tribunal de Justiça de São Paulo, dispensando a realização de audiência de conciliação a fim de evitar o prejuízo à celeridade.[12]

(ii) a taxatividade do artigo 1.015 passou a ser driblada perante os tribunais brasileiros

Como é cediço, o artigo 1.015 do CPC/2015 restringiu as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento. O objetivo era claro: evitar a recorribilidade durante a fase de conhecimento, concentrar o exame pelo Tribunal na fase de eventual apelação e, por conseguinte, acelerar o trâmite processual durante a fase de conhecimento. Novamente, houve uma frustração de tais objetivos, já que, além de o tempo de duração do processo na fase de conhecimento ter sido elevado, verificou-se aumento da recorribilidade interna, o que, de certa forma, anula os resultados que poderiam ser obtidos com a restrição das hipóteses de cabimento do agravo.

Como se não bastasse, sequer a taxatividade tem sido aplicada na forma preconizada pelo legislador de 2015. De fato, o STJ, ao julgar o tema repetitivo 988,[13] conferiu ao art. 1.015 do CPC/2015 a **taxatividade mitigada**, admitindo a interposição do agravo de instrumento sempre que verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Verifica-se, portanto, que a restrição imposta pelo artigo 1.015 do CPC/2015 foi flexibilizada, "derrotando" a pretensão trazida pela norma jurídica.[14]

Como consequência, o que se tem verificado, sobretudo após o julgamento do STJ, é um maior número de agravos de instrumento para que se discuta a possibilidade de interposição do recurso com fundamento na tese firmada pelo STJ. Ao fim do dia, ainda que não seja superada a fase de admissibilidade recursal, não se reduz o número de recursos, tampouco abrevia-se o trâmite processual e o índice de recorribilidade como um todo.

(iii) a preocupação com o contraditório das partes prolonga o curso da demanda

Como também fica claro em sua exposição de motivos, o CPC/2015 demonstra preocupação com a garantia do contraditório,[15] tendo implementado diversas modificações para assegurar a observância deste princípio constitucional. Nesse sentido, uma das alterações inseridas pelo novel Código refere-se à ampliação do prazo de 5 dias corridos (CPC/1973) para 15 dias úteis para manifestação a respeito dos documentos apresentados pela parte contrária (art. 437, § 1º).

Tal modificação acaba por prolongar a duração da demanda, já que a prolação de qualquer decisão a respeito da documentação apresentada só poderá ocorrer após o decurso do prazo

---

12 Vide nesse sentido: (i) "Deixo de designar a audiência de conciliação prevista no artigo 334 do CPC [...] Antes do início de vigência do atual Código de Processo Civil, um processo cível, sem necessidade de audiência de instrução ou perícias, em seu curso regular, levaria até três meses para ser sentenciado nesta Vara. Tal discrepância de tempo só se justificaria se a porcentagem de acordos nas audiências de conciliação fosse elevada. Contudo, não é essa a realidade. **Desde a entrada em vigor do novo CPC, a porcentagem de acordos realizados em audiências não ultrapassa 15%, levando-se em conta o total de processos em que a parte autora manifestou interesse em sua realização, uma vez que, manifestado o desinteresse, não houve sequer a designação de data** [...] Saliento que tal medida não prejudica as partes que poderão realizar acordos extrajudicialmente a qualquer momento, trazendo-os aos autos. Por outro lado, agiliza o andamento do processo, pois a parte requerida será citada desde logo, iniciando-se o prazo para defesa independentemente da disponibilidade da pauta do juízo" (TJSP*;* Decisão do juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Mogi das Cruzes, processo nº 1016125-54.2016.8.26.0361) e, (ii) *"*A designação de audiência prévia à contestação prejudicaria a celeridade e a razoável duração do processo, princípios previstos no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, bem como nos artigos 4º e 8º, do Código de Processo Civil. Em razão disso e tendo em vista as especificidades da causa, deixo de designar audiência prévia de conciliação, sem prejuízo de análise da conveniência de sua designação em momento oportuno (artigo 139, Código de Processo Civil e Enunciado nº 35, da ENFAM)" (TJSP*,* Decisão do juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Suzano (SP), nos autos do processo nº 1007027-86.2016.8.26.0606).

13 Tese 988: "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação".

14 Vide nesse sentido: "Uma norma pode ser derrotada quando sua aplicação no caso concreto contrariaria a razão de ser da própria norma. No que toca ao agravo de instrumento, viu-se que ele foi criado, no Brasil, e em diversos outros ordenamentos, para permitir a reanálise urgente de questões que, caso aguardassem o julgamento final, poderiam representar grave prejuízo à parte. Dessarte, a norma que disciplina o cabimento do agravo de instrumento pode ser excepcionada se, com sua hipotética aplicação, acabar impedindo o reexame urgente de questão que apresenta risco ao resultado útil do julgamento. Foi exatamente esse o contexto da taxatividade mitigada, donde se conclui que a orientação do STJ está inclusa tão somente nessa primeira hipótese de derrotabilidade de normas jurídicas". (VASCONCELOS, Ronaldo. Derrotabilidade da regra de cabimento do agravo de instrumento. *Revista de Processo*, v. 308/2020, p. 153-194, out/2020).

15 Nesse sentido: "Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou 'às avessas'" (Exposição de Motivos do CPC/2015, p. 26).

previsto para manifestação pela parte contrária, adiando a resolução do conflito. Assim, tal modificação também pode ser relacionada ao maior tempo de duração do processo na fase de conhecimento, conforme verificado nos dados analisados.

(iv) insuficiência dos mecanismos de uniformização jurisprudencial para acelerar o processo

Outra grande aposta do CPC/2015, seguindo uma tendência anterior, foi o investimento em mecanismos para aglutinação de demandas de massa e em procedimentos para inibir tais demandas. De fato, além de manter os procedimentos de julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos inseridos no Código anterior, o CPC/2015 intensifica a uniformização jurisprudencial e cria a figura do IRDR.

Não obstante, a experiência anterior ao código já revelava a insuficiência destes mecanismos para lidar com a morosidade e promover maior eficiência do Judiciário, vez que os próprios Tribunais Estaduais, com base no princípio do livre convencimento do juiz, muitas vezes não adotam o entendimento das Cortes Superiores julgado como critério de pacificação para demandas repetitivas, trazendo, assim, um efeito apenas **paliativo** no desafogamento do Judiciário.[16]

E, de fato, como destacado, os dados de Justiça em Números demonstram que o número de recursos dirigidos à instância superior **tem crescido nos últimos anos**. Tal cenário manteve-se após a introdução do CPC/2015, o que vem a indicar que o investimento em mecanismos de aglutinação de demandas, como o IRDR, não tem barrado o direcionamento de recursos aos Tribunais de Cúpula, não tem reduzido a recorribilidade, tampouco abreviado a duração do processo. Mais um fator, portanto, que pesou em desfavor da celeridade processual no CPC/2015.

16 "Assim, pode-se dizer que o funcionamento dos dois principais tribunais de vértice no Brasil está há muito completamente inviabilizado, muito distante do que seria recomendável para o adequado desempenho de seus respectivos papéis constitucionais. Ademais, os números relevam o *fracasso* do modelo de aceleração/aglutinação de processos repetitivos individuais, cujo funcionamento é fundamentalmente baseado em precedentes judiciais." (SICA, Heitor Victor Mendonça de. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC de 1973 ao CPC de 2015. *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*. Campinas, v. 1, n. 1, p. 83-94, jul./dez. 2018, p. 91).

4. CONCLUSÃO

O CPC/2015 surge em um contexto de busca de celeridade e eficiência processuais que vem norteando as reformas legislativas sobretudo após a EC nº 45. Nesse cenário, diversas das inovações implementadas pelo novel Código têm como exato escopo a busca da celeridade processual. Ocorre que, passados 5 anos de vigência do CPC/2015, o que se verifica é que **o processo se encontra menos célere** do que no período de vigência do CPC/1973.

Sem pretensão de examinar todas as razões para o cenário identificado, algumas das reformas implementadas pelo CPC/2015 influenciaram para os resultados verificados: (i) a imposição de audiência de conciliação; (ii) a insuficiência da taxatividade do agravo de instrumento para barragem de novos recursos, sobretudo após sua mitigação pelo STJ; (iii) a maior preocupação com contraditório e consequente dilação dos prazos de manifestação e; (iv) a insuficiência dos mecanismos de uniformização jurisprudencial para acelerar o processo e lidar com a litigiosidade de massa.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf . Acesso em: 23 fev. 2021.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross. *Litigiosidade, morosidade e litigância repetitiva no Judiciário: uma análise empírica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SICA, Heitor Victor Mendonça de. Brevíssimas reflexões sobre a evolução do tratamento da litigiosidade repetitiva no ordenamento brasileiro, do CPC de 1973 ao CPC de 2015. *DESC - Direito, Economia e Sociedade Contemporânea*, Campinas, v. 1, n. 1, p. 83-94, jul./dez. 2018.

VASCONCELOS, Ronaldo. Derrotabilidade da regra de cabimento do agravo de instrumento. *Revista de Processo*, v. 308/2020, p. 153-194, out/2020.

AUTORAS

ISABELA BRAGA POMPILIO
MARIA ISABEL DE SÁ DIAS MACHADO
MAYARA BARBOSA DE MORAES

TUTELA DE EVIDÊNCIA: REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA MEDIDA E A FORÇA DOS PRECEDENTES

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Reflexões sobre o inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Diante do reconhecimento do processo como instrumento que visa à concretização do direito material, um dos objetivos do novo Código de Processo Civil (CPC/2015) foi justamente assegurar a efetiva tutela dos direitos dos jurisdicionados.

O novo diploma processual também foi formulado com o propósito de prestigiar o princípio constitucional da segurança jurídica e a uniformização da jurisprudência, criando mecanismos processuais de valorização e vinculação de precedentes.

Além de ter alterado parcialmente as regras aplicáveis às tutelas de urgência, abolindo as ações cautelares, o novo CPC/2015 também instituiu a possibilidade de concessão de tutela provisória independentemente da demonstração do *periculum in mora*. Trata-se do instituto processual da tutela de evidência, regulamentada pelo artigo 311 do CPC, que visa principalmente à "distribuição do ônus do tempo".[1]

Como esclarecido na exposição de motivos do novo Código, nas hipóteses em que "as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, [...] por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano".[2]

O dispositivo legal[3] traz quatro incisos com hipóteses que permitem a concessão da tutela de evidência, entendendo que referidas situações refletem um direito da parte "com um grau de probabilidade tão elevado, que se mostra evidente".[4] Cada uma das hipóteses legais para a concessão da tutela de evidência considera as "peculiaridades da relação de direito material, o comportamento das partes no processo ou o conjunto probatório produzido com a inicial".[5]

O inciso II do artigo 311 estabelece que pode ser concedida a tutela de evidência fundada na existência dos seguintes requisitos cumulativos: a) tese jurídica consolidada em súmula vinculante ou por meio de julgamento de casos repetitivos e b) alegações de fato que possam ser comprovadas apenas documentalmente (inciso II do artigo 311 do CPC/2015). Nos termos do parágrafo único de referida disposição, a tutela pode ser concedida liminarmente, antes mesmo de exercido o contraditório.

O propósito do presente artigo é debater a abrangência de referida disposição, apontando se a norma em questão deve ser interpretada de forma literal ou extensivamente. O tema ainda é debatido na doutrina e na jurisprudência, mas há uma tendência de se admitir a concessão da tutela de evidência mesmo nas hipóteses não expressamente previstas no rol do inciso II do artigo 311, consagrando-se a força dos precedentes.

---

1 CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: RT, 2016. *Livro eletrônico.*

2 BRASIL. União Federal. Exposição de Motivos. *Código de Processo Civil.* Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf >. Acesso em: 09 mar. 2021.

3 Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

4 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: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 523.

5 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella (coord). *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2017, p. 954.

2. REFLEXÕES SOBRE O INCISO II DO ARTIGO 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como brevemente apontado acima, o racional que justifica a inclusão do inciso II no artigo 311 é valorizar não só a celeridade processual, como também prestigiar a jurisprudência,[6] permitindo a imediata concessão da tutela almejada em casos em que a probabilidade do direito do requerente estiver evidenciada tanto em entendimento consolidado dos tribunais quanto em prova documental.

A redação do inciso II do artigo 311 do CPC/2015, no entanto, recebeu diversas críticas pela doutrina brasileira, por aparentemente ter sido menos abrangente do que deveria, como se passa a demonstrar.

2.1 O DEBATE DOUTRINÁRIO

Alguns autores defendem que uma leitura sistêmica do CPC/2015 permite concluir pela interpretação extensiva do referido dispositivo, para englobar as demais hipóteses em que a tese de direito já se encontra pacificada nos tribunais brasileiros.

Sob essa perspectiva, a tutela de evidência deve também ser concedida quando o direito pleiteado pela parte autora já se encontra firmado por meio de súmulas não vinculantes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) e de orientações do plenário ou órgão especial dos tribunais locais, já que referidas decisões também seriam de conteúdo obrigatório, conforme artigo 927, incisos IV e V, do CPC/2015.[7]

Defende-se que, apesar de o artigo 927 do CPC/2015 ter previsto o dever de observância pelos juízes e tribunais a cinco diferentes modalidades de decisões que seriam obrigatórias, optou o artigo 311 por permitir que apenas parte delas possa autorizar a concessão da tutela de evidência.

Nessa mesma linha, Medina sustenta que, para os fins previstos no inciso II do artigo 311 do CPC/2015, o que importa é que não haja divergência jurisprudencial sobre a tese jurídica na qual a pretensão do autor se embasa.[8]

Há quem siga uma linha ainda mais flexível, defendendo que a probabilidade do direito pode ser verificada também nos casos em que a "jurisprudência majoritária alinhar-se com a tese do autor, e até mesmo com uma única decisão dos Tribunais Superiores, que enfrentou matéria similar à que foi versada na demanda".[9]

Ribeiro propõe um cotejo entre o artigo 332 e o inciso II do artigo 311 do CPC/2015, no sentido de que as hipóteses de improcedência liminar do pedido – como a existência de súmulas do STF e do STJ e de enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local[10] – devem ser consideradas pelo julgador para a concessão da tutela de urgência.[11]

Por outro lado, há autores que manifestam ressalvas quanto a essa interpretação extensiva defendida pela doutrina majoritária, haja vista o caráter excepcional da tutela de evidência, ainda mais quando concedida com contraditório diferido.[12]

Na jurisprudência, o tema também ainda certamente será objeto de muitas discussões, como narrado a seguir.

2.2 A CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL

Diante da celeuma, a interpretação extensiva do inciso II do artigo 311 foi objeto do Enunciado 48 do Conselho de Justiça Federal, da I Jornada de Direito Processual Civil de 2017, que prevê que "é admissível tutela provisória da evidência, prevista no art. 311, II, do CPC, também em casos de tese firmada em repercussão geral ou em súmulas dos tribunais superiores".

Sobre o mesmo tema, foram aprovados dois Enunciados da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM), no sentido de que a tutela de evidência poderá ser concedida "quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais,

---

6 CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo, *op. cit.*

7 CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo, *op. cit*.

8 MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *Livro eletrônico.*

9 MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela de evidência: perfil funcional e atuação do juiz à luz dos direitos fundamentais do processo.* São Paulo: Almedina, 2020, p. 50, 52-53.

10 Incisos I e IV do artigo 332 do CPC/2015.

11 RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência.* 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 196.

12 GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. *Teoria Geral do Processo: comentários ao CPC de 2015*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2015, p. 1.033.

independentemente de caráter vinculante" e "independe do trânsito em julgado da decisão paradigma" (Enunciados 30 e 31).

A 1ª Turma do STJ, ao decidir sobre matéria tributária em sede de agravo interno em agravo em recurso especial, entendeu ser suficiente para a concessão de tutela de evidência, nos moldes do inciso II do artigo 311, a existência de tese firmada pelo STF em repercussão geral.[13]

Da mesma forma, seguindo a linha da interpretação extensiva, a 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), no julgamento de agravo de instrumento, justificou a concessão de tutela de evidência com base na existência de comprovação documental dos fatos narrados pelos autores e em súmula não vinculante do STJ. Nos termos do acórdão, "ainda que não se trate de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, leciona a melhor doutrina que a segunda parte do artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil, deve ser interpretada de maneira ampla".[14] A 8ª Câmara de Direito Público do mesmo Tribunal de Justiça, no julgamento de agravo de instrumento relacionado a discussão tributária, concedeu a tutela de evidência com base no entendimento de que haveria comprovação documental da alegação do autor e de que a tese autoral estaria alinhada com a jurisprudência do STJ e do TJSP.[15]

Por outro lado, ao decidir sobre a mesma matéria tributária do julgado mencionado acima, a 2ª Câmara de Direito Público entendeu que o fato de haver precedentes do TJSP, inclusive da própria relatora do caso, e do STJ sobre o tema, não seria suficiente para preencher os requisitos legais necessários para a concessão da tutela de evidência, uma vez que não haveria julgamento específico na forma de recursos repetitivos e tampouco súmula vinculante sore o tema.[16]

Seguindo a mesma corrente restritiva, a 4ª e a 3ª Câmaras de Direito Privado do TJSP entenderam em julgados mais recentes que, embora as alegações de fato estivessem comprovadas documentalmente, o mero fato de as pretensões autorais estarem amparadas na Súmula 308 do STJ não seria suficiente para a concessão das tutelas de evidência, pois não se trataria de julgamento de recurso repetitivo ou de súmula vinculante.[17]

3. CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que foi louvável a intenção do legislador no sentido de tentar solucionar um problema há muito debatido e que diz respeito à morosidade do processo e na prestação da tutela jurisdicional. A concessão da tutela de evidência com base no inciso II do artigo 311 parece bastante pertinente e harmônica com a principiologia que inspirou a formulação do CPC/2015.

Diante do prestígio conferido pelo novo *Códex* à uniformização da jurisprudência, nada mais justo do que considerar súmulas do STJ e STF – ainda que não vinculantes – e orientações do plenário ou do órgão especial dos tribunais como um indicativo da probabilidade do direito do autor, aptas a permitirem a concessão provisória da tutela pretendida, desde que comprovada documentalmente a tese fática defendida na petição inicial. Afinal, entender de forma diversa significaria negar vigência ao artigo 927 do CPC/2015 e interpretar o diploma de forma não harmônica.

Também não parece coerente que um pedido possa, de forma liminar, ser julgado improcedente no mérito com base em súmula não vinculante, tal como permite o artigo 332, e não possa uma tutela de evidência ser concedida a partir do entendimento firmado em súmula, pois esta última pressupõe um juízo muito mais superficial e, por sua natureza provisória, pode ser revertida a qualquer momento.

No entanto, não se pode olvidar que, ao exercer o contraditório, a parte ré pode muito bem apresentar contraprova em relação aos fatos invocados

---

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n° 300743/SP. Ministro Relator Napoleão Nunes Maia Filho. J. em 25/03/2019.

14 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (36ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 2279480-48.2019.8.26.0000. Desembargador Relator Milton Carvalho. J. em 16/03/2020.

15 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (8ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento nº 2236595-24.2016.8.26.0000. Desembargador Relator Antonio Celso Faria. J. em 20/03/2017.

16 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (2ª Câmara de Direito Público). Agravo de Instrumento nº 2022535-93.2017.8.26.0000. Desembargadora Relatora Vera Angrisani. J. em 30/03/2017.

17 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (4ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 2286720-88.2019.8.26.0000. Desembargador Relator Maurício Campos da Silva Velho. J. em 09/06/2020; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (3ª Câmara de Direito Privado). Agravo de Instrumento nº 2234733-13.2019.8.26.0000. Desembargador Relator Carlos Alberto de Salles. J. em 05/11/2019.

pelo autor e pode suscitar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Se for o caso, pode o réu também invocar as matérias enumeradas no artigo 337 do CPC/2015.

A tutela de evidência é uma medida precária, que deve ser revogada diante de qualquer indício de ausência de probabilidade no direito do autor. O magistrado também deve ponderar a respeito do risco de irreversibilidade da providência no caso de improcedência da demanda, não havendo dúvida de que a parte que se beneficiou da tutela provisória de forma indevida deverá reparar os danos causados na hipótese de improcedência da demanda, aplicando-se as previsões do artigo 302 (embora inserido no título destinado à tutela de urgência).

4. REFERÊNCIAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. União Federal. *Código de Processo Civil.* Exposição de Motivos. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em: 09 mar. 2021.

CRAMER, Ronaldo; CABRAL, Antonio do Passo Cabral. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* 2ª ed. Editora Forense, 2016, p. 487.

CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo. *Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2016. *Livro eletrônico.*

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; JUNIOR, Zulmar Duarte de Oliveira. *Teoria Geral do Processo: Comentários ao CPC de 2015.* 2ª ed. São Paulo: Ed. Método, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado.* 4ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *Livro eletrônico.*

MAZINI, Paulo Guilherme. *Tutela de evidência: perfil funcional e atuação do juiz à luz dos direitos fundamentais do processo.* São Paulo: Almedina, 2020.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.* 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *Livro eletrônico.*

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência.* 2ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O CPC/2015 e a valorização da jurisprudência como fonte de direito.* Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba/PR, v. 7, n. 70, p. 117-118, jul. 2018.

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: artigo por artigo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AUTORAS

MÔNICA MENDONÇA COSTA
CAROLINA MATTHES DOTTO
IZADORA FARIA FREITAS AZEREDO DALE

OS DESAFIOS DA *(NÃO)* ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA ANTECEDENTE: AGRAVAR OU SIMPLESMENTE IMPUGNAR? QUANDO ADITAR A INICIAL?

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Problemáticas da estabilização da tutela antecipada antecedente a partir de um caso real. 3. Meios de combate à estabilização: agravo de instrumento ou impugnação genérica? 4. Termo inicial do prazo para aditamento da petição inicial e apresentação do pedido de tutela definitiva: é necessária intimação específica? A partir de quando? 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Que as tutelas antecipadas são consagradas no diploma processual civil brasileiro, isso não é novidade para ninguém. Desde a Lei Federal nº 8.952/1994, o Código de Processo Civil de 1973 passou a contar com o instituto em seu art. 273, permitindo ao juiz a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, quando convencido (a) da verossimilhança das alegações do requerente e (b) do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.[1]

Vislumbrando a necessidade de reorganizar a estrutura das tutelas não definitivas, o Livro V do atual Código de Processo Civil prevê o instituto das Tutelas Provisórias, subdividindo-as (i) em tutelas de evidência – hipóteses nas quais a tutela provisória há de ser deferida sem que haja fundado perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo – e (ii) em tutelas de urgência – nas quais, como o próprio nome sugere, há o risco do perecimento (ii.a) do seu resultado útil, razão pela qual se faz necessária a conservação de bens, pessoas ou provas (tutela cautelar) ou (ii.b) da própria satisfação do direito, motivo pelo qual os efeitos da tutela definitiva são usufruídos desde logo (tutela antecipada).

Inovando ainda mais, o atual Código de Processo Civil previu, em seu art. 304, a possibilidade de estabilização da tutela antecipada de urgência requerida em caráter antecedente. Trata-se de técnica cuja principal finalidade, nas palavras de Heitor V. Mendonça Sica, é "tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-juiz".[2]

Assim, eximindo as partes e a própria Justiça dos custos atinentes à cognição exauriente,[3] o art. 304, caput, prevê a possibilidade de estabilização da tutela antecipada desde que (a) requerida em caráter antecedente; e (b) não haja a oposição do réu quanto ao seu deferimento.[4] Neste caso, o processo será extinto (art. 304, § 1º) e os

1 Ou, ainda, quando convencido da caracterização do abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

2 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "Estabilização da Tutela Antecipada". In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 55, p. 85-102, jan./mar. 2015, p. 87.

3 GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 6, v. X, jul./dez. 2012, p. 276.

4 A doutrina ainda aponta outros requisitos imprescindíveis, como a existência de pedido expresso do autor e a necessidade de concessão da medida *inaudita altera parte* (SICA, Heitor Vitor Mendonça, *op. cit.*, p. 88-90). No entanto, tais requisitos não constituem o objeto deste estudo.

efeitos da estabilização – embora sem coisa julgada – perdurarão enquanto não revistos, reformados ou invalidados por decisão de mérito em ação autônoma a ser proposta em até dois anos (art. 304, §§ 2º a 6º).

Mas, em atenção à primazia do julgamento de mérito (CPC, art. 6º), tanto o autor como o réu possuem a faculdade de provocar a cognição exauriente do Estado-juiz, buscando a resolução definitiva do conflito. Neste caso, cabe ao réu a oposição à estabilização da tutela antecipada antecedente (art. 304, caput) e, ao autor, o aditamento da petição inicial no prazo de 15 dias, buscando a confirmação do seu pedido de tutela final (art. 303, § 1º, inc. I).

O esforço foi grande e os avanços técnicos já são percebidos nos últimos cinco anos. Contudo, o Código de Processo Civil não resolveu, ao menos, dois problemas práticos relacionados à estabilização da tutela antecipada antecedente: qual o meio de impugnação apto a afastar a estabilização e qual o termo a quo do prazo para se aditar a petição inicial. Problemáticas da estabilização da tutela antecipada antecedente a partir de um caso real

2. PROBLEMÁTICAS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE A PARTIR DE UM CASO REAL

Tratando-se de dilema relacionado ao modelo econômico e aos prejuízos enfrentados em um contrato de franquia, a franqueada ajuizou "pedido de tutela de urgência em caráter antecedente" contra o franqueador, pedindo a concessão da tutela liminar para encerrar a unidade franqueada, suspendendo as obrigações contratuais, especialmente no que tange às penalidades ou, subsidiariamente, para operar o ponto comercial sob outra bandeira.[5] A autora ainda requereu a concessão do prazo de 30 dias (ou outro fixado pelo juízo) para aditar a inicial.

O juízo de primeiro grau concedeu parcialmente a tutela liminar, para encerrar a unidade e suspender as obrigações contratuais, sem, contudo, nada determinar quanto ao aditamento da inicial. A ré, por sua vez, apresentou contestação, apenas afirmando que cumpriu a decisão liminar e requerendo a extinção do feito sem julgamento de mérito, já que transcorrido o prazo legal de 15 dias sem o aditamento da petição inicial para apresentação do pedido principal de tutela definitiva.

Acolhendo as alegações da ré, sobreveio sentença de extinção do processo sem julgamento. A autora apresentou apelação, ao argumento de que não houve a intimação específica para abertura de prazo de apresentação do seu pedido principal.

Em segunda instância, foi negado provimento ao recurso, ao fundamento de que a autora não observou o prazo legal de 15 dias para a apresentação do seu pedido principal. O acórdão ainda manteve a responsabilidade da franqueada pelo pagamento dos encargos sucumbenciais, por ter dado causa à extinção do processo, diante da contestação apresentada pela ré (não estabilizando a tutela antecipada) e da ausência de pedido principal.[6]

Mas, afinal, a apresentação de contestação é capaz de afastar a estabilização? E a partir de quando se inicia o prazo para apresentar o pedido principal?

3. MEIOS DE COMBATE À ESTABILIZAÇÃO: AGRAVO DE INSTRUMENTO OU QUALQUER IMPUGNAÇÃO GENÉRICA?

O art. 304 do Código de Processo Civil dispõe que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso". Nesse sentido, muito tem-se discutido se o termo "respectivo recurso" se refere realmente apenas à interposição de agravo de instrumento ou se, pela interpretação sistemática e teleológica do instituto, é possível extrair a possibilidade de apresentação de qualquer meio de impugnação para afastar a estabilização da tutela antecipada antecedente.

No REsp nº 1.760.966-SP, a Terceira Turma do STJ firmou entendimento de que "a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de

5 Processo nº 1128618-10.2018.8.26.0100, tramitado perante a 1ª Vara Empresarial e de Conflitos de Arbitragem do Foro Central da Comarca de São Paulo, SP.

6 TJSP, 2ª Câm. Res. D. Empresarial, apel. nº 1128618-10.2018.8.26.0100, rel. des. Ricardo Negrão, j. 10/03/2020.

se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015".[7-8]

No entanto, em julgamento mais recente, a Primeira Turma do STJ entendeu, no REsp nº 1.797.365-RS, que apenas o agravo de instrumento é apto a afastar a estabilização da tutela antecipada antecedente, já que a contestação demonstra resistência à tutela exauriente e não sumária.[9-10]

Fato é que, além de já detectado o dilema,[11] sobre este tema, não há consenso jurisprudencial acerca da matéria, inclusive no âmbito da Corte Superior.

4. TERMO INICIAL DO PRAZO PARA ADITAMENTO DA PETIÇÃO INICIAL E APRESENTAÇÃO DO PEDIDO DE TUTELA DEFINITIVA: É NECESSÁRIA INTIMAÇÃO ESPECÍFICA? A PARTIR DE QUANDO?

O impasse atinente ao termo a quo para aditamento da petição inicial passa necessariamente pela interpretação sistemática dos prazos existentes no instituto da estabilização. É que, nos termos do art. 303, § 1º, do CPC, o autor deverá aditar sua petição inicial, complementando seu pedido, no prazo de 15 dias ou em outro prazo fixado pelo juiz. No entanto, o diploma processual civil não é claro quanto ao termo inicial deste prazo.

Nesse sentido, se contado desde a intimação da decisão que conceder a tutela antecipada, o prazo de aditamento esgotar-se-á antes mesmo do prazo para impugnação pelo réu. Dessa forma, na incerteza da conduta do réu, o autor sempre abrirá mão da técnica de estabilização e fará o pedido de tutela definitiva. Vale dizer: se os prazos de aditamento (pelo autor) e de impugnação (pelo réu) forem simultâneos, o autor sempre aditará a sua petição inicial, esvaziando-se por completo o instituto da estabilização.

Para compatibilizar esse dilema, a Terceira Turma do STJ, no REsp nº 1.766.376-TO, consignou que o prazo para impugnação da tutela antecipada antecedente e o prazo para aditamento da petição inicial não são concomitantes, mas sim sucessivos. Isso significa que "o prazo para o aditamento da inicial apenas tem início se for estritamente necessário para que se dê sequência do 'procedimento provisório' o procedimento da tutela principal, na qual haverá a cognição plena".[12-13]

Ou seja, nos termos desse acórdão, o prazo para aditamento só terá início após intimação específica do autor para tanto. Tal intimação só será expedida ao autor se noticiada a impugnação pelo réu. É que, sendo eventual a insurgência do réu e tendo ela a capacidade de afastar a estabilização, o prazo do autor para apresentar o pedido principal só se deflagra depois de efetivamente impugnada a tutela pelo réu.

Contudo, esse não foi o entendimento do caso prático exposto acima. No precedente mencionado no item 2,[14] o Tribunal de Justiça de São Paulo adotou a simultaneidade dos prazos e consignou até mesmo a desnecessidade de qualquer intimação para aditamento da inicial, que decorreria de dever legal pautado no art. 303, § 1º, inc. I, do CPC.

Este é outro dilema cuja jurisprudência ainda não mostrou um caminho único.

5. CONCLUSÃO

A estabilização da tutela antecipada antecedente foi inserida no Código de Processo Civil como técnica capaz de simplificar o procedimento e

---

7 STJ, 3ª T., REsp nº 1.760.966-SP, rel. min. Marco Aurélio Bellizze, j. 04/12/2018.

8 Este já era o entendimento de parcela da doutrina, para quem a interposição de qualquer tipo de impugnação (pedido de reconsideração, contestação, etc.) é apta a afastar a estabilização, já que "essa solução tem a vantagem de economizar o recurso de agravo de instrumento e de emprestar a devida relevância à manifestação de vontade constante da contestação ou do intento de comparecimento à audiência" (MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no Novo Código de Processo Civil. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano XI, n. 63, nov./dez. 2014, p. 26). No mesmo sentido: SICA, Heitor Vitor Mendonça, op. cit., p. 94-95; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13256, de 4-2-2016*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 262; e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil.* 10ª ed., vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 609.

9 STJ, 1ª T., REsp nº 1.797.365-RS, rel. min. Sérgio Kukina, rel. p/ acórdão min. Regina Helena Costa, j. 03/10/2019.

10 Na doutrina, também há quem defenda apenas o agravo de instrumento como meio hábil a afastar os efeitos da estabilização, "os quais só serão inibidos pelo demandado se empregada a medida específica prevista na lei, que não é a contestação e tampouco uma impugnação qualquer". THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 662. Também nesse sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos artigos 294 a 311. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil, v.1 – art. 1º a 317*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 944; ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o "mistério" da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre (coord.). *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 83-84.

11 Como ilustra o Acórdão do TJSP, 7ª Câm. D. Priv., agr. instr. nº 2146345-03.2020.8.26.0000, rel. des. Luis Mario Galbetti, j. 14/10/2020.

12 STJ, 3ª T., REsp nº 1.766.376-TO, rel. min. Nancy Andrighi, j. 25/08/2020.

13 Esse também é o entendimento de parte da doutrina: THEODORO JR., Humberto, *op. cit.*, p. 660.

14 TJSP, 2ª Câm. Res. D. Empresarial, apel. nº 1128618-10.2018.8.26.0100, rel. des. Ricardo Negrão, j. 10/03/2020.

propiciar a satisfação do direito (ainda que de forma provisória), quando ambas as partes não se opuserem ao provimento sumário (o réu não impugna o pedido e o autor não apresenta aditamento com o pedido principal).

Como toda inovação legislativa, a técnica da estabilização suscita inúmeras dúvidas, dentre elas, (a) qual o meio eficaz de se opor à estabilização (se apenas mediante agravo de instrumento, partindo-se de uma interpretação literal, ou se por qualquer tipo de impugnação, partindo-se de uma possível interpretação extensiva) e (b) qual o termo inicial para aditamento (se apenas depois da eventual impugnação por parte do réu, mediante intimação específica, ou se desde a intimação da concessão da tutela liminar).

Não havendo um só caminho para as duas problemáticas, as regras de ouro da advocacia permanecem as mesmas: prevenção, zelo e técnica.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico; NUNES, Dierle. Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o "mistério" da ausência de formação da coisa julgada. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi e FREIRE, Alexandre (coord.). *Coletânea Novo CPC: Doutrina Selecionada, v. 4: procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório.* Salvador: Juspodivm, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Comentários aos artigos 294 a 311. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil, v.1 – art. 1º a 317*. São Paulo: Saraiva, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13256, de 4-2-2016*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10ª ed., vol. 2. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, ano 6, vol. X, jul./dez. 2012, p. 276.

MITIDIERO, Daniel. Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no Novo Código de Processo Civil. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, ano XI, n. 63, nov./dez. 2014.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "Estabilização da Tutela Antecipada". In: *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 55, p. 85-102, jan./mar. 2015.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 56ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AUTORES

RAFAEL MEDEIROS MIMICA

THIAGO LUIZ MINICELLI MARTINS

MARINA CHAMUSCA PASSOS

AS INOVAÇÕES EM MATÉRIA DE PROVAS DO CPC/2015 E SUA APLICAÇÃO NO CONTENCIOSO EMPRESARIAL

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Documentos eletrônicos e atas notariais. 3. Inovações em matéria de prova técnica. 3.1. Prova técnica simplificada. 3.2. Indicação consensual do perito. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O êxito em um processo judicial, mormente quando a matéria em discussão é fática e não versa exclusivamente sobre questões de direito, depende de provas bem produzidas e endereçadas no deslinde do procedimento. Em casos complexos ou que versem sobre questões técnicas, torna-se fundamental eleger e empregar os meios de prova mais adequados para elucidação de determinado ponto controvertido.

O Código de Processo Civil de 2015[1] (CPC) trouxe inovações especialmente úteis ao contencioso empresarial em matéria probatória. Positivou, de forma geral, a utilização de meios eletrônicos[2] e o uso de atas notariais,[3] inovando, também, em relação à produção de prova técnica, trazendo a possibilidade de sua produção simplificada para casos de menor complexidade[4] e a indicação consensual do perito.[5]

O objeto do presente artigo é tecer comentários gerais, de forma não exaustiva, sobre os impactos dessas inovações no contexto do contencioso empresarial.

1 Lei Federal nº 13.105/2015.
2 CPC, arts. 439-441.
3 CPC, art. 384.
4 CPC, art. 464, §§ 3º e 4º.
5 CPC, art. 471.

2. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS E ATAS NOTARIAIS

A dinâmica acelerada do mundo contemporâneo, sobretudo com a disseminação de novos canais de comunicação e constante evolução da tecnologia, desafia o direito em matéria probatória. Mensagens trocadas por e-mails e em comunicadores (registradas por meio de captura de telas), bem como contratos celebrados por meio eletrônico, passaram a ser considerados no processo como meios de prova documental.

O CPC/2015 traz balizas gerais sobre a utilização de documentos eletrônicos (CPC, arts. 439-441), mas a jurisprudência é que tem definido contornos específicos em torno de sua utilização e abrangência, conforme se verifica dos casos a seguir mencionados.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu, no bojo do Recurso Especial (REsp) 14905420/DF, a possibilidade de execução judicial de contrato de mútuo, assinado eletronicamente por intermédio da infraestrutura de chaves públicas (ICP-Brasil), [6] inclusive assinalando, nesse contexto, a dispensa da assinatura conjunta de duas

6 Vale o destaque de trechos da ementa do julgado: "[...] 4. Nem o Código Civil, nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015, mostraram-se permeáveis à realidade negocial vigente e, especialmente, à revolução tecnológica que tem sido vivida no que toca aos modernos meios de celebração de negócios, que deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico. 5. A assinatura digital de contrato eletrônico tem a vocação de certificar, através de terceiro desinteressado (autoridade certificadora), que determinado usuário de certa assinatura a utilizara e, assim, está efetivamente a firmar o documento eletrônico e a garantir serem os mesmos os dados do documento assinado que estão a ser sigilosamente enviados. 6. Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos. [...]" (STJ - REsp 1495920/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 07/06/2018).

testemunhas.[7] Por sua vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), na Apelação 1000363-02.2020.8.26.0185, também entendeu pela validade de um contrato de empréstimo consignado assinado eletronicamente no contexto de uma ação declaratória de inexistência de débito.[8]

No que se refere ao valor probante de fatos registrados em mensagens eletrônicas, o STJ reconheceu, no REsp 1381603/MS, a possibilidade de valoração de conteúdo registrado em e-mail para aferir a existência de dívida para fins do ajuizamento de ação monitória.[9]

Embora já fosse uma prática consolidada no contencioso empresarial antes mesmo da superveniência do CPC/2015, a utilização de atas notariais para conferir maior valor probante à existência de conteúdos específicos veiculados na internet tem sido prestigiada pela jurisprudência atual.

A esse respeito, na Apelação nº 1047332-08.2016.8.26.0576, o TJSP entendeu que a mera transcrição, sem captura de tela, de troca de mensagens em aplicativo, não seria suficiente para comprovar as tratativas em torno de uma discussão contratual específica, diante da impossibilidade de se aferir a veracidade ou os números de contato envolvidos, pontuando a necessidade, naquele contexto, da produção de ata notarial.[10]

É de se destacar que o rol de meios de prova trazidos pela legislação processual é meramente exemplificativo,[11] não devendo pairar dúvida acerca da possibilidade de se atribuir valor probante a fatos ocorridos em meios eletrônicos, registrados por intermédio de capturas de telas ou qualquer outro meio legítimo, mormente se for possível assegurar a autenticidade e a autoria, conforme preveem o disposto nos arts. 439 e 441 do CPC/2015.[12]

Vale também o destaque de que devem ser observadas as regras de distribuição do ônus da prova, cabendo ao interessado a produção da prova que estiver ao seu alcance, salvo em hipóteses justificadas de inversão ou distribuição diversa, quando se admite recurso.

Os julgados referenciados ilustram que a jurisprudência tem sido receptiva sobre o valor probante dos documentos eletrônicos, com tendência à fixação de contornos específicos, o que pode conferir maior segurança jurídica na dinâmica negocial e no contexto dos litígios empresariais, mormente para o momento atual da pandemia, em que o uso da internet se tornou essencial para a continuidade das atividades das empresas.

3. INOVAÇÕES EM MATÉRIA DE PROVA TÉCNICA

Nos termos do art. 156 do CPC/2015, se houver a necessidade de elucidar ponto controvertido de natureza técnica, o juiz deverá ser auxiliado por um perito.[13] Nesse contexto, o CPC/2015 trouxe interessantes inovações na seara da produção de prova técnica: a produção simplificada e a indicação consensual do perito.

