

Primeiras impressões e contribuições¹ sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil

Diógenes V. Hassan Ribeiro²

Sumário – 1. Introdução. 2. O Anteprojeto. 3. A crítica. 4. O significado do anteprojeto. 5. Outro significado – evolução do direito? 6. Anotações sobre a parte geral e outros temas. 7. O prestígio à jurisprudência dos tribunais e críticas a essa ideia. 8. Os efeitos dos recursos. 9. O processo de execução e o cumprimento da sentença. 10. Questão central – como poderá ser conferida maior respeitabilidade e autoridade ao judiciário em geral? A independência interna da magistratura e o incidente de resolução de demandas repetitivas. Proposição de emendas ao projeto.

Resumo – Abordagem crítica do projeto de novo código de processo civil em trâmite no Senado Federal. A questão da morosidade do judiciário. A questão das demandas de massa e o incidente de demandas repetitivas, com o problema da centralização e da concentração do poder. Proposta de solução, com a atribuição de maior independência interna à magistratura, com a participação dos diversos graus na apresentação de soluções às demandas de massa. Proposição de diversas emendas ao projeto.

Palavras-chave – Direito processual civil. Judiciário. Novo código de processo civil. Demandas de massa. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Independência interna da magistratura. Emendas ao projeto.

TITLE – First contributions on the New Code of Civil Procedure Project

Summary – 1. Introduction. 2. The Bill. 3. Criticism. 4. The meaning of the Bill. 5. Another meaning – law development? 6. Notes on the general part and other topics. 7. The prestige of the courts jurisprudence and criticisms of this idea. 8. The appeals effects. 9. The process of implementation and enforcement of sentence. 10. Main question - how can this be given greater authority and respectability to the judiciary in general? The internal independence of the judiciary and the incident resolution to repeated demands. Proposing amendments to the bill.

Abstract – Critical approach to the design of new code of civil procedure pending in the Senate. The question of the length of the judiciary. The question of the demands of mass and the incident repeated demands, the problem of centralization and concentration of power. Proposed solution to the attribution of greater internal independence to the judiciary, with the participation of various degrees, presenting solutions to the demands of mass. Proposing several amendments to the bill.

Keywords – Civil procedure law. Judiciary. New code of civil procedure. Demands of the mass. Incident resolution to repeated demands. Internal independence of the judiciary. Amendments to the bill.

¹ Artigo elaborado em razão de palestra proferida na comarca de Piratini/RS, em 18 de junho de 2010, a convite da Dra. Mirian Borges, Presidente da Subseção local da OAB e do eminente Dr. Cairo Madruga, Juiz de Direito, natural daquele município. Realizar uma palestra em Piratini é motivo de muita satisfação. É algo cheio de significados. Basta lembrar que Piratini, em 1835, foi a primeira capital da República Farrroupilha, ou primeira capital da República Riograndense. O casario da cidade, preservado e em preservação, com alguns prédios sendo restaurados pelo IPHAN, revela a sua história centenária e uma parte importante da história da arquitetura urbana.

² Juiz de Direito no Rio Grande do Sul (1989). Mestre em direito público (UNISINOS, 2001). Doutor em direito público (UNISINOS, 2006).

1. O Rio Grande do Sul teve e tem processualistas de renome nacional e internacional. Entre os mais antigos podem ser citados Alcides de Mendonça Lima, Galeno Lacerda e Athos Gusmão Carneiro. O primeiro natural de Pelotas, região sul do Estado do Rio Grande do Sul, cidade histórica, comentou uma das partes do Código de Processo Civil vigente, obra publicada pela Editora Forense. O segundo, eminente professor, catedrático da UFRGS, autor do inesquecível “O Despacho Saneador”, obra que produziu profundas modificações no processo civil, inclusive para além do território nacional, também comentador do Código de Processo Civil, pela Editora Forense. O terceiro, ministro da primeira formação do Superior Tribunal de Justiça e autor de diversas obras de processo civil, entre os quais “Audiência de Instrução e Julgamento”, obra que formou muitos juristas. Há outros nomes mais recentes, entre os quais Adroaldo Furtado Fabrício, eminente Desembargador do Tribunal de Justiça, ex-presidente do TJRS e professor da UFRGS de renome nacional, também membro da comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux, encarregada de elaborar o anteprojeto de CPC e igualmente autor e comentador do Código de Processo Civil vigente, pela Editora Forense. Nessa linhagem de processualistas gaúchos, não podem ser esquecidos Araken de Assis, José Maria Rosa Tesheiner, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Teori Albino Zavazcki, Elaine Harzheim Macedo, Fábio Gomes, além de outros, mas estes já deixaram diversas obras publicadas e inúmeros estudos, com uma produção importante nesta área do direito. Pode-se dizer que em nenhuma outra área do direito houve tantos importantes juristas gaúchos, de renome nacional, quanto na área de processo civil³.

Contudo, um dos juristas que não pode, evidentemente, jamais ser esquecido, seja pelo rigor com que tratava essa disciplina, seja pelo vulto da sua obra, pois é autor de inúmeros livros e de incontáveis artigos jurídicos, além de ter sido professor de diversas universidades e cursos de pós-graduação, formador de outros juristas estudiosos do processo civil, é Ovídio Araújo Baptista da Silva⁴. O professor Ovídio, falecido no ano de 2009, embora já em idade avançada continuava a dar aulas, a produzir textos jurídicos e a proferir palestras. Pois o professor Ovídio certamente está fazendo falta neste momento em que se propõe

³ Há outros nomes atuais e, com certeza, foram esquecidos outros nomes importantes, o que sempre ocorre nesse tipo de indicações, aos quais desde logo se pedem excusas.

⁴ O professor Ovídio não tinha apreço algum pela adjetivação de processualista, ao menos na última fase dos seus estudos, a significar que preferia o pragmatismo, ou seja, via o processo civil como um instrumento realizador de direitos. Dizia, mesmo, que queria ver a solução no final da tramitação. Portanto, quando se atribuir a expressão de processualista a alguns, como aqui se faz, isso só quer significar, sem nenhum despreço, a característica de ser um estudioso do processo civil.

um novo Código de Processo Civil. Sem dúvida nenhuma, pelo rigor com que tratava o tema, pelas pesquisas que continuava realizando, e pelo profundo e talvez insuperável conhecimento que possuía a respeito de processo civil, o professor Ovídio teria indispensáveis contribuições e críticas relativamente a este projeto de Novo Código de Processo Civil, já que iniciou seus estudos ainda sob a vigência do Código de 1939 e, depois, aprofundou os estudos na vigência do Código de 1973. Enfim, a ausência do professor Ovídio deve ser percebida.

2. O anteprojeto da comissão presidida pelo eminente Ministro Luiz Fux foi elaborado com certa rapidez, pois a comissão foi instituída em setembro de 2009, tendo sido realizadas oito audiências públicas, a primeira em 26 de fevereiro de 2010, em Belo Horizonte, e a última em 16 de abril de 2010, em Curitiba. Essa primeira crítica se impõe porque a pressa, a ausência de um debate maior, a preferência para que o debate seja mínimo sobre eventuais propostas, a preferência para que o debate sobre a redação do projeto, que somente foi apresentado à comunidade jurídica após a sua entrega ao Senador José Sarney, Presidente do Senado da República, se dê apenas no Parlamento, revela, nesta análise inicial, uma possível desconfiança das razões que acarretaram essa ausência de debate maior sobre a redação do anteprojeto. Uma vez que se apregoa que o Código de Processo Civil de 1973, portanto já vige há quase 40 anos, necessita de radical mudança, o fato de ter quase 40 anos de vigência haveria de significar que, cogitando-se de código de leis dessa envergadura, não se poderia ter pressa.

Por outro lado, percebe-se, também, a pretensão de que haja uma rápida tramitação do projeto no parlamento, o que não é possível garantir, uma vez que, posto um projeto nas casas legislativas, há uma dependência grande da vontade política dos presidentes das comissões e dos relatores, assim como, depois, de consenso sobre emendas que sejam propostas. E isso é natural, aliás, em qualquer Parlamento, até tendo em conta a origem dessa expressão. As casas legislativas se caracterizam pela discussão dos relevantes temas e projetos que lá tramitam. E essa discussão não segue a vontade da sociedade, muitas vezes. Há, com efeito, temas com relação aos quais os cidadãos pretendem uma deliberação legislativa, que são deixados, dada a sua imensa controvérsia, ao léu, ou enfim, para que o judiciário vá examinando e julgando os fatos pertinentes a tais temas, até que haja uma pressão enorme da cidadania e, igualmente, vontade política para deliberação.

