

LINHAS FUNDAMENTAIS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Heitor Vitor Mendonça Sica*

1. INTRODUÇÃO.



Para que se compreendam adequadamente as linhas fundamentais do novo Código de Processo Civil brasileiro – promulgado pela Lei Federal nº 13.105 de 16 de março de 2015 e que entrará em vigor em 18 de março de 2015 – impõe-se necessário preliminarmente traçar breve retrospecto do diploma que o antecedeu – Código de Processo Civil brasileiro promulgado pela Lei Federal nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973 – bem como das leis que processuais civis editadas ao longo de seus mais de quarenta anos de vigência.

Trata-se de um diploma que aspirava se revestir do mesmo apuro técnico que os Códigos de Processo Civil editados na Europa continental nas décadas anteriores, em especial o italiano e o português¹.

* Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹ Os sistemas desses dois países constituem, indubitavelmente, os mais influentes na construção do sistema processual civil do Brasil (e, de resto, de todo o seu ordenamento jurídico). A influência do sistema português se explica por óbvias razões históricas, já que o Brasil se tornou um país independente em 1822, depois de mais de três séculos de colonização, e continuou a utilizar a legislação herdada de Portugal até início do século XX. Particularmente em matéria de processo civil, a base da legislação brasileira ao tempo da proclamação da independência eram as Ordenações Filipinas, monumento legislativo compilatório editado em 1603 e que somente começou a ser derogado por leis genuinamente brasileiras na década de 1830 e, mais intensamente, a partir de 1850. Já a influência italiana, como é bem documentado, deve-se principalmente à estadia de Enrico Tullio Liebman na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo nos anos 1940, cujas ideias influenciaram de maneira inegável Alfredo Buzaid, um de seus anfitriões em São Paulo, que anos depois elaborou anteprojeto que veio a se converter no CPC brasileiro de 1973.

Contudo, excetuado o aprimoramento terminológico e alguns avanços pontuais, pode-se dizer que o CPC de 1973 era substancialmente igual ao diploma que o antecedeu (o qual datava de 1939²): ambos ainda fortemente arraigados às tradições herdadas do direito lusitano medieval³ e cunhados com o objetivo primordial a solução de conflitos intersubjetivos eclodidos em uma sociedade ainda majoritariamente rural⁴. Ademais, ambos os Códigos (de 1939 e 1973) foram editados em períodos de regimes políticos autoritários e, portanto, se ressentiram da falta de prévias discussões mais profundas (até mesmo no âmbito acadêmico).

Não causa surpresa o fato de que rapidamente se concluiu que o CPC de 1973 era obsoleto e inadequado à solução de litígios complexos, que surgem em uma sociedade de massa urbana então em franca expansão.

À vista disso, o sistema processual civil passou, de 1980 em diante, a ser profundamente alterado por numerosas e profundas reformas legislativas.

As dezenas de leis em matéria de direito processual civil editadas entre as décadas de 1980 e de 2000 podem ser subdivididas, para fins exclusivamente didáticos, em três grupos: (a) as que criaram e aprimoraram os mecanismos de tutela coletiva; (b) as que, posteriormente, reduziram a efetividade dos instrumentos de tutela coletiva antes criados; e (c) as que se propuseram a aprimorar os processos individuais.

² Essa é a opinião de um dos maiores processualistas brasileiros de todos os tempos, Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, v.1, p.284-286).

³ Assim denunciou Liebman, em ensaio publicado pouco tempo depois de seu retorno à Itália: *Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano. Studi in onore di Enrico Redenti, nel XL anno del suo insegnamento*, a cura di Francesco Cappelletti. Milano: Giuffrè, 1951. v. 1, p. 581-607.

⁴ Isso explica a profusão de procedimentos especiais e de mecanismos de intervenção de terceiros aplicáveis a litígios que envolviam posse e propriedade de imóveis, herdados de monumentos legislativos passados e afeiçoados a sociedades em que a terra é o principal bem de produção.

2. CRIAÇÃO DO MICROSSISTEMA DE PROCESSOS COLETIVOS (1985-1990).

Entre 1985 e 1990, o Brasil promulgou dois diplomas que, analisados conjuntamente, formam um microssistema de processo coletivo⁵: Leis Federais nº 7.437 de 1985 e 8.078 de 1990⁶. A primeira criou a chamada “ação civil pública”, cujas características principais são as seguintes: (a) visa proteger direitos transindividuais⁷ que, até então, não eram tutelados pelos mecanismos individuais de tutela jurisdicional previstos no CPC de 1973⁸; (b) legitimidade ativa concorrente e disjunti-

⁵ Afirmando a existência de um microssistema de tutela coletiva no ordenamento brasileiro, confira-se, por todos, Ada Pellegrini Grinover. *Direito processual coletivo. Tutela coletiva*. Paulo Henrique dos Santos Lucon (org.). São Paulo: Atlas, 2006, p.302-308.

⁶ Esses diplomas constituem os principais pilares do microssistema de tutela de interesses transindividuais, embora não tenham sido os primeiros a instituir normas nesse campo. Como bem lembrou há tempos Barbosa Moreira (A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados ‘interesses difusos’, *Temas de direito processual*, São Paulo: Saraiva, 1977, p.110-124), o ordenamento jurídico brasileiro previa a ação popular, há meio século disciplinada pela Lei nº 4.717/65 e que já se apresentava como mecanismos de defesa de “interesses difusos”, no tocante aos “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico” (art. 1º, par.ún., da Lei nº 4.717/65). Contudo, a aplicabilidade desse instrumento era (e ainda é) limitada, pois deva abrigar o pedido de “anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos” (art. 1º, *caput*). Ou seja, fundamentalmente a ação popular é instrumento para ataque a atos administrativos (realidade reconhecida por Barbosa Moreira novamente alguns anos depois do ensaio aqui referido: A legitimação para a defesa dos ‘interesses difusos’ no direito brasileiro. *Temas de direito processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.186).

⁷ O art. 1º da Lei nº 7.437 se referia, originalmente, à tutela dos seguintes direitos transindividuais: meio-ambiente, relações de consumo, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Posteriormente, incluíram-se por meio de reformas legislativas, a defesa da ordem urbanística e da ordem econômica.