3.1. PROVA TÉCNICA SIMPLIFICADA

A prova técnica simplificada pode trazer algumas vantagens aos litigantes, sobretudo em questão de custo e tempo, sendo cabível para casos de menor complexidade, podendo ser designada de

---

7 Destacou o min. Paulo de Tarso Sanseverino em seu voto, que: "[o] contrato eletrônico, em face de suas particularidades, por regra, tendo em conta a sua celebração à distância e eletronicamente, não trará a indicação de testemunhas, o que, entendo, não afasta a sua executividade." (STJ - REsp 1495920/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 15/05/2018, DJe 07/06/2018).

8 TJSP - Apelação Cível 1000363-02.2020.8.26.0185, Relator Francisco Giaquinto; 13ª Câmara de Direito Privado; Julgamento: 05/03/2021.

9 Nos termos da ementa: "[...] 2. O correio eletrônico (e-mail) pode fundamentar a pretensão monitória, desde que o juízo se convença da verossimilhança das alegações e da idoneidade das declarações, possibilitando ao réu impugnar-lhe pela via processual adequada. 3. O exame sobre a validade, ou não, da correspondência eletrônica (e-mail) deverá ser aferida no caso concreto, juntamente com os demais elementos de prova trazidos pela parte autora." (STJ - REsp 1381603/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 06/10/2016, DJe 11/11/2016).

10 Cf. a ementa: "Locação. Ação de despejo por falta de pagamento c.c. cobrança. Sentença de procedência. Estado de penúria do imóvel que não condiz com a permanência da ré por tanto tempo. Hipótese na qual não deveria ter aceito o bem após vistoria. Suposta conversa travada com representante da autora em aplicativo não tem validade de prova na hipótese. Impossibilidade de se verificar números de origem das conversas, devendo, em casos que tais, ser lavrada ata notarial, inexistente. Sentença mantida. Apelo improvido." (TJSP - Apelação 1047332-08.2016.8.26.0576; Relator Des. Soares Levada; 34ª Câmara de Direito Privado; Julgamento: 21/08/2017).

11 Na lição de Arruda Alvim, "[t]endo em vista ser a prova um *direito fundamental*, e considerando o *princípio da não taxatividade* ou *da liberdade dos meios de prova*, as partes têm o direito de empregar todos os meios lícitos de prova, ainda que não especificados por lei, para demonstrar os fatos que fundamentam sua pretensão ou defesa (art. 366 do CPC/2015)". In: *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 244.

12 No mesmo sentido, o Enunciado 297 da IV Jornada de Direito Civil: "O documento eletrônico tem valor probante, desde que seja apto a conservar a integridade de seu conteúdo e idôneo a apontar sua autoria, independentemente da tecnologia empregada".

13 Art. 156. O juiz será assistido por perito quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico.

ofício ou a requerimento das partes, nos termos do § 2º do art. 464 do CPC.

Nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 464 do CPC, trata-se de inquirição oral de especialista que deve possuir formação acadêmica específica na área de conhecimento objeto do depoimento a ser colhido pelo juízo. Durante a arguição, o *expert* pode valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens para a consecução de seu mister, a despeito da dispensa da produção de laudo pericial.

Conforme anota Cândido Rangel Dinamarco, a dinâmica da prova simplificada trazida pelo CPC/2015 é generalizada no direito norte-americano sob a rubrica da *expert testimony*[14] e a despeito de a inquirição ser conduzida pelo juízo, também deve ser franqueado às partes endereçar perguntas ao *expert*, para se garantir o contraditório e ampla-defesa.[15]

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael de Oliveira, deve também ser oportunizado às partes estarem acompanhadas de seus assistentes técnicos, que também podem ser inquiridos pelo juízo, bem como dirigirem questionamentos ao especialista e assistentes técnicos presentes.[16]

Por dispensar a elaboração do laudo e sendo eminentemente oral, a prova técnica simplificada também pode ser menos custosa e mais célere. Considerando, contudo, que a norma deixa em aberto a definição do que se deve entender por questões técnicas de menor complexidade, há espaço para divergência em torno das hipóteses de sua utilização e questões correlatas,[17] o que talvez possa explicar a sua baixa aderência no contexto do contencioso empresarial.

Apesar da necessidade de fixação dos parâmetros jurisprudenciais quanto à sua utilização, a prova técnica simplificada pode vir a ser útil, para casos em que padece dúvida específica sobre contabilidade, engenharia ou questões correlatas, sobretudo quando os fatores custo e tempo forem determinantes na definição de estratégia.

3.2. INDICAÇÃO CONSENSUAL DO PERITO

A indicação consensual do perito ou perícia consensual está prevista no art. 471 do CPC e possui natureza de convenção processual.[18] A indigitada norma autoriza a sua utilização quando as partes forem capazes e a causa puder ser resolvida por autocomposição (incisos I e II). Consoante as balizas trazidas pelos §§ 1º a 3º do art. 471, ao escolherem o perito consensualmente, as partes já devem indicar seus assistentes técnicos, que devem entregar os respectivos laudos no prazo acordado.

Por se tratar de espécie de negócio jurídico processual, a eventual problemática em torno de sua utilização terá relação com a definição de limites e parâmetros de utilização dos negócios jurídicos processuais (CPC, art. 190). A esse respeito, apenas ilustrativamente, de acordo com notícia veiculada no site do STJ,[19] no bojo do REsp 1810444/SP, a Corte reputou como nula uma convenção que estipulava a possibilidade de a parte credora obter liminarmente o bloqueio dos ativos financeiros do devedor sem contraditório e sem necessidade de caução.

No entanto, apesar de o cenário jurisprudencial em torno da indicação consensual do perito ainda estar em construção, sua utilização pode ser útil em casos complexos, em que a indicação de profissional com expertise específica se torne tarefa dificultosa ao juízo, podendo as partes, até por corolário do princípio da colaboração processual (CPC, art. 6º), promoverem a indicação de forma consensual.

---

14 *Instituições de direito processual civil, vol. III*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 691.

15 Ibidem.

16 *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 294.

17 Exemplificativamente, a Justiça Federal de Porto Alegre proibiu, por meio de liminar, a punição de médicos que realizarem prova técnica simplificada em razão de uma orientação do Conselho Federal de Medicina. Cf. https://www2.jfrs.jus.br/noticias/justica-federal-proibe-cfm-de-punir-medicos-que-realizarem-prova-tecnica-simplificada-pericia-virtual-ou-indireta-em-processos-judiciais/. Acesso em: 10 mar. 2021.

18 Nesse sentido, aludindo ao termo de "negócio processual probatório", cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 295.

19 Acórdão ainda não disponível. Notícia veiculada pelo próprio STJ, disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/25022021-Negocio-juridico-processual-nao-pode-dispor-sobre-ato-regido-por-norma-de-ordem-publica.aspx#:~:text=2021%2020%3A21-,Neg%C3%B3cio%20jur%C3%ADdico%20processual%20n%C3%A3o%20pode%20dispor%20sobre,por%20norma%20de%20ordem%20p%C3%BAblica&text=%E2%80%8B%E2%80%8BA%20Quarta%20Turma,p%C3%BAblica%2C%20cuja%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A9%20obrigat%C3%B3ria>. Acesso em: 10 mar. 2021.

4. CONCLUSÕES

O CPC/2015 traz disciplina geral em torno da utilização de documentos eletrônicos e atas notariais. Os julgados mencionados ilustram a aceitação de contratos celebrados por meio eletrônico e o valor probante de mensagens trocadas por e-mail, além do conteúdo de atas notariais. Ilustram, também, a tendência de fixação de contornos específicos sobre a utilização desses meios de prova, o que pode conferir maior segurança jurídica na dinâmica negocial e no contexto dos litígios empresariais.

No que se refere às inovações em matéria de prova, apesar de se afigurarem úteis, a ausência de discussão jurisprudencial em torno da perícia técnica simplificada e da indicação consensual do perito pode ser explicada pela sua baixa adesão no contexto do contencioso empresarial; sua utilização estratégica demanda criatividade e análise específica para cada caso.

5. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil.* 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil,* vol. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AUTORES

BRUNA BORGHI TOMÉ

JULIO CESAR DE OLIVEIRA

PRAZOS PROCESSUAIS E MATERIAIS NO CPC/2015: PROBLEMAS E JURISPRUDÊNCIA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Principais alterações. 3. Diferenças entre prazos processuais e prazos materiais. 4. Principais problemáticas. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O atual Código de Processo Civil (CPC/2015), visando a conferir isonomia na contagem dos prazos e proporcionar um período de descanso aos advogados, trouxe diversas inovações acerca da contagem dos prazos legais e judiciais. A despeito de inquestionavelmente positivas, as inovações trazidas pelo CPC/2015 também se mostraram – especialmente no início – espinhosas e controversas, gerando celeuma entre os doutrinadores e juristas.

2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Entre as principais inovações trazidas pela Lei nº 13.105/2015 na sistemática dos prazos, destaca-se primeiramente a implementação da contagem de prazos legais e judiciais em dias úteis (art. 219). A nova regra encerrou a longa tradição da contagem contínua dos prazos, independentemente dos finais de semana e feriados.

A alteração garante homogeneidade na contagem de prazos e representou importante conquista aos advogados que, na prática, pela sistemática anterior, acabavam por ter seus prazos drasticamente reduzidos, em razão de sua fluência durante o fim de semana e feriados. Era o caso dos prazos de cinco dias publicados na quinta-feira, os quais se escoavam na subsequente terça-feira. O prazo se reduzia a três dias e, se houvesse feriado na segunda, se reduzia a apenas dois.

Outra importante inovação na sistemática da contagem dos prazos foi a suspensão dos prazos e audiências entre os dias 20 de dezembro e 20 de janeiro (art. 220) com intuito de observar o período correspondente às férias escolares.

A alteração, todavia, não se confunde com o recesso forense, que ocorre entre os dias 20 de dezembro e 6 de janeiro. Isso porque, ao contrário do recesso forense, durante o período estabelecido no art. 220 os atos processuais são realizados normalmente, com a suspensão apenas dos prazos[1] processuais. Por fim, outra importante mudança foi a possibilidade de dilação dos prazos processuais pelo magistrado, visando a adequá-los às necessidades do conflito em questão (art. 139, VI).

Todas essas inovações trazidas pelo CPC/2015 possuem uma caraterística em comum: **apenas são aplicáveis aos prazos processuais**, a despeito do ordenamento jurídico prever duas modalidades de prazo, os de natureza processual e os de natureza material. E é aí que se inicia a celeuma: sua diferenciação nem sempre se revela óbvia e seu enquadramento tampouco unânime entre a doutrina e jurisprudência.

3. DIFERENÇAS ENTRE PRAZOS PROCESSUAIS E PRAZOS MATERIAIS

O prazo processual é definido por Cassio Scarpinella Bueno[2] como "o espaço de tempo existente entre dois termos, o inicial e o final, em que o ato

1 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 741.
2 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015.

processual deve ser praticado sob pena de não poder ser mais produzido. *É o que comum*ente a doutrina identifica como preclusão temporal".

Os atos processuais, por sua vez, são os atos jurídicos praticados e que geram efeitos dentro do processo. Araken de Assis[3] define os atos processuais como "atos que têm seus elementos de existência e requisitos de validade fixados no processo. Esses atos inserem-se no procedimento como atos típicos da série, produzindo os efeitos diretos e imediatos que lhes são próprios – a constituição, modificação e extinção de efeitos jurídicos na relação processual".

O prazo material é todo aquele que for realizado anteriormente à existência do processo, tratando, especificadamente, dos direitos materiais, como por exemplo os prescricionais ou decadenciais, ou ainda aqueles que não puderem ser compreendidos como atos estritamente processuais.

Na prática, portanto, o enquadramento da modalidade do prazo em determinados casos é claro, como, por exemplo, o prazo para contestar, o qual inequivocadamente tem natureza processual. Já em outros casos, há grande margem para debate e consequente receio quanto à correta forma de contagem dos prazos.

4. PRINCIPAIS PROBLEMÁTICAS

Um dos primeiros grandes debates iniciados com a vigência do CPC/2015 foi a contagem do prazo de 15 dias para pagamento espontâneo da condenação, previsto no art. 523. O prazo é expressamente previsto em lei e diz respeito a um ato no curso do processo. Por outro lado, é um ato que se bem observado dispensa o ato postulatório do advogado, haja vista que o ato em si (pagamento) é realizado pela própria parte.

E, justamente por entender se tratar de uma obrigação realizada pela parte "fora do processo", entende Guilherme Rizzo do Amaral se tratar de um prazo material: "a regra de contagem de prazos apenas em dias úteis aplica-se tão somente a prazos processuais. Isso significa que os prazos concedidos às partes para o cumprimento de sentença ou decisões interlocutórias que lhes imponham obrigações não contarão com o beneplácito do art. 219, contando-se de forma corrida igualmente em dias não úteis".[4]

Na mesma linha, Sérgio Shimura entende como praticamente inexistente a atividade técnica ou postulatória do advogado e, portanto, o prazo de 15 dias úteis deveria ser contado em dias corridos.[5] Já Cassio Scarpinella Bueno se posiciona de forma contrária, interpretando o prazo como processual e, portanto, contado em dias úteis.[6]

Os tribunais também divergiram no início. O Tribunal de Justiça de São Paulo se posicionou no sentido de que, a despeito do ato de pagar ser voltado à parte, o comando exarado pelo juiz é um ato executivo e, portanto, se trataria de prazo processual.[7] O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por outro lado, adotou o posicionamento majoritário de que o prazo seria material e, por tal razão, deveria ser contado de forma contínua.[8]

Mesmo após o enunciado do Conselho da Justiça Federal,[9] o tema apenas passou a se uniformizar com o julgamento do REsp 1708348/RJ em 2019. Em referido julgamento, o relator min. Marco Aurélio Belizze pontuou que a intimação para pagamento é realizada na pessoa do advogado, o que, portanto, implicaria ao advogado o ônus de adotar as providências processuais pertinentes e alertar seu cliente. Além disso, seria um prazo previsto na legislação processual e que traz consequências ao processo, sendo, dessa forma, inequivocadamente um prazo processual.[10]

Outro ponto controverso é o prazo para apresentação do pedido principal nas tutelas cautelares requeridas em caráter antecedente (art. 305 e

---

3 ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro, volume II*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. *Livro eletrônico.*

4 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. *Livro eletrônico.*

5 In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.356.

6 BUENO, Casio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 446.

7 TJSP, Agravo de Instrumento nº 2015952-92.2017.8.26.0000, rel. Caio Marcelo Mendes de Oliveira; 32ª Câmara de Direito Privado, J. 25/05/2017; TJSP, Agravo de Instrumento nº 2187037-15.2018.8.26.0000; rel. Francisco Loureiro; 1ª Câmara de Direito Privado, J. 02/10/2018; TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2039606-74.2018.8.26.0000; rel. Francisco Loureiro; 1ª Câmara de Direito Privado; J. 17/04/2018.

8 TJ/RJ, Agravo de Instrumento nº 001039811.2017.8.19.0000, rel. Benedicto Ultra Abicair, J. 18/10/2017.

9 Enunciado 89 - Conta-se em dias úteis o prazo do caput do art. 523 do CPC.

10 REsp 1708348/RJ, rel. ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 25/06/2019, DJe 01/08/2019.

seguintes) e o prazo para aditar a inicial nas tutelas antecipadas requeridas em caráter antecedente (art. 303 e seguintes).

Enquanto o prazo para apresentação do pedido principal nas tutelas cautelares é de 30 dias contados da efetivação da tutela (art. 308), o prazo de aditamento nas tutelas antecipadas é de 15 dias (art. 303, § 1º, I).

A problemática não se resume a isso. Se, por um lado, o prazo do aditamento nas tutelas antecedentes tem sido contado em dias úteis,[11] sem grandes debates acerca de sua natureza processual, por outro, o entendimento acerca do prazo da apresentação do pedido principal nas cautelares ainda não foi pacificado na jurisprudência: parte das decisões entende como um prazo decadencial[12] e, portanto, material (contado de forma contínua) e parte como prazo processual[13] (contado apenas em dias úteis). O STJ ainda não se pronunciou expressamente sobre a questão, a despeito de recentemente ter reconhecido se tratar de um prazo de caducidade.[14]

Outra importante discussão se deu no âmbito da recuperação judicial. Com o advento do CPC/2015, iniciou-se o debate se os prazos na recuperação judicial, na recuperação extrajudicial e na falência, regidos pela Lei nº 11.101/2005, que prevê a aplicação subsidiária do CPC, passariam a ser contados em dias úteis.

Sobretudo, adveio intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da natureza processual do prazo de 180 dias de suspensão das execuções contra a empresa em recuperação judicial – o chamado *stay period* –, previsto no artigo 6º, § 4º, da Lei nº 11.101/2005. De um lado, parte da doutrina, como Tereza Arruda Alvim, Arthur Mendes Lobo[15] e Manuel Justino[16] defenderam que na suspensão se trataria de prazo processual, considerando que o prazo em questão representava a somatória dos prazos processuais estabelecidos na recuperação judicial. Do outro lado, Fábio Ulhoa defendeu que o prazo teria natureza material.

A jurisprudência também divergiu, inclusive dentro do E. Tribunal de Justiça de São Paulo. A 1º Câmara Reservada de Direito Empresarial[17] reconhecia unanimemente se tratar de um prazo processual que deveria ser contado em dias úteis, pontuando que a contagem em dias úteis favorecia também a "eficiência da recuperação judicial e maior oportunidade para a recuperanda cumprir os atos processuais que visam à recuperação judicial em prol de sua própria preservação (art. 47 da Lei nº 11.101/05)".[18]A 2ª Câmara de Direito Privado, por seu turno, entendeu de forma diametralmente oposta,[19] argumentando que o prazo teria caráter notadamente material.[20]

Ao enfrentar o tema, o STJ[21] concluiu que o *stay period* é benefício conferido à recuperanda para que possa regularizar e reorganizar suas contas, sem prejuízo da continuidade de sua atividade empresarial. Por se tratar de um benefício com vistas à reestruturação econômica e não à prática de atos processuais ou atividade jurisdicional se revelaria como um prazo de direito material, contado em dias corridos.[22]

Finalmente, com o advento da Lei nº 14.122/2020, definiu-se por meio do art. 189, I, que todos os prazos previstos na lei de recuperação e falência ou dela decorrentes, independentemente de sua natureza material ou processual, serão contados em dias corridos.

---

11 Apelação nº 0237410-42.2019.8.19.0001, 18ª Câmara Cível, rel. Eduardo Azevedo Paiva, 30/09/2020.

12 TJ-SP, Agravo de Instrumento nº 2150988-43.2016.8.26.0000, 16ª Câmara de Direito Privado, rel. des. Coutinho de Arruda, J. 03/11/2016.

13 Agravo de Instrumento nº 1048429-19.2016.8.26.0002, da 38ª Câmara de Direito Privado, de relatoria do desembargador Flávio Cunha da Silva, j. em 19/04/2017.

14 AgInt no REsp 1799069/SP, rel. ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 25/05/2020, DJe 28/05/2020.

15 Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-mar-07/prazos-processuais--contados-dias-uteis-cpc. Acesso em: 08 mar. 2021.

16 BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

17 TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2108896-16.2017.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Cesar Ciampolini, J. 26/10/2017; e TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2159576-05.2017.8.26.0000, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. des. Carlos Dias Motta, J. 15/01/2018.

18 TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2210315-16.2016.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. Hamid Bdine, J. 16/03/2017.

19 TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2136791-83.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. des. Ricardo Negrão, j. 29/05/2017; TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2109116-14.2017.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. des. Alexandre Marcondes, j. 22/09/2017; TJ/SP, Agravo de instrumento nº 2079189-03.2017.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. des. Araldo Telles, j. 25/09/2017; e TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2200368-35.2016.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, rel. des. Fábio Tabosa, j. 27/03/2017.

20 TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2140075-65.2017.8.26.0000, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial relator des. Claudio Godoy, j. 20/12/2017.

21 A Quarta Turma, ao se pronunciar sobre o tema, ainda pontuou que a contagem em dias corridos preservava a lógica da recuperação judicial: alcançar de forma célere e efetiva o soerguimento do devedor (REsp 1.699.528/MG, Quarta Turma, rel. ministro Luis Felipe Salomão, J. 10/04/2018).

22 STJ, REsp 1.698.283/GO, Terceira Turma, rel. min Marco Aurélio Belizze, J. 21/05/2019.

A reforma na legislação da recuperação pareceu pôr fim ao debate, ao menos no que se refere ao *stay period* e aos prazos expressamente previstos na Lei nº 14.122/2020. Quanto aos prazos recursais, apesar da falta de clareza na redação da lei, parece-nos a princípio que a ideia do legislador não seria estender a regra aos prazos previstos expressamente no CPC/2015, tais como os recursais. Aliás, foi assim que se posicionou a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial de São Paulo em recentíssimo acórdão.[23]

5. CONCLUSÃO

Nota-se que as inovações na sistemática dos prazos por momentos causaram insegurança e controvérsia entre a doutrina e jurisprudência que ainda prossegue para determinados temas, como no caso das tutelas cautelares. O que a princípio parecia uniformizar a contagem de prazos, por vezes acabou se tornando uma incerteza ou inesperada certificação de intempestividade.

23 TJ/SP, Agravo de Instrumento nº 2236265-85.2020.8.26.0000, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, J. 24/02/2021.

6. REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*, volume II. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falência: Lei 11.101/2005: comentada artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Livro eletrônico.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-03-2015*. São Paulo: Saraiva, 2015. Livro eletrônico.

BUENO, Casio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado.* 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno. *Breves comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AUTORAS

LIV MACHADO
SOFIA BECKER

O ROL COM TAXATIVIDADE MITIGADA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO: ESTUDO JURISPRUDENCIAL

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O cabimento do agravo de instrumento à luz do CPC/2015. 3. O julgamento do Tema 988 pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. 4. Análise de julgados dos Tribunais de Justiça para identificar situações de aplicação da tese de mitigação do rol taxativo de interposição do agravo de instrumento. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Com a releitura da legislação processual civil promovida pelo CPC/2015, modificações relevantes foram implementadas no âmbito dos recursos cíveis.

Dentre os recursos afetados pelas inovações, está o agravo de instrumento, que sofreu mudanças drásticas em relação às suas hipóteses de cabimento. O artigo 1.015 do Código Processual estabeleceu que o recurso somente seria cabível contra decisões interlocutórias específicas elencadas em um rol supostamente taxativo, alterando completamente o modelo utilizado há anos no período de vigência do CPC/1973.

Sem demora, as hipóteses restritivas de cabimento do recurso geraram inúmeros debates, uma vez que elas se mostraram insuficientes para resolver alguns problemas práticos ocasionados pelas decisões interlocutórias não previstas no rol do artigo 1.015.

Para sanar a controvérsia, em dezembro de 2018 – pouco tempo antes de o CPC/2015 completar três anos de vigência –, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da sistemática de julgamento de demandas repetitivas, firmou o entendimento de que o rol do artigo 1.015 do CPC poderia ter sua taxatividade mitigada a depender da situação.

Sendo assim, por ocasião dos cinco anos de vigência do CPC/2015, apresentamos este breve estudo jurisprudencial com o objetivo de identificar em quais casos os Tribunais brasileiros vêm aplicando a tese de mitigação do rol taxativo para interposição do agravo de instrumento, conforme tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. O CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO À LUZ DO CPC/2015

Segundo a redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005, ao artigo 522 do CPC/1973, as decisões interlocutórias poderiam ser impugnadas por meio de agravo retido, que seria oportunamente apreciado pelo Tribunal, após prolação da sentença, caso a parte vencida interpusesse recurso de apelação. De maneira excepcional, se uma decisão interlocutória pudesse causar danos irreparáveis ou de difícil reparação aos litigantes, contra ela seria cabível o agravo de instrumento, para que o Tribunal pudesse reanalisar a questão impugnada imediatamente.

Contudo, como o requisito do *dano irreparável ou de difícil reparação* levava consigo uma enorme carga de subjetividade e indeterminação, o agravo de instrumento era interposto como se regra fosse, o que desencadeou uma sobrecarga de recursos nos Tribunais e, por consequência, colaborou com o aumento da morosidade na prestação jurisdicional.

Com o advento do CPC/2015, o instituto do agravo de instrumento foi transformado, com a clara intenção de reduzir o número de recursos recebidos pelos Tribunais.

Por esse motivo, restou determinado que o recurso de agravo só seria cabível contra as decisões interlocutórias que se subsumissem às hipóteses delineadas pelo artigo 1.015 do Código.[1] Não se tratando de nenhuma dessas hipóteses, a decisão proferida somente poderia ser impugnada nas preliminares das razões ou contrarrazões de apelação, possibilidade essa que também representa uma das abruptas mudanças introduzidas pela legislação vigente.

3. O JULGAMENTO DO TEMA 988 PELA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Como o cabimento do agravo de instrumento, à luz do CPC/2015, foi considerado exageradamente reduzido, a doutrina brasileira se dividiu em basicamente três correntes para discutir a natureza do rol do artigo 1.015.

Nesse sentido, certos estudiosos argumentaram que as hipóteses elencadas pelo artigo seriam meramente exemplificativas;[2] outros defenderam que seria permitida a interpretação extensiva do artigo 1.015, dentro dos limites das matérias tratadas pelos seus incisos;[3] e alguns intervieram em favor do rol exaustivo, sem possibilidade alguma de se interpor o agravo de forma diversa ao que dispõe a legislação.[4]

Frente aos debates e aos problemas práticos que começaram a surgir, o Superior Tribunal de Justiça afetou dois recursos repetitivos[5] sob o Tema 988, com a missão de "definir a natureza do rol do artigo 1.015 do CPC/2015 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC".[6]

Quando do julgamento do Tema, a ministra Nancy Andrighi, relatora dos recursos, pronunciou-se no sentido de que a concretude de um rol pretensamente taxativo não seria capaz de abarcar as especificidades dos problemas enfrentados pelos litigantes no curso das ações. Ainda, para a ministra, essa mesma lógica seria aplicável à interpretação do rol dito extensivo, pois, como essas interpretações se limitariam aos incisos do artigo 1.015, elas também não seriam capazes de englobar as reais adversidades dos casos concretos. Por último, a relatora consignou que admitir interpretações exemplificativas estaria "contrariando frontalmente o desejo manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso, o que não se pode admitir".

Desse modo, sem empregar nenhuma das três correntes defendidas pela doutrina, a ministra Nancy Andrighi concluiu que a melhor opção seria admitir que "o rol do artigo 1.015 do CPC/2015 é de taxatividade mitigada, por isso se admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação", e foi justamente essa a tese consagrada pela maioria dos votos da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça.

Modulados os efeitos dos acórdãos de julgamento dos recursos repetitivos, a tese jurídica fixada somente passou a valer para decisões interlocutórias proferidas após publicação do acórdão, que ocorreu em 19 de dezembro de 2018.

4. ANÁLISE DE JULGADOS DOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA PARA IDENTIFICAR SITUAÇÕES DE APLICAÇÃO DA TESE DE MITIGAÇÃO DO ROL TAXATIVO DE INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Conforme se pode notar, o conceito do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, sob o Tema 988, também carrega consigo um amplo grau de incerteza, pois ele não deixa muito claro quais situações, afinal, implicariam em *urgência*

1 O agravo de instrumento é cabível contra as decisões interlocutórias que versarem sobre tutelas provisórias; mérito do processo; rejeição da alegação de convenção de arbitragem; incidente de desconsideração da personalidade jurídica; rejeição do pedido de gratuidade da Justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; exibição ou posse de documento ou coisa; exclusão de litisconsorte; rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; redistribuição do ônus da prova; fase de liquidação ou cumprimento de sentença, processo de execução e processo de inventário; e em outros casos expressamente referidos em lei.

2 Nesse sentido, William Santos Ferreira (Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo 263*. São Paulo: RT, jan. 2017).

3 Essa corrente foi acolhida pela maior parte da doutrina e bastante difundida por Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha (*Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais*. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018).

4 O entendimento foi defendido fortemente por Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, André Vasconcelos e Zulmar Oliveira Jr. (*Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2017), por exemplo.

5 Recursos Especiais nºs 1.696.396 e 1.704.520, ambos com origem no TJMT.

6 STJ. Tema 988. Repetitivos e IACs. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1696396. Acesso em: 08 mar. 2021.

decorrente da inutilidade do julgamento da questão em sede de recurso de apelação, e que, portanto, permitiriam interposição do agravo de instrumento.

Sendo assim, levando em consideração que já se passaram um pouco mais de dois anos desde o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, foi realizada uma breve investigação na jurisprudência, com o objetivo de identificar algumas das situações em que os Tribunais brasileiros estão admitindo a mitigação do rol de interposição do agravo[7] e realizando a análise imediata de decisões interlocutórias que, por regra, somente seriam revistas em fase de apelação.

Em síntese, ao término da análise, foi possível verificar que as situações narradas abaixo, tratadas pelos Tribunais de Justiça, são bons exemplos para representar hipóteses em que há urgência na apreciação do tema e que seu enfrentamento em sede de recurso de apelação seria inútil, o que autoriza a mitigação do rol taxativo do artigo 1.015.

Em primeiro lugar, foi possível verificar que questões que envolvem *competência* e *produção de provas* são os assuntos mais abordados em relação à interposição de agravo de instrumento com fundamento na tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Dos julgados analisados, que discutiam a competência, destacam-se recursos julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina,[8] que trataram de assuntos voltados a *cláusulas abusivas de eleição de foro* em contratos de serviços advocatícios, como questões que possam justificar a mitigação do rol taxativo de interposição do agravo. Nesses casos, o Tribunal julgou em favor dos advogados, considerados hipossuficientes em relação aos seus clientes (instituições financeiras), para estabelecer que a competência para ação de cobrança de honorários é a do local de prestação dos serviços advocatícios.

Com relação à análise dos agravos interpostos para impugnar decisões interlocutórias que tratam de produção de provas, importa destacar que recentemente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro conheceu de recursos manejados para decidir imediatamente sobre realização de *perícias*[9] e *inversão do ônus da prova*,[10] em atenção aos princípios constitucionais do devido processo legal, pleno acesso à justiça, da ampla defesa e, especialmente, do contraditório.

Ainda, sobre o assunto da produção de provas, destaca-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou necessária a mitigação do rol de interposição do agravo para reformar decisão de primeira instância que determinara o desentranhamento de documentos da parte agravante.[11]

Outro tema bastante discutido, à luz da possibilidade de mitigação do rol de interposição do recurso, diz respeito ao *valor da causa*.[12] Nesse sentido, para ilustrar o tema, há um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que considerou ser urgente o reexame de decisão que determinou a *majoração do valor da causa*, justamente porque o pagamento da diferença de custas processuais sobre um valor exorbitante poderia tornar inútil o julgamento da questão em sede de apelação.

Adicionalmente, cabe destacar alguns julgados recentes e interessantes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que a Corte conheceu dos agravos com fundamento na tese do Tema 988 para discutir decisões que tratavam da *tempestividade de embargos de declaração*;[13] de *multa cominatória*[14] e de *suspensão de processos*.[15] No Tribunal de Justiça de Santa Catarina, também foi possível verificar a admissão e provimento de agravo contra decisão que determinou a suspensão processual.[16]

---

7 A pesquisa de jurisprudência abrangeu os Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina, de São Paulo, do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, e se deu por meio dos sites dos respectivos tribunais. O principal parâmetro de pesquisa, e filtro de julgados, se deu por meio da busca de ementas que contivessem os termos "*agravo de instrumento*" e "*mitigação*", tendo sido selecionados julgados de cada Corte em que o Agravo de Instrumento foi conhecido e provido.

8 TJ-SC - AI: 5023033-90.2020.8.24.0000, Relatora: Denise Volpato, Data de Julgamento: 03/11/2020, 6ª Câmara de Direito Civil; TJ-SC - AI: 5021479-23.2020.8.24.0000, Relator: José Agenor de Aragão, Data de Julgamento: 08/10/2020, 4ª Câmara de Direito Civil; e TJ-SC - AI: 5038806-78.2020.8.24.0000, Relator: João Batista Góes Ulysséa, Data de Julgamento: 18/02/2021, 2ª Câmara de Direito Civil.

9 TJ-RJ - AI: 0038210-57.2019.8.19.0000, Relator: des. Elton Martinez Carvalho Leme, Data de Julgamento: 09/06/2020, 10ª Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: 10/06/2020.

10 TJ-RJ - AI: 0040219-55.2020.8.19.0000, Relator: des. Mauro Dickstein, Data de Julgamento: 13/10/2020, 16ª Câmara Cível, Data de Publicação: 16/10/2020.

11 TJ-SP - AI: 2217159-74.2019.8.26.0000, Relator: José Carlos Ferreira Alves, Data de Julgamento: 14/11/2019, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/11/2019.

12 TJ-SP - AI: 2174503-05.2019.8.26.0000, Relator: Renato Delbianco, Data de Julgamento: 01/10/2019, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 01/10/2019.

13 TJ-RS - AI: 0091768-02.2020.8.21.7000, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Data de Julgamento: 16/12/2020, 21ª Câmara Cível, Data de Publicação: 17/12/2020.

14 TJ-RS - AI: 0050242-89.2019.8.21.7000, Relator: Cláudio Luís Martinewski, Data de Julgamento: 28/05/2019, 23ª Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 05/06/2019.

15 TJ-RS - AGT: 0279509-25.2019.8.21.7000, Relator: Gelson Rolim Stocker, Data de Julgamento: 28/11/2019, 17ª Câmara Cível, Data de Publicação: 06/12/2019.

16 TJ-SC - AI: 5017757-78.2020.8.24.0000, Relator: Hélio David Vieira Figueira dos Santos, Data de Julgamento: 24/09/2020, 4ª Câmara de Direito Civil.

Outra situação interessante se observa em decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que conheceu de um agravo de instrumento por considerar que a decisão que indeferira a *apresentação de quesitos suplementares*[17] pela agravante incorreu no conceito de urgência fixado pela tese fixada sob o Tema 988.

Por último, pode-se dizer que até mesmo questões que tratam de *usucapião* estão sendo endereçadas como suscetíveis de caracterizar urgência. Conforme se vê de julgado do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o rol do artigo 1.015 foi mitigado para reformar decisão interlocutória que havia afastado a ocorrência de usucapião, alegada em defesa de ação de despejo.[18]

5. CONCLUSÃO

Conforme proposta inicial, buscou-se, por meio do presente artigo, identificar, em meio aos julgados mais recentes, em quais situações os Tribunais brasileiros vêm aplicando o Tema 988, que permitiu a mitigação do rol taxativo de interposição do agravo de instrumento.

Nesse sentido, apesar de ter sido possível identificar alguns assuntos que são abordados de forma mais recorrente, como a *competência* e a *produção de provas*, por exemplo, é possível concluir que a jurisprudência brasileira ainda não está tão madura no que tange à aplicação da tese aos casos concretos. Seguem sendo vislumbrados inúmeros entendimentos esparsos, que não estabelecem critérios capazes de prover, com maior grau de segurança e certeza, quais circunstâncias podem levar à uma "*urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação*", hipótese de cabimento bastante ampla e subjetiva.

De toda sorte, ainda que a redação do artigo 1.015 do Código de Processo Civil tenha de fato imposto limites às hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, com importantes consequências na prática forense, fez muito bem o Superior Tribunal de Justiça em mitigar o rol, já que é impossível que o legislador possa, de antemão, prever todas as situações em que os recursos contra decisões interlocutórias se mostram urgentes e necessários. Caberá aos Tribunais consolidar, de maneira mais uniforme, as exceções.

17 TJ-DF - AI: 0721273-27.2020.8.07.0000, Relator: Sandoval Oliveira, Data de Julgamento: 30/09/2020, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 20/10/2020.

18 TJ-RJ - AI: 0045797-33.2019.8.19.0000, Relator: Mauro Dickstein, Data de Julgamento: 08/10/2019, 16ª Câmara Cível.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 mar. 2021.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais.* 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *Revista de Processo nº 263.* São Paulo: RT, jan. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015.* São Paulo: Método, 2017.

STJ. Tema 988. Repetitivos e IACs. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1696396. Acesso em: 05 mar. 2021.

AUTORES

VINÍCIUS DE OLIVEIRA BERNI

CAROLINE FEITOSA OLIVEIRA

AVANÇOS E RETROCESSOS NA EXECUÇÃO

SUMÁRIO: 1. Introito. 2. As inovações na execução do Novo CPC de 2015. 3. A digitalização do processo. 4. Medidas de repressão à conduta protelatória do devedor. 5. A responsabilidade patrimonial do devedor. 6. Penhora de faturamento e de quotas sociais. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTROITO

A execução visa a satisfação da obrigação líquida, certa e exigível do credor, representada por título executivo extrajudicial ou judicial. No primeiro caso inicia-se o processo de execução autônomo e, no segundo, o cumprimento de sentença de forma incidental no próprio processo de conhecimento. Na fase de execução o julgamento de mérito já foi proferido, cabendo ao juiz simplesmente realizar a prestação contida no título executivo.

Todavia, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2020 publicado no site do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), a fase de execução é onde se encontra a maior taxa de congestionamento de processos, 82% contra 58% na fase de conhecimento. Segundo tal relatório, "o processo leva, desde a data de ingresso, quase o triplo de tempo na fase de execução (quatro anos e três meses) comparada à fase de conhecimento (um ano e sete meses).[1] Esses indicadores apontam um verdadeiro contrassenso, já que é na fase de conhecimento que reside a necessidade da atividade cognitiva do juiz, com a produção de provas para que se tenha reconhecido o direito pretendido. O processo de execução e o de cumprimento de sentença, ao pressupor um título executivo extrajudicial ou judicial, deveriam, por lógica, ser mais céleres. Não é o que tem acontecido, apesar das diversas reformas do Código de Processo Civil, todas buscando trazer mais eficiência ao processo de execução. Por tal razão, esse artigo irá analisar os avanços e retrocessos da execução sob o prisma da efetividade. Em suma, buscar-se-á aqui analisar o que representou avanço e retrocesso na execução dentro do objetivo de tornar a execução mais célere e eficiente.

2. AS INOVAÇÕES NA EXECUÇÃO DO NOVO CPC DE 2015

O CPC de 2015 (CPC/2015) não trouxe grandes mudanças no processo de execução e no cumprimento de sentença. As grandes reformas nesse tema aconteceram com as Leis nºs 8.952/1994, 11.232/2005 e 11.382/2006, que alteraram o então CPC de 1973 (CPC/1973). O CPC/2015, além de manter as inovações já trazidas pelas legislações anteriores, ampliou a possibilidade de o credor utilizar meios coercitivos para compelir o devedor ao cumprimento de sua obrigação. Entre outros pontos, regulamentou a desconsideração da personalidade jurídica, possibilitou a citação do executado pelo correio e facilitou a penhora de faturamento e de quotas sociais. O intuito das alterações foi o de trazer mais agilidade e efetividade à execução, sem olvidar o direito do devedor ao contraditório e devido processo legal.

3. A DIGITALIZAÇÃO DO PROCESSO

A utilização de meios eletrônicos na tramitação de processos judiciais foi regulamentada pela Lei nº 11.479/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial e cria o diário de justiça eletrônico, responsável pela célere publicação de atos judiciais. Nos anos seguintes após a promulgação da lei, o processo eletrônico passou a ser largamente utilizado pelos Tribunais Federais e Estaduais, reduzindo drasticamente o tempo gasto com deslocamento e tratamento de arquivos físicos nos cartórios.[2]

1 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V-3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf, p. 186. Acesso em: 12 mar. 2021.

2 Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/CemPorCentoDigital/. Acesso em: 07 mar. 2021.

Seguindo o processo de modernização, o CPC/2015 disciplina a prática eletrônica de atos processuais, garantindo que sejam públicos e acessíveis para as partes e interessados (arts. 193 a 199), bem como que a juntada de petições ocorra sem interferência do escrivão, o que contribui significativamente para a eficiência na tramitação dos feitos (art. 228, § 2º). No que tange especificamente ao procedimento de execução, o CPC/2015 inovou positivamente ao permitir que a citação do executado seja realizada por correio (art. 247), eliminando a necessidade de elaboração de mandado para a citação por oficial de justiça, o que poderia demorar diversos meses ou até anos, dependendo do número de executados e local de tramitação. Com a inovação, a carta de citação é emitida eletronicamente e, após o cumprimento pelo correio, retorna ao cartório digitalizada, iniciando o prazo para pagamento da dívida.