3. Pode-se, também, questionar **a prematuridade da crítica** que é apresentada com este artigo. Ora, o anteprojeto foi apresentado no dia 8 de junho tendo decorrido pouco tempo. Nesse ponto, apresentar críticas⁵ pode sofrer a mesma crítica que se faz ao anteprojeto, ou seja, de que também são apressadas. **As críticas, contudo, são respeitadas e têm o objetivo de ser construtivas. Com efeito, não se desconhece o profundo conhecimento e experiência que o eminente Ministro Luiz Fux e todos os demais eminentes, experientes e igualmente ilustrados componentes da comissão instituída possuem em relação ao direito processual civil. Nos mesmos termos não podem ser esquecidos os elevados propósitos que motivaram os membros da comissão a aceitarem essa tarefa de elaborar um anteprojeto de Novo CPC. Assim, o trabalho que apresentaram deve receber com destaque os melhores e mais profusos encômios.** Embora isso, não se pode deixar de apresentar, respeitosamente, críticas.

Mas, se o projeto possivelmente terá uma longa tramitação, quando for finalmente sancionada essa nova lei, com todas as modificações que eventualmente venha a ter, ou sem modificações, considerando que terá um prazo de “vacatio legis” (art. 961 do projeto) de um ano, haverá tempo suficiente para estudar o seu conteúdo. Entretanto, reafirme-se, o momento de apresentar críticas e contribuições ao projeto é este, não depois de sua eventual aprovação.

4. Também nestas linhas iniciais cabe ter em vista **o significado do anteprojeto**. Destaca-se, em todas as notícias e em todos os discursos que a ideia motivadora e que norteou a elaboração do anteprojeto foi a **redução da morosidade da prestação jurisdicional**. Pretende-se enfrentar a **taxa de contingência**, uma expressão muito usual (“da moda”) nos órgãos correccionais nacionais, a significar o número percentual de feitos não julgados no ano, considerando os processos distribuídos e os processos solucionados.

Relativamente a este tema – morosidade judicial – não é necessário fazer muita pesquisa, pois é um tema agudo e que sempre esteve presente nas discussões históricas sobre a prestação jurisdicional. Esse assunto é discutido há séculos e em inúmeros países e em qualquer

⁵ A expressão crítica é dada em sentido técnico-acadêmico, a significar que somente uma obra divina poderia ficar isenta de críticas. Ademais, a crítica deve ser bem recebida e, mais que isso, estimulada, pois somente a crítica possibilitará, eventualmente, que não se cometam erros inconscientes, difíceis de serem corrigidos.

continente. A questão que se põe é exatamente esta: a justiça não pode tardar, pois, se tardar, não é justiça⁶.

Por outro lado, deve-se garantir um razoável tempo de duração do processo. Nesse tempo serão colhidos os argumentos, as provas e o processo estará maduro para uma solução judicial. A questão é saber qual é esse tempo razoável. E uma das respostas pode dizer que há litígios mais simples, menos difíceis, outros mais complexos e mais difíceis.

Em determinadas épocas, contudo, a cidadania exige providências para que haja uma maior rapidez na solução das demandas judiciais, ou reclama da demora existente. Resta, contudo, realizar pesquisas sobre as razões da morosidade, ou sobre as razões eventuais do aumento da morosidade, ou do aumento da chamada taxa de contingência. Induvidosamente, são várias as razões e, por certo, a legislação é apenas uma delas e, ainda, certamente, no nosso entendimento, não é a razão mais importante, ou seja, a causa que tem maior relevância no problema antigo da morosidade. Isso, entretanto, não significa que a legislação não deva ser melhorada, não deva ser adaptada aos tempos atuais.

Na pesquisa que se deve fazer sobre as causas, cumpre compreender, de antemão, a sociedade em que vivemos. **Trata-se de uma sociedade complexa, supercomplexa. É a sociedade da informação, da informática, do excesso de informação, é a sociedade de consumo. É uma sociedade de massa.** O Brasil, por evidente, está inserido nesta sociedade.

Mas, nesta sociedade de consumo, de consumo de massa, há um excesso, conseqüente, de litígios. O sujeito de direitos, a pessoa, que tem consciência desses direitos, os exige e, quando não os obtêm, pela via espontânea, busca a tutela do Estado. O conhecimento dos seus direitos nessa sociedade de consumo, de massa, o crescimento da população, o fato de a população do Brasil, neste caso especial de que se trata, estar se tornando uma população de pessoas adultas, informadas e educadas, não mais uma população de jovens não informados e não educados, significa, a seu turno, um incremento nas exigências das prestações que o Estado promete promover.

O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, é resultante dessa sociedade de consumo. Houve a necessidade, houve a exigência

⁶ Esta frase, por exemplo, é atribuída a Rui Barbosa: “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.

da população brasileira, de que fosse editada uma lei especial sobre o consumo.

Todas essas causas, e outras mais, **trouxeram um incremento imenso no volume de serviço do judiciário**, houve um aumento absurdo do número de processos em trâmite. O Estado, o Poder Judiciário, contudo, não acompanhou, na sua administração, na sua gestão, de forma proporcional, esse expressivo aumento do número de causas a serem julgadas. E isso ocorreu, especialmente, porque não há orçamento disponível, assim como não há orçamento que atenda a demanda por estradas, dado o número de veículos nas vias públicas, nem há orçamento para atender os graves problemas da saúde, da educação e da segurança pública.

Nesses termos, **não se pode atribuir exclusivamente e, nem mesmo, maior relevância, à deficiência da legislação**, ou à falta de atualização da legislação a morosidade da prestação jurisdicional. É indiscutível que houve um expressivo aumento do número de processos nas últimas duas décadas, não tendo havido o acompanhamento proporcional dos investimentos na infra-estrutura do Judiciário.

Há exemplos de municípios, no Rio Grande do Sul, que nem eram comarcas na década de 90, sendo partes de outra comarca com sede noutro município. Todavia, na primeira década do século XXI, quando se tornaram comarcas, apresentaram um crescimento do número de processos que chega, em alguns casos, atualmente, ao mesmo número de habitantes do município. Há varas com cerca de 50 mil processos tramitando em Porto Alegre. Há varas cíveis com número de processos entre 5 e 10 mil, mas, no início da década de 90, esse número de processos ficava, no máximo, entre 1 mil e 2 mil. Assim, se não houvesse os recursos de informática atuais, certamente não se poderia enfrentar esse volume de processos que demandam solução. Acentue-se que se esse aumento expressivo de demanda da prestação jurisdicional é um problema, por igual tem seu lado positivo, paradoxalmente. Com efeito, há uma confiança no Estado, há uma confiança no judiciário, pois, caso contrário, os cidadãos não buscariam a tutela jurisdicional.

Essa conclusão, contudo, não há de significar, é bom enfatizar, que não se deva aprimorar a legislação, que não se deva adequar a legislação aos tempos atuais. Contudo, esse aprimoramento, essa atualização, certamente, deve portar as informações prévias adequadas, jamais podendo estar assentada em um aspecto apenas, aspecto que, certamente, não é nem exclusivo, nem o mais relevante.

5. Mas, enfim, **há outro significado** para a elaboração de um novo Código de Processo Civil, além da reformulação da legislação, além da adaptação da legislação processual aos tempos atuais, à sociedade atual, às exigências atuais?

Será que este projeto significa uma evolução do direito?

Insta observar que compreendo a evolução conforme a **Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann**. Em linhas resumidas e genéricas, Luhmann estabelece que a sociedade é o sistema total, ou o sistema mais abrangente, havendo outros subsistemas, estes que se limitam com a sociedade, o sistema total, e que se limitam entre si, sendo abertos e, paradoxalmente, fechados. Assim, são abertos no sentido de que evoluem em razão das exigências sociais, das demandas dos demais sistemas, mas fechados porque funcionam somente com seus recursos, com a sua linguagem, com o seu código de operação próprio.

O subsistema jurídico, como subsistema do sistema sociedade, evolui, como a própria sociedade evolui. Aliás, o subsistema jurídico é resultante da evolução da sociedade que se diferenciou funcionalmente em diversos subsistemas, que têm a função⁷ de resolver os problemas da sociedade. A evolução se opera na estrutura do sistema, e a estrutura do sistema é que lhe confere identidade, fechando o sistema em relação aos demais subsistemas. Esse fechamento do sistema em relação ao ambiente, leia-se demais subsistemas e sistema total, é assim para permitir, além da identidade do sistema, que ele se organize, uma vez que, se não houvesse esse fechamento operacional do sistema, instalar-se-ia o caos. Note-se, por exemplo, se o sistema jurídico não ficasse isolado do sistema econômico, ou do sistema político, haveria uma confusão geral que não permitiria que as funções do sistema sociedade dessem as respostas necessárias à sociedade.

Então, nos primórdios, havia uma confusão, mas como a sociedade era rudimentar, as soluções eram dadas. Todavia, com o aumento da complexidade das relações, houve o surgimento de outros sistemas, com vistas a dar as soluções aos problemas da sociedade. A função do sistema é dar soluções aos problemas da sociedade. O sistema político, o sistema jurídico, o sistema econômico, o sistema da saúde, o sistema da educação e todos os demais, cumprem funções para o sistema sociedade.