⁸ A criação desse subsistema partiu da constatação, feita décadas antes, de que determinados interesses, porquanto *difusos* (rectius, pertencentes a uma gama indeterminável de titulares), não poderiam ser adequadamente tutelados pelos mecanismos processuais cunhados pelo CPC de 1973 para litígios intersubjetivos, sobretudo face à restritiva regra concernente à legitimidade ativa constante do seu art. 6º, primeira parte: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio (...)”. Essa constata-

va conferida *ope legis* a determinados entes públicos e privados reputados pela lei como representantes adequados⁹; (c) o aprimoramento de mecanismos de efetivação da tutela específica (de modo a privilegiar a prevenção e a reparação *in natura* do direito transindividual lesado¹⁰); (d) o estabelecimento de coisa julgada *erga omnes secundum eventum probationis* (isto é, coisa julgada *ultra partes*, ressalvada a possibilidade de repositura da ação em caso de improcedência por insuficiência de provas¹¹).

Pouco depois, em 1990, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que contém profunda normatização sobre tutela coletiva, não apenas relativamente aos litígios consumeristas de massa, mas igualmente a todos os conflitos envolvendo quaisquer outros direitos transindividuais.

Além de diversos aprimoramentos em relação ao regime processual previsto na “Lei da Ação Civil Pública” de 1985, o CDC inovou ao possibilitar a tutela de direitos *acidentalmente coletivos*, os quais são direitos individuais com “im-

tação já era considerada pacífica no Brasil ao começo da década de 1980. Embora ocioso comprovar essa assertiva, não custa mencionar a esse respeito Ada Pellegrini Grinover (Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. *O processo em sua unidade – II*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p.88-121, esp. p.96-118).

⁹ De acordo com a Lei nº 7.437, os legitimados para a ação civil pública são: o Ministério Público, a União Federal (o Brasil adotou o regime federalista), os Estados, os Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações públicas, sociedades de economia mista (esses último quatro entes são integrantes da Administração Pública indireta) e, finalmente, por associação civil sem fins lucrativos constituída há pelo menos um ano e cujas finalidades estatutárias sejam condizentes com o objeto da ação que propuser. Posteriormente, incluiu-se por meio de reforma legislativa a Defensoria Pública (órgão estatal que presta assistência jurídica a pessoas desprovidas de recursos para contratar advogado).

¹⁰ Parte-se do correto pressuposto de que a tutela meramente reparatória no mais das vezes seria inócua para adequada proteção de determinados bens jurídicos, seja por seu valor inestimável, seja pela dificuldade ou impossibilidade prática de recuperá-los eficazmente depois de danificados.

¹¹ A redação original do art. 16 da Lei nº 7.437 era a seguinte: “A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.

pacto de massa” e que, portanto, podem ser tratados num processo coletivo¹². O art. 81, parágrafo único, III do CDC os denominou, com claríssima inspiração na doutrina italiana¹³, como *direitos individuais homogêneos*.

¹² Segundo entendimento doutrinário largamente disseminado no Brasil, os direitos *acidentalmente coletivos* se diferenciam dos direitos *essencialmente coletivos*, os quais são divididos em duas categorias: os difusos e os coletivos em sentido estrito, os quais têm em comum, segundo Ricardo de Barros Leonel, “uma união tão firme que a satisfação de um só implica a satisfação de todo, e a lesão de um só implica a lesão da inteira coletividade. São os interesses essencialmente coletivos: o caráter coletivo é da própria essência, da substância do interesse”. (*Manual do processo coletivo*, São Paulo: RT, 2002, p. 101-102). A par dessa expressão, já consagrada na doutrina, Teori Albino Zavascki preferiu se referir ao fenômeno como o de *tutela coletiva de direitos individuais* em contraposição à *tutela de direitos coletivos* (*Processo coletivo*, São Paulo: RT, 2006, cap.7).

¹³ Vincenzo Vioriti, em 1979, já apresentava essa distinção entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, assinalando que: “Non sarebbe peraltro, né opportuno di fronte a fenomeni suscettibili di amplissimi sviluppi, affermare che solo per certi interessi è possibile parlare di interessi diffusi o collettivi, e sostenere magari che gli interessi diffusi sono solo quelli che hanno un certo contenuto, e collettivi quelli che ne hanno uno ancora diverso. Le due formule concernono entrambe i processi di aggregazione degli interessi individuali ed indicano due stadi diversi di fenomeni omogenei nella sostanza. A livello semplicemente diffuso mandano i meccanismi di coordinamento delle volontà, non si sono saldati quei vincoli che possono dare un carattere unitario ad un fascio di interessi uguali; a livello collettivo esiste invece un’organizzazione, nel senso che esistono strumenti di direzione e di controllo, e la dimensione superindividuale degli interessi acquista una sua precisa rilevanza giuridica. (...) Questi scrive incisivamente che l’interesse collettivo è «l’interesse di una pluralità di persone a un bene idoneo a soddisfare un bisogno comune. Esso non è la somma di interessi individuali, ma la loro combinazione, ed è indivisibile nel senso che viene soddisfatto non già da più beni atti a soddisfare i bisogni individuali, ma da un unico bene atto a soddisfare il bisogno della collettività»” (*Interessi collettivi e processo*: la legittimazione ad agire, Milano: Giuffrè, 1979, p. 43-47). Kazuo Watanabe, um dos autores do Anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, ao comentar o diploma apresentou a mesma distinção proposta por Vincenzo Vioriti: “Os interesses ou direitos ‘coletivos’ foram conceituados como ‘os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base’ (art. 81, parágrafo, nº II). Essa relação jurídica base é a preexistente à lesão ou ameaça de lesão do interesse ou direito do grupo, categoria ou classe de pessoas. Não a relação jurídica nascida da própria lesão ou da ameaça de lesão. (...) Nos interesses ou direitos ‘difusos’, a sua natureza indivisível e a inexistência de relação jurídica base não possibilitam, como já ficou visto, a determinação dos titulares. É claro que, num plano mais geral do fenômeno

Imaginava-se que se trataria de um instrumento apto a neutralizar a litigiosidade repetitiva¹⁴, promovendo isonomia no tratamento dos sujeitos individualmente afetados por condutas lesivas de projeção coletiva e diminuição da sobrecarga do Poder Judiciário com processos individuais oriundos do mesmo conflito de massa.

Ainda que sem embasamento em dados estatísticos, é corrente o pensamento de que a tutela dos direitos essencialmente coletivos apresentou resultados positivos e a tutela dos direitos acidentalmente coletivos malogrou.