Ainda, o CPC/2015 aperfeiçoou a penhora de dinheiro e aplicações financeiras por sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, otimizando o bloqueio de ativos do devedor e também a devolução de quaisquer quantias excedentes (art. 854). De igual modo, a alienação de bens penhorados se dá, preferencialmente, por leilões eletrônicos (arts. 879 e seguintes). É indiscutível, portanto, que a digitalização e tramitação eletrônica de autos processuais, aliada com inovações positivas trazidas pelo CPC/2015, contribui para a celeridade dos processos, em especial ao procedimento de execução, que se tornou mais eficaz.

4. MEDIDAS DE REPRESSÃO À CONDUTA PROTELATÓRIA DO DEVEDOR

O novo CPC ampliou o rol de medidas para reprimir a conduta protelatória do devedor, o que configura, sem dúvida, um avanço em direção à efetividade da execução. Acrescentou-se às condutas consideradas atentatórias à dignidade da justiça, a de dificultar a realização da penhora (art. 774, inciso III), em reforço à obrigação de o devedor indicar bens passíveis de penhora. A aplicação da multa por ato atentatório à dignidade da justiça nessas hipóteses tem sido referendada pelo STJ, especialmente em casos em que o credor esgotou os meios de localização de bens penhoráveis do devedor e este, intimado para indicar ao Juízo a localização de penhoráveis, não cumpre a ordem judicial, tampouco justifica a impossibilidade de fazê-lo.[3]

Uma grande novidade do CPC/2015 nesse aspecto foi a inclusão das chamadas medidas coercitivas ou atípicas (art. 139, IV), visando assegurar o cumprimento das ordens judiciais. A previsão legal afastou quaisquer dúvidas na utilização de medidas de apoio necessárias à efetividade da execução por quantia certa, incluindo as *astreintes* e medidas de coerção, instituindo ao juiz, segundo Humberto Theodoro Junior, um "poder geral de efetivação".[4] Sobreveio, ainda, no art. 517, a possibilidade de protesto da decisão transitada em julgado que reconhece a exigibilidade da obrigação de pagar quantia certa.

No âmbito do cumprimento das sentenças de obrigações de fazer e não fazer, o CPC atual incluiu a possibilidade de serem aplicadas as penas por litigância de má-fé quando o devedor descumprir injustificadamente a ordem judicial, ficando sujeito, ainda, à responsabilização por crime de desobediência (art. 536, § 3º).

Por fim, o art. 77 trouxe, em seu parágrafo terceiro, a possibilidade de que as multas aplicadas a título de sanção à parte ou ao procurador que deixa de cumprir as decisões judiciais ou cria embaraços à sua efetivação, sejam inscritas como dívidas ativas da União ou do Estado, após o trânsito em julgado da decisão que as fixou. Essa multa poderá ser fixada independentemente das sanções previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

Vê-se que, em linha com a busca da efetividade da execução, houve um nítido reforço no rol de medidas coercitivas e repressivas às condutas protelatórias do devedor, o que sem dúvida abre caminho aos credores para coibir tais condutas, exercer pressão sobre o devedor inadimplente e atenuar a demora na busca da satisfação de seus créditos.

---

3 AgInt no AREsp 1559242/RJ, rel. min. Raul Araújo, Quarta Turma, Dje. 18/05/2020; AgInt no AREsp 529845/SP, rel. min. Lázaro Guimarães, Quarta Turma, DJe 21/08/2018.

4 In: *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 27.

5. A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO DEVEDOR

Em regra, o devedor responde na execução com todos os seus bens e direitos, presentes e futuros. Contudo, não raro, até que se inicie a execução, o devedor, sabendo-se inadimplente, se desfaz de seu patrimônio de forma fraudulenta. Assim, é muito comum que as execuções se arrastem no tempo e restem frustradas diante da falta de bens penhoráveis. Esse é o principal gargalo dos processos de execução e do cumprimento de sentença.

O CPC/2015 acrescentou, ao rol dos bens sujeitos à execução, os do responsável em caso de desconsideração de personalidade jurídica. O procedimento deve ser processado na forma dos arts. 133 a 137 do mesmo Código. Contudo, embora à primeira vista a regulamentação do tema possa parecer um avanço, o fato é que os Tribunais têm sido cada vez mais restritivos na aplicação do instituto. A dissolução irregular de empresas logo após o endividamento, deixando o credor da empresa "a ver navios", não mais tem servido de fundamento suficiente para responsabilizar os sócios ou administradores pelos débitos da empresa, ao menos em se tratando de créditos de natureza civil. Exige-se do credor provas que só o devedor teria condições de fazer, o que se mostra ainda mais difícil quando se trata de empresa encerrada informalmente, sem registros disponíveis ou localizáveis.[5]

A outra possibilidade de atingir bens de terceiros é o caso de alienação de bens pelo devedor, na pendência de ação capaz de reduzi-lo à insolvência. Uma novidade trazida pelo CPC/2015 nessa seara é que cabe ao terceiro adquirente o ônus da prova de que tomou as cautelas necessárias para a aquisição de bens não sujeitos a registro. Já com relação aos bens imóveis, cuja transferência de propriedade depende do registro do título no Registro de Imóveis, o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado, da averbação na matrícula do imóvel da existência da ação, ou ao menos da prova da má-fé do terceiro adquirente, o que nem sempre é tarefa fácil para o credor. A Súmula 375 do STJ é determinante sobre o tema ao estabelecer que: "O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente". Em reforço a tal regramento, o art. 54 da Lei nº 13.097/2015 estabeleceu que não poderão ser opostas a terceiros de boa-fé as situações jurídicas que não constarem na matrícula do imóvel. Embora à primeira vista essas normas possam parecer obstáculos ao credor para obter a ineficácia da alienação de bens imóveis feita em fraude à execução, ao prever um elemento objetivo (registro da penhora), acabam por trazer uma valiosa contribuição para a segurança jurídica das transações, prevenindo o prolongamento de discussões infindáveis envolvendo terceiros no processo de execução.

6. PENHORA DE FATURAMENTO E DE QUOTAS SOCIAIS

Seguindo o entendimento já consolidado pela jurisprudência e doutrina na vigência do CPC/1973, o CPC/2015 positivou a possibilidade de penhora sobre percentual de faturamento da empresa executada, se não houver outros bens suficientes para saldar o débito exequendo. Para a execução da medida, consoante arts. 866 e seguintes do CPC/2015, o magistrado deve indicar administrador-depositário, a quem incumbe analisar a situação patrimonial da empresa e definir um plano para a efetivação da penhora, ocasião em que poderá sugerir a majoração ou redução do percentual sobre o faturamento, que pode ser líquido ou bruto, que será penhorado. Assim, o percentual sobre o qual a penhora recai deve ser avaliado no caso concreto e depende da condição fática de cada devedor, a fim de preservar a atividade empresarial e manter a fonte produtiva, garantindo que a execução se dê da forma menos gravosa.[6]

Por sua vez, os arts. 861 e seguintes do CPC/2015 regulamentaram a penhora de quotas ou ações sociais de propriedade do executado, caso não existam outros bens passíveis de penhora,[7] permitindo a sua alienação em bolsa de valores, se for o caso, ou determinando a liquidação parcial da sociedade, caso os demais sócios não exerçam direito de preferência na aquisição, a fim de satisfazer a

5 "[...] não basta o encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica para que se subverta o regime de responsabilidade pelas dívidas contraídas por sociedade de responsabilidade limitada, cuja garantia de solvência de suas obrigações está no seu patrimônio e não no patrimônio dos seus sócios" (STJ, Terceira Turma, AgInt no REsp 2019/0225469-2, rel. min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 19/11/2020).

6 STJ, AgRg no AREsp 740.491/RJ, rel. ministro Raul Araújo, Quarta Turma, j. 22/09/2015.

7 STJ, AGin no AREsp 902584/SP, rel. ministro Luis Felipe Salomão, j. 06/12/2016.

dívida exequenda.[8] A concessão do direito de preferência legal ou contratual aos sócios e acionistas na aquisição das participações societárias mostrou-se um avanço importante para harmonizar o procedimento com as leis que regulam as sociedades empresárias.

Incumbe aos demais sócios, em prazo não superior a três meses, a apresentação do balanço especial para fins de apuração do valor da cota, vedando-se a utilização do capital social integralizado como parâmetro.[9] Se não for possível a liquidação parcial, e os demais sócios, a depender do tipo societário, não tiverem interesse na aquisição das quotas ou das ações pela sociedade, o juiz pode ainda determinar o leilão judicial, inclusive de forma eletrônica.

Apesar de bem-vindas, as modificações trazidas pelo CPC/2015 nos dois institutos podem ser ainda consideradas tímidas, na medida em que faltou a regulamentação acerca dos requisitos para elaboração do plano de penhora, seu cumprimento e a definição do ônus do pagamento dos honorários do administrador.

7. CONCLUSÃO

Dentre as novidades trazidas pelo CPC/2015 para o processo executivo, destacam-se positivamente a ampliação do rol de medidas para reprimir a conduta protelatória do devedor, a consolidação do entendimento jurisprudencial e doutrinário permitindo a penhora sobre percentual de faturamento da empresa executada, bem como a possibilidade de penhora de cotas ou ações de propriedade do executado. No mesmo sentido, a digitalização e tramitação eletrônica de autos processuais contribui para a celeridade do procedimento.

Por outro lado, o tratamento dado pelos Tribunais ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, cujo procedimento foi regulado pelo CPC/2015, tem sido cada vez mais restritivo, o que dificulta a recup eração do crédito.

Conclui-se, assim, que as medidas trazidas pela prévia reforma e pelo CPC/2015 ainda não foram suficientes para desobstruir totalmente o gargalo, a fim de garantir maior efetividade da prestação judicial, mas foram determinantes para a manutenção da prestação jurisdicional.

8. REFERÊNCIAS

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado.* 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Livro eletrônico.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973.* 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

NEGRÃO, Theotonio. *Novo Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.* 48ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Processo de Execução e Cumprimento de Sentença.* 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

AUTORAS

FLÁVIA CRISTINA MOREIRA DE CAMPOS ANDRADE

NÚBIA LOPES BUFARAH

8 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *Livro eletrônico.*

9 TJSP, AgIn. 2095114-05.2018.8.26.0000, rel. des. Gilson Delgado Miranda, 23ª Câmara, j. 18/06/2019.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR) EM NÚMEROS

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Requisitos do IRDR e o entendimento jurisprudencial. 3. IRDR em números. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) foi uma das principais inovações do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015 ou CPC). Com inspiração no procedimento dos casos de massa do direito alemão, o instituto foi criado na tentativa de conferir uma solução uniforme a causas similares, preservando-se a segurança jurídica e isonomia às partes envolvidas nos litígios que possuam mesma discussão de direito.

Passados cinco anos do início da vigência desse novo procedimento, abordaremos neste artigo o entendimento jurisprudencial firmado sobre os seus requisitos, bem como apontaremos alguns entendimentos já firmados nesta nova sistemática e, ainda, indicaremos os principais desafios a serem enfrentados nos próximos anos durante o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas.

2. REQUISITOS DO IRDR E O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

O artigo 976 do CPC/2015 traz dois requisitos a serem preenchidos para o cabimento do IRDR: efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Quanto ao risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, este requisito só estará preenchido se verificada uma divergência de entendimentos sobre a mesma questão jurídica.

A efetiva repetição de processos foi o requisito que mais gerou debate na comunidade jurídica desde o início da vigência do CPC.

Para Marinoni,[1] não basta o potencial risco de multiplicação: "é necessário que a reprodução dessa questão em outros processos seja concreta, efetiva, existente, já no momento em que é instaurado o incidente".

Já o VIII Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) destacou, por meio do Enunciado 87, que "a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica", reforçando que não é imprescindível que sejam verificados milhares de processos sobre a mesma questão jurídica.

Haja vista a ausência de um critério objetivo legal, na prática, a interpretação desse requisito foi deixada à discricionariedade dos tribunais que, com o passar do tempo, criariam seus próprios critérios objetivos na ocasião do julgamento de admissibilidade dos IRDRs.

Ainda que não se exija uma quantidade significativa de processos pendentes com a mesma

1 MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo curso de processo civil*. V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 579.

discussão jurídica, o requisito demanda uma análise dos dados pendentes para que se possa alcançar uma conclusão sobre a existência – ou não – da efetiva repetição de processos.

Em que pese esta necessidade, o I Relatório de Pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP),[2] uma das principais fontes de pesquisa considerando que os números relacionados ao IRDR são esparsos, constatou que em 212 decisões houve mera menção de que existe ou não a repetição, sem que se apresentassem dados, o que representa 31% dos casos analisados pela pesquisa.

Encontramos algumas decisões em que a checagem inicial de 18 recursos pendentes no Tribunal já foi considerada motivo suficiente para o preenchimento do requisito da efetiva repetição de processos.[3] Em que pese, aparentemente, seja um número baixo, o entendimento pautou-se na preponderância do risco de ofensa à segurança jurídica, mencionado pelo já citado Enunciado 87 do VIII Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Ainda que o incidente seja inadmitido por carecer de um dos requisitos, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou, em importante precedente, que a despeito da irrecorribilidade das decisões de admissibilidade do IRDR, há chance de nova propositura do incidente quando eventualmente verificado o preenchimento do requisito outrora não preenchido,[4] em harmonia com a previsão do artigo 976, § 3º, do CPC.[5]

2 Dados do relatório atualizados até junho/2018.

3 "In casu, é de se entender que está comprovada a multiplicidade de processos sobre o mesmo tema. Levantamento efetuado pelo meu gabinete constata que todos os magistrados das Câmaras especializadas em tributos municipais têm, sob sua responsabilidade, ao menos um recurso referente à matéria. Como há 18 (dezoito) magistrados atuando na área, há pelo menos número equivalente de feitos, restando comprovada, portanto, a multiplicidade de feitos mencionada no artigo em questão. Outrossim, não há necessidade, a meu ver, de milhares de feitos sobre o mesmo tema, para que se verifique a existência da propalada multiplicidade de feitos. O Enunciado n. 87 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) esclarece a questão: 'A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica'." (TJSP, IRDR n° 2210494-47.2016.8.26.0000, Turma Especial de Direito Público, Relator designado Wanderley José Federighi, j. em 30/06/2017).

4 "2 - Não é cabível recurso especial em face do acórdão que inadmite a instauração do IRDR por falta de interesse recursal do requerente, pois, apontada a ausência de determinado pressuposto, será possível a instauração de um novo IRDR após o preenchimento do requisito inicialmente faltante, sem que tenha ocorrido preclusão, conforme expressamente autoriza o art. 976, § 3º, do CPC/15." (STJ, REsp n° 1.631.846/DF, Terceira Turma, Relatora designada para acórdão Ministra Nancy Andrighi, j. em 05/11/2019).

5 Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: [...] § 3º A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

3. IRDR EM NÚMEROS[6]

Em conformidade com o que prevê o art. 979 do CPC,[7] o Conselho Nacional de Justiça possui um cadastro contendo o registro das demandas repetitivas, o chamado "*Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios*".[8] Trata-se de importante ferramenta que permite a análise numérico-quantitativa sobre a exploração do IRDR ao longo dos anos de vigência do CPC e que, portanto, permite observar o comportamento dos tribunais pátrios em relação ao instituto.

Com base nesse cadastro, já foram admitidos 492 incidentes de resolução de demandas repetitivas, sendo o ano de 2017 o mais relevante nesse período de admissões, totalizando 132. Faz sentido, afinal, foi o ano seguinte ao primeiro ano de vigência.

Outro dado interessante é que os 492 IRDRs admitidos geraram o sobrestamento de 335.065 processos que foram/serão impactados com a tese jurídica firmada pelo IRDR. Este número representa cerca de 0,4% dos processos ativos no Judiciário brasileiro segundo o último relatório "Justiça em Números – 2020" do Conselho Nacional de Justiça.[9]

Dentre os incidentes de resolução de demandas repetitivas admitidos, aqueles que geraram o maior número de processos sobrestados foram, respectivamente, o IRDR nº 08 do Tribunal de Justiça de São Paulo, com 79.156 processos, o IRDR nº 12 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com 50.184 processos, e o IRDR nº 03 do Tribunal de Justiça do Paraná, com 22.705 processos.

As discussões dos referidos casos tratam de temas totalmente distintos – o IRDR do TJSP aborda a legalidade ou não da taxa de coleta,

6 Números atualizados até fevereiro/2021.

7 Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça. § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

8 Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos. Acesso em: 15 mar. 2021.

9 Segundo o relatório, disponível em https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/, o Brasil terminou o ano de 2019 com um total de 77,1 milhões de processos em tramitação.

remoção e destinação de lixo do município de São Caetano do Sul; o do TJRS discute a existência ou não de dano moral *in re ipsa* (presumido) quando há atraso ou parcelamento dos vencimentos, soldos, proventos ou pensões de servidores públicos ativos, inativos e pensionistas; e o do TJPR diz respeito a suspensão dos efeitos das condenações individuais versando sobre a mesma matéria até que se julgue a ação civil pública proposta acerca da responsabilidade da SANEPAR pela interrupção do abastecimento de água no município de Maringá.

Como se nota, os IRDRs de São Paulo e Paraná mencionados abordam questões jurídicas relevantes e específicas de um município, o que permite concluir que está sendo atendida a ideia de respeito à isonomia em âmbito local.

Outro julgamento que, apesar de não possuir uma quantidade tão elevada de processos sobrestados, gerou grande repercussão à época foi o IRDR nº 05 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que decidiu pela inaplicabilidade da Lei nº 10.900/2016 do município de Belo Horizonte aos motoristas de aplicativos.[10] Verifica-se que foi um ótimo instrumento processual para a segurança jurídica e realidade regional, afinal, discutiu tema com elevada repercussão à época da disseminação do uso dos aplicativos de transporte.

Segundo o levantamento dos sites dos próprios tribunais,[11] até o momento já tivemos o julgamento de mérito de 230 casos, divididos da seguinte forma: 38 na região Sul; 95 na região Sudeste; 42 na região Nordeste; 30 na região Centro-Oeste; e 25 na região Norte.

Embora já tenham sido admitidos 492 incidentes, com impacto em 335.065 processos, esse número ainda é incipiente considerando o total já mencionado de 77,1 milhões de processos ativos segundo o último relatório do Conselho Nacional de Justiça.

Ainda há espaço para que as empresas com grande número de demandas individuais, como aquelas atinentes ao direito do consumidor, por exemplo,[12] possam tentar definir tese. O risco, porém, é a estabilização de entendimento desfavorável aos interesses. Embora caiba recurso especial e extraordinário, eles poderão se sujeitar ao rito de recursos repetitivos e, com isso, ampliar a necessidade de observância da decisão por todos os tribunais.[13]

Talvez por isso ainda não se tenha visto tantos pedidos de instauração desse procedimento especial. Qualquer decisão estratégica a esse respeito deve ponderar as chances de êxito e os impactos financeiros da decisão de mérito. Ponderação esta que também se recomenda adotar na hipótese de instauração de IRDR pelo próprio tribunal conforme autoriza o artigo 977, I, do CPC.

4. CONCLUSÕES

Após cinco anos de vigência do CPC, o IRDR, uma das grandes atrações do diploma processual civil, já trouxe um impacto positivo no julgamento de demandas repetitivas, permitindo de uma só vez definir o resultado de processos que abordem a mesma questão jurídica.

Os primeiros cinco anos de vigência demonstraram que embora a repetição de processos seja um requisito de admissibilidade, ele tem sido analisado pelos tribunais de maneira subsidiária, preponderando na análise dos magistrados a existência ou não de risco à isonomia e à segurança jurídica.

Em que pese já tenham sido admitidos 492 incidentes, o impacto numérico no acervo dos tribunais brasileiros ainda é baixo se comparado

---

10 Tema 5 IRDR – TJMG – "São ilegais, por violarem o art. 3º, § 2º, III, da Lei n. 12.587/12, e o art. 2º, da Lei n. 12.468/11, o § 1º, do art. 2º, os incisos I e II, do art. 3º, bem como o art. 4º e seu parágrafo único, da Lei Municipal n. 10.900/16; - o vício de ilegalidade que macula as normas insertas na Lei n. 10.900/16, do Município de Belo Horizonte (artigos 2º, § 1º, 3º, incisos I e II, e 4º, caput e parágrafo único), desautoriza que se obriguem os prestadores desta modalidade de serviço (transporte individual privado de passageiros exercido por intermédio do aplicativo UBER) ao cumprimento das exigências nela constantes, com a consequente vedação à aplicação, aos atores acima indicados, das penalidades previstas nos artigos 5º e 6º, da norma acima citada, bem como na Lei Municipal n. 10.309/2011 e no decreto regulamentador; - a referida modalidade de transporte, na seara intermunicipal, não justifica a imposição de qualquer sanção pelo Estado de Minas Gerais, com base no Código de Trânsito Brasileiro (art. 231, VIII), por não se inserir nas hipóteses reguladas pela legislação estadual (Decreto n. 44.035/2005)."

11 Dados atualizados até fevereiro/2021, com base nas informações constantes das páginas dos próprios tribunais destinada ao levantamento de informações do IRDR.

12 Segundo o relatório "Justiça em Números – 2020" do Conselho Nacional de Justiça, o direito do consumidor é o assunto mais demandado no âmbito dos Tribunais Estaduais.

13 Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

com o cenário de 77,1 milhões de processos ativos. Há, portanto, margem para a exploração do IRDR em maior escala.

Haja vista a possibilidade de efeitos aplicáveis a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal,[14] recomenda-se, contudo, análise estratégica dos possíveis impactos de uma decisão favorável e desfavorável em IRDR.

14 Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

5. REFERÊNCIAS

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).* 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019.* Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO (Universidade de São Paulo). I *Relatório de Pesquisa do Observatório Brasileiro de IRDRs,* Ribeirão Preto, novembro de 2019, disponível em: http://observatorioirdr.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/sites/400/2019/12/I_Relat%C3%B3rio_Observat%C3%B3rio_IRDR_USP_Ribeir%C3%A3o-Preto.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Novo curso de processo civil.* V. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

AUTORES

BRUNA BORGHI TOMÉ
JULIO ENRIQUE CEREGUIN REIS

DECISÕES JUDICIAIS COM EFICÁCIA VINCULANTE - MITO OU REALIDADE?

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Comparativo entre a Civil Law e a Common Law. 3. Compatibilidade entre o Sistema de Precedentes, a Civil Law e a Constituição Federal de 1988. 4. A inovação trazida pelo CPC/2015 e a sua eficácia. 5. Diferenças entre Precedentes, Súmulas e Jurisprudência. 6. A sistemática do CPC é verdadeiramente um sistema de precedentes? Mito ou verdade? 7. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) trouxe importantes inovações visando a tutela da segurança jurídica, de modo a evidenciar, sobretudo, sua preocupação acerca da uniformização da jurisprudência.

As decisões judiciais com eficácia vinculante surgem, então, de modo a desempenhar importante papel para garantir a segurança jurídica e contribuir para uma jurisprudência mais uniforme, estável e coerente.

Nesse sentido, o presente artigo busca analisar as inovações trazidas pelo CPC/2015, com a inclusão dos artigos 927 e seguintes, e verificar a existência ou não de um sistema de precedentes no código brasileiro, analisando a compatibilidade desse sistema com o modelo da Civil Law e com a Constituição Federal brasileira.

2. COMPARATIVO ENTRE A CIVIL LAW E A COMMON LAW

A Civil Law e a Common Law são derivadas de circunstâncias políticas e culturais distintas, o que acabou por acarretar a formação de peculiaridades próprias de cada sistema.[1]

Enquanto a Civil Law se desenvolveu a partir dos ideais da Revolução Francesa,[2] tendo como objetivo a contenção do abuso de poder e a igualdade entre os cidadãos,[3] a Common Law originou-se na Inglaterra, numa época em que não havia descrença na imparcialidade e independência do Poder Judiciário, sendo desnecessária a instituição de um dogma de aplicação estrita da lei, o que culminou em um sistema jurídico pautado na tradição e nos costumes, constituído pela teoria do "*stare decisis*", que prevê eficácia vinculante da "*ratio decidendi*" dos precedentes judiciais.[4]

Uma das principais diferenças entre as duas famílias está no método para determinar a regra de direito aplicável ao caso concreto.

Na Civil Law, o método é dedutivo, do geral para o particular. O aplicador do direito interpreta a lei abstrata e geral e então subsome tal norma à situação fática do caso.

Na Common Law, por seu turno, o método é indutivo, ou seja, do particular para o geral. O aplicador do direito decide acerca da aplicação do direito à situação fática, a partir de soluções dadas a casos anteriores.[5] Na tradição da Common Law, em decorrência da teoria do "*stare decisis*", os precedentes judiciais são de observância mandatória dos juízes, em busca da coerência e integridade à aplicação do direito.

Dentre as semelhanças relevantes para o desenvolvimento do presente artigo, destaca-se o ideal

---

1 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 23

2 Em 1789.

3 CAMBI, Eduardo; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes Vinculantes. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 215, 2013, p. 215.

4 Tal vinculação é vertical, já que o entendimento de órgãos superiores vincula os hierarquicamente inferiores, e horizontal, pois, em regra, o Tribunal que formou o precedente também deverá segui-lo.

5 JÚNIOR, Délio Mota de Oliveira. In: NUNES, Dierle *et al*. *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no Código de Processo Civil/2015.* São Paulo: RT, 2017. *Livro eletrônico*.

de que casos iguais devem ser tratados igualmente, entendimento que decorre dos princípios da segurança jurídica e isonomia.

3. COMPATIBILIDADE ENTRE O SISTEMA DE PRECEDENTES, A CIVIL LAW E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Na evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro, houve alterações legislativas que demonstraram a crescente preocupação com a observância de julgamento dos tribunais, mesmo que ainda sem eficácia vinculante. Cita-se a Lei nº 9.756/98[6] que conferiu nova redação ao artigo 120, parágrafo único,[7] artigo 544, § 3º,[8] e artigo 557,[9] todos do Código de Processo Civil de 1973.

Em 2015, o novo CPC trouxe nítido destaque ao direito jurisprudencial e tal movimento não está em oposição à Civil Law, já que este modelo não desconhece a eficácia vinculante, principalmente mediante previsão legal. A adoção de precedentes com eficácia vinculante não exime o julgador de interpretar (e, portanto, compreender) o caso concreto,[10] conforme tradição da Civil Law.

No entanto, com o fortalecimento dos precedentes, surgiram questionamentos acerca da inconstitucionalidade do artigo 927 do CPC/2015. Dentre os quais cita-se (i) que a vinculação deveria estar prevista na Constituição,[11] (ii) que haveria redução da liberdade do magistrado,[12] por exemplo.

6 BRASIL. Lei nº 9.756. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. Brasília: 1998.

7 "Art. 120. [...]

Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente."

8 "Art. 544. [...]

§ 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial. (NR)"

9 "Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (NR)"

10 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Compreendendo os "precedentes" no Brasil: fundamentação de decisões com base em outras decisões. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 226, dez. 2013, p. 9 (versão eletrônica).

11 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1.837, 1.841.

12 GONÇALVES, Marcelo Barbi. O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 222, ago. 2008, p. 221-247.

Contudo, os artigos 102, § 2º, e 103-A da Constituição Federal não impedem a existência de outros julgamentos com eficácia vinculante, além dos lá preconizados, e a eficácia vinculante dos precedentes não subtrai do julgador o poder decisório no caso concreto,[13] especialmente pois o papel dos precedentes, no Brasil, é de integração entre o legislador, a doutrina e os juízes.[14]

Nesse sentido, não se verifica incompatibilidade da ampliação das hipóteses de julgamento vinculante trazida pelo CPC/2015 com o modelo da Civil Law, não se verificando, tampouco, vício de inconstitucionalidade.

4. A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO CPC/2015 E A SUA EFICÁCIA

Alguns dos vários incisos do artigo 5º da Constituição Federal tutelam a segurança jurídica de forma implícita[15] e permitem a percepção de que a Carta Magna demonstra preocupação com a estabilidade das relações jurídicas e integridade da jurisprudência.

Na mesma linha, o CPC/2015 manifesta, em seu artigo 926, que "os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente", de modo a garantir que situações idênticas não recebam tratamento diferenciado umas das outras.

Visando uniformizar a jurisprudência, dispôs o artigo 927, do mesmo diploma, que os juízos e tribunais deverão observar (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

13 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada de seu uso no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção novo CPC doutrina selecionada – Procedimento Comum*. Salvador: Juspodivm, v. 2, 2. ed., 2016, p. 928.

14 ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes. Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 356.

15 É o caso do inciso II, que positiva o princípio da legalidade, do inciso XXXVI, que prevê a inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, do inciso XXXIX, que positiva o princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal e, por fim, do inciso XL, que prevê a irretroatividade da lei penal desfavorável.

Por fim, o CPC/2015 trouxe a figura do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que busca justamente a concretização da segurança jurídica, sendo cabível quando a mesma questão for objeto de controvérsia (artigo 976, inciso I).

Diante dessas importantes previsões trazidas pelo CPC/2015, verifica-se um maior esforço dos Tribunais de Justiça para uniformizar a jurisprudência, de modo a garantir a previsibilidade das diversas consequências decorrentes de relações jurídicas, seja por meio da suspensão do curso de processos afetados pelo julgamento do IRDR, seja por meio da garantia dada às partes interessadas quanto à propositura de Reclamação em face de decisões que não observem o julgamento do IRDR ou enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade.

5. DIFERENÇAS ENTRE PRECEDENTES, SÚMULAS E JURISPRUDÊNCIA

O artigo 926 do CPC/2015 prevê que a jurisprudência deve ser íntegra, uniforme, estável e coerente. A norma dispõe também sobre as súmulas e os precedentes, sem, contudo, diferenciar tais conceitos que, apesar de semelhantes, na busca pela segurança jurídica, não se confundem. Tal função ficou então sob responsabilidade da doutrina.

Fredie Didier Jr. define precedente como "a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos".[16] Já a jurisprudência engloba o resultado de um conjunto de decisões judiciais, que convergem entre si quando do julgamento de uma mesma matéria. Por fim, as súmulas vinculantes, editadas pelo STF, constituem a síntese da jurisprudência.

6. A SISTEMÁTICA DO CPC É VERDADEIRAMENTE UM SISTEMA DE PRECEDENTES? MITO OU VERDADE?

Na leitura deste artigo, compreende-se que as inovações trazidas pelo novo Código representam verdadeiro sistema de precedentes. No entanto este difere do utilizado nos países que seguem a Common Law, pois, no Brasil, o papel dos precedentes é de integração, pois tratados de forma abstrata, como norma, e não precisamente o de mediar e controlar a legitimidade das decisões futuras.

16 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10ª ed., v. 2. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 441.

Há entendimento diverso de que o sistema brasileiro não seria verdadeiramente um sistema de precedentes, mas apenas de "decisões vinculantes", já que "a vinculatividade futura de tais provimentos não decorre de uma apropriação crítica das gerações futuras, como ocorre com as decisões judiciais na Inglaterra e nos EUA, mas sim do fato de obedecerem a um procedimento que ao final dota o provimento de tal natureza vinculante".[17]

7. CONCLUSÃO

Conclui-se que o CPC/2015 buscou conferir maior previsibilidade, segurança jurídica, isonomia e estabilidade nas decisões emanadas do juízos e tribunais pátrios.

Apesar das diversas críticas tecidas a essa nova sistemática, não se pode dizer que a vinculação dos precedentes engessa o sistema e poda o poder decisório do juízo, já que a própria interpretação do precedente deve levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico, bem como a valoração e fundamentação que o embasou.[18]

Isso porque a obrigatoriedade de vinculação aos precedentes não exclui a permissibilidade da sua superação, caso a jurisprudência dominante se torne incoerente com a realidade social, cultural, política ou jurídica do momento, e desde que tal mudança não seja repentina e nem desarrazoada, conforme prevê o artigo 927, §§ 2º, 3º e 4º.[19]

Por fim, apesar de ainda haver doutrina de peso defendendo a inconstitucionalidade do art. 927 do CPC/2015, parece que a sua inovação traz maior segurança nas decisões judiciais, além da otimização destas, ao evitar o desnecessário exame de casos idênticos já decididos.

17 PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. Contribuição para uma Compreensão Ontológica dos Precedentes Judiciais. Disponível em: https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1477/1228. Acesso em: 07 mar. 2021.

18 STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 46-47.

19 BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro e CASTRO, Amanda Souza de. In: NUNES, Dierle *et al*. *A Nova Aplicação da Jurisprudência e Precedentes no Código de Processo Civil/2015*. São Paulo: RT, 2017. *Livro eletrônico.*

AUTORAS

LIV MACHADO
ANA CAROLINE CAMPELO DE SOUZA
DIANA FREIRE DE QUEIROZ BARROS

A MULTA COMINATÓRIA ("ASTREINTES") NO CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES DE FAZER: INOVAÇÕES E CONTROVÉRSIAS DO CPC/2015

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Inovações e controvérsias. 2.1 Possibilidade de revisão da multa cominatória vencida. 2.2 Exigibilidade de multa por descumprimento de obrigação de fazer – Súmula nº 410 do STJ. 2.3. Titularidade da multa cominatória. 3 Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Dentre as diversas medidas coercitivas que podem ser adotadas para compelir a parte ao cumprimento de obrigações de fazer e não fazer (art. 536 do CPC) está a imposição de multa cominatória (*astreintes*) (art. 537 do CPC). Trata-se de relevante instrumento utilizado na prática processual, mesmo no âmbito do anterior CPC/1973, como forma de concretização do princípio da efetividade da tutela jurisdicional.

No Relatório de Pesquisa "Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva", de 2017,[1] foram apresentados os instrumentos de cumprimento das sentenças coletivas e a frequência com que eram utilizados pelos magistrados consultados. A tabela abaixo demonstra a percepção dos juízes acerca da frequência com que cada medida é utilizada:

Tabela 5.2.16 - Frequência da utilização de instrumentos de cumprimento de sentença (em %)

	Muito frequentemente	Frequentemente	Raramente	Não sabe
Multa diária	41,7	43,9	12,9	1,4
Busca e apreensão	8,1	22,8	61	8,1
Remoção de coisas e pessoas	5,3	10,5	71,4	12,8
Desfazimento de obra	4,4	18,2	66,4	10,9
Impedimento de atividade nociva	10	35	43,6	11,4
Requisição de força policial	11,7	38,7	42,3	7,3
Multa coercitiva imposta ao gestor público (astreintes)	21,3	36	36	6,6
Responsabilização do gestor por improbidade administrativa	13,9	32,1	45,3	8,8
Nomeação de administrador público provisório para implementar a política	0	2,2	64,2	33,6
Bloqueio de dotações ou sequestro de verbas orçamentárias	16,5	28,1	44,6	10,8

Fonte: Survey "Ações Coletivas no Brasil", elaboração própria

A pesquisa evidencia o que já se extrai da prática processual: a multa diária é o instrumento mais utilizado no cumprimento de sentença, sendo empregado "frequentemente" ou "muito frequentemente" pela maior parte dos magistrados. Nos tribunais em que é possível realizar a pesquisa por classificação de assunto processual, também se mostra relevante o número de decisões relacionadas à "*Execução > Multa Cominatória / Astreintes*".[2]

A finalidade da multa cominatória não é punir, mas basicamente obter a prestação específica; sendo utilizada como um instrumento processual, não tem finalidade compensatória.

Exatamente em razão dessa natureza peculiar e de sua consequência gravosa, são inúmeros os debates em torno do instituto das astreintes. Com a edição do CPC/2015 e após cinco anos de sua vigência, alguns deles merecem ser destacados, seja pela inovação trazida pela lei em alguns pontos – como na definição do titular da multa coercitiva –, seja pela controvérsia decorrente do silêncio do legislador em relação a outros – como a possibilidade de revisão das astreintes vencidas ou a necessidade de intimação pessoal da parte.

2. INOVAÇÕES E CONTROVÉRSIAS

2.1 POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA MULTA COMINATÓRIA VENCIDA

Uma das principais inovações do CPC/2015 relacionadas o instituto das astreintes foi a previsão

1 *Ações Coletivas no Brasil: temas, atores e desafios da tutela coletiva*. 2ª edição da série "JUSTIÇA PESQUISA" Relatório Analítico Propositivo, Sociedade Brasileira de Direito Público, de 2017.

2 Exemplificativamente, no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (incluindo Colégio Recursal), o resultado da pesquisa aponta para 3.789 acórdãos sobre o tema e 745 decisões monocráticas. No Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, são obtidos 727 acórdãos e 679 decisões monocráticas sobre a matéria; 529 acórdãos no Tribunal de Justiça de Minas Gerais e, por fim, 386 acórdãos e 166 decisões monocráticas no Tribunal de Justiça do Paraná.

expressa, no § 1º do art. 537, de que "O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, [...]", quando verificadas determinadas situações estipuladas em seus incisos I e II.

A redação do dispositivo, embora muito semelhante ao que já dispunha o § 4º do art. 461 do CPC/1973,[3] gerou controvérsia por incluir o termo "*vincenda*" no novo dispositivo, permitindo interpretações sobre uma suposta vedação à alteração do valor e periodicidade de multa coercitiva que já se encontrasse "vencida".

Tal entendimento, contudo, contraria o posicionamento que há muito vinha sendo firmado na jurisprudência, no sentido de que a redução de astreintes teria cabimento a qualquer tempo e grau de jurisdição, o que se dá principalmente com fundamento na vedação legal ao enriquecimento sem causa[4] da parte que viria a se beneficiar a partir do recebimento de valores de multa cominatória.

Observada a função meramente coercitiva das astreintes, outra não pode ser a interpretação de que a revisão do valor de multa cominatória deve ser assegurada tratando-se de valor vincendo ou valor vencido, sempre que for necessária para que a multa seja adequada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesse sentido, o processo legislativo que culminou na atual redação do § 1º do art. 537 também é importante para nortear a correta interpretação do dispositivo em conformidade com a intenção do legislador. No projeto de lei aprovado pela Câmara dos Deputados, havia expressa previsão de que o valor da multa "vincenda" poderia ser alterado pelo magistrado, o que se daria "sem eficácia retroativa". Conforme destaca Daniel Amorim Assumpção Neves, "O projeto de lei aprovado na Câmara consagrava o que a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça chamou de 'indústria das astreintes', quando o exequente abdica da satisfação do seu direito para manter a aplicação da multa durante longo espaço de tempo".[5]

No entanto, a expressão "sem eficácia retroativa" foi removida na versão aprovada pelo Senado Federal e do teor final do § 1º do art. 537 do CPC, evidenciando a consciente opção legislativa de não vedar a possibilidade de alteração e exclusão de valor de multa cominatória já consolidada, na esteira do que vinha entendendo a jurisprudência no âmbito do CPC/1973.

A controvérsia gerada pela expressão "vincenda" incluída no § 1º do art. 537 é recorrente no Poder Judiciário e foi levada ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, na esteira do aqui exposto, reconhece a possibilidade de revisão do valor de astreintes "vencidas", mesmo no âmbito do CPC/2015. Para a Corte Superior, "embora o disposto no parágrafo primeiro do art. 537 do novo C.P.C. estabeleça que é possível a alteração de ofício do valor da multa vincenda, não há óbice para diminuição das multas vencidas. Conforme já salientado, a multa não pode ser instrumento apto a ensejar o enriquecimento sem causa, sendo dever do magistrado zelar para que isso não ocorra, reduzindo-a nos casos em que estiver fora dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade [...]".[6]

No mesmo sentido é o entendimento que prevalece nos Tribunais Estaduais pátrios, que admitem a exclusão da multa cominatória, seja ela "vincenda" ou vencida, sempre que necessário para adequação dos demais princípios e regras do ordenamento jurídico.[7] Ao superar a controvérsia do teor do § 1º do art. 537, CPC, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo destacou que: "A interpretação literal do dispositivo não deve prevalecer. A vedação não está expressa na redação da norma. Possibilidade de o exegeta extrair significado da norma com base na interpretação teleológica, histórica e sistemática. A análise da tramitação legislativa permite concluir pela possibilidade de revisitação da multa, seja ela vencida ou vincenda em razão do descumprimento da obrigação".[8]

---

3 CPC/1973: "Art. 461. [...] *§ 4º* O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito".

4 Código Civil: "Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários".

5 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2015, p. 347-348.