⁷ A redundância é necessária para enfatizar, pois os sistemas se diferenciam funcionalmente para cumprir funções para o sistema total.

A conclusão é a de que, quanto mais complexa a sociedade se torna, maior complexidade demanda para a solução de seus problemas. Assim, se no início o sistema sociedade era único, houve a necessidade de outros subsistemas, considerando a complexidade do sistema total. Os subsistemas, por igual, tornam-se mais complexos, com vistas a prestar a solução aos problemas complexos.

Não há, então, solução mágica, solução milagrosa, ou simples. As soluções devem ser mais complexas. Paradoxalmente, o sistema busca a simplificação tornando-se mais complexo.

Luhmann dá o exemplo do automóvel que, junto com as vantagens que trouxe à sociedade, trouxe inúmeros problemas, daí tornando-se necessária a criação de maior complexidade, como, no sistema da saúde, os hospitais de pronto socorro, devido aos acidentes de trânsito, no sistema econômico, na área dos seguros, no sistema jurídico, na área da responsabilidade civil, entre outras evoluções.

De qualquer modo, na concepção da Teoria dos Sistemas, a evolução não pode ser causada, embora possa ser estimulada, nem, muito menos, pode ser controlada. Como a evolução não pode ser controlada, uma vez que é uma escolha que a sociedade promove, entre várias opções, esta escolha, esta opção, poderá, eventualmente, significar um retrocesso. A expressão usada aqui é a da seleção de uma opção entre várias possíveis. Há, contudo, seleção forçada, o que significa contingência, com o risco implicado.

Essa ideia não é uma ideia positivista, no sentido de que se pode manter tudo organizado, tudo controlado e que tudo deveria seguir as figuras previamente estabelecidas. A teoria dos sistemas compreende os transgressores, compreende o paradoxo, compreende o contrário, o código do sistema jurídico, por exemplo, é lícito/ilícito, no sentido de que o que não é lícito também está compreendido no sistema.

Então, se, de modo geral, a lei é uma tentativa de organizar a sociedade, para a teoria dos sistemas sociais a lei funciona como prevenção, funciona com vistas à redução da complexidade da sociedade, pois previne os acontecimentos futuros e, assim, traz segurança, porque é uma expectativa e uma expectativa geral de que todos se comportem daquela forma. E, aqui, é inserida a ideia de contingência, pois se a lei é uma expectativa, isso significa que há outras opções, embora não esperadas, mas Luhmann dificulta ainda mais com a noção de dupla expectativa, ou seja, a expectativa da expectativa: eu

tenho uma expectativa, mas outrem também tem uma expectativa em relação a minha expectativa.

Abstraindo toda essa sofisticação da teoria, permanece a questão: e, no projeto de novo CPC, enfim, há evolução? A resposta que pode ser dada nesta fase do artigo é afirmativa, em parte, pois se percebe que o projeto porta, em algumas partes, uma evolução que poderá ter sucesso, mas que, noutras partes, poderá portar uma involução, um retrocesso, ainda que, no projeto seja vista como uma evolução. **Na verdade, conforme a teoria dos sistemas, haverá estímulo à evolução pela alteração legislativa, não implementação de evolução, uma vez que a evolução não pode ser causada, nem controlada.** Aliás, ainda que se tenha a expectativa de evolução, as interpretações e as aplicações podem resultar em retrocesso.

6. No projeto do novo CPC pode ser apontada, desde logo, a possibilidade de haver interpretações equivocadas relativamente ao **art. 6º do projeto**, quando se inserem as expressões “fins sociais” e “razoabilidade”. Tais expressões portam em sua significação um alto grau de subjetividade. Efetivamente, algum intérprete pode considerar que o fim social seja compreendido no sentido exatamente antagônico ao de outro. Essa ambiguidade não ajuda a prestação jurisdicional. Pelo contrário, conduz a exageros e, ainda, contribui para a morosidade da jurisdição, à medida que possibilita interposição de recursos só pela interpretação desajeitada.

E, quanto à razoabilidade, por evidente que não há de significar restrição de disposição legal expressa, uma vez que razoabilidade pode ser suscitada quando a disposição legal permite uma margem interpretativa, jamais quando a lei diz 100, mas apenas quando a lei diz entre 100 e 1000. É possível, assim, haver interpretação e aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade no arbitramento de danos que não estão estabelecidos na lei ou no contrato, ou quando houver abuso contratual, em prejuízo de uma das partes. Entretanto, quando a própria lei estabelece um parâmetro, não é possível, quando a lei não permite restrição, aplicar a razoabilidade para reduzir o que é estabelecido na lei. Um exemplo que pode ser anotado é o do art. 18, § 1º, II, do Código de Defesa do Consumidor. Neste texto legal há a possibilidade de o consumidor pedir a restituição do preço, por opção exclusiva sua, no caso de não ocorrer o conserto do bem, no prazo de garantia, em tempo inferior a 30 dias. A lei diz que o preço deve ser restituído integralmente, atualizado. Todavia, uma aplicação completamente equivocada da razoabilidade poderá ser a que diz que,

considerando que o bem foi utilizado pelo consumidor, por oito meses, por exemplo, deverá haver uma dedução equivalente no preço a ser restituído. No caso, a lei é clara e estabelece de forma simples que deverá ser restituído o preço integral, atualizado. Portanto, qualquer aplicação da razoabilidade aqui importa inaplicação ou má aplicação da lei e, por isso, não aplicação da lei.

Portanto, as expressões “fins sociais” e “razoabilidade” guardam muita ambiguidade e isso não deveria ser permitido pelo legislador. Assim, em vez de contribuir para uma jurisdição mais célere, haverá maior demora e possibilidade de má aplicação da lei. Além de tudo, a expressão “fins sociais” guarda em si muito de ideologia, o que não deve, no estágio político em que o Brasil se encontra, ocorrer, pois demonstra falta de técnica.

6.1. O procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica mostra-se medida que indica, com êxito, que em momento antecedente a qualquer decisão, deverá haver espaço para o contraditório, para que venha, ou seja possível, vir outra versão – a versão contrária. Ora, o prestígio deste princípio deve ser, sempre, festejado.

6.2. A sanção por litigância de má-fé talvez tenha sido negligenciada, pois se impunha maior reprimenda, além da elevação da multa de 1% para 2% do valor da causa e além da indenização dos danos eventuais, que poderá ser arbitrada pelo juiz, no limite de 20% do valor da causa, percentual que permaneceu. Mas, possivelmente, isso deva ser estimulado como mudança cultural da tradição jurisprudencial romântica latina, menos pragmática, como ocorre na tradição anglo-saxônica. Os latinos são mais benevolentes, mais teóricos, enquanto os da cultura anglo-saxônica são mais pragmáticos, mais rigorosos, menos teóricos.

6.3. A manutenção e mesmo a elevação dos honorários de sucumbência é tema de alguma polêmica, pois há, entre a classe dos advogados, quem não defenda os honorários de sucumbência, mencionando injustificável a contratação de honorários de risco, ou seja, que o advogado receba seus honorários se a causa for vitoriosa. A justificativa desse entendimento está, entre outros argumentos, no fato de que o advogado deve ser remunerado independentemente do resultado da demanda e que, se fosse assim, possivelmente muitos processos nem sequer existiriam.

Não se deve questionar o direito de os advogados serem bem remunerados, como profissionais liberais que são. Todavia, é

defensável a tese de que não deveria haver condenação em honorários de sucumbência. Entretanto, se o réu deu causa ao ajuizamento da demanda, e não sendo ele condenado nos honorários de sucumbência, possivelmente seria beneficiado, pois causou um prejuízo e não teve de ressarcir-lo. Como visto, é tema que suscita dificuldades.

Preferiram os eminentes membros da comissão a majoração dos honorários de sucumbência, com a possibilidade de aumento, na hipótese de ser interposto recurso e, ainda, houve a previsão, inclusive, de incidência de juros moratórios, bem como, incidência de honorários em cumprimento de sentença e em execução. Com relação aos honorários incidentes sobre causas em que seja condenada a Fazenda Pública há manifestações contrárias desde o primeiro dia seguinte à entrega do anteprojeto.

A solução que será adotada deve, contudo, observar a razoabilidade de que se falou antes. A imposição de honorários de modo cumulativo e em percentual expressivo serve à ideia de repressão a recursos descabidos e a quem deu causa à demanda. Mas o velho princípio do duplo grau de jurisdição deve ser lembrado.

A parte vitoriosa, contudo, permaneceu esquecida no projeto. Houve, sim, elevado interesse corporativo, o que não há de significar demérito, pois é justo que os advogados, profissionais liberais que são, sejam bem remunerados e defendam seus interesses. Todavia, **o Código Civil, no art. 404**, estabelece que as perdas e danos abrangem as custas e os honorários advocatícios, além da atualização monetária e da pena convencional. O Código Civil avançou, mas a jurisprudência ainda não avançou.