No primeiro campo, de fato foi possível passar a trazer ao Poder Judiciário litígios que antes não eram judicializados com base nas técnicas processuais individualistas do CPC de 1973. Destaca-se, aí, particularmente o papel do Ministério Público, que se aparelhou de modo muito eficiente para a defesa de direitos transindividuais e assumiu verdadeiro protago-

jurídico em análise, é sempre possível encontrar-se um vínculo que une as pessoas, como a nacionalidade. Mas a relação jurídica base que nos interessa na fixação dos conceitos em estudo, é aquela da qual é derivado o interesse tutelando, portanto interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão” E, nos interesses ou direitos individuais homogêneos, também poderá inexistir entre as pessoas uma relação jurídica base anterior. O que importa é que sejam todos os interesses individuais ‘decorrentes de origem comum’. O vínculo com a parte contrária é consequência da própria lesão” (*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: Comentados pelos autores do anteprojeto, 8ª ed., Rio de Janeiro: Fonte Universitária, 2005).

¹⁴ Neste sentido Ricardo de Barros Leonel apresentou claramente a finalidade dos direitos individuais homogêneos para solução da litigiosidade repetitiva, descrevendo que: “Neste contexto, podem ser identificadas vantagens na tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos: prevenção da proliferação de numerosas demandas individuais onde se repetem exaustivamente o mesmo pedido e a mesma causa de pedir; obstar a contradição lógica de julgados, que desprestigia a justiça; resposta judiciária equânime e de melhor qualidade, com tratamento igual a situações análogas, conferindo efetividade à garantia constitucional da isonomia de todos perante a lei; alívio na sobrecarga do Poder Judiciário. Decorrente da ‘atomização’ de demandas que poderiam ser tratadas coletivamente; transporte útil da coisa julgada tirada no processo coletivo para demandas individuais” (*Manual do processo coletivo*, p. 110).

nismo no sistema judiciário brasileiro, sobretudo nas áreas de proteção ao meio ambiente e à probidade administrativa.

No segundo campo, o sistema falhou nos intentos de reduzir a judicialização individual de litígios de massa repetitiva e de promover isonomia. E uma das explicações para tal fracasso repousa em uma diretriz colocada à base da tutela dos direitos acidentalmente coletivos, isto é, a de manter totalmente incólume o direito de acesso individual ao Poder Judiciário.

De fato, rechaçou-se tanto a técnica do *opt-in*¹⁵, quanto do *opt-out*¹⁵, presente em outros sistemas de tutela coletiva e, no lugar disso, o art. 104 do CDC facultou ao autor da ação individual apenas a possibilidade de requerer a suspensão do seu processo, após ciência do ajuizamento da ação coletiva, sob pena de não poder se beneficiar da eventual sentença de procedência lá proferida. Por outro lado, estabeleceu-se a coisa julgada *erga omnes secundum eventum litis*, de modo que os indivíduos somente se beneficiam da sentença de procedência, nunca se prejudicam (salvo no caso previsto no referido art. 104 do CDC). Assim, desponta evidente que o sistema não foi munido de instrumentos para inibir eficazmente demandas individuais, até mesmo porque, em um país de dimensões continentais, há natural dificuldade para que os sujeitos interessados tenham informação quanto à pendência de um processo coletivo.

Ademais, mesmo quando o sistema efetivamente funciona, substitui-se uma pluralidade de ações de conhecimento individuais por uma pluralidade de liquidações e execuções

¹⁵ Marcos Cavalcanti, de forma sucinta, descreve a funcionalidade da técnica do *opt-in* e *opt-out* no sistema estadunidense: "Após a efetiva notificação, o integrante da classe pode assumir as seguintes condutas: (a) requerer sua autoexclusão da lide (*opt-out*), dentro do prazo estabelecido, a fim de não ser alcançado pelos efeitos da coisa julgada material; (b) manter-se inerte e assumir os efeitos de decisão favorável ou desfavorável e da coisa julgada material (*opt-in*)" (*Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas*, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 94).

individuais da sentença coletiva genérica que julga procedente a ação coletiva que tutela direitos individuais homogêneos¹⁶.

Pois o sucesso do modelo de tutela de direitos essencialmente coletivos e o fracasso do modelo de tutela dos direitos acidentalmente coletivos ajudam a explicar parte expressiva das reformas legislativas operadas no sistema processual nos anos 1990 e 2000 e, em alguma medida, as opções feitas na elaboração do CPC de 2015. Esse é o objeto da análise que se segue.

3. REFORMAS DO MICROSSISTEMA DE PROCESSOS COLETIVOS (1992-2001).

O segundo grupo de leis que reformaram o sistema processual civil brasileiro foram aquelas editadas entre 1992 e 2001, com o declarado propósito de enfraquecer o microssistema de processo coletivo, sobretudo relativamente à sua aplicação em face do Poder Público¹⁷ (cumprindo lembrar que o Brasil adotou o sistema de jurisdição una, cabendo ao Poder Judiciário, com base no Código de Processo Civil, reger a solução de quase todos os litígios não-penais que envolvam particulares e/ou entes públicos). Não bastasse, depois dessa época, naufragaram praticamente todas as iniciativas para reformas legislativas do microssistema de processos coletivos¹⁸.

¹⁶ É o que dispõe o art. 95 do CDC: “Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados”.

¹⁷ A Lei Federal nº 8.437 de 1992 proibiu que juízes de 1º grau concedessem, *inaudita altera parte*, medidas de urgência em face do Poder Público e aprimorou mecanismos para que a medida fosse cassada pelos tribunais. A Lei Federal nº 9.494 de 1997 instituiu limitações na eficácia da sentença e na imutabilidade da coisa julgada proferida em processos coletivos. A Medida Provisória nº 2.180 de 2011 proibiu a utilização do processo coletivo relativamente a algumas matérias de interesse do Poder Público, em especial no tocante ao direito tributário e previdenciário.

¹⁸ Destacam-se aqui o “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos”, que foi elaborado por comissão capitaneada por Ada Pellegrini Grinover e entregue ao Ministério da Justiça em 2008, mas não se converteu em efetivo projeto de lei. Em seu lugar, o Ministério da Justiça elaborou um simples projeto de nova “Lei de

O sistema processual civil brasileiro continuou, portanto, calcado essencialmente no acesso individual à tutela jurisdicional.