6 STJ. AREsp nº 1.450.802/SP, Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 21/05/2019. No mesmo sentido: "STJ. EDcl no Agravo em Recurso Especial nº 1.366.825/SC. Relator Ministro Luis Felipe Salomão; DJE 28/05/2019.

7 Admitindo a modificação de astreintes "vencidas": TJSP; Embargos de declaração nº 2229817-04.2017.8.26.0000; Relator (a): Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente; Data do Julgamento: 06/06/2019; TJSP; Agravo de Instrumento nº 2063066-56.2019.8.26.0000; Relator José Maria Câmara Junior; Data do Julgamento: 29/05/2019.

8 TJSP. Agravo de Instrumento 2015137-27.2019.8.26.0000; Relator (a): Melo Colombi; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 44ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/05/2013; Data de Registro: 19/03/2019.

2.2 EXIGIBILIDADE DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER – SÚMULA Nº 410 DO STJ

A Súmula nº 410 do Superior Tribunal de Justiça estabelece que "a prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer".

O cuidado especial se justifica pelas consequências que poderão advir do descumprimento da ordem, exigindo-se que a parte seja inequivocamente cientificada e que, conhecendo as consequências da inércia no atendimento do comando judicial, assuma os riscos nela fixados.[9]

O tema gera frequente controvérsia em razão dos demais avanços estabelecidos pela lei processual. Editada em 2009 a partir do entendimento já consolidado no STJ sobre a matéria, após a edição das Leis nºs 11.232/2005 e 11.382/2006, o STJ foi instado a confirmar a validade da Súmula, especialmente em razão da possibilidade de intimação da parte na pessoa de seu advogado para o cumprimento de obrigações de pagar quantia certa.

Embora tenha reconhecido que o espírito norteador da reforma introduzida pela Lei nº 11.232/2005 buscara atender aos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da duração razoável do processo, o STJ destacou que o legislador manteve, naquela oportunidade, formas de implementação distintas para sentenças que contemplavam uma obrigação de fazer/não fazer (art. 475-I do CPC/1973) e aquelas que se referiam à obrigação de pagar quantia certa (art. 475-J do CPC/1973, restando, assim, justificado o tratamento diferenciado previsto na Súmula 410.

Com a entrada em vigor do CPC/2015, novamente questiona-se a suposta (in)validade da Súmula nº 410 e, portanto, a alegada desnecessidade da intimação pessoal da parte para a exigibilidade de multa decorrente do descumprimento de obrigações de fazer/não fazer.

Tal posicionamento é fundamentado no fato de que o art. 513, § 1º, do CPC teria estabelecido como regra aplicável ao cumprimento de sentença em geral a intimação da parte na pessoa de seu advogado.[10] Além disso, não há previsão legal expressa que confirme a necessidade de intimação pessoal da parte nas obrigações de fazer/não fazer, como prevê a Súmula em exame.

Apesar da controvérsia, o STJ vem se manifestando em precedentes recentes, nos quais confirma que o entendimento compreendido na Súmula 410 permanece hígido após a vigência do Novo Código de Processo Civil.[11] Segundo a Corte Superior, a necessidade de intimação pessoal para a exigibilidade de astreintes em obrigações de fazer/não fazer "decorre da gravidade das consequências do descumprimento da ordem judicial, que pode levar até mesmo à responsabilidade pelo crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), em comparação àquelas decorrentes do descumprimento de determinação de pagar quantia certa".[12]

Importante consignar, por fim, que conforme precedentes jurisprudenciais, a observância do teor da Súmula nº 410, STJ, é necessária também nas hipóteses de majoração de multa cominatória fixada anteriormente no mesmo processo.[13]

2.3 TITULARIDADE DA MULTA COMINATÓRIA

Outra inovação importante do CPC/2015 foi a previsão do § 2º do art. 537, que expressamente dispõe que "o valor da multa será devido ao exequente".

Na ausência de definição sobre a matéria na legislação processual anterior, a questão era objeto de debate na doutrina e jurisprudência, que divergia sobre quem seria o titular da multa cominatória – se o Exequente ou o Estado, este último enquanto prejudicado pelo desatendimento de ordem judicial.

---

9 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*, ano 35, n. 182, abr. 2010. São Paulo: Ed. RT, 2010, p. 188.

10 MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 903.

11 "É necessária a prévia intimação pessoal do devedor para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer antes e após a edição das Leis n. 11.232/2005 e 11.382/2006, nos termos da Súmula 410 do STJ, cujo teor permanece hígido também após a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil." STJ. EREsp nº 1.360.577/MG, Relator Ministro Humberto Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. 19/12/2018, DJe 07/03/2019. No mesmo sentido: TJSP; Agravo de Instrumento 2074542-91.2019.8.26.0000; Relator (a) Melo Bueno; 35ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 19/06/2019; Data de Registro: 19/06/2019.

12 AgInt no REsp 1873919/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 07/12/2020, DJe 11/12/2020.

13 Nesse sentido: STJ - AREsp nº 586.474/RJ, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. em 03/04/2017; e TJ/MG. Apelação Cível nº 1.0461.16.000260-0/003 - Comarca de Ouro Preto, Des. Rel. Des.(a) José de Carvalho Barbosa, julgado em 08/02/2018.

A opção legislativa no CPC/2015 confirmou o entendimento amplamente majoritário consolidado na jurisprudência de que a multa cominatória é, de fato, devida ao Exequente.[14] A doutrina, contudo, ainda tece ressalvas quanto ao teor da norma, consignando não ser isenta de problemas, especialmente quando se considera a vedação do enriquecimento sem causa do Exequente, o que poderia prejudicar o princípio da efetividade dos provimentos jurisdicionais: "O problema é que, não raro, haverá enorme desproporção entre os patrimônios do réu e do autor. Em ações de massa, por exemplo, consumidores individuais litigam contra grandes corporações e o juiz se vê na difícil situação de fixar multa capaz de intimidar o réu com todo o seu poderio econômico e, ao mesmo tempo, não proporcionar o enriquecimento injusto ou desproporcional do autor".[15]

Vale mencionar que, no processo eleitoral, a titularidade das astreintes possui tratamento distinto, por envolver matéria de interesse público, em que o bem protegido é a própria democracia e não um interesse particular.[16] Nesse sentido, há previsão expressa da destinação da multa ao Estado nos termos do art. 367, IV, do Código Eleitoral, a justificar o tratamento diferenciado sem ofensa ao princípio da legalidade, como admite a jurisprudência naquela esfera.

3. CONCLUSÃO

Embora em constante atualização, a atual compreensão dos temas relacionados ao instituto das astreintes evidencia que as disposições legais devem ser interpretadas em conformidade com as demais normas do ordenamento jurídico, respeitando o caráter meramente coercitivo da medida, bem como a vedação do enriquecimento sem causa, além dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, diante das consequências gravosas e dos valores exorbitantes comumente atingidos no judiciário, é necessária a ciência prévia e inequívoca do devedor sobre a multa fixada.

---

14 Nesse sentido: REsp 949.509/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 08/05/2012, DJe 16/04/2013.

15 AMARAL, Guilherme Rizzo. *Alterações no novo CPC: o que mudou? Comentários por artigos e precedentes jurisprudenciais*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *Livro eletrônico.*

16 Ac. de 09/09/2014 no REspe nº 116839, rel. Min. Luciana Lóssio; no mesmo sentido o Ac. de 13/10/2015 no AgR-AI nº 169974, rel. Min. Luciana Lóssio e o Ac. de 13/08/2015 no AgR-REspe nº 7322, rel. Min. Luciana Lóssio.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Alterações no novo CPC: o que mudou? Comentários por artigos e precedentes jurisprudenciais.* 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *Livro eletrônico.*

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*, ano 35, nº 182, abr. 2010. São Paulo: Ed. RT, 2010.

AUTORAS

PATRÍCIA HELENA MARTA MARTINS

RENATA CAVASSANA MAYER

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Produção antecipada de provas e viabilização da autocomposição. 3. Produção antecipada de provas e arbitragem. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O CPC/2015 positivou o chamado direito autônomo à prova, que, já no regime anterior, era definido como "prerrogativa de invocar a intervenção estatal, na subespécie jurisdição, para permitir a busca e a obtenção da prova, assim como o esclarecimento e o registro de fatos daí decorrentes, sem vinculação direita com o pleito de declaração do direito material à relação controvertida e sem a justificativa da urgência".[1]

Essa positivação confirmou que a prova não deve ser entendida apenas como um instrumento processual adequado para formar o convencimento do juiz quanto às alegações das partes, mas também como um meio voltado a auxiliar as partes na tomada de decisão quanto à judicialização de determinados litígios, bem como na avaliação de suas chances de êxito numa demanda futura.

Assim, além da produção antecipada na prova em casos em que "haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação" (art. 381, I, do CPC), o CPC/2015 no art. 381, II e III, autoriza a produção da prova antes da propositura da demanda quando tal medida possa "viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito" ou nos casos em que "o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação".

O regramento do exercício do direito autônomo à prova, contudo, não veio desacompanhado de discussões e controvérsias. A própria natureza da produção antecipada de provas é controvertida, existindo discussão se o procedimento regrado pelos arts. 381 a 383 do CPC configuraria (ou não) jurisdição voluntária, ante a previsão de que o juiz não se pronunciará "sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas" (art. 382, § 2º, do CPC).[2]

Tais discussões e controvérsias têm sido tema de diversos trabalhos elaborados desde a sanção do texto do CPC/2015. Assim, a bem da brevidade, o presente artigo terá como enfoque duas questões relevantes decorrentes da positivação trazida pelo CPC/2015.

A primeira, com enfoque nas vantagens de se considerar a produção antecipada da prova como um instrumento apto a viabilizar a autocomposição. A segunda, voltada à análise da competência para o exercício da pretensão de produção antecipada de provas como medida preparatória à arbitragem.

2. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E VIABILIZAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO

Em uma primeira leitura, o inciso II do art. 381 do CPC poderia parecer contraditório ao autorizar o

1 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 312.

2 Para parte da doutrina, "Ação de produção antecipada de prova é a demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria. É, pois, ação que se busca o reconhecimento do direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária" (DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 138). Os que se posicionam em sentido contrário defendem que a produção antecipada de provas "se insere no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver. Por outro, pode estabelecer-se um conflito específico relativamente à própria produção da prova (por exemplo, o demandado resiste, não permitindo acesso às fontes probatórias)" (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, 2016, p. 75-101).

início de uma demanda (*lato sensu*) para viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, que não seja a tutela jurisdicional. Ora, tendo as partes a prerrogativa de negociar e transacionar, medidas de instrução ou quaisquer outras não voltadas à conciliação das partes não parecem, à primeira vista, fazer sentido.

A verdade, contudo, é que propiciar a produção de determinada prova pode ser "um fator decisivo na avaliação das chances e na consequente tomada de decisão (pelo processo ou pela autocomposição)",[3] por conferir às partes elementos objetivos, que permitam uma melhor avaliação das chances de êxito de cada uma delas.

Por esse motivo, a doutrina tem equiparado o regramento da produção antecipada de provas trazido pelo CPC/2015 à técnica do *discovery*.[4] Referida técnica é usualmente empregada no sistema processual norte-americano anteriormente ao litígio, e permite às partes um maior conhecimento do caso e análise dos benefícios e das desvantagens em eventual ajuizamento de demanda – assim como se verifica na hipótese de produção antecipada de provas autorizada pelo inciso II do art. 381 do CPC.

As vantagens dessa modalidade e a possibilidade de pleitear a produção da prova com base no inciso II do art. 381 do CPC foram referendadas pela jurisprudência, que tem deferido pedidos de produção antecipada de provas com o fundamento na viabilização da autocomposição, sem exigir qualquer comprovação de urgência ou risco de dano (*periculum in mora*).[5] A negativa de pedidos fundados no inciso II do art. 381 do CPC apenas se verifica nas hipóteses em que não preenchidas as condições da ação[6] ou nos casos em que a demanda principal já tenha sido ajuizada.[7]

3 YARSHELL, Flávio Luiz, *op. cit.*, p. 347.
4 BONIZZI, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 91-92.
5 A título de exemplo: Apelação 1011825-55.2017.8.26.0477, 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator: Rodolfo Pellizari, publicação: 15/07/2019; Apelação 05821389020168050001, Primeira Câmara Cível do TJBA, relator: Mário Augusto Albiani Alves Júnior, publicação: 02/09/2019; Apelação 0800387-48.2019.8.12.0020, 1ª Câmara Cível do TJMS, relator: des. Divoncir Schreiner Maran, publicação: 03/09/2019; Apelação 0010415-63.2018.8.16.0075, 4ª Câmara Cível do TJPR, relator: des. Luiz Taro Oyama, publicação: 13/02/2020.
6 Apelação 10000200089795001, 14ª Câmara Cível do TJMG, relator: Evangelina Castilho Duarte, publicação: 23/04/2020; Apelação 1034735-96.2019.8.26.0577, 22ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator: Roberto Mac Cracken, publicação: 28/07/2020.
7 Apelação 05066388120178050001, Terceira Câmara Cível do TJBA, relator: Moacyr Montenegro Souto, publicação: 09/04/2019; Agravo de Instrumento 70083858704, Décima Segunda Câmara Cível do TJRS, relator: Umberto Guaspari Sudbrack, publicação: 13/10/2020.

3. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E ARBITRAGEM

Ao elegerem a via arbitral para solução de litígio, as partes conferem jurisdição ao tribunal arbitral para apreciar todas as controvérsias havidas entre elas que sejam arbitráveis e estejam compreendidas pela convenção de arbitragem. A eleição da jurisdição arbitral, contudo, não afasta o direito das partes de se valerem de medidas de apoio, requeridas perante o Poder Judiciário.

Tais medidas de apoio podem ser requeridas antes, durante e após o término da arbitragem. As medidas preparatórias que podem ser requeridas ao Poder Judiciário antes da instauração do procedimento arbitral são expressamente reguladas pelos arts. 22-A e 22-B da Lei nº 9.307/1996, conforme as modificações da Lei nº 13.129/2015 (a Lei de Arbitragem).

Nos termos do art. 22-A da Lei de Arbitragem, "antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência". Ou seja, os requisitos para que medidas possam ser pleiteadas ao Poder Judiciário em conflitos sujeitos a convenção de arbitragem são a natureza cautelar ou de urgência.

Diante disso, verificou-se o surgimento de debate doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de uma parte requerer, a título de medida pré-arbitral, a produção antecipada de provas com fundamento nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015, os quais não possuem natureza cautelar e não exigem o requisito da urgência.

A esse respeito é importante esclarecer que não há divergência sobre a existência do direito autônomo à prova ou sobre a possibilidade de se requerer a produção antecipada da prova para as finalidades previstas nos incisos II e III do art. 381 do CPC/2015 em conflitos que serão resolvidos por arbitragem. A divergência recai apenas sobre órgão competente para apreciação de referido pedido: se o Poder Judiciário ou um tribunal arbitral a ser constituído com essa finalidade.

A título de exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ainda não possui entendimento consolidado sobre a matéria. Contudo, nesse Tribunal, no âmbito das Câmaras Reservadas de Direito

Empresarial, existe posicionamento majoritário no sentido de que na ausência de urgência e/ou da natureza cautelar, o pedido de produção antecipada de provas não pode ser apreciado pelo Poder Judiciário.[8]

Isso porque a produção antecipada de provas é medida preparatória, seja para que a parte possa decidir se ingressará com determinada demanda, seja para que possa verificar a extensão de um direito. Consequentemente, apenas poderia ser requerida ao Poder Judiciário caso preenchidos os requisitos do art. 22-A da Lei de Arbitragem.

Por outro lado, ao menos um desembargador das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do Tribunal Paulista – des. Azuma Nishi[9] – sustenta entendimento contrário, de que mesmo que exista convenção de arbitragem, é possível às partes pleitearem a produção antecipada de provas ao Poder Judiciário, sem os requisitos da Lei de Arbitragem.

São dois os principais fundamentos desse posicionamento. A um, na ação de produção antecipada de provas não haveria lide, visto que (i) o magistrado não se pronuncia sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas (art. 382, § 2º, do CPC); (ii) não há prevenção (art. 381, § 3º, do CPC); e (iii) não há formação de coisa julgada. A dois, processar esse tipo de demanda perante o Poder Judiciário representaria economia processual, tanto pela possibilidade de evitar uma futura demanda, quanto pelos custos e tempo necessários para se iniciar um procedimento arbitral.

A divergência jurisprudencial é refletida na doutrina, de forma menos polarizada. Parte dos doutrinadores defendem que a definição da competência para processamento da produção antecipada de provas dependa da redação da cláusula compromissória.[10]

Por sua vez, outros defendem que não haveria prestação jurisdicional na demanda de produção antecipada de provas, autorizando seu processamento pelo Poder Judiciário.[11]

Há, ainda, aqueles que admitem a competência do Poder Judiciário em hipóteses específicas,[12] como: para definição dos exatos contornos da pretensão, inclusive para saber se ela está efetivamente abrangida pela convenção arbitral; ou nos casos em que a prova a ser produzida for singela e o procedimento de curta duração, fazendo com que não se justifiquem os custos para a propositura de demanda arbitral.

Diante de tais divergências, é possível concluir que as partes devem direcionar atenção a essa questão quando da elaboração da convenção de arbitragem, incluindo a previsão expressa de sua escolha quanto a competência para o processamento de produção antecipada de provas (com ou sem o requisito da urgência), ou fazendo referência a regramentos (leis ou regulamentos) que contenham determinações nesse sentido.

4. CONCLUSÃO

Diante dos tópicos desenvolvidos neste trabalho, duas são as principais conclusões.

A ação de produção antecipada de provas, prevista no CPC/2015, mostra-se uma efetiva ferramenta de resolução de conflitos, na medida em que permite, simultaneamente, às partes interessadas a apuração de fatos, a análise de riscos, e, com isso, a adoção da melhor medida para solução da lide.

No âmbito de disputas a serem resolvidas por arbitragem, há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à competência para apreciação de pedidos de produção antecipada de provas que não possuam os requisitos da urgência ou natureza cautelar previstos pelo art. 22-A da Lei de Arbitragem. Diante disso, recomenda-se que as partes direcionem atenção a essa questão quando da elaboração da convenção de arbitragem.

---

8 Apelação 1125900-40.2018.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, j. 21/08/2019; Apelação 1004160-81.2019.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, j. 11/12/2019; Apelação 1016776-28.2018.8..26.0002, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, j. 06/10/2020; 1045314-43.2018.8.26.0576, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, j. 12/09/2019; Agravo de Instrumento nº 2119783-88.2019.8.26.0000, 26ª Câmara de Direito Privado do TJSP, j. 29/08/2019.

9 Ao menos em duas oportunidades o desembargador proferiu votos divergentes, fundamentando seu posicionamento: Apelação 1125900-40.2018.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, j. 21/08/2019, e Apelação 1004160-81.2019.8.26.0100, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, j. 11/12/2019.

10 "A resposta a esse questionamento dependerá do conteúdo e da redação da convenção arbitral, bem como do contexto em que tenha sido celebrada." ALVIM, Arruda. Produção antecipada de prova e juízo arbitral. *Revista dos tribunais*, 2019, p. 23-40. Nesse sentido: MEIRELES, Carolina Costa. Produção antecipada de prova e arbitragem: uma análise sobre competência. *Revista de Processo*, 2020, p. 451-478; DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 381.

11 ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de prova em arbitragem e jurisdição. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 59, 2018, p. 195-211.

12 TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, 2016, p. 75-101.

5. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda; GUDES, Clarissa Diniz. Produção antecipada de prova e juízo arbitral. *Revista dos tribunais*, 2019, p. 23-40.

BONIZZI, Marcelo José Guimarães. *Fundamentos da prova civil: teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DALLA BERNARDINA DE PINHO, Humberto; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de mediação e arbitragem.* São Paulo: Saraiva, 2019.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MEIRELES, Carolina Costa. Produção antecipada de prova e arbitragem: uma análise sobre competência. *Revista de Processo*, 2020, p. 451-478.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no código de processo civil de 2015. *Revista de Processo*, 2016, p. 75-101.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de prova em arbitragem e jurisdição. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 59, 2018, p. 195-211.

AUTORES

ANDRÉ BARABINO
DEBORAH CRISTINA DOS SANTOS NERY

MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS – A POLÊMICA DO ARTIGO 139, IV, DO CPC/2015: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Premissas basilares que respaldam o sentido e o alcance do poder geral de efetivação do magistrado positivado no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015. 3. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015. 4. Esclarecimentos e contribuições a respeito dos requisitos para aplicação do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015 fixados pelo Superior Tribunal de Justiça. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015 traz consigo grande potencial para alçar efetividade à atividade executiva; contudo, a ausência de critérios e de limites para sua aplicação tem o condão de gerar uma série de prejuízos a todos os que se encontrem em sua esfera de incidência.

Exequentes o invocam inapropriadamente, juízes o aplicam (seja para deferir ou indeferir medidas executivas atípicas) sem a devida e adequada fundamentação e executados ora se beneficiam desse cenário de incerteza (porque são poupados de sofrer atos executivos necessários), ora se prejudicam (porque acabam sofrendo atos executivos excessivamente onerosos).

Assim, busca-se por meio deste estudo analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a fim de extrair, tanto quanto possível, requisitos e limites do poder geral de efetivação, para que o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015 seja lido pelo intérprete e utilizado pelo aplicador do ordenamento jurídico de modo a alcançar a tão esperada e necessária efetividade à tutela executiva, em estrita observância à Constituição Federal de 1988 e ao sistema processual pátrio.

2. PREMISSAS BASILARES QUE RESPALDAM O SENTIDO E O ALCANCE DO PODER GERAL DE EFETIVAÇÃO DO MAGISTRADO POSITIVADO NO ARTIGO 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

Segundo a doutrina, a jurisdição pode ser desempenhada de três formas distintas: para conhecimento ou declaração do direito, para efetivação ou execução do direito reconhecido e para segurança ou acautelamento do direito em risco de perecimento.[1]

No que importa ao presente artigo, na atividade executiva atua o Estado como um substituto, promovendo uma atividade que competia ao devedor exercer espontaneamente, qual seja, satisfazer a prestação a que tem direito o credor.[2]

A atividade executiva, prevalentemente prática e material, opera no mundo dos fatos e visa a produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo.

O ordenamento jurídico processual normatizou duas técnicas executivas para a realização do direito declarado em título judicial ou extrajudicial: a execução direta, que se dá por meio da sub-rogação e independe da vontade do devedor porque o Estado o

1 DIDIER JUNIOR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 118, p. 9-28, nov./dez. 2004. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&docguid=Ib70786f-0f25511d fab6f010000000000. Acesso em: 10 mar. 2021.

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual*. v. III, 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 211.

substitui na prática de atos constritivos e expropriatórios, e a execução indireta, que se dá pela utilização de medidas indutivas, coercitivas e mandamentais.

Até o advento do Código de Defesa do Consumidor e da onda reformista do Código de Processo Civil/1973 iniciada na década de 1990, o sistema processual executivo brasileiro possibilitava ao julgador proceder à execução apenas com base nos meios executivos previstos em lei.

Diante da evolução social, o princípio da tipicidade dos meios executivos perdeu seu lugar em detrimento do que Luiz Guilherme Marinoni[3] chamou de princípio da concentração dos poderes de execução do juiz ou princípio da atipicidade.

O Código de Processo Civil/2015, por meio do artigo 139, IV, estruturou um sistema misto de medidas típicas e atípicas, variando conforme a natureza da prestação executada e as especificidades do caso concreto, que garante a atipicidade dos meios executivos na efetivação das obrigações em geral.

O princípio da atipicidade decorre de três normas: o artigo 139, IV; o artigo 297; e o artigo 536, § 1º, do Código de Processo Civil/2015, que constituem as chamadas cláusulas gerais executivas.

Ao tratar sobre as tutelas provisórias no artigo 297 do Código de Processo Civil/2015, o legislador permite ao magistrado que determine quaisquer medidas que considerar adequadas para a efetivação (execução) da tutela.

Já os artigos 139, IV, e 536, § 1º, do Código de Processo Civil/2015 são cláusulas gerais executivas, que autorizam o uso de meios de execução direta ou indireta.

Conforme elucida Fredie Didier Junior,[4] o comando do § 1º do artigo 536 se aplica: a) inicialmente, à execução de fazer e de não fazer fundada em decisão judicial (provisória ou definitiva); b) por força do § 3º do artigo 538, também se aplica ao cumprimento de sentença para entrega de coisa; c) por força do artigo 771, parágrafo único, se aplica à execução para efetivar prestação de fazer, não fazer e entregar coisa distinta de dinheiro fundada em título extrajudicial.

O artigo 139, IV, do Código de Processo Civil, por sua vez, aplica-se a qualquer atividade executiva: a) seja fundada em título executivo judicial (provisória ou definitiva), seja fundada em título executivo extrajudicial; b) seja para efetivar prestação pecuniária ou efetivar prestação de fazer, não fazer ou dar coisa distinta de dinheiro.

Verifica-se que o artigo 139, IV, é mais amplo do que o § 1º do artigo 536: estende-se, por disposição expressa, à execução de pagar quantia. Como se vê, então, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015 é uma cláusula geral, que, segundo Fredie Didier Junior *et al*., encampa "espécie de poder geral de efetivação, que permite ao julgador valer-se dos meios executivos que considerar mais adequados ao caso concreto, sejam eles de coerção direta, sejam de coerção indireta".

Nesse sentido, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015 normatiza o poder geral de efetivação do magistrado, atribuindo-lhe poderes para utilizar medidas executivas atípicas sub-rogatórias, indutivas, coercitivas e mandamentais para todas as espécies de obrigações.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA A RESPEITO DO ARTIGO 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

A análise jurisprudencial é de suma relevância para a delimitação de requisitos e critérios de aplicação do art. 139, IV, do Código de Processo Civil/2015, seja porque atualmente o sistema processual civil alça a jurisprudência a um *status* diferenciado, de maior protagonismo, buscando mantê-la uniforme, íntegra, coerente e estável, seja porque a aplicação de medidas executivas atípicas, atos jurídicos que têm o condão de transformar ou preparar a transformação da realidade fenomênica mediante a incursão na esfera jurídica do executado, transcende o plano da abstração teórica e se debruça no plano da aplicação do direito, campo profícuo da jurisprudência.

Para esse desiderato, foram analisados 12 julgados do Superior Tribunal de Justiça (os mais relevantes sobre o tema), quais sejam: *Habeas Corpus* nº

3 MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de Processo*, v. 127, p. 54-74, set. 2005.

4 DIDIER JUNIOR, Fredie *et al*. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, inciso IV, 297 e 536, § 1º, do CPC. Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil, v. 5, *Revista de Processo*, v. 267/2017, p. 227-272, maio 2001.

411.519/SP; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.233.016/SP; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 97.876/SP; *Habeas Corpus* nº 422.699/SP; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 99.606/SP; Recurso Especial nº 1.782.418/RJ; Recurso Especial nº 1.788.950/MT; Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.785.726/DF; *Habeas Corpus* nº 525.378/RJ; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.495.012/SP; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.837.309/SP; Agravo Interno no REsp nº 1.837.680/SP.

A análise do repertório jurisprudencial remonta o delineamento de um modelo jurídico sólido de avaliação das medidas executivas atípicas de maneira a trazer maior segurança à comunidade jurídica como um todo.

Avaliando criticamente os julgados, percebe-se nitidamente o esforço da corte superior no sentido de firmar as balizas de manejo das coerções atípicas, visto que em jogo encontram-se, no mais das vezes, direitos e garantias fundamentais dos devedores.

Feito o esclarecimento inicial, a corte superior adotou, em bases gerais, cinco requisitos como critérios de adoção de medidas executivas coercitivas atípicas:

• a adequação da medida, aferida em meio ao binômio (i) necessidade prática, no sentido de o implemento de determinada medida atípica poder revelar-se proveitoso ao fim da execução; e (ii) efetividade material, no que respeita à demonstração da existência mínima de indícios que revelem patrimônio hábil do devedor apto a cumprir a obrigação (HC 525.378/RJ);

• esgotamento de todas as medidas típicas do sistema misto de execução (princípio da subsidiariedade – REsp 1.782.418/RJ);

• fundamentação suficiente e adequada da decisão que impuser medidas coercitivas atípicas a devedores, sempre considerando e fundamentando a decisão nas especificidades do caso concreto (RHC 99.606/SP);

• existência de contraditório substancial (que, da leitura mais comum, implica em chance prévia de manifestação pelo devedor), conforme prenunciam os julgados RHC 99.606/SP e REsp 1.782.418/RJ, observando-se que, quando alegar o executado desproporcionalidade ou falta de razoabilidade na aplicação da medida, estará se defendendo pelo princípio da menor onerosidade, o que atrai para si, imediatamente, o ônus de propor medida menos gravosa, sob pena de serem mantidos os atos constritivos (RHC 99.606/SP);

• proporcionalidade e razoabilidade da medida imposta em relação ao contexto que se verifica dos autos e a conduta do devedor (conforme REsp 1.788.950/MT; 2018/0343835-5; RHC 97.876/SP; RHC 99.606/SP; REsp 1.782.418/RJ e HC 525.378/RJ), visando evitar imposições meramente punitivas ao devedor.

Ao contrário do que eventual leitura apressada possa sugerir, o delineamento da metodologia de aplicação do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015, conforme descrito acima, não surgiu pronto desde a primeira manifestação jurisprudencial. Na realidade, na medida em que o tema vinha sendo revisitado pela corte superior, novas análises trouxeram contribuições à percepção jurídica a respeito do assunto, as quais, ao final, foram incorporadas e resultaram no panorama exposto.

4. ESCLARECIMENTOS E CONTRIBUIÇÕES A RESPEITO DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO ARTIGO 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 FIXADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A execução, legitimada sob a acepção constitucional do processo, visa dar eficácia ao direito fundamental da tutela executiva plena ao credor, satisfazendo seu direito de forma integral e, ao mesmo tempo, resguardando garantias do devedor das quais decorrem certos limites.

A aplicação de medidas atípicas deverá observar o postulado da razoabilidade em suas três concepções. A medida deve se harmonizar às especificidades do caso concreto (critério da equidade); deve respeitar o espírito da lei (critério da congruência); e deve ser equivalente aos critérios que a dimensionam (critério da equivalência).

A medida executiva atípica deverá também respeitar o princípio da proporcionalidade em suas três facetas. A medida deve ser adequada a que se atinja

o resultado buscado, ou seja, deverá ser apta a viabilizar, ainda que parcialmente, a satisfação da obrigação (critério da adequação); deve causar a menor restrição possível ao direito fundamental contraposto (critério da necessidade), buscando a solução que melhor atenda aos interesses em conflito, ponderando-se as vantagens e as desvantagens por ela produzidas (critério da proporcionalidade em sentido estrito).

O critério da adequação é inspirado pelo princípio da eficiência, pelo princípio da utilidade e pela vedação ao caráter sancionatório. A utilidade da medida executiva atípica está intrinsecamente ligada à adequação ou à pertinência desta para a consecução do direito do exequente; portanto, deve ser uma medida pensada conforme as especificidades do caso concreto, que tenha o condão de resultar em benefício prático efetivo para a obtenção parcial ou total da satisfação da execução. Nos casos em que a medida executiva atípica jamais conduzir o exequente à consecução do seu direito, é certo que não poderá ser aplicada, primeiro porque restará inútil ao fim pretendido, segundo porque nessa hipótese terá caráter meramente sancionatório/punitivo, o que é vedado. Nesse caso específico, há de se destacar também que o interesse no estabelecimento desse tal limite não é apenas do devedor, mas também do Estado, ante o risco de dispêndio de tempo e de recursos com medidas descabidas e inefetivas já de nascença.

O critério necessidade é inspirado pelo princípio da menor onerosidade e pelo postulado da razoabilidade. O princípio da menor onerosidade, que pugna pela impossibilidade de a medida executiva atípica ir além do necessário para alcançar o propósito almejado, exige o exame do meio escolhido, sob o prisma do fim pretendido, para se verificar se é realmente o menos gravoso possível. Contudo, para que o devedor possa se valer do princípio da menor onerosidade, é relevante, em atenção e respeito à legitimidade constritiva do credor, que, ao exercer o tal contraditório diferido, indique outro meio executivo igualmente eficaz e de menor potencial danoso, sob pena de, se não o fizer, ter contra si validado o ato executivo, com fundamento no artigo 805, parágrafo único, do Código de Processo Civil/2015.

O critério proporcionalidade em sentido estrito é inspirado nos postulados da razoabilidade e no princípio da proibição de excesso, lembrando-se de que há limites a serem observados na atividade de restrição de direitos fundamentais, porque apesar de passíveis de restrição ou de mitigação, essa atividade tem por si um limite, na medida em que não pode levar ao esvaziamento ou à supressão do direito fundamental.

Ao aplicar as medidas executivas atípicas, há um dever acentuado de motivação das decisões. O magistrado deverá observar o artigo 489, § 1º, I e II, e § 2º, do Código de Processo Civil/2015, explicando o motivo concreto da incidência dos conceitos jurídicos indeterminados que compõem os critérios acima fixados, explicando sua relação com a causa ou a questão decidida, além de justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuados no caso de colisão entre normas, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Entende-se que, ao contrário do quanto afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, o contraditório, no âmbito da aplicação de medidas executivas atípicas, é diferido. O artigo 9º do Código de Processo Civil/2015 não se aplica à concessão de medidas executivas atípicas. A correta interpretação do momento do contraditório deve ser aquela insculpida no artigo 523, § 11, aplicável também ao processo de execução com fundamento nos artigos 513 e 771, parágrafo único, do diploma processual. Ou seja, tem-se primeiro o ato executivo, com a sua devida e esperada efetivação, para, em momento seguinte, a eventual insurgência do executado.

Havendo um procedimento típico para a satisfação da obrigação, este deve ser aplicado em primeiro lugar. Se não houver procedimento típico, as medidas executivas atípicas poderão ser empregadas desde logo. Nos termos do artigo 536, § 1º, do Código de Processo Civil/2015, as obrigações de fazer ou não fazer são ontologicamente realizadas por meios atípicos, portanto, o credor poderá valer-se da atipicidade executiva desde logo, respeitados os critérios listados acima. No que toca à obrigação de entregar coisa, diversamente, colhe-se do artigo 538 do Código de Processo Civil/2015 a existência de medida sub-rogatória tipificada que deverá ser aplicada em primeiro lugar, antes de se cogitar a respeito da aplicação de medidas atípicas. A subsidiariedade da atipicidade executiva ínsita às obrigações

de entregar coisa se verifica também na obrigação de pagar quantia. Os artigos 513/535 e os artigos 824/909 do Código de Processo Civil/2015 trazem, respectivamente, para o cumprimento de sentença e para o processo de execução (disposições que conversam entre si e se complementam com fundamento nos artigos 513 e 771, parágrafo único, do Código de Processo Civil/2015), extenso regulamento.

Conclui-se, portanto, pelos seguintes critérios do poder geral de efetivação positivado no artigo 139, IV, do Código de Processo Civil/2015: (i) a medida executiva atípica deve obedecer ao postulado da razoabilidade em suas três facetas: equidade, congruência e equivalência; (ii) a medida executiva atípica deve obedecer ao postulado da proporcionalidade em suas três facetas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; (iii) é vedada a aplicação de medida executiva atípica de caráter sancionatório/punitivo; (iv) para que o devedor possa se valer do princípio da menor onerosidade, é preciso que se mova e que tome a iniciativa de indicar outro meio executivo igualmente eficaz, sob pena de, se não o fizer, ter contra si validado o ato executivo; (v) a medida executiva atípica não pode levar ao esvaziamento ou à supressão total do direito fundamental contraposto; (vi) na aplicação da medida executiva atípica, existe um dever acentuado do magistrado na motivação da decisão; (vii) o contraditório, na aplicação de medidas executivas atípicas, é diferido; (viii) a atipicidade executiva nas obrigações de pagar e entregar coisa é subsidiária, critério inexistente para as obrigações de fazer ou não fazer.

5. REFERÊNCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie. Esboço de uma teoria da execução civil. *Revista de Processo,* São Paulo, v. 118, p. 9-28, nov./dez 2004. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&docguid=Ib70786f0f25511dfab6f010000000000. Acesso em: 10 mar. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie *et al*. Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, inciso IV, 297 e 536, § 1º, do CPC. Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil, v. 5, *Revista de Processo*, v. 267/2017, p. 227-272, maio 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de Processo*, v. 127, p. 54-74, set. 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual.* v. III. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AUTORES

CELSO DE FARIA MONTEIRO
JOÃO MIGUEL GAVA FILHO

DECISÃO PARCIAL DE MÉRITO – ARTIGO 356 DO CPC: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Decisão parcial de mérito e principais discussões. 2.1 Recurso cabível, seus efeitos e possibilidade de sustentação oral. 2.2 Remessa necessária. 2.3 Agravo de instrumento adesivo. 2.4 Honorários advocatícios sucumbenciais. 2.5 Coisa julgada (progressiva) e prazo da ação rescisória. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A possibilidade de o juiz proferir decisão parcial de mérito, disposta no art. 356 do CPC, trouxe uma série de dúvidas processuais quando da vigência do Código, sendo o objetivo do presente estudo analisar como os tribunais têm se posicionado sobre esses temas ao longo dos últimos cinco anos.

2. DECISÃO PARCIAL DE MÉRITO E PRINCIPAIS DISCUSSÕES

O art. 356 do CPC, criado com o objetivo de garantir a efetividade jurisdicional, impôs ao juiz o fracionamento da decisão de mérito, antecipando parte do pronunciamento judicial quando um dos pedidos já estiver apto a julgamento antes da instrução do processo, seja porque é incontroverso, seja porque sua solução independe da produção de provas. Ainda que o revogado CPC de 1973 tivesse um dispositivo que permitisse uma decisão antecipada do julgador em casos de pedidos incontroversos (§ 6º do art. 273), essa decisão tinha um cunho *provisório,* podendo ser alterada ou revogada ao longo da tramitação do processo. Diferentemente do diploma processual anterior, o CPC de 2015 dispôs expressamente (art. 356) acerca da possibilidade de tomada de *decisões definitivas* que resolvem parcela do mérito objeto do processo, surgindo, a partir daí, outras consequências processuais que não ficaram perfeitamente esclarecidas no Código e que precisaram ser resolvidas pelos tribunais.