Ora, considerando **a ideia da reparação integral do dano, que norteia a responsabilidade civil no direito brasileiro**, uma vez que não há tarifamento das indenizações, salvo em algumas hipóteses legais excepcionais⁸, impõe-se o avanço da jurisprudência no sentido de que também ocorra a condenação da parte vencida a indenizar as despesas que a parte vencedora teve com advogado. Todavia, diante do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil estabelecer que os honorários de sucumbência pertencem ao advogado⁹, houve uma severa mudança no entendimento de que os honorários fixados em sucumbência serviriam para indenizar a parte vencedora, salvo se constasse do contrato que pertenceriam ao advogado.

⁸ O seguro obrigatório (DPVAT) e danos materiais em transporte aéreo são exemplos, ainda que, nesse último caso haja divergências jurisprudenciais.

⁹ Art. 23, Lei 8.906/94.

A solução que resta à parte vencedora, se não houver pedido de indenização, cumulado com o pedido principal, das despesas com advogado, é a de intentar nova ação pedindo o que o art. 404, do Código Civil, reconhece como direito.

Esse é, efetivamente, um impasse legal, uma vez que a parte vencida, pela Lei nº 8.906, deve pagar a sucumbência fixada, remunerando o advogado da parte contrária, o que parece ser um contrassenso e, além disso, também indenizar a parte vencedora das despesas que teve com advogado. Ambas as condenações são exageradas. A jurisprudência certamente terá ocasião de examinar essa importante questão.

6.4. A responsabilidade do juiz por perdas e danos, prevista no artigo 113, quando houver demora injustificada, é, igualmente, tema de grande dificuldade. A demora na prolação de decisão muitas vezes decorre do volume de serviço e do tempo necessário que se deve dar à determinada causa, por vezes difícil. A falta de segurança em proferir determinada decisão, a necessidade de maior tempo para o exame de todas as variáveis e consequências, por evidente são justificativas plausíveis para uma maior demora na prestação jurisdicional, pois juízes são seres humanos, falhos, com todas as suas circunstâncias e limitações. Nesses termos, uma demora razoável em determinados litígios, às vezes complexos, às vezes novos na jurisprudência, não é um mal, antes uma necessidade.

6.5. A possibilidade de os Tribunais nomearem conciliadores e mediadores é, efetivamente, uma das grandes novidades, possivelmente a melhor das novidades do projeto apresentado. Esta novidade, junto com a ideia de procedimento/rito único, no qual está a audiência/sessão de conciliação do art. 333, **revelam-se as melhores novidades, no nosso entendimento.** Efetivamente, essas novidades são as que, verdadeiramente, poderão apresentar uma evolução, evolução no sentido benéfico, não uma evolução que signifique retrocesso.

De modo bem concreto, conforme a nossa experiência, há mais de 10 anos apliquei essa medida na vara de família. Estabeleci que praticamente todos os feitos, uma vez distribuídos e recebidos no gabinete, teriam designada a audiência inicial de tentativa de conciliação, com a citação da parte ré e a possibilidade de ser apresentada resposta no prazo legal, que se iniciaria após a audiência de conciliação. Assim, em quase todas as ações, sejam de conhecimento, sejam de execução, era esse procedimento. No caso da execução de alimentos com o meio

executório da coação pessoal, observava-se o art. 733, com relação a prazo e consequências. As exceções eram os inventários e arrolamentos, mas, mesmo nestas ações, havendo necessidade em momento posterior, ocorria a designação de audiência, com a presença do inventariante, meeiro/meeira e dos herdeiros e interessados, com os seus advogados, com vistas à rápida solução.

Os resultados sempre foram gratificantes, seja no que concerne aos números, pois sempre era obtida, mensalmente, a redução do número de feitos existentes, ou seja, sempre se extinguia maior número de feitos do que o número de feitos ajuizado. Mas, satisfação maior estava na obtenção da rápida solução de litígios aos quais devia ser dada certa prioridade, que versavam sobre o afeto no âmbito da família e na manutenção de uma ordem familiar.

Em especial nas execuções de alimentos, em que há, na maioria dos casos, crianças necessitando de medicamentos, de vestuário e de alimentos, propriamente ditos, essa medida traz o benefício de eliminar muitos atos cartorários e judiciais neutros, que retardam a solução final. Com efeito, a expedição do mandado, o envio ao oficial de justiça, o cumprimento do mandado, o retorno, a sua juntada, sendo ele apenas de citação para os fins do art. 733, do Código de Processo Civil, quando muitas vezes ocorrer de não ser encontrado o devedor, ou de não ser encontrado o seu endereço, faz com que, na melhor das hipóteses, os autos somente retornem ao juiz em cerca de seis meses. Enquanto isso, os alimentandos continuam necessitando daqueles bens que fazem falta diariamente. A solução da audiência inicial, quando há urgência no cumprimento do mandado, faz com que o juiz mantenha o controle sobre o processo e resolva alguns problemas, como de endereço do devedor, em audiência. Mas, se o devedor comparece, há a possibilidade de conciliação, que não é difícil de ser obtida, inclusive com o parcelamento da dívida e, então, a solução é bem mais rápida, com satisfação geral.

Fundamentalmente, com a audiência de conciliação inicial, o juiz não perde o controle do processo, ressabido que nos atos conhecidos como neutros, aqueles atos cartorários burocráticos, tendentes a movimentar o processo, seja em direção às partes, seja em direção ao magistrado, é gasto, como estatisticamente já se mostrou, um tempo equivalente a 70% do tempo do processo, restando 30% do tempo como o tempo efetivamente despendido na solução do feito¹⁰, ou seja, no exame que o juiz faz das manifestações das partes com vistas à solução

¹⁰ Dados estatísticos estes obtidos na palestra realizada pelo Dr. Sérgio Tejada, juiz federal e ex-secretário geral do CNJ, em Piratini, na mesma ocasião, versando sobre o processual virtual.

que será dada. Isso quer significar que, quando se marca audiência, que ocorre em prazo razoável, ou curto, o juiz não perde o controle do processo, mas o contrário ocorre quando, simplesmente, determina a citação para a resposta, ou a intimação para alguma manifestação.

Evidente que essa manutenção do controle deve ser bem assegurada com o exame geral do processo em audiência, não se olvidando de determinar diligências e, inclusive, com a designação, desde logo, de audiência de instrução, com vistas a evitar a perda do controle do processo, que ocorre quando são determinados atos que ficam por conta do tempo dos servidores e das partes, pois, eventualmente, uma das partes pode não ter interesse na rapidez da solução do litígio, contribuindo assim para a demora na prestação da jurisdição. Esclareça-se que não se pode atribuir responsabilidade por morosidade aos servidores do judiciário, nem aos advogados, nem aos juízes exclusivamente. Mas, sempre que possível, é importante economizar atos cartorários, com o aproveitamento da audiência para intimações e diligências, exame de pedido de provas etc.

Essa solução, que já era adotada em algumas varas, vai ao encontro da solução preconizada no Projeto de Novo Código de Processo Civil no art. 107, V, que estabelece que o juiz pode dirigir o processo **“adequando as fases e os atos processuais às especificidades do conflito”**. E, ainda, está em consonância à possibilidade de um rito único, que, na verdade, não é único, senão que é um rito que pode ser modificado dependendo do caso enfrentado, desde que se tenha em vista a efetividade, a busca de uma solução célere, sem prejuízo do contraditório e da ampla defesa. É uma liberdade, adequada, de rito.

6.6. O dito **processo eletrônico** não demora a chegar na Justiça Comum Estadual, até porque já está presente na Justiça Comum Federal. Já há a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que regula o processo eletrônico, estabelecendo a possibilidade de citações e intimações por meio eletrônico. E, já passados mais de três anos, ainda não houve a adoção desse sistema no âmbito estadual, possivelmente por falta de recursos orçamentários e de gestão nesse sentido, uma vez que, na área da Fazenda Pública, é possível, com maior facilidade a sua adoção. Entretanto, com relação às partes e advogados, há maior dificuldade, pois se depende de outros recursos de informática e de pessoal.

6.7. Uma das maiores novidades do projeto é **a supressão do Livro III, que trata do Processo Cautelar**. Aqui é importante observar as distinções precisas realizadas pelo Prof. Ovídio A. Baptista da Silva em

uma das suas obras mais recentes – o terceiro volume de seu Curso de Processo Civil, que trata do Processo Cautelar (tutela de urgência)¹¹. Nesta obra o Prof. Ovídio enuncia os conceitos que hauriu dos seus aprofundados estudos.