Por força desse e de outros fatores, o Poder Judiciário brasileiro, desde meados da década de 1990, passou a enfrentar um quadro crônico de congestionamento, que pode ser atribuído em grande medida à litigiosidade repetitiva. Essa afirmação se baseia em alguns dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que se propôs a identificar os “100 maiores litigantes” do Brasil. Constatou-se que 79,23 milhões de processos (num universo de aproximadamente de 83,4 milhões¹⁹), tem em um dos seus polos um desse seletivo grupo de litigantes habituais, destacando-se nesse universo os entes da Administração Pública, direta e indireta, em esferas federal, estadual e municipal (51%), bancos (38%) e empresas de telefonia (6%). Esses sujeitos seriam candidatos naturais a serem réus em processos coletivos, pois se relacionam necessariamente com pluralidades indetermináveis de indivíduos. Contudo, em vez disso, tornam-se parte de milhões de processos individuais.

4. REFORMAS DO CPC DE 1973 (1992 A 2008).

Chega-se, por fim, ao terceiro conjunto de leis que reformaram o CPC de 1973 para efeito de melhor tratar os processos individuais.

Não se pode negar que entre 1992 e 2008, houve uma série expressiva de leis reformadoras do CPC de 1973 que tornaram a prestação jurisdicional puramente individual mais efetiva.

ação civil pública”, o qual foi arquivado.

¹⁹ http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf (consulta 07.08.2015); http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf (consulta em 07.08.2015).

Contudo, parece evidente que grande parte das reformas tinham a clara finalidade de *acelerar ou aglutinar processos individuais repetitivos*, com especial ênfase naqueles já pendentes em grau de recurso, sempre que a decisão judicial estivesse amparada em precedentes judiciais²⁰.

No grupo das leis responsáveis por *acelerar* processos repetitivos, estão aquelas²¹ que substituíram julgamentos colegiados por decisões monocráticas em 2º grau de jurisdição e nos tribunais superiores (rompendo-se secular tradição do direito luso-brasileiro), bem como a que permitiu a prolação julgamentos de improcedência liminar de demandas repetitivas (art. 285-A do CPC de 1973, com redação dada pela Lei nº 11.277 de 2006) e, finalmente, a que passou a limitar o cabimento de recursos em causas cujo objeto fosse questão jurídica já pacificada pelo tribunal competente (art. 518, §1º, do CPC de 1973, inserido pela Lei nº 11.276/2006).

Já os mecanismos de *aglutinação* para gestão de recursos repetitivos – também assentadas sobre precedentes judiciais

²⁰ Não há, nas leis referidas na nota anterior, uma padronização. Ora o sistema se contentava com decisão proferida pelo próprio órgão em casos iguais, ora exigia “jurisprudência dominante” (isto é, um conjunto reiterado de decisões uniformes), ora se exigia a existência de “súmula” (expediente que em muito se aproxima dos “assentos” da tradição lusitana). As súmulas começaram a ser editadas pelo STF na década de 1960 e, depois, passaram a ser utilizadas também por outros tribunais de todos os graus. Por meio de reforma constitucional realizada em 2004, atribui-se ao STF o poder de editar uma modalidade diferente de súmula, de caráter “vinculante”. Segundo o art. 103-A, caput e §1º da Constituição Federal, por decisão de dois terços de seus membros, o STF, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, poderá aprovar verbete que tenha “por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica”. Esse enunciado deve ser necessariamente observado por todos os magistrados no território nacional e pela Administração Pública, sob pena de cabimento de um instrumento direto de controle junto ao STF denominado “reclamação”, que tem natureza similar à de um recurso, interrompível, contudo, *per saltum*.

²¹ Refiro-me em especial, mas não exclusivamente, às alterações introduzidas pelas Leis Federais nº 8.038 de 1990, 9.756 de 1998, 10.352 de 2001, 11.276 de 2008 e 11.277 de 2008.

– foram criados entre 2007 e 2008²², exclusivamente no âmbito dos dois principais tribunais superiores do Brasil, isto é, o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²³. Tanto no âmbito do STF (para o chamado “recurso extraordinário”, que controla a aplicação e interpretação uniforme das normas constitucionais em território brasileiro²⁴) quanto no STJ (para o denominado “recurso especial”, que visa unificar a interpretação e aplicação do direito federal infraconstitucional), criaram-se mecanismos para selecionar um ou mais “casos-piloto” e sobrestar os demais processos repetitivos. Gerado o precedente judicial apto a fixar a tese jurídica para o “caso-piloto”, deve ser ela reproduzida a todos os casos sobrestados.

Ou seja, paulatinamente o sistema processual brasileiro passou a apostar cada vez mais nos precedentes judiciais como fonte de racionalização de processos repetitivos e de promoção de isonomia (isto é, o mesmo papel que se esperava obter por meio da tutela de direitos acidentalmente coletivos).

A questão que se põe a essa altura é: esses mecanismos de aceleração e aglutinação surtiram os efeitos desejados, ao

²² Refiro-me às alterações que as Leis Federais nº 11.418 de 2007 e 11.672 de 2008 trouxeram para o CPC de 1973 no que as regras dos recursos dirigidos às Cortes de vértice.

²³ Até a Constituição Federal de 1988, o STF, na qualidade de mais alta Corte do país e integrante do Poder Judiciário, era o guardião de toda a legislação federal, tanto constitucional quanto infraconstitucional, (além de ter uma extensa lista de competências originárias, especialmente em matéria criminal). A Constituição Federal de 1988 tirou do STF uma série de competência originárias e a atribuição da guarda da legislação federal infraconstitucional, confiando essa última atribuição a uma nova Corte Superior, de âmbito nacional, isto é o Superior Tribunal de Justiça, igualmente sediada na capital do país. Não há no Brasil uma Corte Constitucional nos moldes dos países da Europa continental.

²⁴ O Brasil adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade, que contempla tanto abstrato-concentrado (por meio de medidas diretamente ajuizadas no STF por um rol limitado de legitimados), quanto o difuso-concreto (autorizando-se cada juiz a recusar a aplicação da lei tida por inconstitucional no caso concreto). Nesse passo, o recurso extraordinário (também dirigido ao STF) desempenha um papel relevante nessa segunda modalidade de controle de constitucionalidade.

menos em termos de descongestionamento dos tribunais superiores?

Os extensos dados estatísticos atualmente disponíveis apontam indubitavelmente para a resposta negativa.