2.1 RECURSO CABÍVEL, SEUS EFEITOS E POSSIBILIDADE DE SUSTENTAÇÃO ORAL

Malgrado o § 5º do art. 356 tenha instituído expressamente o cabimento do recurso de agravo de instrumento (art. 1.015 do CPC) em face da decisão parcial de mérito, não deixando margem a interpretação diversa, surpreendentemente muitas das decisões encontradas nos tribunais a respeito do tema versam sobre o recurso cabível, a demonstrar certa dificuldade na compreensão do novo dispositivo por parte dos advogados. A esse respeito, também é ponto pacífico nas cortes de justiça a existência de erro grosseiro na interposição de recurso de apelação, não sendo admitida a fungibilidade recursal.[1]

De outro lado, estudiosos passaram a discutir o efeito em que o agravo de instrumento deveria ser recebido, na medida em que a natureza da decisão parcial de mérito se equipara à da sentença final de mérito, sobre a qual incide o art. 1.012 do CPC, que define o efeito suspensivo como regra geral na apelação. A esse respeito, o Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) chegou a lançar enunciado segundo o qual "o efeito suspensivo automático do recurso de apelação, aplica-se ao agravo de instrumento interposto contra a decisão parcial do mérito prevista no art. 356". A preocupação deveu-se

1 Exemplos: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 0053898-55.2019.8.26.0100. Relator Luiz Antônio de Godoy, Primeira Câmara de Direito Privado, julgado em 23 de fevereiro de 2021; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação nº 07041171020178070007. Relator Sebastião Coelho, Quinta Turma Cível, julgado em 15 de maio de 2019; e BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação nº 70070010988. Relatora Marta Borges Ortiz, Décima Sétima Câmara Cível, julgado em 24 de novembro de 2016.

especialmente ao fato de que o parágrafo § 2º do art. 356 do CPC prevê que "a parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto", o que poderia conferir à decisão parcial de mérito uma eficácia ainda maior do que a decisão final de mérito. O tema ainda é timidamente discutido nos tribunais e não há uma uniformidade nas decisões, havendo decisões no sentido de que é "indevida a integração legal por meio de analogia" para aplicar ao agravo de instrumento norma que rege a apelação,[2] enquanto outras defendem a atribuição automática de efeito suspensivo ao recurso, argumentando que a lacuna legal deve ser "suprida mediante interpretação lógica e sistemática do estatuto processual".[3]

Outro ponto de debate está na possibilidade de realização de sustentação oral quando do julgamento do recurso, nada obstante o art. 937 do CPC tenha previsto que apenas nos agravos de instrumento contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou de evidência o referido ato solene possa ser realizado. Nesse aspecto, a maioria dos tribunais flexibilizou a regra do art. 937 do CPC para permitir a realização de sustentação oral em casos de agravos de instrumento contra decisões parciais de mérito, para privilegiar a isonomia em relação ao recurso de apelação.[4] Muitos deles, inclusive, alteraram seus Regimentos Internos para prever explicitamente essa possibilidade, evitando polêmica por ocasião dos julgamentos.[5]

2.2 REMESSA NECESSÁRIA

A decisão parcial de mérito gerou polêmica também em relação à necessidade de remessa necessária. Nesse ponto, o art. 496[6] do CPC se referiu tão somente à sentença, nada mencionando a respeito da decisão parcial de mérito. Entretanto, na medida em que ambas possuem o mesmo conteúdo decisório, passou-se a discutir se a decisão parcial de mérito contra a Fazenda também se sujeitaria à remessa necessária. Embora a jurisprudência encontrada não seja farta, observa-se que a remessa necessária tem sido admitida também na hipótese do art. 356 do CPC.[7]

2.3 AGRAVO DE INSTRUMENTO ADESIVO

Quando da vigência do CPC de 2015, passou-se a questionar a possibilidade de interposição de agravo de instrumento adesivo em face da decisão parcial de mérito. Embora o art. 997, § 2º, inc. II, do CPC seja explícito no sentido de que o recurso adesivo é cabível apenas nas hipóteses de apelação, recurso extraordinário e recurso especial, alguns críticos passaram a defender o uso do agravo de instrumento adesivo de maneira a também equiparar o recurso à apelação. Apesar de existirem algumas decisões esparsas admitindo o uso de agravo de instrumento adesivo,[8] a jurisprudência majoritária constituiu-se no sentido contrário, negando conhecimento aos recursos assim interpostos.[9]

2.4 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS

Ao contrário da legislação o anterior, o CPC de 2015 não deixou dúvidas sobre o conceito de sentença, referindo, no § 1º do seu art. 203, ser esta o ato que extingue a fase cognitiva do procedimento

2 BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 10000181199316002. Relator José Marcos Vieira, Décima Sexta Câmara Cível, julgado em 28 de março de 2019.

3 BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 4015395-57.2019.8.24.0000. Relator Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, julgado 09 de agosto de 2019.

4 Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 5020337-81.2020.8.24.0000. Relator Luiz Cézar Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, julgado em 1º de dezembro de 2020; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 00156611920208190000. Relator Heleno Ribeiro Pereira Nunes, Quinta Câmara Cível, julgado em 13 de agosto de 2020; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento nº 07209543020188070000. Relator Arnoldo Camanho, Quarta Turma Cível, julgado em 18 de dezembro de 2019; BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. Agravo de Instrumento nº 8024439-60.2019.8.05.0000. Relator Mauricio Kertzman Szporer, Segunda Câmara Cível, julgado em 19 de maio de 2020; e BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Embargos de Declaração nº 1574805301. Relatora Lenice Bodstein, Décima Primeira Câmara Cível, julgado em 06 de dezembro de 2017.

5 Por exemplo: TJPR, TJSC, TJGO, TJBA.

6 Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

7 BRASIL. Tribunal de Justiça do Espírito Santo. Remessa Necessária nº 011190050937. Relator Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, Segunda Câmara Cível, julgado em 10 de setembro de 2019; e BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Remessa Necessária nº 0005377-30.2019.8.16.0174. Relator Renato Braga Bettega, Quinta Câmara Cível, julgado em 22 de junho de 2020.

8 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento nº 07005756820188070000. Relator Hector Valverde, Primeira Turma Cível, julgado em 05 de setembro de 2018.

9 BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento nº 07005549220188070000. Relator Getúlio de Moraes Oliveira, Sétima Turma Cível, julgado em 26 de setembro de 2018; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2041926-97.2018.8.26.0000. Relator Alexandre Marcondes, Terceira Câmara de Direito Privado, julgado em 30 de outubro de 2018; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2161755-43.2016.8.26.0000. Relator Miguel Brandi, Sétima Câmara de Direito Privado, julgado em 07 de junho de 2017; e BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70071407621. Relatora Elisa Carpim Corrêa, Sexta Câmara Cível, julgado em 15 de dezembro de 2016.

comum[10] (na qual o magistrado *conhece* o direito) ou a execução (na qual o magistrado realiza o direito). Na perspectiva desse regramento, portanto, em razão de a *decisão parcial de mérito* não pôr fim ao procedimento processual, passou a ser classificada como *decisão interlocutória*. Porém, à razão de a decisão parcial de mérito finalizar parcela do litígio judicial de modo definitivo, os tribunais, em sua maioria,[11] vêm entendendo que, apesar de não se tratar de sentença, a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais é cabível à luz do art. 85 do CPC. Porém, ainda não há uma consolidação de entendimento jurisprudencial a respeito da matéria, havendo, ainda, decisões em sentido contrário.[12]

2.5 COISA JULGADA (PROGRESSIVA) E PRAZO DA AÇÃO RESCISÓRIA

A coisa julgada, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da CRFB, representa a indiscutibilidade da *nova situação jurídica* decorrente de uma decisão judicial. Em essência, depois de *preclusa*[13] uma decisão que veicula um julgamento definitivo, ascende a coisa julgada, sendo que, em princípio, a *nova situação jurídica* declarada pelo julgador se torna imutável. E, uma vez definido o conceito de coisa julgada, é de se questionar se ela pode ser formada em etapas, ou seja, se decisões que veiculam julgamentos definitivos acerca de parcela dos pedidos do autor da demanda judicial podem ser consideradas imutáveis depois de sua preclusão; a refletir o fenômeno da *coisa julgada progressiva*.[14] A resposta, à luz do entendimento jurisprudencial formado pelo STF há anos (na égide, inclusive, do CPC/1973) é positiva: "[...] considerado processo revelador de pedidos cumulados, mas materialmente divisíveis, em que as decisões concernentes a cada qual tornaram-se definitivas em momentos distintos".[15]

O CPC, a refletir inovação legislativa, com referência à preclusão da *decisão parcial de mérito* no seu § 3º do art. 356,[16] não deixa dúvidas acerca da chancela do mencionado entendimento jurisprudencial; ou seja, poderá o jurisdicionado, que obteve um pronunciamento judicial parcial de mérito em seu favor, *executar* o seu já reconhecido direito, sem – especialmente – correr os riscos inerentes da *execução provisória*,[17] própria das decisões que ainda não se tornaram imutáveis.

De outro lado, foram instituídos mecanismos no CPC para possibilitar, em casos excepcionais, a rediscussão de decisões acobertadas pela coisa julgada; dentre os principais se destaca a *ação rescisória* disposta nos seus arts. 966 e seguintes. O prazo para propositura da referida demanda é o de dois anos "*contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo*" (art. 975), considerando que o *trânsito em julgado* corresponde ao esgotamento e exaurimento da via recursal que representa uma das situações jurídicas que determina a coisa julgada. Porém, nem a doutrina,[18] nem jurisprudência dos tribunais superiores conseguiram, até o momento, chegar a um consenso acerca de quando começa e de quando se encerra o referido prazo para propositura de ação rescisória que envolva *coisa julgada progressiva*.

---

10 Está-se a tratar do "procedimento comum", aquele instituído a partir do art. 318 do CPC.

11 BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70083393801. Relator Heleno Tregnago Saraiva, Décima Oitava Câmara Cível, julgado em 30 de abril de 2021; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento nº 07028713420168070000. Relator Romulo de Araujo Mendes, Quarta Turma Cível, julgado em 11 de maio de 2017; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Embargos de Declaração nº 07047723220198070000. Relator Romulo de Araujo Mendes, Primeira Turma Cível, julgado em 04 de dezembro de 2019; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Embargos de Declaração nº 07142639720188070000. Relator Romulo de Araujo Mendes, Primeira Turma Cível, julgado em 24 de abril de 2019; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2174456-94.2020.8.26.0000. Relator Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior, Trigésima Câmara de Direito Privado, julgado em 29 de janeiro de 2021; BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2213314-97.2020.8.26.0000. Relator Thiago de Siqueira, Décima Quarta de Direito Privado, julgado em 13 de outubro de 2020; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0056933-90.2020.8.19.0000. Relator Elton Martinez Carvalho Leme, Décima Sétima Câmara Cível, julgado em 09 de fevereiro de 2021; e BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 0394788-03.2015.8.19.0001. Relator Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco. Nona Câmara Cível, julgado em 04 de julho de 2017.

12 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2004852-38.2020.8.26.0000. Relator José Joaquim dos Santos, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em 17 agosto de 2020; e BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Agravo de Instrumento nº 07370349820208070000. Relator Eustáquio de Castro, Oitava Turma Cível, julgado em 03 de dezembro de 2020.

13 A preclusão é um instituto processual que reflete a perda da possibilidade de reversão de um ato decisório do juiz. Ela é comumente classificada em lógica, consumativa, temporal e *pro judicato*.

14 Braga, Didier Jr. e Oliveira têm posicionamento contrário a essa terminologia: "Já se chamou esse fenômeno de coisa julgada progressiva. Não me parece adequada a designação, pois leva a uma indevida percepção de que uma mesma coisa julgada se forma progressivamente, quando na verdade, o que há é a formação de várias coisas julgadas em um mesmo processo, em momentos distintos e, muitas vezes, em juízos distintos" (BRAGA, Paula Sarno *et al. Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 598).

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 666.589/DF. Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 25 de março de 2014.

16 Outros dispositivos do CPC vigente também merecem destaque: a previsão de homologação de autocomposição parcial e do reconhecimento de prescrição ou decadência de um dos pedidos cumulados (art. 304, parágrafo único); a aceitação de ação rescisória que tenha por objeto apenas um capítulo da decisão (art. 966, § 3º); a admissão de recurso parcial (art. 1.002) e a impossibilidade de suscitar questões não relativas ao capítulo impugnado (art. 1.013, § 1º).

17 Ex.: art. 520 do CPC: "I. corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido".

18 Daniel Amorim Assumpção propõe que "[a] última decisão proferida no processo não seria exatamente a 'última decisão proferida no processo', mas sim a última decisão proferida a respeito [...] da decisão interlocutória de mérito proferida nos processos. Nessa interpretação o termo inicial seria o trânsito em julgado de tal [...] decisão" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 1.485).

Na coisa julgada progressiva, há basicamente duas hipóteses para início da contagem do aludido interstício temporal. São elas: (1) o prazo para a propositura de ação rescisória se inicia somente com o trânsito em julgado final do processo (última decisão); e (2) deve haver um prazo distinto para cada decisão autônoma; ou seja, cada decisão autônoma contará com o mesmo prazo de 2 (dois) anos, mas o início da contagem será distinto, pois se iniciará com o trânsito em julgado de cada decisão.

O STF (no mesmo sentido da Súmula nº 100 do TST) já se pronunciou no sentido de que a segunda hipótese deve ser admitida. Ainda que em âmbito penal e erigido a partir do estudo da progressividade da coisa julgada em capítulos de uma mesma decisão, o aludido entendimento foi veiculado no julgamento da Ação Penal nº 470/MG[19] ("Mensalão"), no ano de 2013. Posteriormente, fazendo referência ao julgamento supramencionado, o STF asseverou, em 2014, quando da prolação do Recurso Extraordinário nº 666.589/DF,[20] que suas conclusões têm ainda maior pertinência em se tratando de lide civil; reafirmando, em 2015, que "[o] prazo para formalização da rescisória, em homenagem à natureza fundamental da coisa julgada, só pode iniciar-se de modo independente, relativo a cada decisão autônoma, a partir da preclusão maior progressiva".[21]

Por outro lado, o STJ tem entendimento totalmente contrário, de acordo com o que pode ser facilmente deduzido a partir da leitura de sua Súmula de nº 401: "[o] prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial". O posicionamento tem sido criticado, sobretudo em virtude dos julgamentos do STF. Conforme assevera José Rogério Cruz e Tucci: "[c]onclui-se [...] pela superveniente insustentabilidade da Súmula 401/STJ, diante de sua flagrante inconstitucionalidade [...], reafirmando-se [...] a supremacia da segurança jurídica em prol da sociedade".[22] Não obstante, percebe-se certa incoerência do próprio STJ, visto que, em 2014, levantou-se a hipótese de alteração do seu entendimento, relativamente à Súmula nº 401, no julgamento do Recurso Especial nº 736.650/MT.[23]

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470/MG. Relator Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13 de novembro de 2013.
20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 666.589/DF. Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 25 de março de 2014.
21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AgR-AgR-AgR-ED-ED-EDv-AgR no AI nº 654.291/RO. Relator Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 18 de dezembro de 2015.
22 CRUZ E TUCCI, José Rogério. Uma luz no fim do túnel: a inconstitucionalidade da Súmula 401/STJ. *Conjur*, dez. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-09/luz-fim-tunel-inconstitucionalidade-sumula-401stj>. Acesso em: 24 fev. 2021. Não paginado.
23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 736.650/MT. Relator Antônio Carlos Ferreira, Corte Especial, julgado em 28 de agosto de 2014.

Nesse acórdão, malgrado tenha-se reafirmado a validade da referida súmula, admitiu-se a necessidade de reexame do tema caso o STF viesse a se posicionar de maneira contrária e caso viesse a ser confirmada a previsão da coisa julgada progressiva pelo CPC, que à época ainda estava em elaboração. Ambas as hipóteses se confirmaram, mas, ao menos até o presente momento, o STJ ainda não revogou a Súmula nº 401, que agora parece incompatível com o art. 356 do CPC. Mais do que isso, a referida súmula segue fundamentando as decisões do STJ, como se percebe, por exemplo, no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.217.600/SP, de maio de 2018.[24]

3. CONCLUSÃO

Da análise jurisprudencial dos temas relativos à decisão parcial de mérito, percebe-se, em primeiro lugar, que se trata de um dispositivo que vem sendo efetivamente utilizado pelos julgadores, o que reflete na quantidade de decisões envolvendo a matéria. Em segundo lugar, verifica-se que as inquietações surgidas quando da vigência do Código ainda não estão completamente pacificadas, havendo decisões destoantes em praticamente todos os temas examinados, que ainda não chegaram a ser examinados pelo STJ. Por fim, parece que a questão mais polêmica e que demandaria uma atenção especial diz respeito efetivamente ao prazo da ação rescisória, para que os entendimentos do STJ e do STF sejam uniformizados, garantindo-se, além de uma maior segurança jurídica, a efetividade na prestação jurisdicional pretendida pelo art. 356 do CPC.

24 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.217.600/SP. Relator Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22 de maio de 2018.

4. REFERÊNCIAS

BRAGA, Paula Sarno; DIDIER JÚNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Ação Rescisória Atípica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AUTORES

GABRIELA VITIELLO WINK
ALEXANDRE GRANDI MANDELLI

A POSITIVAÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO – INVERSA – DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os requisitos do Código Civil para a desconsideração da personalidade jurídica: alterações introduzidas pela Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019). 3. Do procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil: aspectos da desconsideração inversa. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É inegável que o surgimento do conceito de pessoa jurídica, ao longo dos séculos, possibilitou o desenvolvimento das atividades mercantis. Afinal, com a certeza de que os sócios não seriam pessoalmente responsabilizados por obrigações da pessoa jurídica, na hipótese de insucesso dos seus negócios, criou-se um ambiente propício ao empreendedorismo.

Mas também não se pode fechar os olhos para o fato de que a separação dos patrimônios da pessoa jurídica e dos seus integrantes possibilitou a prática de abusos, prejudicando credores daquela ou outros que com ela se relacionam.

Nesse contexto, surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por meio da qual os sócios e administradores, em casos de utilização indevida da pessoa jurídica, poderiam ser responsabilizados por obrigações desta.

No Brasil, a primeira positivação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica se deu com o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), aplicável às relações de consumo, tendo sido posteriormente contemplada no Código Civil (Lei nº 10.406/2002), para outras relações que não se enquadram naquelas primeiras.

Mais recentemente, o Código de Processo Civil de 2015 também passou a tratar do assunto. Especificamente, positivou a desconsideração inversa da personalidade jurídica, assunto principal destes breves comentários.[1]

2. OS REQUISITOS DO CÓDIGO CIVIL PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA (LEI Nº 13.874/2019)

O texto original do art. 50 do Código Civil estabelecia que, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizada pelo desvio de finalidade ou pelo desvio patrimonial, os sócios ou administradores da pessoa jurídica poderiam ter os seus bens particulares utilizados para a satisfação de obrigações desta última.

Recentemente, foi promulgada a Lei nº 13.874/2019, conhecida também como Lei da Liberdade Econômica,

1 Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

que alterou o artigo 50 do Código Civil[2] para melhor delimitar os dois requisitos que já constavam da redação original do dispositivo legal, mitigando, assim, o risco de uso abusivo e indiscriminado da desconsideração da personalidade como verificado em diversas situações até então.

Assim, explicitou-se que o desvio de finalidade é "a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza" (art. 50, § 1º). Por sua vez, a confusão patrimonial se verifica na "ausência de separação de fato entre os patrimônios [*da sociedade, sócios e administradores*], caracterizada por: I – cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II – transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III – outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial" (art. 50, § 2º).

Pela nova redação conferida ao art. 50 do Código Civil, o legislador ainda se preocupou em estabelecer que a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica da pessoa jurídica não caracteriza, por si só, desvio de finalidade (art. 50, § 5º). No entanto, não se pode descartar a possibilidade de, num dado caso concreto, tais eventos comprovarem um efetivo desvio de finalidade a justificar a desconsideração da personalidade jurídica.

Por fim, além dos conceitos delimitados, a Lei da Liberdade Econômica também consignou que a mera existência de grupo econômico, sem a verificação da ocorrência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, não é suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50, § 4º), devendo-se manter a autonomia e a separação patrimonial entre as sociedades dele integrantes, uma vez que não constatados os requisitos legais.

3. DO PROCEDIMENTO PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: ASPECTOS DA DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

Como destacado anteriormente, a redação original do art. 50 do Código Civil fazia referência apenas à possibilidade de os sócios e administradores serem pessoalmente responsabilizados por obrigações da sociedade por eles integrada ou administrada. É o que se convencionou chamar de desconsideração direta.

Apesar da falta de expressa previsão legal até o advento do atual Código de Processo Civil, a jurisprudência nacional já vinha admitindo a desconsideração inversa da personalidade jurídica, permitindo que a sociedade fosse responsabilizada por dívidas dos seus sócios ou administradores. Para tanto, argumentava-se que, se é possível se valer do patrimônio dos sócios e administradores para saldar dívidas da sociedade, em casos de abuso de personalidade, por que não se valer do patrimônio da sociedade para satisfazer obrigações pessoais dos sócios e administradores em situações similares?

Tem-se notícia de que uma das primeiras vezes, se não a primeira, em que se aplicou a desconsideração inversa da personalidade jurídica no Brasil foi no ano de 2008, no acórdão proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 1.198.103-0/0, relatado pelo desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. No caso, a Corte paulista desconsiderou a personalidade do sócio, pessoa natural, para atingir o patrimônio da sociedade da qual ele fazia parte, tendo-se, para tanto, constatado o preenchimento dos requisitos legais previstos do art. 50 do Código Civil.[3]

---

2 Art. 7º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações: "Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica.

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica."

3 Observa-se no voto: "Por fim, impõe-se, ainda, afastar a assertiva das sociedades no sentido de que a desconsideração inversa só pode ser aplicada se for demonstrada a transferência de bens do patrimônio particular do sócio controlador-devedor para a pessoa jurídica. Isto porque, frustradas as diligências realizadas com o escopo de bloquear ativos financeiros do sócio devedor, que apresenta suas contas zeradas, exsurge evidente que, na condição de 'dono' ou 'sócio de fato' ou 'controlador' das sociedades, retira da caixa das empresas, mediante expedientes lícitos ou ilícitos, formais ou informais, o necessário para a sua manutenção e de sua família (CAOA FAMILY). Nada impede que, como Diretor-Presidente das referidas sociedades, que, obviamente, dirige como senhor de baraço e cutelo, pode viajar com passagens adquiridas em nome das empresas, freqüentar restaurantes e hotéis, usando o cartão corporativo da companhia ou da sociedade limitada, utilizar veículos (automóveis, aviões, helicópteros) registrados em nome das empresas, enfim, 'pode tudo', não precisando, efetivamente, ter dinheiro de contado no bolso, nem um centavo em suas contas bancárias pessoais."

Contudo, se ainda havia alguma dúvida quanto à possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica, ela foi elucidada pelo atual Código de Processo Civil, que expressamente a ela se refere ao tratar do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 133, § 2º).

O Código de Processo Civil não trouxe os requisitos para a desconsideração inversa, mas apenas o procedimento a ser observado no incidente.

No entanto, considerando a própria evolução jurisprudencial do tema, os requisitos para a desconsideração inversa seriam os mesmos da desconsideração direta, como bem destacado por Humberto Theodoro Júnior: "segue os mesmos requisitos da direta, ou seja, pressupõe abuso de direito, consubstanciado pelo desvio de finalidade da pessoa jurídica ou pela confusão patrimonial. Deve-se ressaltar, todavia, que se trata de "medida excepcional" e que, por isso, "somente deve ser aplicada quando preenchidos os requisitos legais previstos no art. 50 do Código Civil brasileiro".[4]

Apesar disso, a já mencionada Lei da Liberdade Econômica também se referiu à desconsideração inversa da personalidade jurídica, positivando o que já se via na prática e era referendado pela doutrina: ela é possível quando constatado o abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial (art. 50, § 3º, do Código Civil).

Em termos procedimentais, os incidentes de desconsiderações direta e inversa não apresentam distinções.

Os incidentes serão cabíveis em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença ou na execução fundada em título extrajudicial. No entanto, serão dispensados quando o pedido de desconsideração for formulado na própria petição inicial.

Iniciado o incidente, dispõe o art. 135 do Código de Processo Civil que o sócio ou a pessoa jurídica será citada para se manifestar e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias.

Trata-se de inovação processual festejada e que traz segurança jurídica, ao estabelecer a necessidade de garantir a quem não foi parte originária no processo judicial a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa antes de qualquer decisão pela desconsideração da personalidade jurídica, seja direta ou inversa.

Atenta-se que o referido art. 135 não menciona a figura dos administradores das sociedades para fins de desconsideração da personalidade jurídica, o que poderia levar à conclusão precipitada de que eles não poderiam ser parte no incidente. Contudo, diante da clareza do art. 50 do Código Civil, que faz expressa menção à possibilidade de os administradores serem responsabilizados por obrigações da sociedade, tratar-se-ia de conclusão precipitada e equivocada.

Concluída a instrução, o incidente de desconsideração será resolvido por decisão interlocutória, impugnável por agravo de instrumento.

Por fim, debate que pode surgir se refere à condenação em honorários advocatícios ao se decidir o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, nota-se que a jurisprudência tem sinalizado pelo seu descabimento, ante a inexistência de previsão legal para tanto. Essa, inclusive, foi a conclusão do Superior Tribunal de Justiça em recurso em que se discutiu a questão.[5]

4. CONCLUSÃO

Como muitas inovações legislativas, o Código de Processo Civil, em alguns aspectos, apenas positivou o que os Tribunais brasileiros já vinham decidindo. É o caso da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

A positivação da desconsideração inversa da personalidade jurídica não importou em efetiva novidade prática. Contudo, isso não tira a importância

---

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Vol. 1*. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989750/. Acesso em: 08 mar. 2021.

5 "Recurso Especial. Agravo de Instrumento na Origem. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Condenação em Honorários Advocatícios. Descabimento. Art. 85, § 1º, do CPC/2015. Recurso Especial Provido.

1. Não é cabível a condenação em honorários advocatícios em incidente processual, ressalvados os casos excepcionais. Precedentes.

2. Tratando-se de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o descabimento da condenação nos ônus sucumbenciais decorre da ausência de previsão legal excepcional, sendo irrelevante se apurar quem deu causa ou foi sucumbente no julgamento final do incidente.

3. Recurso especial provido." (Recurso Especial nº 1.845.536-SC da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, rel. min. Nancy Andrighi, j. em 26/05/2020).

de estar devidamente regulada pelo atual diploma legal. Afinal, ao assim fazê-lo, o Código de Processo Civil traz clareza sobre as regras e confere previsibilidade e segurança jurídica, o que contribui para um ambiente social mais equilibrado e propício ao empreendedorismo.

5. REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 1 - Teoria geral do direito processual civil - parte geral do código de processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617784/. Acesso em: 08 mar. 2021.

SHIMURA, Sergio Seiji; ALVAREZ, Anselmo Prieto; SILVA, Nelson Finotti. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4841-2/. Acesso em: 08 mar. 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Vol. 1. - Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989750/. Acesso em: 08 mar. 2021.

AUTORES

RAFAEL MEDEIROS MIMICA
JULIANA DE OLIVEIRA SERRA HORTÊNCIO
JOÃO PEDRO OIDE BRANDÃO
ANDRÉ ELIAS BORGES GONÇALVES

AMICUS CURIAE E A APLICAÇÃO DO ARTIGO 138 DO CPC

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Requisitos para participação do Amicus Curiae: Aplicação do art. 138 do CPC. 3. Poderes recursais do *Amicus Curiae*. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A figura do *amicus curiae* surgiu no ordenamento jurídico brasileiro como um fator de legitimação social e democratização das decisões no Judiciário por meio da pluralização do diálogo processual.

Legislações esparsas anteriores ao advento do Código de Processo Civil de 2015 – Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015) já previam essa figura em hipóteses específicas,[1] mas foi apenas com ele que a abrangência geral do instituto foi positivada. Isso se deu mais precisamente em seu artigo 138 que, no capítulo da intervenção de terceiros, prevê a forma, os limites e a possibilidade de atuação do instituto como forma de garantir a aproximação do julgador à realidade e efetiva necessidade das partes.[2]

Exatamente por isso que também se mostra relevante o controle da dimensão dessa participação e os efetivos poderes recusais previstos para tal instituto. Nesse sentido, o presente artigo tem o condão de apresentar as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos requisitos para o ingresso do *amicus curiae* e a limitação dos seus poderes.

2. REQUISITOS PARA ADMISSÃO

Foi somente em 2015, com o art. 138[3], que o CPC passou a abranger, de maneira ampla, a possibilidade de participação e intervenção do *amicus curiae* no processo civil, prevendo requisitos objetivos e subjetivos.

São requisitos objetivos e alternativos[4] – dado que independentes entre si: (i) a relevância da matéria; (ii) a especificidade do tema objeto da demanda; ou (iii) a repercussão social da controvérsia.

No que toca ao requisito subjetivo, doutrina e jurisprudência têm interpretado que por "representatividade adequada" se deve entender algum vínculo relevante entre o *amicus curiae* e a questão litigiosa, que lhe permite contribuir efetivamente para a sua solução. Em geral, recomenda-se que o *amicus curiae* possua noções de autoridade, respeitabilidade e reconhecimento científico sobre a matéria a ser manifestada. O entendimento é de que apenas o

---

1 Lei nº 4.725/1965, art. 32 (Junta Comercial), atualmente revogada; Lei nº 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); Lei nº 10.259/2001, art. 14, § 7º (Juizados Especiais Federais); Lei nº 11.417/2006, art. 3º, § 2º (Súmula Vinculante); Lei nº 12.529/2011, art. 118 (CADE), Leis nº 9.868 (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e nº 9.882 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), ambas de 1999.

2 Nesse sentido, inclusive, a previsão contida na Exposição de Motivos do CPC: "*(...) previu-se a possibilidade da presença do amicus curiae, cuja manifestação com certeza* tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país*".* Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf. Acesso em 09 mar.2021.

3 "Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas."

4 "*Os requisitos estabelecidos pelo art. 138, caput, do CPC/2015 não são, como dissemos, cumulativos, mas sim alternativos, de modo que presentes quaisquer deles, será possível a intervenção do amicus curiae, que será provocada ou voluntária*". (ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*).

interesse individual,[5] moral, corporativo e/ou econômico na causa não pode justificar o seu ingresso, sendo indispensável a prova dessa representatividade nos termos delineados.

A participação do *amicus curiae* na formação dos precedentes, portanto, ultrapassa os interesses particulares dos litigantes. Como ele não é parte no processo e não está equiparado ao terceiro tradicionalmente considerado,[6] sua admissão é bastante criteriosa.

Os tribunais superiores não apenas têm ponderado pela relevância da causa e potencial contribuição que a intervenção processual poderá gerar, como também pelo atendimento do binômio necessidade-representatividade. Outro fator analisado por eles é a eficiência, não apenas sob o ponto de vista da legitimação das decisões como também da celeridade.

Nesse sentido, o C. Supremo Tribunal Federal (STF) tem recorrentemente afirmado que[7] "*o ingresso do amicus curiae, [...] pode eventualmente ser obstado em nome do bom funcionamento da jurisdição, conforme o crivo do relator, mercê não apenas de o destinatário da colaboração do amicus curiae ser a Corte, mas também das balizas impostas pelas normas processuais, dentre as quais a de conduzir o processo com eficiência e celeridade*".[8]

Daí a importância da correta utilização do instituto, sobretudo em razão do dever de o julgador dimensionar os poderes de tal figura e da restrição de seus poderes recursais, como se verá adiante.

3. PODERES RECURSAIS

Dada a sua natureza *sui generis* e sua relevância para o aporte de elementos que sejam importantes para a cognição do magistrado, garante-se ao *amicus curiae* a apresentação de razões e manifestações por escrito, memoriais, e até mesmo a realização de sustentação oral. Contudo, via de regra, ele não poderá apresentar recursos, justamente por não pertencer à relação processual triangular.

A exceção está na oposição de embargos de declaração (conforme artigo 138, §1º) e na interposição de recurso no caso de julgamento do mérito em incidente de demandas repetitivas (artigo 138, §3).

Adicionalmente, há forte debate no âmbito doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de apresentação de recurso contra a decisão que indefere a sua participação. Isso porque embora o artigo 138, *caput*, do CPC seja expresso quanto à irrecorribilidade da decisão que admite o *amicus curiae*, o dispositivo é omisso quanto à decisão de indeferimento.

Enquanto a doutrina majoritária[9] afirma ser necessário entender pela recorribilidade da decisão que não admite o *amicus curiae*, em razão do entendimento anterior ao CPC/2015 e da ausência de expressa previsão legal que vede tal hipótese,[10] os tribunais superiores têm atual entendimento diverso sobre o tema.

Segundo o C. STF[11] "*considerando que a decisão que recusa pedido de habilitação de amicus curiae não compromete qualquer direito subjetivo, nem acarreta qualquer espécie de prejuízo ou de sucumbência ao requerente, está plenamente justificada a jurisprudência do Tribunal que nega legitimidade recursal ao preterido*".[12]

O C. Superior Tribunal de Justiça (STJ) frisou, no julgamento da Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT[13], afetado sob o rito dos recursos

---

5 SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Amicus Curiae no Processo Civil Brasileiro: Um Terceiro Enigmático*. 2012. p. 121-122.

6 "[...] *amicus curiae não está equiparado à parte ou ao terceiro tradicionalmente considerado. Isto porque não tem interesse jurídico na causa, o que caracteriza a intervenção de terceiros clássica. A situação do amicus curiae é de interventor anódino (ad adiuvandum), sem interesse jurídico*". NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 577.

7 Nesse sentido, ainda, RE 817338 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, PUBLIC 25-06-2019; ADPF 449 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, DJe-116. PUBLIC 13-06-2018.

8 STF. RE 602584 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO. PUBLIC 20-03-2020.

9 Nesse sentido, por exemplo, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina e Arruda Alvim.

10 Entendendo pela aplicação do quanto previsto no inciso IX do art. 1015 do CPC.

11 ADI 3460 ED, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, PUBLIC 12-03-2015. No mesmo sentido: RE 602584 AgR, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, PUBLIC 20-03-2020; ADI 4711 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, PUBLIC 28-11-2019; RE 1101937 AgR-sétimo, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, PUBLIC 05-02-2021.

12 Exceção feita às ações de controle de constitucionalidade em que, à luz do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9868/1999 (Lei da ADI, ADC e ADO), o C. STF afirmou que "*Entendo essencial admitir, por todas essas razões, o controle recursal, pelo Plenário, da decisão do Relator que nega ao terceiro o ingresso como "amicus curiae", especialmente se se considerar que o objetivo precípuo da participação do colaborador da Corte consiste em pluralizar o debate constitucional e em conferir maior coeficiente de legitimidade democrática aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade".* (ADI 3396 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-248 DIVULG 13-10-2020 PUBLIC 14-10-2020).

13 STJ, Questão de Ordem no REsp 1.696.396/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 19/12/2018.

repetitivos que "*a leitura do art. 138 do CPC/2015 não deixa dúvida de que a decisão unipessoal que verse sobre a admissibilidade do amicus curiae* não é impugnável por agravo interno", tendo sido esse o entendimento aplicado às decisões que indeferem o ingresso de *amicus curiae*[14].

Apesar do entendimento até o momento dominante dos tribunais superiores sobre a irrecorribilidade das decisões de inadmissão do *amicus curiae*, a doutrina defende a possibilidade de se impetrar agravo interno[15] ou agravo de instrumento[16] – a depender da hipótese do caso concreto – se houver dano ao debate.[17]

Como o CPC/2015 traz a possibilidade de superação dos entendimentos, é possível tentar a reversão dessa posição com base nos argumentos defendidos pela doutrina, sobretudo no que toca à importância da ampliação do contraditório na formação dos precedentes, conforme racional dos artigos 489, § 1º, inciso VI, e 987, § 1º a § 3º. Há, inclusive, alguns agravos internos pendentes no STF a esse respeito, com fundamento no artigo 1.021 do CPC/2015 e na relevância da participação no julgamento para fins de contribuição para o debate jurídico.

4. CONCLUSÃO

Na previsão do CPC/2015, o *amicus curiae*, figura como instrumento "porta-voz" dos interesses da sociedade nos processos em que a decisão de mérito produz efeitos que ultrapassam os interesses subjetivos das partes.

Se por um lado a previsão do art. 138 garantiu a ampla possibilidade de aplicação do instituto que antes somente se mostrava cabível em específicas previsões legais; por outro lado, exige o preenchimento de requisitos subjetivos e objetivos que devem ser criteriosamente observados pelos julgadores, sob pena de desvirtuar a sua função de colaboração ao debate jurisdicional, prejudicando o bom andamento do processo.

Nesse sentido, mostra-se recorrente a discussão na jurisprudência quanto ao cabimento de recursos em face das decisões que inadmitem a intervenção de *amicus curiae*. Atualmente, o entendimento dominante do STJ e STF é pela irrecorribilidade da decisão que, genericamente, inadmita o ingresso. Por outro lado, a majoritária doutrina afirma – ainda embasada no entendimento anterior ao CPC/2015 – que seria possível arguir pela recorribilidade da decisão que inadmite o *amicus*, seja pela ausência de previsão legal expressa nesse sentido, seja pela existência de demais artigos do CPC/2015 que embasem tal exercício.

Atualmente, pendem alguns recursos a esse respeito, sendo ainda interessante acompanhar se haverá superação desse entendimento em prol da ampliação do debate e maior legitimação das decisões.

5. REFERÊNCIAS

MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de Direito Processual Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil.* 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum* – vol. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PAIVA, Anderson Rocha. Amicus Curiae: da Legislação Esparsa ao Regramento Genérico do Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo* | vol. 261/2016 | p. 23 - 50 | Nov / 2016DTR\2016\24254.

PUGLIESE, William Soares. Amicus Curiae: Procedimento, Poderes e Vinculação à Decisão. *Revista de Processo* | vol. 305/2020 | p. 83 - 97 | Jul / 2020DTR\2020\7884.

SILVA, Eduardo Silva da; BRONSTRUP, Felipe Bauer. O Requisito da Representatividade no Amicus Curiae. *Revista de Processo*, nº 207, maio 2012, p.193.

SOARES, Marcelo Negri; WINKLER, Camila Gentil. *Amicus Curiae no Brasil: Um Terceiro Necessário. Doutrinas Essenciais – Novo Processo Civil* | vol. 2/2018 | p. 797-815.

14 Primeira Seção do STJ, no julgamento do AgInt no REsp 1.617.086/PR (Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, DJe de 10/12/2018), amparando-se no entendimento da Corte Especial deste Tribunal e do Plenário do STF, decidiu, à unanimidade, não conhecer do Agravo interno, interposto contra decisão que indeferira o ingresso, no feito, de amicus curiae. Nesse sentido, ainda, AgInt na PET no AREsp 1139158/MG, DJe 19/06/2018; AgInt no AREsp 805.287/PR, DJe 12/12/2019; AgInt na PET no AREsp 1119669/ES, Rel, DJe 03/12/2020; AgInt no REsp 1734471/SP, DJe 09/09/2020.

15 Em face de decisão proferida por Relator, em razão da previsão contida no art. 1.021 que prevê o cabimento de agravo interno para o respectivo órgão colegiado.

16 No caso de decisão de juízo singular, em razão da previsão contida no inciso IX do art. 1015, o qual prevê expressamente a admissibilidade de agravo de instrumento contra a decisão interlocutória que admite ou inadmite a intervenção de terceiros no processo civil – o que se aplica ao *amicus curiae* por estar previsto no Título "III" do CPC/2015 que trata das modalidades de intervenção.

17 ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *Livro eletrônico*.

AUTORAS

BRUNA BORGHI TOMÉ
BRUNA VALERI TÁVORA
ISABELA BRUGNARA COUTINHO

O FENÔMENO DA DESJUDICIALIZAÇÃO E O CPC/2015

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Medidas de desjudicialização estabelecidas pelo CPC/2015. 3. Efetiva implementação da mediação e conciliação judiciais nos tribunais, após a entrada em vigor do novo Código. 4. Conclusão: resultados já alcançados e perspectivas. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Segundo o mais recente Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicado em 2020, tendo por ano-base o de 2019, o Poder Judiciário brasileiro findou aquele ano com 77,1 milhões de processos em tramitação.[1] Na mesma linha, o portal da transparência do Governo Federal aponta que, também em 2019, o custeio do Poder Judiciário demandou R$ 100,2 bilhões.[2]

As cifras impressionam e decorrem do porte da Justiça brasileira. Nesse sentido, o já mencionado Relatório Justiça em Números do CNJ publicado em 2020 revela, por exemplo, que o Tribunal de Justiça de São Paulo, que concentra cerca de 25% das demandas em tramitação no Brasil, é o maior Tribunal de Justiça em todo o mundo, no que diz respeito ao volume de ações judiciais em processamento.

Diante desse contexto de relevante acervo de litígios, o próprio CNJ, assim como os órgãos de cúpula de diversos Tribunais Brasileiros, o Ministério da Justiça, o Congresso Nacional e a Academia, têm, nos últimos anos, se concentrado em esforços visando à desjudicialização no país.[3] São exemplos de iniciativas que têm se mostrado bem-sucedidas nesse sentido a crescente digitalização dos feitos judiciais em todo o país, trazendo agilidade e eficiência em seu processamento; na mesma linha, as iniciativas de inteligência artificial já implementadas em diversos Tribunais;[4] assim como ações de incentivo à solução extrajudicial de conflitos, a exemplo da plataforma Consumidor.gov.br[5] na esfera consumerista, desenvolvida pela Secretaria Nacional do Consumidor; além de iniciativas legislativas importantes, a exemplo da Lei Federal nº 11.441/2007,[6] da Lei Federal nº 13.140/2015[7] e do próprio novo Código de Processo Civil (CPC/2015 - Lei Federal nº 13.105/2015).