O projeto, a partir do Título IX, art. 277, trata da tutela de urgência, entendida como tutela de urgência cautelar e tutela de urgência satisfativa, e da tutela da evidência, esta compreendida como o hoje considerado instituto da tutela antecipatória, previsto no art. 273, do atual Código de Processo Civil.

Houve o intento manifesto e facilmente constatável de simplificar a compreensão da tutela de urgência, assim simplificando o regramento processual, com a erradicação de formulismos e formalidades, envoltos em longas discussões acadêmicas que não contribuían em nada para a solução do litígio posto¹². Nesse passo cabe dizer que o processo civil passou de um conjunto de regras para concretizar os direitos, de um conjunto de regras para garantir ao autor apresentar seu pedido e provas, assim como de um conjunto de regras para garantir a possibilidade de ampla defesa do réu e do contraditório, entre outras caracterizações nesse sentido, para um conjunto de regras acadêmicas que se perdiam em academicismos e que, portanto, não permitiam a rápida solução do litígio. Nesse caso, efetivamente, a elaboração de um novo código de processo civil é realmente alvissareira, não se podendo permitir que caia em certas armadilhas legislativas ou acadêmicas que possibilitem atingir finalidade diversa.

Certo que, na primeira fase, em que praticamente não havia regras processuais e de procedimento, a solução do litígio também encontrava obstáculos, pois não havia a garantia de que a ação ajuizada se encaminharia para uma solução final, podendo perder-se por um rito que não geraria uma solução daquele litígio. Posteriormente, com a evolução do processo civil, como disciplina especial e própria, houve uma espécie de “endeusamento” do processo civil, com a produção de numerosas teorias acadêmicas que, em vez de propiciar uma rápida

¹¹ SILVA, Ovídio A. B. da. Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência), volume 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 2000.

¹² Cumpre notar, com ênfase, que não se critica o rigor dos estudos acadêmicos que devem nortear o processo civil, como disciplina que adquiriu autonomia. Critica-se, sim, que se apliquem formulismos acadêmicos no litígio, lugar impróprio, o que acarreta dificuldade ou morosidade na solução do feito. Os estudos acadêmicos e rigorosos serão sempre necessários e tem em vista proporcionar uma boa aplicação prática, nunca se olvidando que o processo civil tem função instrumental de realizar o direito subjetivo, com observância do contraditório e da ampla defesa.

solução do litígio, resultavam uma intrincada gama de dificuldades de acesso e de tramitação.

Assim, uma das pretensões, que se percebe pela redução do número de artigos do projeto de Código de Processo Civil, em relação ao Código de Processo Civil em vigor, bem assim pela eliminação de determinados institutos, que foram absorvidos por outros, é a tentativa de simplificação e de facilitação da compreensão do processo civil, tanto pelos operadores do direito, como pelas próprias partes. O objetivo, certamente, é que a solução do litígio seja priorizada – é utilitarista, é o pragmatismo.

Portanto, pode-se ver que o procedimento para a produção antecipada de provas (art. 271) passou, do livro das cautelares, para o capítulo das provas, assim como a justificação (art. 274), que passam a figurar juntamente à exibição (art. 275).

6.8. Em termos meramente acadêmicos, foi **abolida do projeto a “possibilidade jurídica do pedido”** como condição da ação (artigos 315 e 467, VI). Remanescem nessa compreensão o “interesse de agir” e a “legitimidade das partes”. O interesse, como ressabido, está presente na necessidade e na utilidade da ação em sentido processual, e a legitimidade das partes guarda relação com o direito material, conforme a lógica dos fatos narrados que deve conter a petição inicial.

Nesse ponto, cumpre ter em conta a função colaborativa das partes que alcançou, no projeto, grande espaço. Com efeito, poder-se-ia erigir a colaboração das partes como um pressuposto de regular andamento do feito, impondo-se que o autor contribua, sempre, de forma pronta e efetiva, fornecendo todos os elementos que possua para a célere solução do litígio, bem assim que o réu, igualmente, não se furte de estar presente nos diversos momentos processuais e de contribuir para a rapidez da solução.

6.9. Com o mesmo intuito, da simplificação, da busca de uma solução judicial rápida e efetiva ao litígio, os incidentes de intervenção de terceiros viram-se reduzidos, com **a supressão do instituto da denúncia da lide**. A denúncia da lide está no chamamento ao processo, no art. 330. Houve, assim, severa simplificação.

6.10. Aqui também pode ser lembrado que não há justificativa, na atualidade, **para a manutenção do prazo em dobro para**

quaisquer manifestações nos autos de litisconsortes que tiverem advogados diversos. Mas a tanto o projeto não foi e, seria bom, como sugestão, que ousasse na eliminação desse privilégio. Esse benefício se justificava quando não havia os recursos tecnológicos que existem na atualidade, em que era necessário obter em carga os autos do processo. Atualmente os advogados extraem cópias dos autos e, também, têm acesso direto, pela internet, mesmo antes da publicação nos diários oficiais, das decisões judiciais na sua íntegra. Além disso, usam copiadores digitais de mão para copiarem peças dos autos, diretamente no cartório. Assim, o benefício de se manifestarem em prazo mais dilatado contribui para uma maior morosidade do judiciário. Somados, eventualmente, os prazos concedidos nessa situação, possivelmente resultará em um prazo de prolação da solução judicial muito superior ao dos demais feitos. Essa regra, então, deve ser revista, uma vez que não se justifica. **O art. 186, do projeto, todavia, mantém o prazo em dobro para os litisconsortes com diferentes procuradores.**

7. O prestígio à jurisprudência dos tribunais foi, sem dúvida alguma, a pretensão de maior novidade trazida no projeto. Essa ideia permeia o projeto desde o art. 317, em que há a possibilidade de rejeição liminar da demanda, se houver contrariedade a entendimento do Supremo Tribunal Federal ou a entendimento do Superior Tribunal de Justiça, desde que se trate de entendimento sumulado ou adotado em julgamento de casos repetitivos.

O art. 847 estabelece, claramente, em substituição ao antigo incidente de uniformização de jurisprudência, que os tribunais deverão velar pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, devendo editar enunciados correspondente à súmula de jurisprudência dominante. Os órgãos fracionários deverão seguir a orientação do plenário e a jurisprudência pacificada deve orientar as decisões de todos os órgãos vinculados ao tribunal. Por fim, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de todos os tribunais superiores deve nortear as decisões de todos os tribunais e juízos singulares, com vistas à concretização dos princípios da legalidade e da isonomia.

Há previsão de possibilidade de alteração da jurisprudência dominante.

E, por fim, o art. 895, cria **o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas**. O pedido de instauração do incidente deve ser dirigido ao Presidente do Tribunal, pelo juiz ou pelo relator, por ofício, pelas partes, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição. O art. 899 prevê que, admitido o incidente, pelo

órgão especial, será determinada, na própria sessão, **a suspensão dos processos pendentes em primeiro e em segundo graus**, até que julgado, com a prolação da tese jurídica, que será aplicada a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito (art. 903).

7.1. Crítica de ordem prática. A praxe dos tribunais tem sido a de evitar a prolação de súmulas, considerando o risco de alterações no Superior Tribunal de Justiça, ou no Supremo Tribunal Federal e, então, ocorrer o descrédito do Tribunal. Há, aqui no Rio Grande do Sul, célebres e históricos casos.

O primeiro é o da Súmula nº 1 do TJRGS, em que se consolidou o entendimento de que não cabiam honorários advocatícios em pedido de falência quando houvesse o pagamento da dívida para evitar a falência, na vigência do Decreto-lei nº 7.661/50. Essa súmula teve de ser revogada quando houve a pronúncia de entendimento diverso pelo Superior Tribunal de Justiça, muitos anos depois. Isso, sem dúvida, gerou certo descrédito nesse tipo de solução.

O outro caso histórico é do entendimento, que encontrou grande concordância aqui no Rio Grande do Sul, da auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal, tão-logo houve a edição da Constituição Federal em 1988, que estabeleceu que os juros, nos empréstimos, não poderiam ser superiores a 12% ao ano. O Rio Grande do Sul praticamente abraçou essa tese, embora não tenha havido Súmula, e o mesmo ocorreu, não de forma tão vasta, em outros estados da federação. Igualmente, no Superior Tribunal de Justiça houve intensa discussão, com diversas decisões que referendaram tal entendimento, ainda que contivesse argumentação um tanto diversa, caracterizando a abusividade de juros excessivos. Todavia, mais adiante o entendimento contrário restou vitorioso, tanto que houve a revogação do parágrafo 3º do art. 192, por meio de emenda constitucional.