Alfredo Buzaid, que foi magistrado do STF na década de 1960, se queixava da excessiva carga de trabalho a que aquela Corte se achava submetida à época (cerca de 6.000 processos por ano, distribuídos entre os seus onze membros²⁵). Às vésperas da promulgação da Constituição Federal de 1988 (que reduziu substancialmente o rol de competências do STF), essa quantidade havia triplicado (18.674 processos por ano). Em 2007, o número anual de processos que chegaram ao STF atingiu seu ápice histórico (112.938), a demonstrar que não vinham surtindo efeito as reformas processuais calcadas na *aceleração* realizadas entre 1990 e 2006. Apenas a partir de 2008 é que constata queda substancial no número de processos recebidos pelo STF, sendo inevitável relacionar tal redução à técnica de *aglutinação* acolhida a partir de 2007. Contudo, a partir de 2012 o número de processos dirigidos ao STF voltou a subir, sinalizando que essas últimas reformas tiveram efeito meramente paliativo²⁶.

Situação similar se verifica no âmbito do segundo mais importante tribunal de vértice do sistema judiciário brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ). Criado pela Constituição Federal de 1988 para absorver parte das competências do STF, o STJ (integrado por 33 magistrados) recebeu 23.368 processos em 1991. Após série ininterrupta de aumentos no número de processos, chegou-se a um recorde histórico (até então) de 347.426 processos recebidos (em 2009), reforçando-se o entendimento de que os meios *aceleratórios* implantados nas re-

²⁵ A crise do Supremo Tribunal Federal, *Estudos de direito*, São Paulo: Saraiva, 1972, p.121-180.

²⁶ Dados extraídos do portal virtual do STF: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual> (consulta em 23.07.2015).

formas de 1990 a 2006 não implicaram diminuição do volume de trabalho daquela Corte. Acresça-se que também no STJ se pode reconhecer, a partir do início da vigência da técnica de *aglutinação*, queda apenas transitória do número de processos (entre 2009 e 2011) pois, ao final de 2014, já se havia atingido um número de processos superior ao do recorde histórico anteriormente verificado (386.423²⁷).

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.

É possível afirmar que essa realidade não chegou a ser levada em conta quando o atual CPC de 2015 começou a ser gestado (o Senado Federal designou uma Comissão de Juristas para elaboração do Anteprojeto em outubro de 2009, a qual concluiu a elaboração do texto básico que viria a ser convertido no Código em junho de 2010).

A impressão que se tem é que, naquela época, ainda impressionavam os primeiros números que indicavam que as reformas processuais de 2007 e 2008 realmente haviam reduzido o congestionamento dos dois principais tribunais superiores. Àquele tempo não se havia notado que se tratava, apenas, de um pequeno “alívio” transitório, e ainda não havia sido retomado o aumento no número de processos recebidos anualmente por ambos os tribunais.

²⁷ Dados extraídos do portal virtual do STJ: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584> (consulta em 23.07.2015).

Foi com base em uma certa “ilusão” de uma situação meramente transitória que se fixaram as balizas principais do CPC de 2015, que foram pouco corrigidas durante os seus mais de cinco anos de tramitação. Esse é, portanto, o cenário para começar a examinar parte das principais alterações estruturais do CPC de 2015 em relação ao CPC de 1973.

5. CPC DE 2015 E LITIGIOSIDADE REPETITIVA.

Uma parte expressiva das principais novidades introduzidas pelo CPC brasileiro de 2015 representa o aprofundamento das tendências sinalizadas nas reformas processuais operadas de 1992 em diante: enfraquecimento do processo coletivo (que continuará a ser tratado em um microssistema apartado do Código) e aprimoramento / ampliação de técnicas de aceleração / aglutinação de processos repetitivos individuais por meio da valorização da eficácia normativa de precedentes judiciais.

De fato, além de consolidar e aprimorar as técnicas de aceleração introduzidas pelas reformas ao CPC de 1973, o CPC de 2015 ampliou os poderes do juiz de 1º grau quando do recebimento da demanda, sempre que ela versar sobre questão já assentada em precedente judicial. Se a pretensão do autor é contrária à tese firmado em determinadas modalidades de precedentes judiciais, o juiz de 1º grau poderá julgá-la improcedente liminarmente (art. 322). Se, por outro lado, a pretensão do autor se alinha a determinadas modalidades de precedente e houver comprovação documental de que sua situação permite a incidência da tese jurídica lá firmada, o juiz pode conceder provimento antecipatório de tutela independentemente de alegação de urgência (art. 311, II).

De outra parte, o CPC de 2015, além de aperfeiçoar os mecanismos de gestão de recursos repetitivos nos tribunais de vértice, estendeu a mesma técnica para os tribunais de 2º grau. Trata-se do chamado “Incidente de Resolução de Demandas

Repetitivas” (IRDR), que visa selecionar “causas-piloto” e suspender todos os processos (individuais e coletivos²⁸) repetitivos. Fixada a tese, ela há de ser reproduzida de forma “vinculante” por todos os juízes sujeitos hierarquicamente ao respectivo tribunal.

Num balanço crítico, ocorre dizer que o sistema de “tratamento coletivo de demandas individuais repetitivas” – que passou a ser implementado pelas reformas processuais dos anos 1990-2000 e foi decididamente abraçado pelo CPC de 2015 – apresenta ao menos três graves problemas em comparação com o sistema de tutela coletiva: (a) lida-se com o efeito (multiplicidade de processos) e não com a causa (litígios de massa originalmente levados ao Poder Judiciário de maneira atomizada, em processos individuais, tal como o médico que combate apenas a febre, em vez de tratar da infecção); (b) o foco desses mecanismos de aglutinação é a solução do problema do Poder Judiciário (e não do conflito de massa, que pode ter sido judicializado apenas por uma ínfima parte dos indivíduos atingidos²⁹); (c) compromete-se a representatividade adequada da coletividade a ser atingida pela decisão proferida no “caso-piloto”, no qual há o combate desigual litigante individual eventual *versus* litigante habitual³⁰.

²⁸ Eis aqui mais uma evidência do enfraquecimento do processo coletivo, que passará a ser tratado sem nenhuma distinção em relação a processos individuais para efeito de julgamento de “casos-piloto”.

²⁹ Nessa linha, há que se ponderar o risco de o Poder Judiciário valer-se de mecanismo (consciente ou inconsciente) de autoproteção para julgar contra os interesses da massa indeterminável de indivíduos, de modo a evitar que aqueles que ainda não tiverem proposto suas demandas se animem a fazê-lo à luz de um precedente vinculante favorável.