Com efeito, como será abordado no presente artigo, o CPC/2015 representa importante marco legislativo da desjudicialização no país.

---

1 Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V-3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

2 Disponível em: http://www.portaltransparencia.gov.br/. Acesso em: 28 fev. 2021.

3 Confiram-se, em caráter exemplificativo, as seguintes referências: https://www.cnj.jus.br/acoes-coletivas-anteprojeto-visa-dar-mais-efetividade-e-celeridade-aos-processos/; https://www.cnj.jus.br/tribunal-do-juri-anteprojeto-propoe-otimizar-julgamentos/; http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/30072020-Grupo-de-trabalho-sugere-medidas-para-dar-mais-efetividade-as-acoes-coletivas.aspx; http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=427709&caixaBusca=N. Acesso em: 07 mar. 2021. A desjudicialização foi também formalmente estabelecida como meta do Poder Judiciário (Meta nº 9), dentre aquelas aprovadas no XIII Encontro Nacional do Poder Judiciário em 2020. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIII-ENPJ.pdf. Acesso em: 07 mar. 2021.

4 Estudo recente publicado pela Fundação Getulio Vargas revelou que cerca de metade dos tribunais brasileiros já têm implementado, ou em vias de implementação, um projeto de inteligência artificial: são 47 tribunais em todo o país. Vide https://www.cnj.jus.br/pesquisa-revela-que-47-tribunais-ja-investem-em-inteligencia-artificial/. Acesso em: 07 mar. 2021.

5 Disponível em: https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/?1599754877834. Acesso em: 07 mar. 2021.

6 Lei Federal que possibilitou a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa, dispensando iniciativa judicial nesse sentido.

7 Trata-se da "Lei da Mediação", que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

2. MEDIDAS DE DESJUDICIALIZAÇÃO ESTABELECIDAS PELO CPC/2015

O novo Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu, em diversos de seus dispositivos, mecanismos de desjudicialização: tanto via aperfeiçoamento do processo civil em si, prezando pelos princípios processuais de celeridade e de eficiência; como, também, via recurso a métodos consensuais de solução de conflitos, notadamente a negociação, a conciliação e a mediação.[8]

Nesse sentido, o art. 3º, § 2º, do Código prevê que "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos". O artigo 139, inciso V, do CPC fixa como incumbência do magistrado "promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais". O artigo 149 do mesmo diploma inclui o mediador e o conciliador no rol de auxiliares da Justiça, e os artigos 165 a 175, também do CPC, estabelecem disposições detalhadas quanto à conciliação e à mediação judiciais. Inclusive com determinação, no artigo 165 já citado, em ratificação da Resolução CNJ nº 125/2010, de que "Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição".

Trata-se dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), que foram largamente implementados Brasil afora a partir da entrada em vigor do novo CPC e que representam, hoje, ferramenta eficiente de desjudicialização no Brasil, conforme será abordado no capítulo 3 adiante.

Por ora, cumpre enfatizar que, na mesma esteira dos dispositivos mencionados no parágrafo precedente, também os artigos 6º, 313, inciso II, 357, §§ 2º e 3º, 487, inciso III, alínea b, assim como as posições do novo Código de Processo Civil por eliminar o procedimento sumário, limitar o rol de cabimento de agravo de instrumento, excluir a figura do agravo retido e a dos embargos infringentes no âmbito dos Tribunais de Justiça, positivar os meios de intimação eletrônica, permitir negócios jurídicos processuais, além de outras medidas na mesma linha, são todas determinações do CPC/2015 visando a reduzir o número de demandas judiciais em tramitação, além de otimizar o seu processamento, em esforço de desjudicialização.[9]

A esse respeito, versando especificamente sobre a mediação e a conciliação como instrumentos de desjudicialização conforme o CPC/2015, GRINOVER bem ressalva que estas não se prestam para aplicação em todo e qualquer litígio – destacadamente, não são pertinentes a demandas cuja solução necessariamente demande fase probatória complexa ou exame aprofundado de matéria de Direito. Em tais casos, aponta GRINOVER que a justiça conciliativa não poderá suplantar o processo estatal.[10] Não obstante, a despeito de tais exceções objetivas, a partir do exame das disposições do novo Código de Processo Civil como um todo e, em especial, de sua Seção V (artigos 165 a 175) referente à conciliação e à mediação judiciais, resta nítida a posição do legislador por promover a desjudicialização nas cortes brasileiras, inclusive e destacadamente mediante recurso à conciliação e de mediação.[11]

Trata-se de opção clara do legislador e benéfica à sociedade como um todo. Afinal, mediante recurso à justiça conciliativa, além de solucionar e pôr termo a ações judiciais em curso (atingindo-se, dessa forma, a relevante meta de desjudicialização), oportuniza-se, também, que o conflito seja inserido e trabalhado em seu contexto social (de modo que a solução alcançada pelas partes com intermédio do facilitador traga pacificação social, diversamente do que ocorre nas ações judiciais com trâmite regular, que definem, necessariamente ao final do rito, quem é vencedor e quem ficou vencido). Esse objetivo do legislador

8 GRINOVER, A. P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: GRINOVER, A. P.; MARCATO, A. C.; PEREIRA FILHO, B. C.; ZUFELATO, C.; CARMONA, C. A.; DE SALLES, C. A.; PESSOA, F. B. T.; GAJARDONI, F. F.; YARSHELL, F. L.; BONATO, G.; SICA, H. V. M.; PUOLI, J. C. B.; BEDAQUE, J. R. S.; TUCCI, J. R. C. e; BONIZZI, M. J. M.; DA SILVA, P. E. A.; LUCON, P. H. S.; LEONEL, R. B.; MANCUSO, R. C.; DA COSTA, S. H. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 2.

9 MANCUSO, R. C. A arbitragem, a mediação e a conciliação enquanto meios de prevenção e solução de conflitos, e seu manejo no âmbito do poder público. In: AMADEO, R. C. M. R.; ZVEIBIL, D. G.; DELLORE, L.; BUENO, J. C.; DE OLIVEIRA, M. A. P. (org.). *Direito processual civil contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Walter Piva Rodrigues*. São Paulo: Foco, 2019, p. 679-680.

10 GRINOVER, A. P., op. cit., p. 2.

11 Ibidem, p. 3.

está expresso na própria exposição de motivos do Código.[12]

Vale também mencionar a arbitragem como meio de desjudicialização e forma de solução alternativa de conflitos, muito estimulada no país e ainda mais prestigiada com a entrada em vigor do CPC/2015, que não é propriamente uma solução consensual de conflitos pois demanda a decisão sobre os temas em disputa por um Tribunal Arbitral (árbitro único ou painel de árbitros).

É fato que a arbitragem já vinha sendo prestigiada pelo Judiciário, mas o CPC/2015 e a própria alteração da Lei de Arbitragem positivaram alguns aspectos de cooperação e auxílio do Judiciário que facilitam a condução do processo arbitral e da execução de sentenças.

3. EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO JUDICIAIS NOS TRIBUNAIS, APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO

Uma vez abordada a posição normativa do Código de Processo Civil de 2015 em prol da desjudicialização, com destaque para o recurso à justiça conciliativa nesse sentido, cumpre também endereçar como tais disposições do Código têm sido implementadas pelos tribunais pátrios, nos últimos cinco anos.

A esse respeito, um primeiro ponto de destaque diz respeito à implementação dos Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), tal como determinado pelo artigo 165 do CPC/2015. Decorridos cinco anos desde o início de sua vigência, os CEJUSCs já foram implementados em 100% dos Tribunais de Justiça do Brasil. A abertura de novos CEJUSCs Brasil afora cresce todos os anos, tendo alcançado em 2019 a cifra de 1.284 unidades abertas e em funcionamento.

Trata-se de incremento substancial ao cenário pré-CPC/2015, em que, com lastro apenas na Resolução CNJ nº 125/2010, existiam 362 CEJUSCs instalados nos Tribunais de Justiça.[13]

Como resultado da ampla instalação de CEJUSCs nos Tribunais e, também, com contribuição da audiência de conciliação estabelecida pelo artigo 334 do CPC/2015, apenas no ano de 2019 foram proferidas pela Justiça Brasileira 3,9 milhões de sentenças homologatórias de acordos, o que representa 12,5% do total dos processos decididos naquele ano.

O Relatório Justiça em números do CNJ publicado em 2020 também aponta que, desde o início de vigência do CPC/2015, entre 2016 e 2019, o número de sentenças homologatórias de acordo já saltou 5,6%.[14]

Olhando para o futuro, via Recomendação nº 71 de 2020, o CNJ orienta a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Empresariais – os CEJUSCs Empresariais. Trata-se de recomendação recentemente implementada, de forma pioneira, pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.[15] Uma vez expandida para os demais Tribunais no país, espera-se que contribua para o crescente aumento na proporção de litígios sanados mediante acordo.

4. CONCLUSÃO: RESULTADOS JÁ ALCANÇADOS E PERSPECTIVAS

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe iniciativas importantes visando à desjudicialização, inclusive com recurso à justiça conciliativa nesse sentido, como já abordado no presente artigo. Como fruto de tais medidas, nos últimos cinco anos desde o início de vigência do CPC/2015, o número de CEJUSCs implementados nas cortes brasileiras aumentou de forma substancial, assim como tem crescido, consistentemente ano a ano, a proporção de ações judiciais resolvidas via acordo.

Os esforços de desjudicialização do CPC/2015, com destaque para a justiça conciliativa, já produziram

---

12 "2) Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz. Como regra, deve realizar-se audiência em que, ainda antes de ser apresentada contestação, se tentará fazer com que autor e réu cheguem a acordo. Dessa audiência poderão participar conciliador e mediador, e o réu deve comparecer, sob pena de se qualificar sua ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da justiça. Não se chegando a acordo, terá início o prazo para a contestação."

13 Relatório Justiça em Números do CNJ, publicado em 2020 tendo por ano-base 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

14 Ibidem.

15 Vide o Ato nº 025/2020 da Presidência do TJRS. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/static/2021/02/Ato-025-2020P-Cejusc-Empresarial.pdf. Acesso em: 07 mar. 2021.

resultados importantes: após o início de vigência do CPC/2015 em 18/03/2016, o ano de 2017 foi o primeiro da série histórica do CNJ em que se verificou freio no acervo de processos da justiça brasileira, que vinha crescendo ininterruptamente desde 2009.

Em 2018, pela primeira vez na última década, houve efetiva redução no volume de ações judiciais pendentes de julgamento, com queda de quase um milhão de processos no acervo. Em 2019, a redução foi ainda mais representativa, de aproximadamente um milhão e meio de processos no acervo – retornando-se ao patamar de acervo do ano de 2015.[16]

Constata-se, assim, que o CPC/2015 é marco legislativo da desjudicialização no país. Desde a sua entrada em vigor, a Justiça Brasileira tem conquistado avanços importantes nesse sentido e confia-se em que, seguindo as estatísticas observadas nos últimos anos, a desjudicialização e implementação da justiça conciliativa no país seguirão avançando, beneficiando a todos com redução no número de demandas judiciais em acervo, maior celeridade e eficiência em seu processamento, e cada vez maior proporção de conflitos sanados em autocomposição.

16 Relatório Justiça em Números do CNJ, op. cit.

5. REFERÊNCIAS

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In:GRINOVER, Ada Pellegrini; MARCATO, Antonio Carlos; PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; ZUFELATO, Camilo; CARMONA, Carlos Alberto; DE SALLES, Carlos Alberto; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; YARSHELL, Flávio Luiz; BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; PUOLI, José Carlos Baptista; BEDAQUE, José Roberto dos Santos; TUCCI, José Rogério Cruz e; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; DA SILVA, Paulo Eduardo Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; LEONEL, Ricardo de Barros; MANCUSO, Rodolfo de Camargo; DA COSTA, Susana Henriques. *O novo código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1-21.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A arbitragem, a mediação e a conciliação enquanto meios de prevenção e solução de conflitos, e seu manejo no âmbito do poder público. In:AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real; ZVEIBIL, Daniel Guimarães; DELLORE, Luiz; BUENO, Júlio César; DE OLIVEIRA, Marco Antonio Perez (org.). *Direito processual civil contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Walter Piva Rodrigues*. São Paulo: Foco, 2019, p. 677-692.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos*. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

AUTORES

FERNANDO EDUARDO SEREC
SOFIA GAVIÃO KILMAR

DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NOS CINCO ANOS DE VIGÊNCIA DO CPC/2015

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Requisitos e limitações à distribuição dinâmica do ônus da prova. 3. Da convenção entre as partes para dinamização do ônus da prova. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A aplicação do direito material faz surgir a necessidade da prova dos fatos alegados. Nesse sentido, a distribuição do ônus da prova, em primeiro momento, se justifica, para cada uma das partes, pelo interesse em garantir um julgamento favorável. Nas palavras didáticas de Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Badaró e Bruno Vasconcelos Lopes: "o interesse na demonstração da efetiva ocorrência de um fato controvertido entre as partes é sempre daquela a quem o reconhecimento dessa ocorrência beneficiará, recaindo, portanto, sobre ela o ônus de provar esse fato sob pena de ser havido por inexistente".[1]

Dessa forma, a regra geral da legislação processual sempre se deu pela distribuição estática do ônus da prova. Acontece que, diante das mudanças das relações que envolviam direitos materiais e processuais, tornou-se fundamental alterar a concepção sobre o ônus da prova, de modo a flexibilizá-lo. Aponta-se como marco dessa evolução conceitual o trabalho realizado pelo jurista inglês Jeremy Bentham (início do século XIX) e pelos juristas argentinos, no decorrer do século XX, coordenado por Jorge W. Peyrano. Exemplo didático desse tema seria o da responsabilidade civil por culpa no exercício da medicina, pois impunha dificuldades enormes para os autores de provar suas alegações.

Em termos gerais, a distribuição dinâmica do ônus da prova "objetiva facilitar a produção probatória e, tornando o conjunto probatório mais completo, aprimorar a formação do convencimento do magistrado, de forma que sua decisão possa promover a efetiva tutela jurisdicional, garantindo o direito ao litigante que realmente é seu titular".[2]

O legislador pátrio, ao elaborar o Código de Processo Civil vigente, visou, nos quatro parágrafos do artigo 373, incorporar normativamente as contribuições oriundas da doutrina e da jurisprudência sobre a dinamização do ônus da prova. Tendo em vista sua especial importância na tessitura processual, o presente artigo irá abordar as hipóteses em que se permite a modificação da regra clássica disposta no *caput* do artigo 373, seja por disposição legal, pelas peculiaridades do caso ou por convenção processual.

2. REQUISITOS E LIMITAÇÕES À DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

Em que pese a relevância da distribuição dinâmica do ônus da prova para a solução de determinadas controvérsias, constituindo-se como manifestação expressa do princípio da cooperação, previsto no artigo 6º do CPC, não deve o instituto ser adotado como regra geral, aplicado de forma indiscriminada.

O artigo 373, caput, incisos I e II, do CPC, é inequívoco ao estabelecer que cabe a cada litigante o ônus de provar os pressupostos fáticos que pretendem sejam aplicados na solução do litígio. Ao autor

1 DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 434.

2 FERNANDES DE OLIVEIRA, Vivian von Hertwig. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 231, p. 13-35, maio 2014.

incumbe o ônus de fazer prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Eis a regra geral prevista pelo legislador.

O § 1º do referido artigo conferiu a possibilidade de o juiz adaptar tal distribuição do ônus da prova às peculiaridades de cada caso, desde que observados os requisitos legalmente previstos e mediante decisão fundamentada.

Com efeito, a distribuição dinâmica é admitida nos casos expressamente previstos em lei (ope legis) ou quando configurada, no caso concreto, a impossibilidade ou excessiva dificuldade técnica de cumprimento do encargo pela parte orginalmente onerada ou a maior facilidade técnica de obtenção da prova do fato contrário (ope judicis). Garante-se, dessa forma, um sistema de equilíbrio entre o interesse das partes de verem reconhecidas a veracidade de suas respectivas alegações e a inautenticidade das alegações da parte contrária, propiciando, ao final, um julgamento mais justo.

Ainda assim, de acordo com o § 2° do artigo 373, tal dinamização do ônus da prova – seja ope judicis, seja ope legis – não deve ser admitida nos casos em que "a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil". Trata-se de verdadeira materialização do repúdio do ordenamento jurídico à denominada prova diabólica. É o que se verifica, a título de exemplo, quando da determinação da produção de provas negativas que, quando possível, reveste-se de elevado grau de dificuldade.[3]

A limitação a que está sujeito o poder do juiz de dinamização do ônus da prova visa a assegurar que as garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal, bem como a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais (artigo 7º do CPC), sejam observadas.

É dizer: a flexibilização da regra de distribuição do ônus da prova não pode ser tamanha a ponto de acarretar ônus excessivo à parte contrária, sob pena de desvirtuamento do próprio instituto da dinamização e perpetuação de uma relação processual desequilibrada.

Dos requisitos e da limitação da distribuição dinâmica do ônus probatório se extrai o real objetivo do instituto: equilibrar o interesse das partes e facilitar a produção de provas, permitindo ao juiz uma decisão mais informada e, consequentemente, justa. A ratio é viabilizar a vinda da prova naqueles casos em que a parte que originalmente carregaria tal ônus se encontra em situação de dificuldade técnica na sua produção, enquanto a outra pode facilmente, do ponto de vista técnico, se desincumbir de ônus contrário.

Se a prova é difícil ou impossível a ambas as partes, a regra geral deve ser aplicada. Nessa hipótese, aquele que vai a juízo para modificar a situação desfavorável em que alega se encontrar deve comprovar a ocorrência dos fatos que descreve. Caso contrário, imperioso que a situação permaneça tal como está.

Se levado ao extremo o raciocínio em comento, transferir de uma parte a outra o ônus de produção de uma prova extremamente difícil ou impossível equivaleria a eleger, aleatoriamente, a parte que provavelmente será vencida na demanda, impondo-se a ela um resultado praticamente inevitável. É o que se depreende a partir da definição da expressão "ônus da prova" trazida por Cassio Scarpinella Bueno: "indicação feita pela própria lei de quem deve produzir a prova em juízo. A palavra 'ônus', com efeito, relaciona-se com a necessidade da prática de um ato para a assunção de uma específica posição de vantagem própria ao longo do processo e, na hipótese oposta, que haverá, muito provavelmente, um prejuízo para aquele que não praticou o ato ou o praticou insuficientemente".[4]

Com efeito, apesar de a distribuição do ônus da prova ser regra de instrução e/ou procedimento,[5] é indubitável o seu impacto – ainda que nem sempre de forma determinante, mas certamente relevante – no julgamento da demanda.

---

3 TJSP, Apelação n° 1043771-51.2013.8.26.0100, des. rel. Alcides Leopoldo, 4ª Câmara de Direito Privado, DJ. 08/10/2018; AgRg no AgRg no REsp 1187970/SC, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010; AgRg no AREsp 533.403/MS, rel. ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 18/06/2015, DJe 04/08/2015.

4 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

5 Nesse sentido, também se posiciona Elias Marques de Medeiros Neto, ao discorrer sobre o momento para a inversão do ônus da prova: "E isso porque o ônus da prova, no nosso ver, é regra de instrução e/ou procedimento, sendo fundamental, até mesmo diante de uma leitura constitucional do processo e de um adequado respeito ao princípio do contraditório – aqui visto como ampla participação e diálogo entre os sujeitos processuais –, que o magistrado estabeleça com clareza, e em momento processual próprio, quais serão as regras do ônus da prova que deverão ser observadas no caso concreto." (Momento processual para a inversão do ônus da prova. *Revista do Advogado*. Vol. 127. São Paulo, p. 34-40, ago. 2015).

3. DA CONVENÇÃO ENTRE AS PARTES PARA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA

Outra hipótese que merece a devida atenção diz respeito à dinamização da prova por convenção das partes que, conforme o § 4º do artigo 373, pode se dar antes ou durante o processo. Significa, logo, como aponta Humberto Theodoro Júnior, que "as partes podem convencionar a partilha dos ônus probatórios por instrumento público ou particular, por petição conjunta ou mediante termo nos autos".[6]

No entanto, deve-se atentar ao seguinte fato: tal hipótese não é ilimitada. Primeiramente, por se tratar de negócio jurídico processual,[7] recaem sobre a convenção de dinamização do ônus da prova os requisitos do artigo 166 do Código Civil de 2002 para sua validade, como capacidade, objeto lícito, possível e determinável, motivo lícito, etc.

Outrossim, não se permite tal convenção, conforme os incisos I e II do § 3º do artigo 373, quando recair sobre direito indisponível de uma das partes ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

A primeira disposição, que diz respeito à transação de direitos indisponíveis, segue a lógica do CPC no tocante à impossibilidade de confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis (artigo 392) e à inviabilidade da produção de efeitos da revelia quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis (artigo 345, II). Por conseguinte, cabem apenas convenções sobre a dinamização em litígios que envolvam direitos patrimoniais.

Quanto ao inciso II, trata-se, mais uma vez, de proibição da chamada *prova diabólica* pelo ordenamento jurídico. Com o intuito de esclarecer esse conceito, asseveram Teresa Arruda Alvim e outros: "a prova diabólica é aquela cuja produção é impossível ou excessivamente difícil para a parte. A prova de fatos absolutamente negativos, porque indefinidos [...] é diabólica".[8]

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 61ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 890.

7 Sobre o conceito de negócio jurídico, vale a lição de Antônio Junqueira de Azevedo, que o define como: "um ato que socialmente é visto como ato de vontade destinado a produzir efeitos jurídicos" (*Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 26). No âmbito processual, "negócio jurídico processual é o negócio jurídico que decorre da incidência de uma norma de natureza processual e que se refere a algum processo, ou melhor, que tem valor para o processo" (MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 240, p. 399-423, fev. 2015).

8 ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogerio Licastro. *Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/104783420/v3/page/RL-1.83. Acesso em: 10 mar. 2021.

4. CONCLUSÃO

Indubitavelmente, a dinamização do ônus da prova ainda provocará diversos debates. No entanto, é inescapável o entendimento de que, ao disciplinar as hipóteses analisadas no presente artigo, o legislador, com apoio das construções doutrinárias e jurisprudenciais, contribuiu positivamente para a garantia de uma prestação jurisdicional efetiva.

5. REFERÊNCIAS

ARRUDA ALVIM, Teresa; LINS CONCEIÇÃO, Maria Lúcia; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogerio Licastro. *Primeiros Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. Disponível em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/codigos/104783420/v3/page/RL-1.83. Acesso em: 10 mar. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 2. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do processo*. 32ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2020.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Vivian von Hertwig. A distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro: a teoria da distribuição dinâmica. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 231, p. 13-35, maio 2014.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de. Momento processual para a inversão do ônus da prova. *Revista do Advogado*. Vol. 127. São Paulo, p. 34-40, ago. 2015.

MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 240, p. 399-423, fev. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. 1. 61ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

AUTORES

ADRIANA MATHIAS BAPTISTA
ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO
ANDRÉ PERASOLI TRADE
DANILO LAMBERT VIEIRA DE SOUSA
ELZEANE DA ROCHA

A AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADES NO CPC/2015: BREVES ANOTAÇÕES SOBRE DISPOSIÇÕES CONTROVERTIDAS

SUMÁRIO: 1. Objeto do presente artigo. 2. As hipóteses de utilização da ação de dissolução, em especial a questão da sociedade anônima fechada. 3. O ponto da legitimidade passiva. 4. A tormentosa apuração dos haveres. 5. São só os primeiros cinco anos.

1. OBJETO DO PRESENTE ARTIGO

O novo Código de Processo Civil inovou o tratamento legislativo sobre a dissolução de sociedades no Capítulo V do Título dos Procedimentos Especiais, dedicando os artigos 599 a 609 à ação de dissolução parcial de sociedade.

Antes do advento dos novos artigos, a matéria ainda era tratada pelos dispositivos do Código de Processo Civil de 1939, mantidos em vigor pelo Código de Processo Civil de 1973. A inovação se deu, principalmente, no objeto da ação, uma vez que os artigos 655 a 674 do CPC/1939 tratavam da ação de dissolução total e não da dissolução parcial.

A importância da atualização legislativa processual traduz-se na implementação do valor da coerência sistemática do ordenamento, bem como no reconhecimento da fonte doutrinária e jurisprudencial como importantes fatores de sua construção.

O primeiro ponto (sistematicidade) decorre do fato de que, com a edição do Código Civil de 2002 – que unificou as obrigações e os contratos civis e mercantis –, passou-se a prever a possibilidade de resolução da sociedade em relação a um sócio, nomenclatura adotada para a noção de dissolução parcial de sociedade. O artigo 1.028 do Código Civil trata das hipóteses de morte; o artigo 1.029 do mesmo diploma permite a retirada[1] do sócio da limitada via denúncia notificada; o artigo 1.030 prevê a exclusão de sócio e o artigo 1.031 trata da consequente apuração de haveres. Assim, a legislação material previa formas de dissolução que não encontravam respaldo procedimental adequado.

O segundo ponto (papel da doutrina e jurisprudência) ressalta no próprio acolhimento, pelo Código Civil, da resolução da sociedade em relação a um sócio, visto que a dissolução parcial não estava contemplada em lei, mas surgiu fruto destas fontes de direito, como uma forma de prestigiar a empresa, cuja manutenção desempenha papel importante na ordem econômica, como ressalta Rubens Requião.[2]

Assim, tendo a legislação de direito material previsto o direito de resolução em relação a um sócio, nada mais adequado, como fez o novo CPC, que prever um procedimento que também se adaptasse ao referido tema.

Em se tratando de um procedimento especial, que se amolda ao direito material de forma mais próxima às necessidades deste do que o procedimento comum, uma característica dos vários capítulos do Título III do Livro I da Parte Especial é o aparecimento de regras mais propriamente materiais

1 Como bem explica Alfredo de Assis Gonçalves Neto, o uso do termo retirada no artigo 1.029 é usado em sentido amplo "[...] para indicar qualquer das formas pelas quais ocorre a saída de sócio mediante pagamento do valor de sua participação societária, o que se verifica pela cessão ou transferência de sua quota a outro sócio ou a terceiro, pela sua exclusão ou pelo exercício do direito de se desligar da sociedade" (*Direito de Empresa – Comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 278).

2 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 259.

do que processuais, nessas várias ações especiais.[3] Tendo isso em mente, o objeto deste artigo é examinar (i) as novidades que os artigos trouxeram, especialmente na sua intersecção com o direito material, tanto na fase cognitiva da demanda quanto na liquidatória, traduzida pela apuração de haveres e (ii) o que, nestes cinco anos, está sendo consolidado (ou não) pela jurisprudência.

2. AS HIPÓTESES DE UTILIZAÇÃO DA AÇÃO DE DISSOLUÇÃO, EM ESPECIAL A QUESTÃO DA SOCIEDADE ANÔNIMA FECHADA

Reiterando o antes dito, o artigo 599 acabou por dar uma abrangência maior à ação de dissolução, não só por expressamente torná-la parcial (e não mais só dissolução total), mas também porque permitiu que se cumulassem os pedidos de dissolução e apuração ou que se os tratasse de forma separada. Essa assertiva é importante porque, afora os casos de exclusão, em que a causa dissolutória pode ser controvertida, na prática as discussões maiores recaem sobre a apuração dos haveres, resultado da liquidação das quotas. Neste sentido, ainda que *ab initio* possa haver pedido por parte do autor versando os dois temas, se na contestação houver concordância com a dissolução, o procedimento seguirá direto para a fase de apuração.

Apesar de esta questão ter sido mais bem resolvida, o § 2º do artigo 599, ao tratar das sociedades anônimas, repetiu a previsão do artigo 206, II, "b", da Lei nº 6.404/1976 prevendo a resolução das sociedades anônimas fechadas por acionista(s) que represente(m) pelo menos 5% do capital social em caso de não preenchimento do seu fim. Isto acaba por encontrar alguma dissonância na jurisprudência quanto à definição destas hipóteses, especialmente quanto à interpretação do que é o fim a ser preenchido.

A melhoria se dá porque, até então, não se construíra, claramente, em relação às sociedades anônimas a viabilidade da dissolução parcial, visto que a lógica do anonimato é a livre alienação das ações, com isso não havendo, em tese, as restrições do tipo societário da responsabilidade limitada. Nada obstante isso, a prática vinha aplicando a mesma lógica de dissolução parcial em sociedades anônimas fechadas. O problema todo estava, ou está, no fato de que, ao fazer-se um estatuto de sociedade anônima, dentro da racionalidade da alienação das ações ou da dissolução total, não se previa regra de apuração de haveres tal qual nos contratos sociais das limitadas.

A situação anômala criada era a de que os tribunais acabavam por aceitar a dissolução parcial (sem previsão legal) e nunca as partes conseguiam dar uma solução adequada para a descapitalização inerente à sociedade quando ela se resolve em relação a um sócio.

Agora, havendo a previsão legal, está mais clara às partes e aos seus advogados a necessidade de construir estatutos de sociedades anônimas fechadas, com a possibilidade de apuração dos haveres mais adequada.

Um ponto de contradição diz com o fato de que se a sociedade não pode mais atingir os seus fins, como fazer uma dissolução apenas parcial? Entra aqui a discussão sobre o conceito de fim a ser preenchido, ao menos para o caso de dissolução parcial, bem como a indagação se se trata do mesmo sentido adotado na interpretação da disposição da lei das S/A.

Em que pese boa doutrina entenda que a simples quebra da *affectio societatis* não seria suficiente para representar a impraticabilidade do fim,[4] os tribunais, e de forma cimeira, o STJ, têm entendido que em sociedades fechadas, especialmente as de caráter familiar, basta a quebra da *affectio* para permitir a dissolução, valendo-se de uma interpretação tão ampla quanto a dada ao artigo 1.029 do Código Civil para as sociedades simples e as limitadas que se rejam como as simples, subsidiariamente.[5]

3. O PONTO DA LEGITIMIDADE PASSIVA

Outra questão nova diz respeito à legitimidade

3 Isso surge do fato apontado por Clóvis do Couto e Silva de que o sistema interno do CPC é caracterizado por diferenciar "os procedimentos generalizadores e abstratos (procedimento comum) e os procedimentos individualizadores e concretos (procedimentos especiais)". *Comentários ao Código de Processo Civil - arts. 890 a 1.045*. Vol. IX, tomo I. São Paulo: RT, 1977, p. 09.

4 Neste sentido, o já clássico artigo dos professores Erasmo Valladão Azevedo e Novaes e Marcelo von Adamek, Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. In: *Direito Societário Contemporâneo*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

5 Neste sentido, recente decisão confirmando a posição do STJ pode-se ver no AgInt. no AREsp. 1.539.920/RS, relator min. Raul Araújo, 4ª Turma, julgado em 18/05/2020.

passiva. O parágrafo único do artigo 601 dispensa de citação a sociedade (*rectius*, a pessoa jurídica) se todos os sócios (pessoas físicas ou jurídicas) o forem. Nada obstante, a ela destina os efeitos da decisão e da coisa julgada. Por mais que se queira ler o dispositivo como uma aceleração do procedimento, do ponto de vista da dogmática do direito civil há uma confusão indevida de imputação material. A sociedade, pessoa jurídica autônoma, é a fundamental destinatária do efeito patrimonial do comando dissolutório, na medida em que a liquidação das quotas (ou ações na modalidade admitida para as anônimas) com o pagamento dos haveres é feita pela descapitalização do patrimônio societário, só subsidiariamente atingindo os sócios que podem ser chamados a contribuir para o capital social em caso de ausência de fundos para o pagamento dos haveres. Se a ação tiver por objeto a apuração de haveres, como pedido único ou cumulado com a dissolução do vínculo social, não há dúvida de que a sociedade deva figurar no polo passivo da demanda, pois é contra ela que se formula o pedido de apuração de haveres.

Aliás, reforça isso o fato não só da extensão dos efeitos da coisa julgada, expressamente previsto, como também a viabilidade de reconvenção para fins de indenização da sociedade por atos lesivos ou dívidas do sócio retirante e compensação com os haveres. A rigor, se alguém fosse dispensável nessa relação jurídica seriam os sócios...

Se este dispositivo é confuso nas sociedades limitadas, muito mais o é nas sociedades anônimas. Ainda que fechadas, essas podem ter uma quantidade muito significativa de acionistas. Soa absurdo que uma ação cujo objeto seja apenas a apuração dos haveres – havendo consenso quanto à resolução do vínculo societário – exija a participação de todos os acionistas. O entendimento de que se trata de litisconsórcio necessário entre todos os acionistas e a sociedade poderia inviabilizar a angularização da relação processual. Aliás, trata-se de clássico exemplo de litisconsórcio facultativo, embora unitário. A doutrina contrária a este posicionamento[6] aparenta certa contradição, não só com a regra expressa do parágrafo único do art. 601, ora analisado, como também com o que diz a jurisprudência que afirma que, em se tratando de sociedade anônima, dispensa-se a citação dos sócios, bastando a da sociedade, em entendimento diretamente oposto ao dito na regra.[7]

4. A TORMENTOSA APURAÇÃO DOS HAVERES

De todos os pontos inovadores, entretanto, o que talvez mereça mais atenção, tanto pela tentativa do Código em resolver uma celeuma doutrinária, jurisprudencial e prática, quanto pela frequente discussão que enseja, é o estipulado pelos artigos 604, § 3º, e 606[8] e versa sobre os critérios de apuração dos haveres.

O tema já fora tratado no artigo 1.031 do Código Civil que expressamente referia que, para a liquidação da quota, dever-se-ia adotar o parâmetro contratual. Em sendo o contrato omisso, dever-se-ia levantar balanço especial que refletisse a situação patrimonial da sociedade.

Agora, o artigo 604, § 3º, dá destaque à prevalência da cláusula contratual (em relação às anônimas, por conta da situação acima comentada, trata-se de lacuna comum), o que pode parecer uma demasia, mas considerando uma série de posicionamentos do STJ[9] sobre o tema, é absolutamente relevante que fosse reafirmado, pois o critério contratual tem sito afastado por vários motivos pelo STJ.[10]

O problema que se vislumbra no artigo 606 ao estabelecer os critérios é que este pretende adotar a tese de que a retirada importa em que o retirante saia como em uma alienação ou como em uma dissolução total, o que se percebe no uso da expressão "preço de saída". Mais ainda, ao afirmar que devem ser computados todos os bens, inclusive os imateriais, acaba por abranger, por

---

6 Entendendo que todo o litisconsórcio unitário é necessário, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero. *Código de Processo Civil Comentado*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2020, p. 283.

7 Neste sentido, REsp. 1.400.264/RS, rel. min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 24/10/2017, onde está expressamente ementado: "A legitimidade passiva ad causam em ação de dissolução parcial de sociedade anônima fechada é da própria companhia, não havendo litisconsórcio necessário entre todos os acionistas".

8 Apesar de insertos no Código de Processo, os artigos 605, 606, 608 e 609 são dispositivos de direito material, sujeitos ao princípio do *tempus regit actum*.

9 No Resp. 1.335.619/SP, rel. para o acórdão, min. João Otávio Noronha, 3ª Turma, julgado em 03/03/2015, restou ementado que "Na dissolução parcial de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, o critério previsto no contrato social para apuração dos haveres do sócio retirante **somente prevalecerá se houver consenso entre as partes quanto ao resultado alcançado**" (grifou-se).

10 Para um exame exaustivo dos vários e contraditórios posicionamentos do STJ sobre o tema, ver-se a tese publicada de doutorado de Alexandre Barufaldi, *Apuração de Haveres dos Sócios: Diretrizes Jurídicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

vezes, bens que só têm valor enquanto utilizados na atividade da empresa e não compõem um valor isolado.

Neste sentido, a discussão travada na 3ª Turma do STJ (acórdão referido na nota 7), após ter desprezado o critério que estava no contrato (o que se criticou acima), discute qual o método adequado, fluxo de caixa descontado ou balanço de determinação. A posição majoritária inclinou-se por entender que a máxima segundo a qual a dissolução parcial deve simular uma dissolução total é uma ficção e que não considera todos os elementos peculiares que se apresentam na resolução em relação a um ou alguns sócios. Isso significava que deveria ser computado o valor dos bens intangíveis (que em uma dissolução total acabam por perder valor visto que geralmente estão vinculados à atividade). Assim, o fluxo de caixa descontado representaria o "preço de saída" incluindo os intangíveis.

O voto vencido, além de determinar a aplicação do contrato, ponderava que o "preço de saída" medido pelo fluxo de caixa importava na utilização de uma séria de variáveis futuras (inclusive os intangíveis) que não traduziriam o valor do patrimônio. Tratar-se-ia mais de uma expectativa do futuro da sociedade do que do valor real desta.[11] O voto ainda levanta um ponto fundamental: o fluxo de caixa descontado comporta uma álea assumida pelas partes. A retirada, ao contrário, olha para o valor patrimonial.

Em concordância com o voto vencido (cuja posição não tem prevalecido no STJ), ainda se deve acrescentar um ponto importante: diferentemente da compra e venda ou cessão das quotas, em que a sociedade não perde capital, pois o valor é pago pelo comprador, na dissolução é a sociedade de que se descapitaliza. Ao fazê-lo pelo fluxo de caixa ela terá que buscar no futuro algo que estava no seu patrimônio, diferentemente do comprador que aposta, ele próprio, em incrementar o seu patrimônio.

11 No voto vencido, o min. Ricardo Villas Boas Cueva, frisando a diferença da retirada em relação à compra e venda ou cessão de quotas (que corretamente usa o fluxo de caixa descontado) afirma: "Comprador e vendedor fazem, na verdade, uma aposta de que determinada sociedade continuará a se comportar de certa maneira no futuro, com certa rentabilidade, estável ou crescente, tudo baseado em avaliações de especialistas, por vezes discrepantes quanto ao desempenho futuro da empresa e do setor. A álea, portanto, é parte essencial do negócio que se resolve graças à bilateralidade e ao acordo de vontades".

5. SÃO SÓ OS PRIMEIROS CINCO ANOS

Essas são algumas ponderações que o procedimento trouxe à baila mas que, como se vê do andamento da jurisprudência, não foram necessariamente pacificadas. Cinco anos na vida de um código certamente não são suficientes para que sua interpretação seja sólida o suficiente, ainda mais quando critérios novos são introduzidos em matéria que a doutrina e a jurisprudência vinham construindo há mais tempo. Entretanto, o que se põe como desafio é justamente desenhar na prática o contexto em que o conteúdo das normas se delineará, exatamente como demonstram as ainda incipientes amostras que a jurisprudência vem fornecendo.

AUTORES

LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA
MÔNICA MENDONÇA COSTA

O TRATAMENTO DA ARBITRAGEM PELO NOVO CPC. O QUE MUDOU?

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O sigilo. 3. As comunicações entre o juízo arbitral e o juízo estatal. 4. Kompetenz-Kompetenz. 5. Anulação de sentença arbitral por impugnação a cumprimento de sentença. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É ponto de consenso entre os estudiosos da arbitragem que a conhecida "Operação Arbiter",[1] iniciada no nascedouro da década de 1990, acabou entregando à sociedade brasileira o que de mais moderno poderia se esperar de um diploma legislativo arbitral. Talvez tenha sido essa quebra de paradigmas marcada pela (então) novel disciplina uma das razões pelas quais a Lei nº 9.307/1996 sofreu resistência e ataques nos seus primeiros anos de vigência, chegando a ter sua constitucionalidade questionada, e oportunamente confirmada, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.[2]

Fato é que, embora o instituto da arbitragem não fosse novidade em âmbito internacional (ou mesmo nacional),[3] seu tratamento legal se mostrava, até então, insuficiente. Uma das principais razões disso – talvez ao lado de uma cultura ainda reticente ao mecanismo e desinteressada no seu desenvolvimento – era a insuficiência da cláusula compromissória arbitral para fins de instituição da arbitragem.[4] Uma vez surgido o conflito, era necessário um novo consenso entre as partes para que se constituísse um tribunal arbitral. Do contrário, a disputa acabaria no Judiciário.[5]

Nesse contexto, a moderna Lei que então se apresentou, superadas as incertezas quanto à sua constitucionalidade, mostrou-se absolutamente capaz de apoiar a ampla disseminação da arbitragem em âmbito nacional. E não poderia ser diferente, dado que os responsáveis pela sua redação se inspiraram na Lei Modelo da Uncitral sobre Arbitragem Comercial.