Há outra dificuldade de ordem prática, pois os integrantes do Órgão Especial do Tribunal, ainda que tenham vasta experiência e conhecimento jurídico, certamente adquiriram, com os anos, conhecimentos mais específicos sobre determinadas áreas do direito. Assim, um julgador, por preferências pessoais, tem maior conhecimento do direito penal, ou do direito de família, ou do direito comercial, e tem conhecimento inferior sobre o direito civil, por exemplo. Nesse caso, como exigir desse julgador o conhecimento pleno de tal modo que possa emitir entendimento que irá nortear o julgamento de milhares de ações.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal tem sido econômico na edição de súmulas vinculantes, pois, desde dezembro de 2004, quando foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, houve a edição de apenas 31 súmulas vinculantes.

7.2. Crítica de ordem política. Muitas vezes o próprio parlamento evita tratar de determinado tema polêmico, pois não há segurança sobre o acerto de alguma decisão política a ser adotada. E assim o faz por anos, décadas, às vezes, deixando que o judiciário vá examinando os casos que surgirem, até que haja uma aceitação da própria sociedade. O judiciário, a seu turno, está qualificado para expedir soluções jurídicas, mas, por evidente, uma “tese jurídica”, em demanda repetitiva, é menos uma solução jurídica e mais uma solução política, à medida que atingirá milhares de pessoas, às vezes até milhões de pessoas, assemelhando-se à legislação, que é geral e que não examina as particularidades dos casos específicos.

A questão é saber se o judiciário estará habilitado a produzir decisões políticas, considerando a sua repercussão.

7.3. Crítica de ordem filosófica. Com a expedição de uma decisão, de uma “tese jurídica”, assim obtida em um órgão especial de um Tribunal, não há maior debate e, então, não são examinados, nem conhecidos, argumentos racionais que poderiam, eventualmente, contribuir para outra solução. Com efeito, somente um debate amplo, em um tempo razoável, poderá produzir uma decisão racional que reflita o consenso obtido. Todavia, uma decisão vinda de cima, do órgão judiciário superior, ainda que seja democrática, porque observa as regras vigentes, paradoxalmente não é democrática, porque não obtida por uma ampla discussão.

Atualmente, as decisões judiciais são obtidas, mesmo nos países que adotam o sistema da “common law”, de baixo para cima, ou seja, nascem nos órgãos judiciais de nível inferior e vão amadurecendo, com outros argumentos, até chegar aos órgãos superiores, quando há um debate mais amplo, no meio jurídico e na sociedade, inclusive, às vezes, nos meios de comunicação de massa, quando há até a pressão da opinião pública. Depois, então, haverá uma qualidade maior da decisão proferida, uma vez que houve um debate amplo e demorado e, assim, o risco de erro da decisão será proporcionalmente menor.

É certo que o projeto prevê, no art. 847, § 2º, a possibilidade de realização de audiências públicas, quanto à uniformização e à estabilização da jurisprudência e a possibilidade de sua revisão, o que de

certa também ficou assegurado no art. 901, no que concerne ao incidente de resolução de demandas repetitivas.

Essas audiências públicas efetivamente podem contribuir para um debate mais amplo sobre a tese jurídica a ser promulgada, mas, de qualquer modo, não evitam os inconvenientes de uma decisão, realizada por um Tribunal, sem o devido e cuidadoso exame jurisprudencial, inclusive pelos graus inferiores de jurisdição, com o amadurecimento e o acréscimo de novos argumentos.

7.4. Crítica de ordem cultural. O nosso sistema jurídico não está, tradicionalmente, aculturado a essa pretensa observância da jurisprudência. Nos países da “common law” há uma cultura, há uma tradição, há uma história e há a formação dos juristas nesse sentido. No Brasil nunca houve uma formação assim. O resultado poderá ser totalmente indesejado. Poderá ocorrer que um caso que tem uma particularidade, que o torna diferente do caso julgado no precedente, se for julgado conforme o precedente, conduza à grave injustiça.

Ora, pelo menos é necessária a formação de juristas, de juízes, para se adaptarem a um novo sistema. E até poder-se-á contrargumentar de não ser possível promover a formação de juristas se nunca houver um sistema semelhante, nem o estímulo a tanto.

Atualmente, muitas vezes, já se percebem erros absurdos, quando operadores do direito adotam uma jurisprudência que não se adapta ao caso em exame, pois o caso é peculiar, diferente, mas o excesso de serviço, enfim outros problemas influenciam e não permitem que se pense mais e se adote solução diversa.

Assim, um primeiro cuidado é necessário, qual seja o de evitar casos diferentes com a mesma solução de um precedente, para evitar impor injustiça.

Enfim, como os médicos não podem ser substituídos por programas de informática, em que se poderia alimentar o programa com os sintomas e demais condições de saúde do paciente para se obter o diagnóstico, da mesma forma os juízes não podem ser substituídos por tais sistemas, quando também poderia haver a alimentação de dados do caso em julgamento para obter-se a solução. E isso não é possível porque, nas áreas humanas e biológicas, não há solução exata, que não possibilite solução diversa, ou minimamente diversa, considerando as especificidades dos sintomas e das condições pessoais do paciente, nos casos clínicos, o mesmo ocorrendo no judiciário, em que somente a data de um fato pode permitir solução diversa da de um precedente.

Assim, a ponderação que se faz é a de que o prestígio da jurisprudência, embora possa ser previsto, não passe daí, não possa produzir vinculação, sem uma formação adequada dos juristas, para evitar soluções injustas e, portanto, erradas.

7.5. Ditadura do judiciário e retrocesso. A ditadura do judiciário é a pior das ditaduras, já se disse. Essa argumentação, contudo, tem pouco rigor. Em qual situação estar-se-ia diante de uma ditadura do judiciário. Há quem argumente que o judiciário não poderia revogar o mandato de quem foi eleito para o poder legislativo ou para o poder executivo, assim como sobre quem pode ser jornalista, ou, ainda, quem deve permanecer algemado e em quais condições isso deve ocorrer. Será possível, então, ao judiciário produzir decisões que, a par de suspenderem ações individuais, suprimindo um direito fundamental, ainda contenham tese jurídica que irá decidir milhares de ações em tramitação? Será que o judiciário, com tal decisão, não estará atuando como legislador, não mais como julgador?

O Ministro Eros Grau, em voto proferido na ADI nº 2.797-2/DF, apresenta severa advertência, que cabe ser lembrada.

Permissa venia, não se trata disso. Recorro a palavras de LOEWENSTEIN, referindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos, mas que bem se aplicam a nossa Corte. Poderíamos, diz ele, por conta da posição superior que a Suprema Corte de fato ocupa na dinâmica constitucional, chegar facilmente à conclusão de que ao seu poder não se colocam limites. Esta suposição é, porém, incorreta. Foram tomadas providências para que também as árvores judiciais não alcancem o céu¹³.

7.6. Contradição com os objetivos expostos. O projeto do novo Código de Processo Civil por um lado pretendeu dar efetividade as decisões de primeiro grau, mas, quando se trata de demandas repetitivas, pretendeu dar relevância às decisões dos tribunais. Com efeito, quando tratou dos efeitos dos recursos, houve a pretensa ideia de abolir o efeito suspensivo genericamente, visando a dar a propalada efetividade às decisões dos juízes de primeiro grau. Todavia, quando se trata de ações que envolvem milhares de pessoas, interesses coletivos, aí, então, o juiz de primeiro grau deixa de ter importância e, então, somente os tribunais e, pior, somente os tribunais superiores é que têm importância e relevância e que, pretende-se, decidem com acerto.

¹³ Trecho de voto do Ministro Eros Roberto Grau, ADI 2797-2/DF, julgada em 15 de setembro de 2005.

7.7. Adiante, no item 10, tentar-se-á apresentar **uma solução** que traga maior democracia e maior debate, inclusive possibilite um grau maior de independência interna da magistratura. É uma solução que, com toda a humildade se apresenta, para esse grave e crítico problema das demandas de massa. A solução, certamente, quebra esse modelo vigente até aos dias atuais, justamente com a finalidade de proporcionar maior debate, maior democracia e maior grau de independência interna da magistratura.

8. Os efeitos dos recursos. Diante do clamor de que deve haver o prestígio das decisões dos juízes de primeiro grau, com o objetivo de possibilitar maior efetividade às decisões e, então, trazer uma solução mais rápida ao litígio, evitando-se a infinidade de recursos, a reação do projeto é imaginar possível a abolição do princípio do duplo grau de jurisdição. Ora, é sabido que esse princípio, que não está na Constituição Federal, é considerado um direito fundamental não escrito ou decorrente dos princípios constitucionais. Com efeito, ainda que não expresso na Constituição, o princípio de que toda decisão deve comportar um novo julgamento, por ser aplicado há séculos, não pode, assim, ser abolido num projeto de Código de Processo Civil.