³⁰ Aliás, sempre se considerou como premissa do sistema de tutela coletiva a provável incapacidade técnica e econômica do cidadão individualmente considerado para defender em juízo direito de caráter transindividual. Esse risco de déficit de representatividade adequada pode não ser suficientemente sanado pela possibilidade de intervenção de pessoas físicas e jurídicas (especialmente entes de classe como sindicatos e associações) para ampliação do contraditório na formação de uma decisão apta a atingir uma pluralidade indeterminável de sujeitos (esses intervenientes são denominados pelo art. 138 do CPC de 2015 de *amici curiae*). Isso porque os poderes

Não tenho dúvidas em afirmar que a litigiosidade de massa tenderia a ser solucionada de forma muito mais eficaz por meio do processo coletivo, em comparação com os mecanismos de tratamento coletivo de processos individuais fundados em precedentes judiciais. Até porque, os ordenamentos da família da *common law*, a quem se deve a criação de um sistema de precedentes vinculantes, jamais pretendeu utilizá-los como ferramenta de tratamento de litigiosidade repetitiva³¹.

6. CPC DE 2015 E VALORIZAÇÃO DOS PRECEDENTES JUDICIAIS.

Embora tenham sido apresentadas até aqui severas críticas ao sistema de tratamento coletivo de demandas individuais repetitivas com base em precedentes judiciais, não se pode ignorar a importância que o direito jurisprudencial tem ganho em ordenamentos jurídicos filiados à tradição da *civil law*³² e, na mesma medida, os notáveis avanços do CPC de 2015 em estruturar ferramentas para que o sistema judiciário brasileiro opere adequadamente com base em precedentes judiciais.

dos *amici curiae* são limitados em comparação aos da parte e sua intervenção (que embora possa ser provocada, no mais das vezes será espontânea) não é obrigatória para validade da decisão a ser proferida.

³¹ Essa importância advertência foi feita por Dierle Nunes e Alexandre Melo Franco Bahia: “o sistema de uso de precedentes se estruturou historicamente muito anteriormente ao (e, pois, totalmente à revelia do) surgimento da nominada litigiosidade repetitiva” (Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil, p.2. Texto disponível em https://www.academia.edu/12103940/Precedentes_no_CPC-2015_por_uma_compreens%C3%A3o_constitucionalmente_adequada_do_seu_uso_no_Brasil, consulta em 23.07.2015).

³² Cf. reconhecem, v.g., no Brasil, Barbosa Moreira (O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo, *Temas de direito processual* – nona série, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 39-54); na Espanha, Victor Ferreres Comella (*Sobre la possible fuerza vinculante de la jurisprudencia*, El carácter vinculante de la jurisprudencia, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 54); e, na Itália, v.g. Michele Taruffo, Precedente e Giurisprudenza, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 61, n. 3, p. 709-725, sett. 2007.

Em breves acenos, merecem realce as seguintes novidades: (a) a imposição aos tribunais do dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (art. 926); (b) a atribuição ao tribunal de poderes para, uma vez constatada a necessidade de alteração do entendimento jurisprudencial antes consolidado (*overruling*), convocar audiências públicas e permitir a participação de *amici curie* que contribuam para a rediscussão da tese (art. 927, §2º); e (c) a atribuição aos tribunais do poder de modular os efeitos normativos de uma decisão que altere entendimento jurisprudencial antes consolidado, em homenagem à segurança jurídica (*prospective overruling* – art. 927, §4º). Eis aqui novidades que merecem ser louvadas.

7. DEMAIS NOVIDADES PRINCIPAIS DO CPC DE 2015.

É evidente que nem tudo o que há de novo no CPC de 2015 concerne a processos individuais repetitivos ou à valorização de precedentes judiciais.

Podem-se destacar no CPC de 2015 diversas alterações estruturais relevantes, as quais examinarei nos itens seguintes: (a) redimensionamento das garantias ao contraditório e à motivação das decisões judiciais; (b) valorização da solução consensual de conflitos; (c) valorização da vontade das partes na estruturação do procedimento e nos seus ônus e poderes; e (d) criação da “estabilização da tutela sumária”.

8. REDIMENSIONAMENTO DA GARANTIA AO CONTRADITÓRIO.

Há muitos anos, a doutrina processual brasileira reconhece que a garantia ao contraditório – insculpida no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988³³ – deve ser encarada

³³ Art. 5º (...). LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e

como um poder de influir eficazmente na formação do convencimento do julgador, e não simplesmente o direito ao binômio “informação-reação”, decorrente da bilateralidade da audiência. Uma das decorrências mais evidentes dessa mais ampla dimensão do contraditório está na exigência de que é dever do juiz propor à prévia discussão das partes a solução de questões cognoscíveis de ofício³⁴. O CPC de 2015, fazendo coro à doutrina e espelhando-se em disposições expressas contidas em legislações estrangeiras³⁵, passou a prever de maneira textual que “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (art. 10). Trata-se de postulado que já poderia ser extraído de uma interpretação do CPC de 1973 à luz da Constituição Federal, mas que evidentemente ganha força uma vez positivado no CPC de 2015.

9. REDIMENSIONAMENTO DA GARANTIA À MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Intimamente relacionada à garantia ao contraditório, se encontra a garantia à motivação das decisões judiciais³⁶. De fato, não basta deixar que os litigantes se manifestem; é preciso

recursos a ela inerentes”.

³⁴ Essa tese é defendida na doutrina europeia há décadas, citando-se a título de exemplo Nicoló Trocker (*Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco ed italiano*, Milano: Giuffrè, 1974.p. 387-389), Vittorio Denti (Questioni rilevabili d’ufficio e contraddittorio, *Dall’azione al giudicato*, Padova: Cedam, 1983, p. 46-63). Na doutrina brasileira, confira-se Dinamarco (*Instituições...*, cit., v. 1, p. 220-226) e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (Garantia do contraditório. In: José Rogério Cruz e Tucci (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. 1. ed. 2. tir., São Paulo: RT, 1999, p. 132-150).

³⁵ V.g. o art.16.3 do CPC francês e o §139 da ZPO alemã, art. 101 do CPC italiano e art. 3.3 do CPC português.

³⁶ Cf. destaca, p. ex., Michelle Taruffo, Considerazione su prova e motivazione, *Doutrinas essenciais – Processo civil* Wambier, Luiz Rodrigues. Wambier, Teresa Arruda Alvim. São Paulo: RT, 2011, vol. 4 (Atividade probatória), p.213-226.

que eles sejam efetivamente ouvidos. E para tanto se revela absolutamente imprescindível que a decisão judicial seja adequadamente fundamentada, como exigência ínsita a um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal brasileira de 1988 dispôs expressamente que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX), em um caso (talvez único ou, no mínimo, raro no mundo) de cominação expressa de invalidade processual pelo texto constitucional.