O efeito disso é que, passados quase quinze anos da confirmação da constitucionalidade da Lei, os anseios por reformas e modernizações, embora existentes, eram pontuais. Havia consenso entre os praticantes da arbitragem de que a Lei funcionava e garantia a segurança jurídica necessária ao instituto.

Ainda assim, a regulamentação legislativa da arbitragem foi modificada, concomitantemente, por dois novos diplomas legais. O Código de Processo Civil de 2015 – principal homenageado desta obra – e, paralelamente, a Lei nº 13.129/2015, editada justamente para modernizar a Lei de Arbitragem Brasileira.

Passados cinco anos, a experiência mostra que o Legislador foi mais uma vez feliz ao aprimorar o que já se mostrava satisfatório. As novidades reforçaram características intrínsecas da arbitragem e, paralelamente, sistematizaram as interações entre o processo

---

1 Operação Arbiter é a denominação conferida à iniciativa encabeçada pelo advogado Petrônio R. G. Muniz, que contou com o apoio do senador Marco Maciel, e culminou na promulgação da Lei nº 9.307/1996 ("Lei Brasileira de Arbitragem"). A operação contou com amplo envolvimento de – já naquela época, mas especialmente hoje – conhecidos expoentes da arbitragem, dentre eles Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona e Pedro A. Batista Martins. Nem por isso, a missão foi fácil. Convencer o Congresso Nacional – e, por tabela, toda a sociedade – de que o país estava pronto para o exercício da jurisdição privada, equiparada e alternativa à jurisdição arbitral, pareceu impossível em alguns momentos. Sobre o assunto, cita-se a obra: MUNIZ, R. G. Petronio. *Operação Arbiter: a história da Lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil*. Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005. No mesmo sentido: LEMES, Selma Maria Ferreira. Petrônio R. G. Muniz, o arauto da arbitragem brasileira. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 51, out. 2016, Editora Revista dos Tribunais, p. 19-22.

2 AgRg na SE 5206-7, min. rel. Sepulveda Pertence, Pleno, DJ. 12/12/2001.

3 A bem da verdade, as primeiras notícias que se tem do instituto são históricas, tendo o seu exercício sido primeiramente identificado nos primórdios do sistema jurídico romano (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 39-49).

4 Por todos, vide STRAUBE, José Francisco. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9.307/96. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, 2016.

5 Também nessa linha, o Código de Processo Civil de 1973 – diploma legal que então regulamentava a arbitragem – exigia a homologação do que se denominava "laudo arbitral" pelo Poder Judiciário (artigos 1.098 a 1.102, então em vigor).

arbitral e a jurisdição estatal. É isso o que esse trabalho busca evidenciar, a partir de quatro modificações da nossa legislação civil voltadas à arbitragem.

2. O SIGILO

O sigilo é, sabidamente, uma das mais destacadas vantagens do processo arbitral em relação ao processo judicial. Se, por um lado, a ampla divulgação de informações pode prejudicar negócios e fragilizar relações,[6] por outro, o sigilo só é admitido em situações específicas e limitadas no âmbito do processo judicial.

E é justamente esse paradigma que trazia incertezas ao sigilo arbitral sempre que surgia a necessidade de ajuizar medida judicial a ele relacionada (como, por exemplo, ação para obtenção de tutela cautelar pré-arbitral). Eventual processo judicial poderia vir a dar publicidade às informações e documentos da arbitragem, gerando insegurança às partes quanto à sua divulgação a terceiros, bem como ao eventual descumprimento desse dever assumido na arbitragem (caso viessem a apresentar informações no processo judicial).

Foi com vistas a resolver tal situação que o Código de Processo Civil de 2015 passou a estabelecer que os processos judiciais tramitarão em segredo de justiça sempre que "versem sobre arbitragem", e "desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo".[7] A partir disso, viu-se uma crescente segurança quanto à confidencialidade desses processos judiciais – ainda que, como sabido, haja questionamentos quanto à constitucionalidade dessa disposição.[8]

6 Como bem destaca José Emílio Nunes Pinto, "A confidencialidade visa permitir que quaisquer controvérsias sejam dirimidas de forma amigável sem que a existência daquelas possa afetar a continuidade das relações contratuais, nem que sejam essas controvérsias entendidas pelos terceiros como ruptura de relações contratuais" (NUNES PINTO, José Emílio. A confidencialidade na arbitragem. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, jul. 2005, p. 25). Vale lembrar, ainda, dos riscos fiscais a que as sociedades se submetem ao revelarem suas transações ao Judiciário, fortemente mitigadas quando da migração para a jurisdição arbitral (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 61).

7 Art. 189, IV.

8 Nesse sentido: "Ação anulatória de sentença arbitral. Decisão que indeferiu tutela de urgência para suspensão de efeitos da sentença, assim como indeferiu trâmite do feito em segredo de justiça. Agravo de instrumento dos autores. Segredo de justiça. A regra do sistema é publicidade dos atos processuais, de acordo com os arts. 5º, LX, e 93, IX, da Constituição Federal. A luz do sol, como afirmado pelo Justice LOUIS BLANDEIS, é o melhor detergente, faz bem à administração da Justiça. A generalizada imposição de segredo nos juízos arbitrais, contrariamente ao que sucede nos processos e julgamentos do Poder Judiciário, 'é nociva ao sistema jurídico, por provocar assimetria de informações e obstar a formação do direito (consolidação dos precedentes e da jurisprudência)', afirma muito corretamente a decisão agravada, da lavra da Juíza de Direito PAULA DA ROCHA E SILVA FORMOSO. Os jurisdicionados têm o direito de conhecer a jurisprudência; os empresários, especificamente, o de antever, pela coerência que sempre se espera dos que têm a nobre missão de julgar, o provável resultado dos veredictos, levando-o em consideração ao celebrar negócios mercantis" (Agravo de instrumento n° 2263639-76.2020.8.26.0000, des. rel. Cesar Ciampolini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. DJ. 02/03/2021).

3. AS COMUNICAÇÕES ENTRE O JUÍZO ARBITRAL E O JUÍZO ESTATAL

Embora envolvam jurisdições distintas, o processo arbitral e o processo estatal não são completamente independentes entre si. Há diversas situações em que eles interagem, seja para fins de apoio (nos casos em que o árbitro necessita do auxílio do Judiciário para executar uma decisão ou até conduzir uma testemunha), seja para fins de controle (a partir de ações anulatórias de sentenças arbitrais).

A instrumentalização dessas comunicações era um ponto de incertezas até os novéis diplomas legais acima citados. Discutia-se se cabia à parte ou ao árbitro buscar o apoio judicial, de que forma isso deveria ocorrer e quais requisitos deveriam ser atendidos. Foi a partir do Código de Processo Civil de 2015 (art. 237, IV, art. 260, § 3º, e 267) e, em paralelo, da Lei nº 13.129/2015 que incertezas acabaram sendo superadas.

Hoje, sabe-se que o auxílio deve ser buscado a partir da assim denominada *carta arbitral*, que deve ser expedida pelo Tribunal Arbitral (podendo ser, independentemente disso, instruída pela parte),[9] e obedecer aos requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Civil de 2015, sob pena de eventual recusa.[10] Inclusive, há célebre precedente do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.[11]

Fato é que a regulamentação passou a permitir uma interação mais ordenada e coesa entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal, eliminando diversas dúvidas que ainda poderiam imperar antes de sua vigência.

4. KOMPETENZ-KOMPETENZ

Embora seja um dos mais festejados princípios que impera na arbitragem, sendo, historicamente, objeto de respeito pelo Poder Judiciário, o assim denominado princípio Kompetenz-Kompetenz, extraído

9 Atual art. 22-C da Lei nº 9.703/1996.

10 Sobre eventuais motivos de recusa e o controle que o Judiciário pode eventualmente exercer sobre a atividade do árbitro em tais circunstâncias, vide: MEJIAS, Lucas Britto, Controle da Atividade do Árbitro, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2015, p. 222-224.

11 REsp 1798089/MG, min. rel. Nancy Andrighi. 3ª Turma. DJ. 27/08/2019. Vide o seguinte trecho da ementa: "A determinação de cumprimento de **cartas arbitrais** pelo Poder Judiciário não constitui uma atividade meramente mecânica. Por mais restrita que seja, o Poder Judiciário possui uma reduzida margem de interpretação para fazer cumprir as decisões legalmente exaradas por cortes arbitrais".

do art. 8°, parágrafo único, da Lei de Arbitragem Brasileira, somente veio a ser expressamente previsto na legislação processual estatal a partir do Código de Processo Civil de 2015.

Como se sabe, o princípio estabelece a competência prioritária do árbitro para apreciar quaisquer questionamentos relacionados à sua jurisdição, incluindo-se o que se refere à existência, validade e eficácia da cláusula compromissória arbitral. E é justamente nessa linha que o Código de Processo Civil de 2015 prevê a extinção do processo sem resolução de mérito quando "o juízo arbitral reconhecer sua competência" (art. 485, inciso VII).

Consequentemente, havendo procedimentos paralelos (um judicial e outro arbitral), haverá prioridade da jurisdição arbitral para decidir sobre a competência para a matéria. A disposição está em linha com a Jurisprudência reiterada, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, acerca da questão.[12] Apenas em situações absolutamente excepcionais tal corte superior admite uma interferência prematura do Judiciário.[13]

Trata-se de um reforço legislativo bem-vindo com vistas a trazer ainda mais segurança e previsibilidade aos procedimentos arbitrais, blindando-os de ataques indesejados.

Se há algo a ser criticado – ainda que não diretamente relacionado ao Kompetenz-Kompetenz – é o legislador ter optado, nas versões finais do projeto do Código de Processo Civil de 2015, por excluir o capítulo denominado "*alegação de convenção de arbitragem*" até então proposto. As disposições ali contidas permitiriam que a parte apresentasse, ao juízo estatal, uma petição apartada – anterior a qualquer outro ato – comprovando a existência de convenção de arbitragem e, com isso, encerrando o processo judicial sem a necessidade de apresentação da defesa de mérito.

5. ANULAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL POR IMPUGNAÇÃO A CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Por fim, uma nota sobre novidade advinda especificamente da Lei nº 13.129/2015, mas que se encontra em consonância com a disciplina do cumprimento de sentença prevista no Código de Processo Civil de 2015: a possibilidade de se pleitear a anulação de sentença arbitral a partir da impugnação a cumprimento de sentença (art. 33, § 3°, da Lei de Arbitragem Brasileira).

Tal disposição resolveu incertezas quanto à viabilidade de se arguir nulidade a partir de tal expediente, lamentando-se apenas não ter deixado claro que, nessas hipóteses, haverá de se respeitar também o prazo decadencial de 90 dias após o recebimento da sentença arbitral para tal intentada (art. 33, § 1°, da Lei Brasileira de Arbitragem), além do próprio prazo de manejo da impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525 do Código de Processo Civil de 2015).

6. CONCLUSÃO

A partir do que restou abordado acima, confirmou-se o espírito da nossa legislação processual estatal de promover pontuais modificações em nosso arcabouço arbitral, reforçando que ele já se mostrava suficiente e adequado ao tratamento da arbitragem no país. Sem prejuízo, as novidades mostraram-se bem-vindas e, a partir do que se vê na prática, colaboraram e continuarão colaborando para uma consolidação ainda maior da arbitragem.

7. REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Petrônio R. G. Muniz, o arauto da arbitragem brasileira. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 51, out. 2016, Editora Revista dos Tribunais.

MEJIAS, Lucas Britto. *Controle da Atividade do Árbitro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MUNIZ, R. G. Petronio. *Operação Arbiter: a história da lei nº 9.307/96 sobre a arbitragem comercial no Brasil*. Recife: Instituto Tancredo Neves, 2005.

NUNES PINTO, José Emílio. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 6, jul. 2005.

STRAUBE, José Francisco. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9.307/96. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Arguição de convenção arbitral no Projeto de Novo Código de Processo Civil (exceção de arbitragem). *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, jan. 2014.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

12 A título de exemplo: AgInt nos EDcl no AgInt no CC 170233/SP, min. rel. Moura Ribeiro. 2ª Seção, DJ. 14/10/2020.

13 CC 151.130/SP. Min. rel. Luis Felipe Salomão. 2ª Seção, DJ. 27/11/2019.

AUTORES

LUCAS BRITTO MEJIAS
LUÍS GUSTAVO DE MORAES GODOY

SEGURO GARANTIA JUDICIAL

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Previsão no Código de Processo Civil. 3. Noções gerais. 4. Jurisprudência. 5. Conclusões. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O seguro garantia judicial é um instrumento relevante para preservar a liquidez das empresas, que têm buscado, cada vez mais, a utilização dessa espécie securitária, principalmente, em um contexto de pandemia, tendo em vista que o bloqueio de ativos financeiros de uma empresa ou a necessidade de depositar quantias em processos, por maior que seja a capacidade econômica, pode impactar o caixa e as suas atividades.

Nesse contexto, o presente artigo objetiva expor, de forma suscinta, a sistemática prevista pelo legislador processual civil acerca do seguro garantia judicial, seu funcionamento e principais regras, bem como a sua larga aceitação pelos Tribunais pátrios.

2. PREVISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O texto original do Código de Processo Civil de 1973 não previa a possibilidade de substituição da penhora por seguro garantia judicial, o que foi incorporado com o advento da Lei nº 11.382/2006,[1] mediante a inclusão do artigo 656, § 2º, segundo o qual a substituição passou a ser possível desde que em valor não inferior ao do débito, acrescido de 30% (trinta por cento).

Essa previsão representou avanço na ocasião, mas ainda gerava dúvidas acerca da ordem de preferência, sendo o dinheiro prioritário.

Para dirimi-las, o atual Código de Processo Civil de 2015 (CPC) reforçou ainda mais a possibilidade de utilização do seguro garantia judicial, ao introduzir, os §§1º e 2º, do artigo 835, que dispõem que o juiz pode alterar a ordem da penhora prevista no *caput* do referido artigo e que, para fins de substituição da penhora, o seguro garantia judicial é equiparado a dinheiro, mantendo a previsão do acréscimo de trinta por cento.

Em outras palavras, com a redação atual do CPC, não há dúvidas acerca da equiparação do seguro garantia judicial a dinheiro.[2] Não se olvide que o seguro garantia judicial também atende as disposições dos artigos 805[3] e 847,[4] do CPC, que regem o princípio da menor onerosidade ao devedor, e, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que ganham ainda maior relevância em um contexto de pandemia.

Além disso, o artigo 848, parágrafo único, do CPC, possibilita que as partes requeiram a substituição da penhora por fiança bancária ou por seguro garantia judicial, repetindo, aqui, a previsão do artigo 835, § 2º, para que seja em valor não inferior ao do débito da inicial, acrescido de 30% (trinta por cento), atendendo de forma satisfatória e em igual medida aos interesses do devedor e do credor, assegurando o recebimento do crédito pelo credor e submetendo o devedor a uma menor onerosidade.[5]

---

1 Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos.

2 "A novidade constante do CPC/2015 é a expressa equiparação de queda fiança e do seguro ao dinheiro. Em outras palavras, onde se lê "dinheiro" no inc. I do art. 835, deve-se ler também "fiança bancária ou seguro garantia judicial". Por outro lado, não é novidade a possibilidade de substituição da penhora de dinheiro por fiança ou seguro, hipótese que constava do CPC/1973 e permanece no regime do CPC/2015." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et. al.]. Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. REDONDO, Bruno Garcia. Comentários ao art. 835. do CPC. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

3 Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

4 Art. 847. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contados da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

5 "Assim, no regime atual, não há mais dúvida quanto à admissibilidade dessa hipótese de substituição, ainda que o bem originalmente penhorado tenha sido dinheiro." (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et. al.]. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil* [livro eletrônico]. AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real. Comentários ao art. 848 do CPC. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

Por último, o seguro garantia também pode ser utilizado para fins da caução prevista no artigo 83,[6] do CPC.

3. NOÇÕES GERAIS

O seguro garantia judicial garante o pagamento de valores que o devedor necessite realizar no trâmite de um processo judicial,[7] administrativo ou até mesmo em uma arbitragem.

São partes no seguro garantia judicial: (i) a seguradora, que presta a garantia mediante o recebimento do prêmio (contraprestação devida pelo seguro); (ii) o segurado, que é o potencial credor da obrigação pecuniária em discussão; (iii) o tomador, que é o potencial devedor da obrigação pecuniária em discussão e o responsável pelo pagamento do prêmio.

Logo, o seguro garantia judicial não se confunde com a fiança bancária, cuja garantia é prestada por uma instituição bancária e não por uma seguradora, entidade legalmente autorizada a operar pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), órgão regulador de seguros.

Vale notar que o seguro garantia judicial revela-se mais vantajoso do que a fiança bancária, tendo um menor custo, além de não limitar crédito e bens do devedor.

Para a emissão da apólice, é necessário que o tomador passe pelo crivo de subscrição da seguradora, mediante a análise das suas informações financeiras e da celebração de um contrato de contragarantia,[8] pelo qual a seguradora estabelece condições que viabilizam a cobrança do tomador ou de fiadores / garantidores dos eventuais prejuízos indenizados ao segurado.

A esse respeito, cumpre destacar que o objetivo do seguro é a prestação de garantia e não que a seguradora efetivamente se responsabilize pelo pagamento de valores a que o tomador está obrigado. Em outras palavras, o tomador continua responsável pela obrigação e pelo pagamento do débito, sendo a seguradora uma garantidora, que, em tendo que levar a cabo a garantia em razão da materialização do sinistro, pagará o credor, mas irá, necessariamente, valer-se do contrato de contragarantia para o exercício da sub-rogação legal[9] contra o tomador.

O funcionamento é bastante simples: em sendo intimada, a seguradora efetuará o pagamento dos valores a que se obrigou na apólice no prazo estabelecido por lei.

O sinistro é caracterizado com a ausência de pagamento pelo tomador quando determinado pelo juízo, do valor executado (objeto da garantia securitária), mediante a intimação judicial da seguradora para o pagamento do valor executado.

O seguro garantia judicial aproxima-se de uma garantia financeira, tanto que, diferentemente de outras espécies securitárias, o segurado é dispensado de notificar a seguradora situações relacionadas à expectativa de sinistro, isto é, quando, por exemplo, do trânsito em julgado de uma decisão, determinando o pagamento pelo tomador.

A vigência da apólice varia muito a depender da tramitação do feito garantido,[10] mas ainda que o término esteja previsto para data em que a discussão acerca do débito subsista, com o objetivo de atribuir maior exequibilidade ao seguro, as regras regulatórias determinam que a seguradora somente poderá se manifestar pela ausência de renovação da apólice com base em fatos que comprovem não haver mais risco a ser coberto pela apólice ou quando for comprovada perda de direito do segurado. Por outro lado, cabe ao tomador[11] solicitar, em até sessenta dias antes do fim de vigência da apólice, a renovação.

---

6 Art. 83. O autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

7 Além da esfera processual cível, o seguro garantia judicial tem sido largamente utilizado em processos trabalhistas e tributários. Embora mais timidamente, também no âmbito criminal, já são verificadas emissões de apólices de seguro garantia judicial.

8 Instrumento que rege as relações entre a seguradora e o tomador e que não interfere no direito do segurado.

9 O segurador que pague uma indenização pela perda ou deterioração da coisa segura fica sub-rogado em todos os direitos do segurado contra o terceiro causador do sinistro. (CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito dos Seguros*. Almedina: Coimbra, 2013. p. 703).

10 Se, por outro lado, o feito findar antes do término de vigência da apólice, o prêmio poderá ser restituído, observados os termos e condições da apólice.

11 O tomador poderá não solicitar a renovação somente se comprovar não haver mais risco a ser coberto pela apólice ou se apresentada nova garantia. A seguradora, independentemente da existência de pedido de renovação, comunicará ao segurado e ao tomador, mediante aviso prévio de, no mínimo, noventa dias que antecedam o final de vigência da apólice, se ocorrerá ou não a sua renovação.

Quanto à atualização monetária do valor garantido, devem ser observadas as regras específicas em que tramita o feito e, de forma geral, seguem os índices judiciais do próprio débito garantido ou daqueles aplicáveis à dívida ativa, no caso de execuções fiscais, por meio da emissão de endosso da apólice, mediante o pagamento do prêmio adicional por parte do tomador.

Por fim, a prova em juízo é feita mediante a apresentação da apólice emitida pela seguradora devidamente habilitada para tanto.[12]

4. JURISPRUDÊNCIA

A equiparação do seguro garantia judicial a dinheiro prevista de forma expressa no CPC permitiu uma efetiva mudança na sistemática do processo executivo mediante a utilização de seguro garantia judicial, que tem sido largamente aceito pela jurisprudência nas mais diversas esferas.

Essa aceitação tem ensejado o aumento crescente de emissões de apólices de seguro garantia judicial, em comparação com outras garantias como fiança bancária e depósito judicial, inclusive.

No contexto da pandemia do coronavírus, a utilização do seguro garantia judicial ganhou ainda mais evidência, no último ano, sendo inúmeras as decisões,[13] permitindo a utilização do seguro garantia judicial para garantia do juízo tanto no momento inicial de prestar uma garantia como para substituição de depósitos judiciais realizados em dinheiro.

Apesar disso, existem ainda julgados[14] que, em interpretação contrária à lei, não permitem a substituição da penhora de dinheiro pelo seguro garantia judicial, os quais esperamos sejam cada vez mais isolados na medida em que o entendimento majoritário está se consolidando para a ampla aceitação do seguro, à luz não apenas da crise advinda pela pandemia, mas, especialmente, da previsão expressa do CPC ao equiparar seguro garantia judicial a dinheiro.

Assim, o seguro garantia judicial pode e deve ser cada vez mais utilizado para garantir valores em qualquer processo e para substituição de valores já depositados em juízo, salvo se ficar demonstrado algum comprometimento ao resultado útil do processo ou a ausência de prova de que aquela substituição não seria menos gravosa ao devedor, o que é muito raro na prática.

5. CONCLUSÕES

O seguro garantia judicial é um mecanismo importante para a sustentabilidade das empresas, na medida em que preserva o fluxo de caixa e não compromete limites de crédito.

Além de ter um procedimento simples de contratação e mais vantajoso quando comparado a outras garantias, tem a mesma conotação de dinheiro na ordem de preferência trazida pelo legislador processual civil.

Portanto, não há razões práticas ou jurídicas que impeçam o deferimento da sua utilização, conforme revela a jurisprudência, inclusive.

6. REFERÊNCIAS

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Direito dos Seguros*. Almedina: Coimbra, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. [et. al.]. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *Livro eletrônico*.

12 Normalmente, a seguradora fornece uma certidão de regularidade extraída do site da SUSEP. Também é possível consultar no referido site, após certo tempo da emissão, a comprovação de que a apólice foi emitida.

13 BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2249811-13.2020.8.26.0000. Agravante: Bradesco Saúde S/A. Agravado: Ivanuza Santos de Souza Kuntz Busch. São Paulo, 17 de fevereiro de 2021, Rel. Theodureto Camargo; BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 2205191-13.2020.8.26.0000. Agravante: Nestlé Brasil Ltda. Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo. São Paulo, 07 de janeiro de 2021, Rel. Designado Souza Nery.

14 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no agravo em recurso especial nº 1.281.694-SC. Agravante: Sulamérica Companhia Nacional de Seguros. Agravado: Dorli Rezende e outros. Relator: Min. Raul Araújo. Brasília, 05 de setembro de 2019.

AUTORAS

BÁRBARA BASSANI
NATHÁLIA ABE

PRECEDENTES E ARBITRAGEM: ESTÃO OS ÁRBITROS VINCULADOS A PRECEDENTES JUDICIAIS?

As reflexões deste texto são atualizações de palestra proferida em evento organizado pela Associação Brasileira de Arbitragem (ABEArb) em 20/06/2017, no bojo dos anuais "Debates ABEArb", tendo como expositores, além de mim, Guilherme Rizzo Amaral e Ricardo Ranzolin. O tema do encontro era "Precedentes e Arbitragem" e o título de minha exposição foi "Precedentes e Arbitragem: um contraponto à tese de extensão dos arts. 489 e 927 do Novo CPC à arbitragem".

SUMÁRIO: 1. Distinguishing: as leituras. 2. Overruling: a proposição de resposta.

1. DISTINGUISHING: AS LEITURAS

Tão logo promulgado o novo Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, CPC/2015), a comunidade arbitral se dedicou a debater o tema dos precedentes a partir de provocação inaugurada por José Rogério Cruz e Tucci:[1] estão os árbitros vinculados a precedentes judiciais? Dois blocos de dispositivos insertos no novo Código estavam por detrás do questionamento posto: o art. 927, seus cinco incisos e parágrafos, impondo a "juízes e tribunais" que observem as decisões pelo dispositivo listadas, listando, assim, as hipóteses decisórias que a própria lei processual considerou como "precedentes" (ou ao menos enquanto "precedentes fortes", como nomina parte da doutrina);[2] e o art. 489 e seus três parágrafos com incisos, que dispõem sobre os "elementos essenciais da sentença", ditando, especificamente no § 1º, inciso VI, ser nula a decisão que "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

A indagação que daí deriva, para o campo arbitral, tem importantes repercussões práticas. Basta figurar dois rápidos exemplos, um antigo e outro recente. O hoje antigo Enunciado 293 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ) dita que "[a] cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil".[3] Pode um tribunal arbitral, apreciando caso de arrendamento mercantil, entender de maneira diversa e aplicar o revogado Enunciado 263 do mesmo tribunal, descaracterizando o arrendamento mercantil para compra e venda, caso se tenha cobrado antecipadamente o VRG? Ou está o tribunal arbitral vinculado ao precedente consolidado no Enunciado 293? Pense-se noutro exemplo: a Corte Especial do STJ consolidou, em 2019, que o prazo prescricional para pretensões indenizatórias decorrentes de responsabilidade contratual é decenal, e não trienal, esclarecendo o significado das regras dos arts. 205 e 206 do Código Civil. Os árbitros estão vinculados a essa interpretação ou podem, em determinado caso concreto, considerar que o prazo prescricional é de três anos?

Para um olhar apressado, o dilema se poderia resolver pura e simplesmente pelo entendimento de ver ou não aplicável à arbitragem o CPC/2015 e, em mesma lógica binária, entender pela extensão ou não do dever e da sanção do art. 489, § 1º, inciso VI. O tema, porém, é mais complexo do que essa lógica binária é capaz de sugerir. Tal complexidade se revela na evolução dos entendimentos que, a partir do texto original que inaugurou a controvérsia, a doutrina passou a registrar.

---

1 CRUZ E TUCCI, José Rogério. O árbitro e a observância do precedente judicial. *Consultor Jurídico*, 01/11/2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial. Acesso em: 11 mar. 2021.

2 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: *Doutrina. Edição Comemorativa. 30 anos do STJ*. Brasília: STJ, 2019, p. 201 e ss.; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 265 e ss.

3 Relatando esse hoje já velho debate, veja-se PENTEADO, Luciano de Camargo. Causa concreta, qualificação contratual, modelo jurídico normativo: notas sobre uma relação de homologia a partir de julgados brasileiros. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: RT, 2004, p. 245.

À posição inaugurada por José Rogério da Cruz e Tucci acederam autores diversos, que passaram a responder positivamente à indagação posta: os árbitros estão vinculados aos precedentes por força do art. 489, § 1º, inciso VI, que os atinge e impõe, assim, o dever – que é de ordem formal e substantiva – de enfrentar o precedente em questão e respeitá-lo, caso trate do tema em litígio.[4] Portando a tese geral para o caso prático, não se poderia cogitar, portanto, que uma sentença arbitral qualificasse como compra e venda um arrendamento mercantil que tem o pagamento de VRG estipulado antecipadamente, ou que o árbitro deixasse de aplicar o entendimento da Corte Especial do STJ sobre o prazo decenal da prescrição para pretensões indenizatórias derivadas de responsabilidade contratual.

Outro conjunto de autores procurou dar certo refinamento à percepção inicial, passando a admitir que, se de um lado o art. 489, § 1º, incisos V e VI, não prolonga sua eficácia para o campo arbitral, de outro o dever de observar os precedentes decorre do fato de serem os precedentes fonte do direito brasileiro, pelo que, se desconsiderados, estar-se-ia desconsiderando o direito escolhido como aplicável *de per se*.[5] Aqui, como um origami, as posições se desdobram ainda mais. Houve quem reconhecesse a vinculatividade apenas daqueles precedentes emanados pelos órgãos aos quais compete dizer a "última palavra" sobre o tema em discussão (i.e. o STF em questões constitucionais, o STJ em questões de legislação infraconstitucional e os Tribunais locais em questões de direito municipal). Houve quem entendesse de maneira ainda mais limitada e sustentasse que tal vinculatividade tem lugar, somente, para os precedentes que, se desrespeitados, ensejam a apresentação de Reclamação. E houve quem entendesse, por fim, que apenas os precedentes com assento diretamente constitucional (arts. 102, § 2º, e 103-A da Constituição) vinculariam a atuação dos árbitros.

No outro polo, por fim, houve quem negasse qualquer possibilidade de vinculação dos árbitros aos precedentes judiciais, com base na compreensão de que a arbitragem é um sistema operacionalmente autônomo: quando as partes a escolhem, estão optando por mecanismo que não se subsume às regras do subsistema de direito processual estatal.[6] Deste modo, ainda que seja recomendável que os árbitros levem em conta os precedentes quando prolatam suas decisões, nenhuma sanção decorreria para a hipótese de deixarem de os enfrentar, visando à eventual distinção, ou de não os seguirem, sob o ponto de vista substantivo. O que se teria nessas respectivas hipóteses seria, no máximo, *error in procedendo* e *error in judicando*, insuscetíveis de sanação por pretensões que pretendam anular a decisão.

Diante desse cenário, é possível extrair algumas ponderações que resumem o estado da questão, naquilo que amadurecida, assim ensejando alguma proposição de resposta, a partir do que já debatido.

2. OVERRULING: A PROPOSIÇÃO DE RESPOSTA

A resposta que hoje se tem à questão "estão os árbitros vinculados a precedentes judiciais?" pode ser estruturada em blocos que se encaixam, primeiro passando por uma abordagem formal – importando saber se o art. 489, § 1º, do CPC/2015 se aplica também aos árbitros – e por uma abordagem material – i.e. se o dever de seguir os precedentes judiciais subsiste independentemente da extensão eficacial do CPC/2015 à arbitragem.

Sob o ponto de vista formal, a resposta construída tem sido, amplamente, negativa. O art. 489, § 1º, do CPC/2015 não se aplica aos árbitros:

(i) porque é consolidado o entendimento de que o diploma processual não se aplica à arbitragem nem

---

4 Assim, além do ilustre professor das Arcadas, MACÊDO, Lucas Buril de; ALMEIDA, Maria Eduarda. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2020, v. 305, p. 377 e ss. Posição semelhante, mas não idêntica, porque anterior ao CPC/2015, adota ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, v. 214, p. 271 e ss., ao sustentar que a decisão arbitral que ignora precedente do STF, em controle concentrado de constitucionalidade, viola o art. 93, inc. IX, da Constituição, que impõe aos órgãos do Poder Judiciário o dever de fundamentação. Mais recentemente, no mesmo sentido deste último: SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, 2020, v. 66, p. 139 e ss.

5 Assim a percepção de autores como: AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian Law and Practice*. London: Wildy, Simmonds & Hill Pub., 2017, p. 34-87; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. A discussão sobre a disponibilidade do controle judicial na sentença arbitral e seus limites. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre: CBAr, 2016, v. 13, n. 50, p. 7 e ss.; BELLOCCHI, Márcio. *Precedentes vinculantes e a aplicação do direito brasileiro na convenção de arbitragem*. São Paulo: RT, 2017, *passim*; RODOVALHO, Thiago. Os precedentes judiciais vinculantes do NCPC e o procedimento arbitral: estão os árbitros vinculados aos precedentes? In: *Contraponto Jurídico. Posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito*. São Paulo: RT, 2018, p. 120-121.

6 Assim: MARQUES, Ricardo Dalmaso. Inexistência de vinculação do árbitro às decisões e súmulas judiciais do Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Arbitragem*. Porto Alegre: CBAr, v. 10, n. 38, 2013, p. 116; RANZOLIN, Ricardo. *Controle judicial da arbitragem*. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 178.

sequer subsidiariamente,[7] exceto quando as partes autorizarem ou quando a Lei de Arbitragem assim o disser (e.g. hipóteses de impedimento e suspeição, conforme art. 14);

(ii) porque impor às partes a aplicação de diploma processual por elas não escolhido seria transgredir os limites da convenção de arbitragem;

(iii) e porque os árbitros não são frações da estrutura judicial hierarquizada que pudesse submetê-los às decisões tomadas por instâncias superiores, de modo que uma das premissas conceituais do que é um precedente – i.e. decisão que tira sua força não somente da persuasão da regra que constitui o conteúdo da decisão, mas também do órgão judicial que o dita, assim fazendo-o vinculativo pela hierarquia superior do juízo de que deriva, em face das instâncias inferiores[8] – não está presente para produzir, por essa razão, vinculatividade aos árbitros.

A outra face da questão, porém, convoca refletir se, independentemente das regras processuais e da hierarquia judicial, os precedentes estabelecem alguma sorte de vinculatividade *material* aos árbitros, de modo a impor que deles não se desgarrem não porque a lei processual assim dita, nem porque emanados de estrutura hierárquica de que os árbitros seriam componentes, e sim porque, no conteúdo, eles possam dispor de força jurígena suficiente para estabelecer tal vinculatividade.

A resposta a esse segundo enfoque da indagação nos parece positiva. Mas a resposta não é positiva porque a lei processual inaugurou uma nova sistemática de fontes jurídicas no direito brasileiro, de que o precedente passou a ser fonte primária e, assim, com eficácia vinculativa reforçada. Diz-se isso seja porque o CPC/2015 não trouxe modificações verdadeiramente abruptas sobre a matéria, uma vez que, ainda sob a vigência do CPC/1973, já se vinha caminhando no sentido de dar mais peso à jurisprudência;[9] seja porque houvesse intento modificativo das fontes, ter-se-ia operado alteração na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, que é clara ao descrever que à decisão judicial cabe o papel de interpretação *da lei* e de integração *da lei* (art. 4º). Ora, reconhecem os estudiosos de comparação jurídica que a diferença entre os sistemas de *civil law* e *common law* se situa a nível de "formantes jurídicos", que não sofrem modificação por decreto[10] nem mudam de figura pela circunstância de se passar a adotar a sistemática processual que reforça os precedentes.[11] O CPC/2015, ao inserir os arts. 489 e 927 ao subsistema processual, não inaugurou, no rol de fontes jurídicas de nossa tradição jurídica, hipótese nova, antes inexistente, nem transformou o acessório em principal.

De outro lado, os precedentes produzem vinculatividade material aos árbitros por outra tríade de razões que se pode abaixo resumir, a partir do que se vem firmando nos debates do tema:

(i) porque a jurisprudência é tradicional fonte do direito brasileiro, daí se afirmando que o trabalho do juiz no direito brasileiro é *alográfico*: ele completa o trabalho do legislador, dando a ele a arte

---

7 Sobre a inaplicabilidade das disposições do CPC/2015, por todos: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 289-290; CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. *Revista de Arbitragem e Mediação.* São Paulo: RT, 2011, v. 28, p. 47-63; PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Processo Arbitral e Sistema.* São Paulo: Atlas, 2012, p. 105.

8 MORETTI, Francesca. El precedente judicial en el sistema inglés. In: GALGANO, Francesco (coord.). *Atlas de Derecho Privado Comparado* (trad. Juan Antonio Fernández Campos e Rafael Verdera Server). Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 31. Tal não significa que, na tradição inglesa, os juízes de instâncias superiores não se dobrem, muitas vezes, à força persuasiva de decisões inferiores, ocasiões, porém, em que é somente a persuasão, sem a vinculatividade produzida pela hierarquia, que constrói a ocasião para que, de baixo para cima, se edifique o precedente. Daí que se estabeleça a *summa divisio* entre *binding precedents* e *persuasive precedents*, "deduciéndose la segunda categoría *a contrariis*, por la ausencia del requisito de la obligatoriedad" (ibidem, p. 35-37).

9 Isso já se via dos arts. 285-A (introduzido pela Lei Federal nº 11.277/2006), 475, § 3º (Lei Federal nº 10.352/2001), 543-B e 543-C (Lei Federal nº 11.672/2008) e art. 544, § 4º (Lei Federal nº 12.322/2010), daquele diploma; e isso se vê, assim, dos próprios incisos I a V do novo art. 927, haja vista atribuírem vinculatividade a uma lista de decisões que já se extraía de regras positivas precedentes. Basta notar, indo na particularidade de seus incisos, que o respeito a decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade (inc. I) já vinha consolidado pelo art. 102, § 2º, da própria Constituição Federal (conforme redação determinada pela Emenda Constitucional nº 45/2004); que a necessária observância de enunciados de súmulas vinculantes (inc. II) constava já do art. 103-A da Constituição Federal (também conforme Emenda Constitucional nº 45/2004); que a vinculatividade de decisões tomadas em demandas repetitivas (inc. III) já era decorrência dos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil de 1973, conforme reforma introduzida em 2008; que o respeito a enunciados de súmulas do STJ e do STF (inc. IV), apesar de não haver mandamento explícito anterior nesse sentido, era derivação reconhecida dos arts. 465, § 3º, e 544 do antigo Código, haja vista embasar eficácia imediata da sentença e a negativa de seguimento ou o provimento de plano de recursos a tribunais superiores se houvesse descompasso ou enquadramento às suas súmulas; e que o respeito às orientações de plenário ou de órgão especial a que vinculados juízes e tribunais (inc. V) era ponto disciplinado, há muito, por Regimentos Internos dos Tribunais.

10 A expressão "formantes jurídicos" é de Rodolfo Sacco em texto célebre, e quer designar os elementos de um dado sistema jurídico que designam as fontes principais e as fontes secundárias ali atuantes, que se formaram historicamente e são manifestações da cultura jurídica de um povo (SACCO, Rodolfo. Legal formants: a dynamic approach to comparative law. *The American Journal of Comparative Law*, v. 39, 1991).

11 Do mesmo modo que os sistemas anglo-americanos passaram a trabalhar cada vez mais com leis escritas (Inglaterra e Estados Unidos são exemplos disso), nos sistemas do chamado "direito continental" a importância do precedente tem crescido, sem que, contudo, um ou outro sistema jurídico se tenha descaracterizado. Sobre isso: DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 434-435; MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). I*nterpreting precedents: a comparative study.* England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, passim; GALGANO, Francesco. El precedente judicial en civil law. In: GALGANO, Francesco (coord.). *Atlas de Derecho Privado Comparado* (trad. Juan Antonio Fernández Campos e Rafael Verdera Server). Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2000, p. 76 e ss.

final ou completando-o no que foi lacunoso,[12] disso decorrendo que os precedentes não têm *autonomia* em relação à lei no sistema jurídico brasileiro, mas atuam de modo acessório, *interpretando-a* e *integrando-a*, tanto por isso sendo reconhecidos como fonte secundária;[13]

(ii) porque quando os contratantes constroem sua convenção de arbitragem e, expressa ou implicitamente, escolhem o direito material brasileiro como aplicável, eles não o fazem por tiras ou por fragmentos, mas o direito inteiro: as leis, a interpretação que lhes dá jurisprudência e doutrina, os usos e os costumes, tanto quanto aquilo que é integrado por essas mesmas fontes, em caso de lacuna; as partes não optam apenas pelo texto cru da lei, mas pela cocção procedida pelas demais fontes jurídicas, e pelo produto normativo que essa interpretação-aplicação entrega, de modo que o compromisso do árbitro, por isso, não é com os ingredientes crus, mas com o produto de sua prática aplicativa, manuseado e elaborado por decisões judiciais e textos de doutrina;

(iii) e porque, quando se fala da jurisprudência enquanto fonte jurídica materialmente vinculativa, fala-se das decisões derivadas dos órgãos jurisdicionais que tem competência constitucionalmente outorgada para se pronunciarem, de modo definitivo (em última instância), sobre a interpretação da legislação federal e da Constituição, i.e. o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, conforme arts. 105, inc. III, e 102, *caput* e incisos I, "a", e III, a estes acrescendo os Tribunais locais para as hipóteses em que são os órgãos a dar a última palavra sobre a questão posta, como no caso da interpretação de direito municipal.