Há, nesse caso, inconstitucionalidade do projeto, que prevê, excepcionalmente, a possibilidade de o juiz admitir o recurso de apelação no efeito suspensivo, no art. 928, mas, se isso ocorrer, ou o contrário, o juiz não poderá inovar, ou seja, mudar a decisão. O efeito suspensivo, no projeto, somente caberia por exceção e, então, deveria ser formulado o pedido diretamente ao Tribunal, conforme art. 908. A solução, contudo, não é prática **e trará, certamente, maior volume de serviço aos tribunais, quando os relatores deverão examinar, antes de conceder o efeito suspensivo**, pela expressão do art. 908, se houver demonstração da probabilidade de provimento do recurso. Vale dizer, antes mesmo de examinar a resposta do recorrido, o relator deverá, para dar efeito suspensivo, julgar se haverá alguma probabilidade de reforma da decisão da recorrida.

Rigorosamente poder-se-á dizer que não fica suprimido o princípio do duplo grau de jurisdição e, assim, inconstitucionalidade inexistente. E, com efeito, uma vez possibilitado o recurso, ainda que somente com o efeito devolutivo, há observância ao princípio. Todavia, a ausência de efeito suspensivo possibilita o imediato cumprimento/execução da sentença. E, aqui, igualmente poder-se-á argumentar que, como ocorre com a execução dos títulos extrajudiciais, sendo a sentença um título judicial que habilita o credor na execução por

quantia certa, por exemplo, a iniciar o processo de execução, com maior razão na sentença o credor estaria habilitado a iniciar o processo de execução. Igualmente, objeta-se que, no caso da execução do título extrajudicial, o devedor previamente aceitou a dívida, enquanto que, embora a sentença, o devedor resiste ao pedido da outra parte, daí o recurso. Então, são situações bem diversas, por isso o tratamento diverso.

Por outro lado, ainda como objeção, cumpre questionar sobre o número de decisões judiciais reformadas, mesmo que parcialmente. Com certeza não é um número pouco expressivo e, então, só isso justifica a possibilidade de dar-se efeito suspensivo ao recurso de apelação, sem impedir que o credor adote medidas para a proteção do seu direito, o que pode ser determinado, igualmente na sentença, pelo juiz.

Nessa linha de raciocínio cabe indagar as razões pelas quais há um grande número de decisões de primeiro grau reformadas. Esse é um tema sobre o qual as gestões do judiciário deveriam se questionar. E com isso não se afirma que o número de decisões não confirmadas seja majoritário, em relação às confirmadas pelos tribunais. Na verdade, mesmo que se trate de um número que chegue a trinta por cento do número de decisões proferidas, seria de concluir que é número expressivo.

As medidas para a proteção do direito do credor, todavia, não poderão significar limitação dos direitos do devedor, mas, tão-somente, restringir o poder de alienação de bens, de modo a ficar garantida a satisfação do crédito ou do direito, oportunamente. Essa alternativa com certeza seria satisfatória. E, em determinadas situações, crédito de pequeno valor, em relação a empresas de médio porte, poderia ocorrer o bloqueio “on line”, se não houvesse a prestação de garantia adequada ou razoável, ou o depósito judicial da quantia, num prazo pequeno, após a prolação da sentença. Isso também evitaria que o devedor pretendesse protelar a satisfação do crédito, ou, quiçá, pretendesse mesmo jamais satisfazer o direito do credor.

Também poder-se-ia colocar como premissa para a ausência de efeito suspensivo o fato de a decisão ter sido proferida em conformidade à jurisprudência do tribunal ou dos tribunais superiores.

Assim, sem dúvida, este é um dos pontos sobre o qual deverá haver intenso debate prévio à confirmação do projeto apresentado.

9. Processo de execução, ou cumprimento da sentença.

No projeto a redação continua com pouco rigor, pois ora fala-se, em relação à sentença em cumprimento e, em seguida, menciona-se, também em relação à sentença, execução. O legislador tem de observar certo rigor, evitando falar em execução e, assim, observar, com relação à sentença, um procedimento único tendente a satisfazer o direito do autor/credor/requerente.

Na verdade, desde as últimas reformas, parece que o legislador pretende distinguir o cumprimento da sentença da execução de título extrajudicial, deixando para este um procedimento único, enquanto que para a execução de sentença pretende um retorno às origens, simplificando o rito, no sentido de que a sentença seja apenas um estágio de acerto e de definição do direito do autor, que seria satisfeito em seguida, nos mesmos autos, com o cumprimento da sentença.

Entretanto, o projeto continua com esse misto de execução de sentença e cumprimento de sentença e, também, mencionando a execução de título extrajudicial.

Assim, parece que o rigor que caberia seria cogitar de cumprimento de sentença e de execução de título extrajudicial.

10. A questão que deve ser formulada é a que interroga sobre como poderá ser conferida maior respeitabilidade e maior autoridade ao Judiciário em geral? Como essa instituição, esse poder nacional, poderá obter maior confiabilidade, maior credibilidade e, em consequência, gerar maior segurança por meio das suas decisões, uma vez que está inserido numa ideia dogmática de direito, de prevenção, de expectativas e de expectativas de expectativas? Como o Judiciário poderá enfrentar a demanda crescente de causas com eficiência?

Esse é um dos problemas básicos que necessita de enfrentamento. Esse é o problema que talvez responda ao problema do elevado número de decisões reformadas e, também, sirva para a resolução das demandas repetitivas.

Está inserido nesse problema o princípio da independência judicial. Independência da magistratura que muito se invoca no âmbito externo, mas que suscita pouco debate e pouco estudo, no nível interno. Sem dúvida, quando se trata da independência interna da magistratura, há muito caminho a andar. Quer parecer que a solução desses problemas está inserida no debate sobre a independência interna da magistratura. **Mas, enfatize-se, independência interna com responsabilidade.**

Pode-se partir da classificação de Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁴, que diz haver três modelos judiciais na atualidade: **(a) modelo empírico primitivo**, em que há arbitrariedade seletiva, que carece de seleção de nível técnico; o nível do serviço é precário, com pobreza técnica e o perfil do juiz é deteriorado, com tendência partidária, não havendo independência assegurada. A cultura jurídica não é rica por falta de estímulo e o próprio Estado de Direito é duvidoso. O contexto é de países não democráticos, ou com democracia não estável ou escassamente desenvolvida; **(b) modelo tecno-burocrático**, em que se erradica a arbitrariedade seletiva, ficando garantido nível técnico à magistratura. A qualidade do serviço é superior, mas se move por trilhos formalizados. O perfil do juiz continua deteriorado, mas com tendência à burocratização carreirística e a independência é apenas externa. Ainda que a cultura jurídica seja superior, não haverá estímulo para que o magistrado alce voo teórico, diante da tendência aos métodos exegéticos e aos argumentos pragmáticos. Fica favorecido um Estado de Direito, legal, não constitucional. A característica é a de contexto mais estável, mas não mais democrático, podendo ser autoritário; **(c) modelo democrático contemporâneo**, em que se conserva a melhor seleção do modelo anterior, com o controle sobre os mecanismos seletivos. A qualidade do serviço é mantida e melhora com a redução da formalização. A independência, tanto externa, quanto interna, fica mais bem assegurada. Há o controle permanente da Constituição e o Estado de Direito é fortalecido, com a característica de uma democracia. Essa é a lição do jurista argentino.

E, conforme Zaffaroni, o modelo brasileiro **escapa** ao modelo empírico primitivo, situando-se no modelo tecno-burocrático. Logicamente o judiciário brasileiro caminha para se inserir no modelo democrático contemporâneo. **Então, a questão é essa: como o judiciário brasileiro pode ingressar nesse estágio?**

É possível que uma das soluções esteja na consideração da independência judicial, interna.

Na tentativa de dar uma resposta a essa complexa questão, abro um parêntese para lembrar que, há alguns, na gestão do Desembargador Jorge Luiz Dall’Agnol, na Corregedoria-Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, usei dar-lhe uma sugestão.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder judiciário, crises, acertos e desacertos, tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.102-104. APUD ACTA – MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocência Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 934-939.

Essa sugestão foi encaminhada pelo Desembargador Dall’Agnol ao Diretor do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça, Desembargador Luis Felipe Brasil Santos, que a adotou, com algumas alterações e que gerou o denominado **Projeto Mesa Redonda**.

A ideia originalmente sugerida era a de proporcionar o debate, **no mesmo plano, sem graus hierárquicos, de juízes de primeiro grau com desembargadores**¹⁵. Nesse debate os desembargadores exporiam as razões pelas quais decidem determinadas e específicas causas e, igualmente, os juízes de primeiro grau exporiam as suas razões e os seus entendimentos. Os juízes de primeiro grau têm, além das ideias teóricas, a prática diária da prestação jurisdicional diretamente ao jurisdicionado, com todas as dificuldades práticas que uma determinada lei impõe. Podem apresentar as dificuldades de natureza prática que enfrentam ao impor uma decisão oriunda do tribunal em um determinado sentido. Por outro lado, há exemplos de leis recentes as quais os desembargadores nunca tiveram oportunidade de aplicar na jurisdição de primeiro grau.