Contudo, entendeu-se que o CPC de 2015 deveria detalhar em que consistiria o dever de fundamentação e, para tanto, o art. 489, §1º, seguiu uma metodologia inusitada: indicou-se um rol de situações em que *não* se pode considerar respeitada a garantia constitucional, quais sejam: a decisão que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida” (inc.I); “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso” (inc. II), “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão” (inc.III), “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador” (IV) e “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (inc.V) e “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” (inc. VI). Ao assim proceder, o legislador forneceu aos litigantes ferramentas mais efetivas para apontar vícios na fundamentação, deixando clara que ela deve ser completa e analítica, sob pena de maltrato ao modelo constitucional do processo civil brasileiro.

10. MEIOS CONSENSUAIS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Desde as reformas processuais realizadas em 1994, o sistema processual brasileiro adotou como diretriz clara a valorização da solução consensual de conflitos quando já deduzidos judicialmente³⁷. Contudo, o CPC de 1973 atribuía essa atividade primordialmente ao juiz responsável pelo processo (o que representa um risco à sua imparcialidade³⁸), e reservava momento para sua realização após o desenvolvimento de toda a fase postulatória (quando os litigantes já estavam completamente armados, no meio do debate judicial).

Assim, a fim de propiciar melhores condições para a solução autocompositiva, o CPC de 2015 alterou essas duas diretrizes.

Primeiramente, nos termos dos arts. 139, V, e 334, §1º, as audiências destinadas à obtenção da solução consensual serão presididas, preferencialmente, por conciliadores ou mediadores (auxiliares do juiz, integrantes do quadro de servidores do Poder Judiciário ou não, cuja atividade passou a ser disciplinada minuciosamente pelos arts. 165 a 175). Trata-se de novidade auspiciosa.

³⁷ Por meio da Lei nº 8.952 de 1994, impôs-se ao juiz o dever de tentar obter a solução consensual em audiência preliminar, realizada após o término da fase postulatória e antes do saneamento processual e da organização da fase instrutória (art. 331 do CPC de 1973), sem prejuízo da possibilidade de o juiz convocar as partes para a tentativa de autocomposição a qualquer tempo (art. 125, IV, do CPC de 1973).

³⁸ Eis uma precisa síntese dessa crítica: “Com uma conversa mais longa, o juiz corre o risco de comprometer o futuro de sua atividade jurisdicional, envolvendo-se em demasia com a pretensão de uma das partes ou de ambas. Deve evitar adiantar seu ponto de vista sobre os fatos e o direito aplicável. A simples menção à jurisprudência (sobretudo a própria) pode deitar por terra sua credibilidade. Mas, tomadas as cautelas necessárias para evitar essas consequências desastrosas, há espaço para a atividade conciliadora do juiz da causa, sem exigir-lhe maior dedicação”. (Petrônio Calmon, *Fundamentos da mediação e da conciliação*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 148-149).

De resto, o art. 334 define como obrigatória a realização de audiência de conciliação ou mediação após a citação do réu, mas antes da apresentação de defesa, salvo se os direitos em disputa não admitirem autocomposição ou caso todas as partes informem com antecedência desinteresse nessa forma de solução de conflitos. Se ao menos um dos litigantes manifestar desejo de comparecer à audiência ou simplesmente nada disser a respeito, todos os litigantes são obrigados a comparecer sob pena de multa calculada com base no benefício econômico em disputa. Esse ponto, penso, mereceria uma segunda reflexão, pois parece ser um contrassenso que as partes se submetam forçadamente a um ato processual destinado a obter solução consensual, sobretudo se uma delas já tenha se manifestado desinteresse na autocomposição.

11. ATIPICIDADE DE CONVENÇÕES PROCESSUAIS.

O CPC de 1973 contempla algumas hipóteses de convenções processuais, assim entendidas como acordo de vontades entre os litigantes, celebrados antes ou durante o processo, com a finalidade de moldar o procedimento e/ou criar, modificar e extinguir posições jurídicas na relação processual³⁹. Contudo, tratava-se de hipóteses excepcionais e típicas, tais como a eleição de foro (art. 111), a inversão consensual do ônus da prova (art.333, par. ún.) e a suspensão consensual do processo (art.265, III).

Pois o CPC de 2015 não apenas manteve as hipóteses de convenções processuais típicas previstas no CPC de 1973 e

³⁹ Até o início dos anos 2010, o tema foi pouco estudado na doutrina brasileira, ressaltando-se pouquíssimos ensaios, como um de José Carlos Barbosa Moreira (Convenções das partes sobre matéria processual. *Temas de direito processual civil*. Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.87-98). Nos últimos anos se proliferaram estudos dedicados ao tema, destacando-se em particular a recentíssima coletânea de artigos da lavra de brasileiros e estrangeiros coordenada por Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira intitulada *Negócios Processuais* (Salvador: Juspodivm, 2015).

acima referidas, como ainda criou novas modalidades típicas (tais como a convenção para escolha do profissional responsável pela realização de prova pericial⁴⁰ e a organização consensual da instrução⁴¹) e, por fim, contemplou cláusula geral prevendo a possibilidade de partes plenamente capazes de processo que verse “direitos que admitam autocomposição” estipulem consensualmente “mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa” ou convencionarem “sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (art. 190).

Essa novidade – que representa verdadeira quebra de paradigma do sistema brasileiro de justiça há séculos desenhado – ainda desafiará a argúcia dos estudiosos, magistrados, advogados e membros do Ministério Público, sobretudo porque se colocam incontáveis dificuldades para definir limites para a celebração de convenções processuais.

12. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SUMÁRIA ANTECIPATÓRIA URGENTE.

Eis aqui uma novidade contida nos arts. 304 e 305 do CPC de 2015 que merece referência.

Para compreendê-la convém assentar algumas premissas.

Os arts. 294 ao 311 do CPC de 2015 denominam “tutela provisória” uma ampla gama de tutelas fundadas em cognição sumária, e se subdivide, primeiramente, em tutela provisória de urgência e tutela provisória desprovida de urgência (a que o Código denominou de “tutela de evidência”).

A primeira dessas categorias (tutela urgente), por sua vez, se subdivide em tutela cautelar (que não propicia à parte tutela a fruição do bem da vida em disputa, mas apenas a asse-

⁴⁰ Cf. Art. 471.