Está-se, portanto, no plano da vinculatividade *material*, e não *formal*, da jurisprudência. O árbitro, ao ignorar a consolidada interpretação dos tribunais sobre determinado dispositivo legal, está contrariando não somente a jurisprudência, mas também a lei, cujo conteúdo normativo é, muitas vezes, esclarecido, desdobrado, complementado ou integrado pelos precedentes. Está a desconsiderar (*disregard*), noutras palavras, o direito brasileiro e, assim, a convenção de arbitragem que o escolheu como aplicável, a fixar os limites dentro de que o árbitro há de se mover.

Questão diversa e que acresce a esta, porém, é saber o que fazer com sentença que assim atua. Também são três – e para finalizar – as possíveis respostas a respeito:

(i) uma parcela de autores tem sustentado que não se dispõe de qualquer remédio judicial face à sentença que não presta observância a precedentes, haja vista tal decisão plasmar, no máximo, *error in procedendo* (se ausente o enfrentamento) ou *error in judicando* (se incompatível no conteúdo), assim insuscetível da ação anulatória prevista no art. 32 da Lei Brasileira de Arbitragem;[14]

(ii) outra parcela, pequena, contudo, sugere a via da Reclamação nas hipóteses em que determinada decisão (judicial ou não; os dispositivos são inespecíficos) desafie a autoridade das respectivas Cortes,[15] entendimento que tem sido objetado porque, a um, trata-se de remédio integrante do subsistema de direito processual, não transbordando ao campo arbitral; e a dois, presume desrespeito hierárquico entre órgãos inferiores a decisões dos órgãos superiores;

(iii) e uma parcela maior tem sugerido a via da ação anulatória, alguns baseados em ofensa à ordem pública, nas raras ocasiões em que ocorra,[16] nada obstante as objeções de tal serem hipótese não prevista, de propósito, pela Lei de Arbitragem; outros baseados no inc. III do art. 32 da Lei de Arbitragem, uma vez que, sem alusão ao precedente aplicável, ter-se-ia desatendimento ao requisito da sentença arbitral plasmado no art. 26, inc. II, que impõe conter os fundamentos de fato e de direito

---

12 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26-27.

13 REALE, Miguel. *Fontes e Modelos do Direito. Para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70. Também: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004, *passim*.

14 E.g. ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do novo CPC? *Jota*, 07/11/2016.

15 Conforme fixado pelos arts. 988 a 993 do CPC/2015 e desdobrado pelos Regimentos Internos de STJ (arts. 187 e 188, inc. I) e STF (arts. 156 a 160). Assim AMARAL, Guilherme Rizzo. *Judicial Precedent and Arbitration: are arbitrators bound by judicial precedent? A comparative study of UK, US and Brazilian Law and Practice*. London: Wildy, Simmonds & Hill Pub., 2017, p. 143-145.

16 AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Arbitragem, os precedentes e a ordem pública. In: *Doutrina. Edição Comemorativa. 30 anos do STJ*. Brasília: STJ, 2019, p. 201 e ss.; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 265 e ss.; LEE, João Bosco. *Arbitragem Comercial Internacional nos países do Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 206-207; SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, 2020, v. 66, p. 139 e ss.; VALENÇA FILHO, Clávio. *Poder Judiciário e sentença arbitral: de acordo com a nova jurisprudência constitucional*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 163; VERÇOSA, Fabiane. *A aplicação errônea do direito pelo árbitro*. Curitiba: CRV, 2015, p. 189 e ss.

manejados pelo julgador,[17] sugestão que é objetada por haver casos em que haverá fundamentação, mesmo deixando de aplicar precedente judicial; e outros, ainda, que procuram construir a janela de anulação pelo inc. IV do art. 32 da Lei de Arbitragem, uma vez que desrespeitar o direito escolhido como aplicável seria proferir sentença fora dos limites da convenção de arbitragem.[18]

Reitere-se, contudo, que qualquer dos remédios é tido por excepcionalíssimo, também porque são excepcionalíssimos os casos em que os tribunais arbitrais se afastam do direito material escolhido pelas partes. O direito, porém, tem esta como uma de suas funções: proteger expectativas e estabilizar diante do incerto, talhando regras e possibilidades de revisão não tanto para a normalidade e a rotina, mas para o excepcional e o crítico, estabilizando mesmo quando das raras e limítrofes situações de ativismo arbitral.[19]

17 ABBOUD, Georges. Jurisdição constitucional vs. arbitragem: os reflexos do efeito vinculante na atividade do árbitro. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, v. 214, p. 271 e ss.; MACÊDO, Lucas Buril de; ALMEIDA, Maria Eduarda. Os precedentes obrigatórios vinculam o tribunal arbitral? *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2020, v. 305, p. 380 e ss.

18 Como entendem também outros autores, alguns deles os mesmos que admitem dupla possibilidade, também por outras janelas do art. 32, e.g.: SALOMÃO, Luis Felipe; FUX, Rodrigo. Arbitragem e precedentes: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, 2020, v. 66, p. 139 e ss.

19 Sobre isso, tratamos em NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e "lex mercatoria". *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, 2015, v. 12, p. 89-122.

AUTOR

GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO NITSCHKE

A PRESCRIÇÃO E CPC/2015

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A interrupção da prescrição e a citação. A prescrição analisada de ofício. 4. A suspensão da prescrição na execução. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A prescrição talvez seja a matéria de *direito material* mais indissociável do *fenômeno processual* do ordenamento brasileiro. A proximidade é tanta que houve, no passado, confusão teórica: a prescrição foi regrada (é, ainda, em outros países) como perda de *direito de ação*, ou como *defesa processual*.

Não é o caso: com a autonomia do direito processual em relação ao direito substantivo, a prescrição passou a ser compreendida como *exceção substancial*, que susta a exigibilidade (pretensão) de um crédito. Quem invoca prescrição não nega o direito da contraparte, mas sim se recusa a atendê-lo porque a lei assim a autoriza, a bem da estabilização das relações depois de prazos pré-fixados.

Essa recusa pode se dar em juízo ou fora dele, com mesmos efeitos. Mas é em juízo que o debate da prescrição interessa mais de perto. O processo não é apenas uma *arena* onde se debate a prescrição: o ajuizamento de demanda afeta a prescrição e, reciprocamente, a prescrição afeta o ajuizamento da demanda. Entender *como* isso se dá é essencial.

Além do interesse das partes, a prescrição toca também em interesses sociais relevantes. Com um volume de processos superior a 80 milhões[1] no país, não é de se espantar que o Estado brasileiro busque medidas para abreviar seu curso com mecanismos que autorizem a extinção, com exame de mérito, de debates envelhecidos.

Para esses fins particulares e sociais, o CPC/2015 trata da prescrição em três momentos centrais: o primeiro deles diz respeito à interrupção da prescrição com a citação; o segundo, à possibilidade de o Juízo reconhecer de ofício a prescrição; e o terceiro, à suspensão da prescrição na execução. Vamos a eles.

2. A INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO E A CITAÇÃO

O CPC/2015 dispõe que a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação, desde que haja a citação válida (art. 240, p.u.). Para que tal fenômeno ocorra, o parágrafo 2º do mesmo artigo exige mais: devem ser adotadas pela parte autora as *"providências necessárias para viabilizar a citação"* em dez dias.

A doutrina destaca que tais providências são mesmo aquelas simples como recolhimento de custas, indicação de endereço e cópia da petição inicial necessárias à operacionalização do ato (quando os autos forem físicos). Não se incumbe à parte autora o próprio ato de citação, que, aliás, feito de mão própria, não produziria efeitos.

A experiência forense tem demonstrado que o prazo de dez dias é tratado com flexibilidade, sendo prorrogado pelo Juízo quando houver justa causa a tanto. A diligência da parte autora é premiada com a retroação da interrupção da prescrição à data do ajuizamento da ação.

Melhor sorte não socorre o autor desidioso.[2] O autor que não diligencia para viabilizar a citação não se beneficia da retroação e, portanto, pode ter sua pretensão fulminada pela prescrição se a citação ocorrer após a fluência do referido prazo.[3] Interrupção pela citação sempre haverá, porque é ato processual tendente ao exercício da pretensão; retroação, contudo, não haverá.

---

1 Segundo dados do "Relatório Justiça em Números" de 2018 do CNJ.

2 ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pos. 9847

3 Por todos: TJSP; Apelação Cível 1002523-60.2019.8.26.0047; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Assis - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2021; Data de Registro: 27/02/2021: "AÇÃO MONITÓRIA – Sentença que julgou procedente o pedido da autora – Insurgência da ré – Cabimento – Prescrição configurada – Ação ajuizada antes do esgotamento do prazo prescricional – Embora a interrupção da prescrição se dê com o despacho que a ordenar, a citação é imprescindível para conferir-lhe tal eficácia e deve suceder no prazo e na forma que o Código de Processo Civil prescreve **–** *Ausência de culpa do serviço judiciário pela demora na citação - Autor que por sucessivas vezes deixou de recolher os valores necessários para realizar o ato de citação e permaneceu inerte sem tomar as providências cabíveis para que o ato fosse realizado em tempo hábil* – RECURSO PROVIDO."(g.n.)

O parágrafo terceiro do art. 240 dispõe ainda que a demora que seja imputável ao Judiciário não pode prejudicar a parte.[4] O enunciado da Súmula 106 do STJ,[5] firmado em 1994 já dispunha no mesmo sentido.

A previsão é de simples compreensão para quando o Judiciário não está disponível, como por exemplo o escoamento do prazo durante greve forense que inviabilize atendimento forense, ou indisponibilidade de sistemas eletrônicos com o mesmo efeito. Mas a jurisprudência vai além e reconhece que a prescrição não se opera quando a morosidade forense afeta os atos processuais.[6] A ressalva é feita para evitar que a demora nos serviços do Judiciário, além de já trazer malefícios ao curso da ação, impossibilite o exercício da pretensão da parte autora em Juízo.

A solução é a mesma quando, em diversas oportunidades, a jurisprudência reconhece a não ocorrência da prescrição em razão da dificuldade de localizar o réu,[7] a despeito dos esforços da parte autora. Aqui, os recursos podem e devem incluir diligências judiciais e extrajudiciais: busca de cadastros, pesquisas on-line, expedição de ofícios a prestadoras de serviço, quebra de sigilos em dados da Receita Federal e outros.

Assim, sendo ajuizada a ação antes do prazo prescricional e sendo a parte autora diligente, a prescrição não se verificará caso a citação válida do réu ocorra após o prazo, por demora que não seja atribuível ao autor. O objetivo parece ser de conferir segurança jurídica para as demandas que caminhem bem e encerrar aquelas que se prolongam indevidamente no Judiciário.

É necessário, portanto, antes de se arguir a ocorrência da prescrição no início do processo, analisar com cautela se eventual demora na citação ocorreu por (i) desídia da parte; (ii) dificuldade de localização do réu ou (iii) morosidade do Judiciário. Somente a desídia da parte parece poder afastar a interrupção retroativa da prescrição, com a fluência de seu prazo, podendo, a princípio, ser analisada de plano pelo magistrado.

3. A PRESCRIÇÃO ANALISADA DE OFÍCIO

A possibilidade de declarar a prescrição de ofício é uma absoluta exceção criada pela legislação brasileira. A doutrina[8]-[9] reagiu, portanto, de forma dura às inovações legais a esse respeito. Ainda que a reforma com essa previsão seja anterior ao CPC/2015, por meio da Lei nº 11.280/2006, o Código manteve disposição no mesmo sentido.

O parágrafo primeiro do art. 332 do CPC/2015 dispõe que "[*o*] *juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição*." A doutrina questiona, no entanto, a aplicação do referido artigo, conjugada com a dinâmica estabelecida no parágrafo único do art. 487 do CPC,[10] que exige a manifestação das partes.

---

4 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. *Livro* p. 725. *Livro eletrônico*.

5 "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência."

6 Por todos: TJSP; Apelação Cível 0006267-62.2014.8.26.0045; Relator (a): Melo Bueno; Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado; Foro de Arujá – 1ª Vara; Data do Julgamento: 28/01/2021; Data de Registro: 28/01/2021: "Locação de imóvel – Ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança – Prescrição, ante a ausência de citação – Inocorrência – Inexistência de atitude desidiosa do autor, no caso concreto – *Demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário* – Incidência da Súmula nº 106/STJ – Prescrição afastada – Recurso provido." No mesmo sentido: TJSP; Apelação Cível 0018827-51.2010.8.26.0053; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Central – Fazenda Pública/Acidentes – 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 24/09/2020; Data de Registro: 01/10/2020: "Apelação – Ação de Reparação de Danos – Insurgência contra sentença que extinguiu o feito em razão do reconhecimento de prescrição intercorrente – Respeitado o posicionamento adotado em Primeira Instância, é de rigor a reforma da r. sentença impugnada – Caso dos autos em que a *demora processual não pode ser atribuída a eventual desídia do requerente – Morosidade decorrente do próprio mecanismo de Justiça* – Inteligência da Súmula 106/STJ (...)" (g.n.)

7 Por todos: TJSP; Apelação Cível 0006223-88.2007.8.26.0562; Relator (a): Ricardo Pessoa de Mello Belli; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos – 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/03/2021; Data de Registro: 01/03/2021: "Apelação – Cédula de crédito bancário – Execução por título extrajudicial – Prescrição "intercorrente" proclamada de ofício pela sentença – Irresignação procedente – Inexistência de desídia por parte do exequente – Prazo extintivo que se interrompeu no instante do ajuizamento da demanda, haja vista não ser imputável ao exequente a demora na verificação do chamamento, ainda não realizado – *Alongamento do feito decorrendo, exclusivamente, de dificuldades na localização dos executados* – Inteligência do art. 219, §§ 1° e 2°, do CPC/1973, então em vigor (CPC/2015, art. 240, § 1º) – Sentença afastada, para que o processo retome seu curso. Deram provimento à apelação."(g.n.) No mesmo sentido: TJSP; Agravo de Instrumento 2080712-50.2017.8.26.0000; Relator (a): J. B. Franco de Godoi; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto – 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/08/2017; Data de Registro: 16/08/2017: "Agravo de Instrumento – Exceção de pré-executividade – Alegação de ilegitimidade passiva – Microempresa com único sócio – Patrimônio individual que se confunde com o da empresa individual – Recurso improvido. Agravo de Instrumento – Exceção de pré-executividade – Alegação de prescrição dos títulos – *Demora na citação dos executados que não ocorreu por desídia da recorrida, mas por dificuldades de localização dos executados* – Interrupção do prazo prescricional que retroage à data da citação – Art. 219, CPC/1973 – Recurso improvido." (g.n)

8 CÂMARA, Alexandre Freitas, Reconhecimento de ofício da prescrição: uma reforma descabeçada e inócua, disponível em http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1020.htm (acesso em 07 de março de 2021).

9 JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Prescrição e Decadência*. – 1ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 22.

10 Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; (...) Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332 , a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

Visando coibir prolações de decisão surpresa, o CPC/15 fez bem ao estabelecer o contraditório antes da resolução de mérito por ocorrência da prescrição. Ao Juízo não é dado, por exemplo, adivinhar a ocorrência de alguma causa de interrupção, impedimento ou suspensão do prazo, ou ao mesmo a renúncia à prescrição, que subsiste nos termos do art. 191 do Código Civil. Não se pode supor, também, que a parte autora tenha ônus de voluntariar essas informações (típicas matérias de réplica) desde logo, pavimentando o caminho de teses defensivas da contestação.

A doutrina[11] parece entender que, para que se compreenda o sistema processual de forma harmoniosa, é sempre necessária a oitiva das partes a respeito da prescrição. Assim, a celeridade como orientação estatal para a administração da Justiça não vem ao sacrifício de oportunidade de parte afetada falar, antes da decisão, a respeito do tema.

Por meio do Incidente de Assunção de Competência no REsp de nº1.604.412[12], o STJ consolidou o entendimento de que "[o] *contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, que deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição*".

Seguindo a orientação do STJ, os Tribunais de Justiça em todo país pacificaram entendimento no mesmo sentido[13], determinando a oitiva das partes sob o princípio da vedação à decisão surpresa. Desse modo, ainda que o poder conferido aos juízes para conhecer de ofício a prescrição seja clara demonstração do interesse de busca pela celeridade na condução dos processos, há mitigação desse poder na prática.

Uma última nota merece registro: pelo caráter público da previsão do CPC/2015 (administração da justiça), a cognoscibilidade de ofício da prescrição é restrita ao Judiciário. Não havendo previsão legal que estenda o conhecimento de ofício à arbitragem, nos procedimentos arbitrais a prescrição deve ser arguida pelas partes.[14] É incompatível, então, que o árbitro possa conhecer de ofício a prescrição.

4. A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO NA EXECUÇÃO

O CPC/2015 estabeleceu um procedimento claro sobre a suspensão da prescrição da execução para pagamento de quantia certa, superando grande debate jurisprudencial e esclarecendo quanto a aplicação da prescrição intercorrente em processos de natureza cível.

O mecanismo já era adotado na esfera fiscal[15] e é constituído da seguinte forma: especificamente para a hipótese de não localização de bens do exequente, o art. 921, inciso III e seus parágrafos[16] estabeleceu que, a pedido da parte, a execução pode ser suspensa pelo prazo de um ano, com a remessa dos autos ao arquivo.

Decorrido o prazo de suspensão, os autos retornam do arquivo e se inicia (imediatamente ao expirar do prazo, e não com o retorno) o prazo da prescrição intercorrente. O Juízo pode, após o escoamento do prazo e a oitiva das partes, extinguir o feito quando verificada a prescrição.

---

11 ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pos. 9863.

12 REsp 1604412/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 27/06/2018, DJe 22/08/2018.

13 A exemplo, confira-se TJSP; Apelação Cível 1034580-22.2018.8.26.0224; Relator (a): Ramon Mateo Júnior; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos – 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/01/2020; Data de Registro: 20/01/2020: "Embargos à Execução. Sentença de extinção do feito, com o reconhecimento da prescrição intercorrente, nos moldes do art. 487, II, do CPC. Recurso da exequente. Necessidade de observância aos artigos 10 e 487, parágrafo único, do CPC*, com prévia intimação do credor para se manifestar sobre a prescrição, evitando a prolação de 'decisão surpresa'*. Tese firmada pelo STJ na Resolução do IAC/REsp 1.604.412/SC. Sentença anulada para determinar o regular processamento do feito. Apelo provido." Na mesma linha: TJSP; Apelação Cível 0235432-83.2006.8.26.0100; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/07/2019; Data de Registro: 22/07/2019: "Execução de Título Extrajudicial – Contrato de empréstimo – Reconhecimento, de ofício, da prescrição intercorrente – Extinção do processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 924, V, do CPC/2015 – Credor que não foi previamente intimado para se manifestar sobre a causa extintiva – Inobservância do princípio do contraditório que gerou "Decisão Surpresa" – Inteligência do CPC/2015, artigos 10 e 487, parágrafo único – Entendimento firmado pelo C. STJ no IAC 1, tese 1.4, no REsp nº 1.604.412-SC, de efeito vinculante (CPC/2015, art. 947, § 3º) – Desconstituição da sentença, de ofício, com retorno dos autos ao juízo "a quo" para prosseguimento da execução com prévia intimação do credor para se manifestar sobre eventual ocorrência de prescrição intercorrente, decidindo-se o que de direito – Recurso não conhecido por articulado em outros fundamentos – Recurso não conhecido e, de ofício, desconstituída a sentença, com determinação."

14 ARMELIN, Donaldo. "Arbitragem e Prescrição". *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n.8, p. 72, jan-mar, 2006.

15 STJ, Súmula 314: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente."

16 Art. 921. Suspende-se a execução: (...) III - quando o executado não possuir bens penhoráveis; (...) § 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição. § 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis. § 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente. § 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

O mecanismo suspensivo precisa, no entanto, ser invocado pela parte exequente, isto é, caso a execução se prolongue no tempo, sem impulsionamento e sem que sejam localizados bens e a suspensão não seja requerida, a prescrição intercorrente se verifica.[17]

Retomado o prazo, segue a valer a regra – ainda que com linguagem notadamente desatualizada – do enunciado da Súmula 150 do STF, segundo o qual "*prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação*.". Assim sendo, "*o prazo de prescrição da pretensão* [em momento da lide] *executiva é o mesmo da pretensão* [atrelada a postulação] *condenatória correspondente*".[18] A exceção se dá para execuções individuais de sentenças proferidas em ação civil pública, que podem ter prazos diversos, conforme legislação específica a regular o direito postulado em juízo.

Importante destacar que o art. 1.056, ao fazer referência ao art. 924, V, estabeleceu regra de transição que o termo inicial da prescrição intercorrente para as execuções que estavam em curso quando da entrada em vigor do código. Segundo a previsão, a data de vigência do CPC/2015 deveria ser considerada como termo inicial. Após debates, a doutrina[19] apresenta críticas à renovação do prazo. A jurisprudência[20], no entanto, aplica o entendimento de forma pacificada.

5. CONCLUSÃO

A interferência da prescrição se verifica no processo civil em três oportunidades:

a) A prescrição é interrompida com a citação válida, considerando-se a data da interrupção quando do ajuizamento da ação, desde que a parte tenha diligentemente viabilizado o procedimento para a citação;

b) Ainda que se possa conhecer de ofício a prescrição, as partes devem ser ouvidas para que não haja decisão surpresa e para que se tome conhecimento de eventual causa de interrupção ou renúncia desconhecida pelo Juízo – regra que não se aplica às arbitragens; e

c) Na execução por quantia certa, em não se localizando bens do executado, é facultado ao exequente requerer a suspensão do feito pelo período de um ano, prazo que, após encerrado, dá ensejo à retomada da contagem da prescrição intercorrente.

Em todas as oportunidades, conclui-se que, antes de reconhecida a prescrição e extinta a ação com exame do mérito, as partes devem ser instadas a se manifestar. Bem aplicada, a prescrição segue a prestar serviço relevante à segurança jurídica no sistema legal brasileiro.

6. REFERÊNCIAS

ARMELIN, Donaldo. "Arbitragem e prescrição". *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, n.8, p. 72, jan-mar, 2006.

ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Reconhecimento de Ofício da Prescrição: uma reforma descabeçada e inócua*. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1020.htm. Acesso em: 07 de março de 2021.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. *Prescrição e Decadência*.1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado.* 3 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) et al. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AUTORES

JULIO G. ANDRADE NEVES
MARIANA A. P. DE ASSUMPÇÃO

17 ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pos. 33601.
18 ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pos. 33735.
19 ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pos. 33746.
20 Por todos, confira-se TJSP; Apelação Cível 0011929-68.2006.8.26.0568; Relator (a): Alberto Gosson; Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Foro de São João da Boa Vista – 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/05/2018; Data de Registro: 28/05/2018: "Prescrição intercorrente. Execução de Título Executivo Extrajudicial. Pedido de Suspensão por não terem sido encontrados bens do executado. Pedido de iniciativa do Exequente e determinado pelo juízo de primeiro grau. Sentença de Reconhecimento da Prescrição Intercorrente e Extinção da Execução proferida e publicada sob a égide do Código de Processo Civil em vigor. *Atendimento à Regra Processual de Transição, o art. 1.056 CPC/2015, que normatiza: o termo inicial do prazo da prescrição intercorrente, inclusive das execuções já em curso, é a data de vigência do aludido código, qual seja, 18 de março de 2017*. Coibição do efeito surpresa. Necessidade de intimação pessoal da parte e da inércia/desídia da mesma após tal ato. Precedentes do colendo STJ e deste egrégio TJSP. Recurso provido para anular a respeitável sentença e para que se prossiga com a execução em seus ulteriores termos para efeito do disposto no artigo 1.056 do CPC/2015." (g.n.)

CONTRADITÓRIO E RECORRIBILIDADE NA AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Limites do §4º do artigo 382 do CPC às decisões interlocutórias. 2.a. O mandado de segurança. 2.b. O agravo de instrumento. 3. Conclusão. 4. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Já faz algum tempo que a prova, no processo civil, não é mais encarada como um fim em si mesmo, mas como elemento instrumental, uma ferramenta ao dispor das partes e do juiz para a solução de um litígio.[1]

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil (CPC) modificou o procedimento da produção antecipada de prova que era regulado pelos artigos 846 e 847 da antiga lei processual, e trouxe às partes a possibilidade de ação probatória autônoma, de emprego incidental, que possibilita e protege o interesse de antecipar a produção de determinada evidência que possa ter o fito, ainda que eventual, de ser utilizada em um processo futuro.

A opção do legislador parece quebrar, ainda que com timidez, a burocracia contenciosa brasileira e dar à resolução de disputas no país ferramentas que já são bem conhecidas na *common law*. É inegável que o intuito de descobrimento de provas que possam auxiliar na avaliação do litígio ainda em seu início (ou, no caso brasileiro, antes mesmo de começar) se aproxima da técnica do *Discovery*,[2] empregada no sistema processual norte-americano justamente para evitar que as partes caiam em uma disputa às cegas, podendo estimar suas chances e até mesmo buscar um acordo em tempo útil. Ressalvadas as diferenças[3], a inspiração é inegável.

Pois bem. De volta ao Brasil, o fato é que a redação legislativa não deixou o procedimento de livre admissibilidade, mas enumerou as hipóteses de cabimento da produção antecipada de prova ao longo dos incisos do art. 381. Conquanto tenha sido mantida a hipótese prevista no Código de Processo Civil de 1973, de acolhimento da antecipação nos casos de risco na produção futura da prova, o Código atual inova e é expresso em admitir o procedimento nas hipóteses em que "a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição" – *à lá Discovery*[4] – ou em que "o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação."[5]

O foco da discussão, contudo, reside no seguinte: a doutrina é basicamente uníssona em relação à intenção legislativa de estabelecer a produção antecipada de prova como uma atividade jurisdicional não conflituosa[6]. Isso porque a finalidade

1 Nesse sentido Humberto Theodoro Júnior, sobre o papel do juiz na direção da instrução probatória de que "A todo poder do juiz corresponde um direito da parte, que portanto poderá exigir que seja exercido no processo [a instrução probatória], segundo se torne necessário para ser alcançada a justa composição da lide." THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo justo: O juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real,* Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 80, nov. 2009.

2 Vide NETO, M., (org.), *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior* – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 373.

3 Bem reparadas na obra de Marcelo José Magalhães Bonizzi, sendo a principal distinção o objetivo do CPC de se evitar o ajuizamento da ação, visto que, no sistema norte-americano, a *discovery* é uma fase natural do processo. Vide: BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: Teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *Livro eletr*ônico.

4 Ibidem.

5 Incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil.

6 GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. "A produção antecipada de provas em litígios empresariais – reflexões sobre a estratégia". In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto. (Org.). *Direito dos Negócios Aplicados*. 1ª ed. v. 1. São Paulo: Almedina, 2015, p. 255-270.

da norma seria de obstar o revolvimento do mérito, já que tal debate extrapolaria a própria competência do juízo em tal procedimento. A concepção platônica da norma, portanto, seria de meramente entregar às partes instrumento que lhes possibilite avaliar a viabilidade de um litígio e de preservar um direito que eventualmente possa ser exercido. Por esse motivo, o §4º do artigo 382 do CPC veda, ao primeiro olhar, o contraditório e a recorribilidade na produção antecipada de prova.

No entanto, é sabido que a realidade contenciosa em muito diverge do mundo das ideias. Exemplos não faltam sobre situações em que a antecipação da produção da prova levará ao prejuízo de alguma das partes. Há que se deferir *inaudita altera pars* a exibição de documentos confidenciais? Pode-se desatribuir o caráter contencioso da decisão que impede uma das partes de contraditar uma testemunha? É possível dar seguimento à perícia que viole o sigilo fiscal de um terceiro? Ainda que se admita que o juiz não possa instaurar o debate sobre o direito material da eventual ação principal no bojo da ação probatória autônoma, urge a estranheza sobre a aparente tentativa do legislador de vedar, de maneira absoluta, o contraditório e a ampla defesa no procedimento.

E é sobre isso que se falará a seguir, delimitando-se a debater a irrecorribilidade proposta na legislação, especialmente às decisões interlocutórias proferidas durante o procedimento, com uma breve análise da jurisprudência que vem se formando em torno da matéria.[7]

2. LIMITES DO § 4º DO ARTIGO 382 DO CPC ÀS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

Tal qual mencionado, o legislador editou o parágrafo quarto do artigo 382 do CPC, que afirma que "neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário". No entanto, como também já apresentado, são várias as hipóteses em que uma decisão no curso do procedimento possa causar prejuízo a uma parte ou a terceiro.

Mas, se o Código é expresso em vedar recurso em face de decisões que possam causar prejuízo no procedimento, o que resta ao lesado para garantir o princípio constitucional instituído no popular artigo 5º, LV, da Constituição Federal? Afinal, nessa altura do campeonato, não nos parece lógico que decisões judiciais prejudiciais possam, de fato, ser indiscutíveis, sob pena de horripilante retrocesso que indubitavelmente não constava na intenção legislativa.[8] Dessa maneira, duas são as hipóteses que nos são apresentadas para impugnar, no procedimento ora debatido, decisões interlocutórias que possam causar prejuízo a uma das partes.

a. O mandado de segurança

À primeira vista, intuindo-se evitar qualquer interpretação contra a lei, tem-se o mandado de segurança como instrumento hábil a impugnar a decisão irrecorrível que viole direito líquido e certo da parte.

A utilização do *writ* como meio de discussão de atos judiciais irrecorríveis é pacífica no ordenamento,[9] de maneira que sua utilização em face de decisões interlocutórias no âmbito da produção antecipada de prova é atrativa aos juristas que leem no Código regra de irrecorribilidade absoluta, mas não de indiscutibilidade cabal.[10]

Aparentemente, a atração é justificada. Dessa forma, é possível verificar uma consolidação de precedentes jurisprudenciais[11] que defenderam o cabimento do mandado de segurança na hipótese, independentemente de considerarem ou não que houve a violação pressuposta pela parte – o que, ao nosso ver, é uma das dificuldades do

7 Para fins de especificação da matéria, a análise jurisprudencial se focará especialmente nas tendências do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo.

8 Sobre isso, Teresa Arruda Alvim: "Não se pode negar ao réu, sob pena de inconstitucionalidade, o direito de se defender. O que se permite é limitar o âmbito da defesa, proibindo que se pretenda instaurar controvérsia sobre os fatos em si. Mas o réu poderá alegar questões de ordem pública, tais como a ilegitimidade das partes e a falta de interesse de agir decorrente, por exemplo, da inadequação do meio de prova pretendido pelo autor para demonstração do fato, ou da existência de ação anterior com idêntico objeto, em que a prova já tenha sido produzida." (P*rimeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 662). No mesmo sentido: Fernando da Fonseca Gajardoni (*Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 312), Eduardo Talamini (Op. Cit.) e outros.

9 Como se vê nos julgados do Superior Tribunal de Justiça - RMS: 32204 BA 2010/0094408-9, de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti e julgado em 10/05/2011 e RMS: 34926 SP 2011/0140577-0, de relatoria do Ministro Herman Benjamin e julgado em 25/10/2011.

10 TALAMINI, Op. Cit.

11 Nesse sentido: TJSP; Mandado de Segurança Cível 2124276-11.2019.8.26.0000, julgado em 24/04/2020; TJSP; Mandado de Segurança Cível 2187484-66.2019.8.26.0000, julgado em 29/10/2019.

writ na produção antecipada de prova. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já adotou recentemente essa alternativa, ainda que no caso tratasse da decisão final homologatória e não de ato interlocutório[12].

Embora a discussão por meio de mandado de segurança seja defensável, essa não nos parece a melhor alternativa, por dois motivos. A um, o conceito de ofensa de direito líquido e certo requer, para que haja êxito, decisão interlocutória com ataque claro, direto e objetivo ao direito de alguém. Eventual ilegalidade de maior sutileza, que eventualmente demande discussão processual mais alongada (como, por exemplo, a propositura da ação autônoma em juízo incompetente) pode desafiar o preceito clássico de "direito líquido e certo" e resultar na improcedência do mandado de segurança, ainda que conhecido. Em segundo lugar, o cenário processual que vem se montando na jurisprudência e doutrina aponta para outro caminho, suportado pela amplitude dos princípios da ampla defesa e da fungibilidade processual. Assim nos parece que a mitigação da irrecorribilidade é factível e leva a uma segunda alternativa tentadora.

b. O agravo de instrumento

A utilização do agravo de instrumento como instrumento hábil para a discussão recursal de decisões que versem sobre matéria probatória não é inteiramente desconhecida ao processo civil. A própria redação do inciso VI do artigo 1.015 do CPC traz o cabimento do recurso para as decisões que versem sobre "exibição ou posse de documento ou coisa", o que, em certa medida, já seria meio caminho andado para fundamentar a utilização do agravo de instrumento na produção antecipada de prova.

No entanto, como já muito ressaltado nesse texto, o obstáculo principal à utilização do recurso tende a ser a própria regra específica do parágrafo quarto do artigo 382. É o que parcela da jurisprudência entende[13]. Apesar disso, a compreensão de irrecorribilidade absoluta merece ser superada. Relembra-se que o intuito legislativo ao redigir o dispositivo em questão era de evitar a discussão antecipada do mérito relacionado à prova que se pretende produzir.[14] Mas, se no âmbito da ação autônoma for proferida decisão inadequada à própria finalidade do procedimento, não se pode inadmitir a via recursal.

É assim que o Superior Tribunal de Justiça vem, pouco a pouco, alterando sua percepção sobre a taxatividade do agravo de instrumento, a fim de proteger bens jurídicos que sejam atingidos de forma irreversível por decisões supostamente irrecorríveis. A tese foi inclusive firmada em sede de recurso repetitivo (Tema 988)[15], que consagrou a amplitude do contraditório em matéria recursal.

Assim, a compreensão do cabimento do agravo de instrumento na hipótese da produção antecipada de prova exige dois raciocínios conjuntos e inevitáveis. A um, interpretação sistemática do ordenamento sobre a taxatividade mitigada do artigo 1.015 do CPC, a dois, raciocínio sobre a finalidade do procedimento da ação probatória autônoma. Essa exata lógica já foi inclusive aplicada em julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se concluiu que "deve ser admitida a recorribilidade de decisões interlocutórias em casos de possibilidade de causar dano irreparável ou inutilidade futura de eventual recurso".[16]A utilização do agravo de instrumento, ao detrimento do mandado de segurança, também harmoniza com outros princípios do nosso ordenamento jurídico, como os do duplo grau de jurisdição e da própria economia processual. Ora, o uso do remédio constitucional obrigaria a composição de novo processo para a discussão de mera decisão interlocutória que poderia ser solvida pelo emprego de recurso mais adequado.

Cabe, por fim, a ressalva de que o uso do agravo de instrumento não é desculpa para a superação

---

12 STJ, RMS nº 61.128, de relatoria do Ministro Raul Araújo, julgado em 18/12/2019.

13 Como exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento dos agravos de instrumento de nº 2241880-61.2017.8.26.0000, 2241454-78.2019.8.26.0000 e 2238647-85.2019.8.26.0000, julgados respectivamente em 02/03/2018, 04/12/2019 e 08/11/2019.

14 Neste sentido, Teresa Arruda Alvim, Op. Cit., p. 662.

15 "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação."

16 Especificamente no Agravo de Instrumento nº 2129485-58.2019.8.26.0000; de Relatoria do Desembargador Alexandre Lazzarini, Julgado em: 07/08/2019. Ao referido julgado somam-se os precedentes do Agravo de Instrumento de nº. 2107505-55.2019.8.26.0000, 2098202-51.2018.8.26.0000 e 2169125-05.2018.8.26.0000, julgados em 16/09/2019, 03/08/2018 e 26/11/2018, respectivamente.

do propósito da ação de produção antecipada da prova. A discussão sobre o mérito da demanda futura parece ser irremediavelmente vedada, de modo que o revolvimento fático só terá lugar, e exclusivamente de forma mediata, quando for imprescindível para evidenciar suposta ilegalidade da realização da prova sugerida pelo autor.[17] Caso contrário, aplica-se o parágrafo segundo do artigo 382, que veda, indiscutivelmente, eventual discussão sobre a valoração da prova quanto ao mérito, *ipsis litteris*, "O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas."

3. CONCLUSÃO

A análise do cenário doutrinário e jurisprudencial não parece sugerir outra resposta senão a mitigação da irrecorribilidade disposta no parágrafo quarto do artigo 382 do Código de Processo Civil. Privilegia-se, assim, a possibilidade do uso do agravo de instrumento quando for inadequada a decisão interlocutória proferida no âmbito da ação de produção antecipada da prova, seja por causar efeito contrário à norma de ordem pública ou por ser ilegal em si mesma. A solução parece melhor ao ordenamento do que o uso do mandado de segurança, tanto pela limitação material que o remédio causa ao impetrado como pela contrariedade ao princípio da economia processual.

O que se conclui, categoricamente, é que a vedação entabulada no – já não tão novo – Código de Processo Civil é exclusivamente limitada à discussão antecipada quanto ao mérito de eventual e futura demanda, sob pena de evidente inconstitucionalidade.

4. REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil artigo por artigo.* 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 662.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista da EMERJ, v. 9, nº 33, 2006.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Fundamentos da prova civil: Teoria geral da prova e provas em espécie segundo o novo CPC.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. *Livro eletrônico*.

17 Neste sentido se alinha Carolina Costa Meireles, citando Flávio Luiz Yarshell. MEIRELES, Carolina Costa. *Reflexões Sobre Produção Antecipada De Prova*. Revista dos Tribunais | vol. 1015/2020 | p. 277 - 311 | Maio / 2020 | DTR\2020\6991.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Tutela Jurisdicional, Doutrinas Essenciais de Processo Civil* | vol. 1 | p. 907 | Out / 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Processo de Conhecimento e Cumprimento de Sentença Comentários ao CPC de 2015*. São Paulo: Método, 2016. p. 312.

GODOY, Luciano de Souza; CAROLO, Fernanda Ferraz. "A Produção Antecipada de Provas em Litígios Empresariais – Reflexões sobre a Estratégia". In: MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SIMÃO FILHO, Adalberto. (Org.). *Direito dos Negócios Aplicados*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2015, v. 1, p. 255-270.

MEIRELES, Carolina Costa. *Reflexões sobre Produção Antecipada de Prova*. Revista dos Tribunais | vol. 1015/2020 | p. 277-311 | Maio / 2020 | DTR\2020\6991.

NETO, M., (org.), *Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 Anos do Professor Humberto Theodoro Júnior*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 373.

TALAMINI, Eduardo. *Produção Antecipada de Prova no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo | vol. 260/2016 | p. 75 - 101 | Out / 2016 | DTR\2016\23994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Processo Justo: O Juiz e seus Poderes Instrutórios na Busca da Verdade Real.* São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n. 80, nov. 2009.

AUTORES

ANTONIO MARZAGÃO BARBUTO NETO

ENRICO PIZAO SAID

SOBRE TOZZINIFREIRE

Escritório de advocacia full-service líder na América Latina, TozziniFreire oferece soluções jurídicas seguras e inovadoras em 53 áreas do Direito Empresarial. Desde 1976, desempenhamos papel central em muitas das mais relevantes operações brasileiras e internacionais. Com sete unidades próprias no Brasil e nos EUA (NY), nossa estrutura diferenciada de grupos setoriais e foreign desks é formada por profissionais reconhecidos pelo mercado e pelas principais publicações especializadas. TozziniFreire oferece sólida expertise e recurso one-firm em todo o país, contribuindo para a estratégia de negócio de seus clientes em ambientes cada vez mais complexos.

TOZZINIFREIRE
ADVOGADOS

Este material não pode ser reproduzido integralmente ou parcialmente sem consentimento e autorização prévios de TozziniFreire Advogados.