Esse debate oportunizaria o confronto das ideias, a apresentação de argumentos e, eventualmente, geraria outro debate, quando seriam apresentados novos argumentos, para enfim, ser adotada uma solução razoável e, eventualmente, majoritária, de modo a reduzir o número de decisões em sentido contrário. O proveito, indubitavelmente, seria mais amplo e geraria um grau maior de reconhecimento e de satisfação geral. Aumentaria, por outro lado, o grau de independência interna da magistratura, independência interna com responsabilidade, pois colocaria os magistrados todos em um mesmo plano com a prevalência dos melhores argumentos, conferindo maior autoridade às decisões.

E tal é possível, à medida que fossem realizados encontros dos magistrados que julgam determinadas matérias. Com efeito, juízes do crime se encontrariam, nesses debates, com desembargadores que atuam nas câmaras criminais, e demais magistrados que julgam outras matérias especializadas, igualmente se encontrariam, nos debates, nessas reuniões, com magistrados, dos tribunais, que também julgam as mesmas matérias, em grau recursal.

¹⁵ O projeto encaminhado não foi acolhido nos termos propostos e, atualmente, o “Projeto Mesa Redonda” tem os mesmos vícios que se tentava eliminar, pois é um lugar que privilegia a palestra, não o debate e a troca. O projeto tinha o objetivo de promover encontros com juízes e desembargadores que julgam as mesmas matérias para debaterem e trocarem informações, inclusive experiências, com vistas a aprimorar a jurisdição e sair do lugar comum que se tornaram as palestras.

A seu turno, os desembargadores, e também juízes de primeiro grau, participariam de reuniões e debates com ministros dos tribunais superiores, sobre determinados temas especializados, inclusive em demandas repetitivas, levando argumentos dos demais magistrados daquele estado.

Essa proposição está em conformidade à Teoria da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas. Em uma análise muito resumida neste artigo, cabe recordar que Habermas expõe essa teoria, na sua aplicação no direito, abordando a questão da validade das normas jurídicas¹⁶. Há uma tensão sempre presente entre os fatos sociais, entre o que se aplica, entre o que vale socialmente e a validade propriamente dita, ou seja, a legitimidade racional. Essa teoria é uma teoria do discurso, da argumentação racional. Para além da mera coação presente nas normas jurídicas, deve haver a legitimidade da norma que deriva da sua aceitação social. Segundo a teoria de Habermas, as normas, desde a sua criação, devem ser legítimas, no sentido de que os cidadãos, em um Estado de Direito, também se sintam autores das normas¹⁷.

Portanto, o projeto de resolver as demandas repetitivas resultantes desta sociedade de massa, desta sociedade complexa, deve estar em consonância com a teoria de Habermas, que pode ser aplicada no Judiciário, possibilitando que haja um debate entre os magistrados de todos os níveis, sem diferenças hierárquicas, com exposições de argumentos, em seminários, sempre que se houver de tratar de temas específicos. Assim, certamente, do debate, da apresentação de argumentos racionais, poder-se-iam construir soluções que, a par de conferirem a legitimidade adequada, também seriam mais bem aceitas, à medida que todos seriam considerados co-autores da norma editada. Veja-se, para facilitar o acesso, esclarecimento sobre a teoria de Habermas:

Pero dado que una teoría de la acción comunicativa presupone indudablemente una determinada concepción del lenguaje, Habermas finalmente acabó explicitándola: la denominada *teoría de la pragmática universal*. En este sentido, su intención expresa es defender la tesis de que el uso del lenguaje orientado al entendimiento entre las partes que participan en el proceso comunicativo es el *telos* inherente al lenguaje humano. Los otros usos posibles del lenguaje humano, como son, por ejemplo, el instrumental o el estratégico, serían en realidad parasitarios del uso orientado hacia el entendimiento. Al servirse del lenguaje, el individuo participa necesariamente de la perspectiva social y

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia – entre faticidade e validade, volumes I e II, tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁷ AMADO, Juan Antonio García. La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997, p. 18 e seguintes.

sale así “de la lógica egocéntrica” (PPM, 85). La comunicación lingüística sólo tiene sentido y razón de ser en cuanto orientada al entendimiento con el otro, lo cual hace que quien se comunica no pueda sustraerse “a las condiciones de racionalidad inmanentes a la acción comunicativa” (TAC I, 506). Por tanto, toda acción lingüística es idealmente una *acción orientada al entendimiento*, y quien actúa en sociedad y, por tanto, necesariamente, se comunica no puede sustraerse a los presupuestos de dicha comunicación, al “carácter inexcusable de aquellos presupuestos universales que condicionan siempre nuestra práctica comunicativa cotidiana y que no podemos elegir” (CMAC, 154). Es más, sólo mediante el lenguaje es posible la actuación conjunta entre sujetos diversos¹⁸.

A conclusão que a esta altura se coloca é a de que, efetivamente, há necessidade de um novo Código de Processo Civil, que deve passar pelo constitucional e devido debate nas casas legislativas, com vistas à atualização dos ritos judiciais, com a sua possível simplificação, buscando a redução do tempo de duração do processo e, em especial, com relação às demandas de massa, que haja, aplicando-se a teoria do direito fundada na ação comunicativa, a inserção, na lei, de seminários entre os magistrados dos diversos graus de jurisdição, no mesmo plano, em busca de uma solução que possua maior legitimidade, em decorrência dos argumentos apresentados e das conclusões que serão obtidas nesses seminários.

Em razão do exposto, apresentam-se, na sequência, propostas para o encaminhamento de emenda ao projeto em trâmite no Senado Federal.

Porto Alegre, 5 de agosto de 2010.

Diógenes V. Hassan Ribeiro

¹⁸ VELASCO, Juan Carlos. Para leer a Habermas. Madrid: Alianza Editorial S.A., 2203, p. 39-40.

PROPOSTAS DE EMENDAS AO PROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As propostas apresentadas encontram-se justificadas no artigo acima.

Primeira proposta – modificação da redação do art. 6º, que ficaria assim redigido:

Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz observará os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Segunda proposta – modificação da redação do art. 186, que ficaria assim redigido:

Art. 186. A Fazenda Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública terão prazos contados em dobro para se manifestar nos autos.

Terceira proposta – inserção de seminários entre os juízes e desembargadores, quando o incidente de resolução de demandas repetitivas se encontrar em tribunal estadual, ou regional, ou entre juízes, desembargadores e ministros, quando o incidente tiver sido instaurado nos tribunais superiores, com vistas a realizar debate e colher conclusões entre os órgãos do judiciário diretamente especializados na matéria em exame; esta proposta tem o objetivo de apresentar solução mais democrática, inclusive propiciar maior grau de independência interna da magistratura; a redação dos artigos 902 e 903 ficaria assim:

Art. 902. Concluídas as diligências, o relator marcará e presidirá seminários com os juízes de primeiro grau e os desembargadores com competência especializada para a matéria em exame.

§ 1º Os juízes de primeiro grau serão eleitos pelos demais juízes com competência especializada e limitados a um número previamente definido pelo regimento interno do Tribunal.

§ 2º Se o incidente tiver sido instaurado em Tribunal Superior, haverá eleição de juízes e de desembargadores, com

competência especializada, para participarem do seminário, entre os que tiverem a mesma competência, em cada estado da federação, com limitação do número conforme regimento interno do Tribunal Superior.

§ 3º Nos seminários os juízes, desembargadores e ministros exporão os seus argumentos em prol das suas teses, que serão objeto de deliberação entre todos os presentes, em igualdade de voto.

Art. 903. Com as conclusões dos seminários, o relator pedirá dia para o julgamento, quando fará a exposição do incidente e das deliberações adotadas nos seminários, sucedendo-se as manifestações do autor e do réu, do processo originário, e do Ministério Público, por trinta minutos, para a sustentação das suas razões.

§ 1º Em seguida, os demais interessados poderão se manifestar no prazo de trinta minutos, divididos entre todos, sendo exigida inscrição com quarenta e oito horas de antecedência.

§ 2º Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito.

Quarta proposta – modificação da redação do art. 928, com vistas a possibilitar que o juiz, no recebimento do recurso de apelação, fundamente a decisão sobre o efeito suspensivo e, ainda, possa, desde logo, estabelecer medidas que impõe à parte recorrente com vistas à segurança e prevenção sobre a ulterior execução definitiva da obrigação imposta; o artigo ficaria assim redigido:

Art. 928. Atribuído efeito suspensivo à apelação, de modo fundamentado, o juiz não poderá inovar no processo, caso em que o juiz estabelecerá medidas à parte recorrente que assegurarão a satisfação do direito do recorrido, no improvimento do recurso; recebida sem efeito suspensivo, mesmo em parte, de modo fundamentado, o apelado poderá promover, desde logo, a execução provisória da sentença.

São estas as propostas apresentadas.