⁴¹ Cf. Art.357, §2º.

guração de obtenção de um resultado útil futuro) e antecipatória (em que a parte tutela já começa a fruir, ainda que provisória e precariamente, do objeto da disputa).

Em linhas gerais, esses instrumentos processuais mantêm o postulado, já antes bem vincado pelo CPC de 1973, segundo o qual tutelas fundadas em cognição sumária são, salvo casos excepcionais, precárias (podem ser revistas à luz de novos elementos fático-probatórios) e provisórias (dependem de uma ulterior confirmação por decisão fundada em cognição exauriente para produzir efeitos de forma perene).

Essa diretriz resta, contudo, parcialmente atenuada pelo projeto de novo CPC, ao prever em seu art. 304 a chamada “estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória”⁴².

Trata-se de técnica inspirada em dispositivos presentes nos ordenamentos processuais estrangeiros – em especial do francês e do italiano⁴³ – e que vem há tempos sendo debatida

⁴² Eis a redação do dispositivo: “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303⁴², torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso. § 1.º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto. § 2.º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*. § 3.º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º. § 4.º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida. § 5.º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º. § 6.º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes nos termos do §2º deste artigo.”

⁴³ Aparentemente o projeto se inspirou em alguns aspectos do regime geral das *ordonnances de référé* (arts.484 a 492) e em outros das *ordonnances sur requête* (arts.493 a 498). Já quanto ao CPC italiano, parece-me que alguns elementos foram colhidos dos arts. 186-ter e *quarter*, com redação dada pelas Leis n. 353/90 e 263/2005, e do art. 669-octies, com redação dada pelas Leis n. 80/2005 e 69/2009 (destacando semelhanças e diferenças entre os dois ordenamentos, que aqui não vêm ao caso, confira-se GIOVANNI BONATO, I *référé*s nell’ordinamento francese, *La tutela somaria in Europa* – Studi, Antonio Carratta (org.), Napoli: Jovene, 2012, p.35-76). A inspiração é confessada expressamente pela Exposição de Motivos do Anteprojeto

pela doutrina brasileira, bem como cogitada em outros anteprojetos ou projetos de lei elaborados no passado e que não vingaram.

O objetivo primordial da técnica é tornar meramente eventual e facultativo o exercício de cognição exauriente para dirimir o conflito submetido ao Estado-juiz, desde que tenha havido deferimento liminar de tutela provisória de urgência antecipatória (fundada, por óbvio, em cognição sumária) e que o réu não tenha contra ela se insurgido. Sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento⁴⁴.

Para tanto, a leitura dos arts.303 e 304 permite identificar que a estabilização ocorrerá se preenchidas duas condições cumulativas: (a) que o juiz haja deferido liminarmente o pedido de tutela provisória de urgência antecipatória; e (b) que o réu, comunicado da decisão, não tenha interposto o recurso cabível contra a decisão. Essa segunda condição revela que o CPC brasileiro de 2015 se afastou dos sistemas estrangeiros em que se inspirou, nos quais a estabilização decorre da falta de contestação. E isso se explica pelo fato de o sistema processual brasileiro (seja à luz do CPC de 1973, seja à luz do CPC de 2015) ter adotado a *ficta confessio*. Assim, teve-se que encontrar outro comportamento omissivo do réu (que não a falta de contestação) para ensejar a estabilização (isto é, a falta de recurso contra a decisão antecipatória⁴⁵).

elaborado pela Comissão de Juristas nomeada em 2009 pela Presidência do Senado Federal: “Também visando a essa finalidade, o novo Código de Processo Civil criou, inspirado no sistema italiano e francês, a estabilização de tutela, a que já se referiu no item anterior, que permite a manutenção da eficácia da medida de urgência, ou antecipatória de tutela, até que seja eventualmente impugnada pela parte contrária”.

⁴⁴ A sumarização da cognição sempre implica sumarização procedimental, mas o inverso não é verdadeiro. É corrente a ideia de que o procedimento sumário e o procedimento dos Juizados Especiais preservam o exercício de cognição exauriente.

⁴⁵ De fato, nos sistemas francês e italiano, a ausência de defesa do réu não implica a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor e, consequentemente, lá não se dispensa o juiz de abrir instrução probatória). Daí porque italianos e franceses se esmeram em criar meios mais céleres de formação de título executivo judicial (o que ajuda a explicar o propalado “sucesso” da tutela monitória naqueles países). No

Preenchidas as duas condições referidas, o juiz extinguirá o processo e o autor beneficiado pela decisão poderá executá-la em caráter definitivo. A partir de então, qualquer das partes poderá propor uma nova e diferente demanda, perante o mesmo órgão judiciário, destinada a revogar ou modificar a decisão antecipatória⁴⁶.

Vê-se claramente que o dispositivo aqui em foco cria mais uma hipótese de “tutela sumária definitiva”⁴⁷, assim entendida como aquela que, em contraposição à “tutela sumária provisória”, tem eficácia plena independentemente de ulterior confirmação por provimento proferido com base em cognição exauriente (cujo exercício, repita-se, passa a ser meramente facultativo e eventual, atrelado à provocação do réu, por meio de um processo autônomo). Contudo, não se vê formação de *coisa julgada material*, que continua reservada pelo art. 502 do CPC de 2015 à decisão fundada em cognição exauriente. Sob tal conformação, a técnica da estabilização apresentava indistiguíveis semelhanças com aquela empregada no processo monitorio⁴⁸, que o Brasil implantou em 1995 e foi preservado no CPC de 2015.

13. ACENOS CONCLUSIVOS.

sistema brasileiro, não faria muito sentido acolher a mesma solução. A gravidade dos efeitos da revelia e a possibilidade de julgamento imediato do mérito em face do réu revel – previstos no CPC de 1973 e mantidos no CPC de 2015 (arts.319 e 330, II do primeiro, 344 e 355, II, do segundo) – tornam menos úteis e necessárias técnicas processuais baseadas na inércia do réu e destinadas a abreviar o *iter* procedimental a ser percorrido para que seja possível dar início à execução.

⁴⁶ O art. 305, §4º, prevê prazo decadencial de dois anos para ajuizamento dessa demanda.

⁴⁷ Cf., v.g., JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE (Estabilização das tutelas de urgência. *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*, Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (org.), São Paulo: DPJ, 2005, p.663).

⁴⁸ A aproximação entre as hipóteses é há tempos exaltada. Vide, p.ex., EDUARDO TALAMINI (Tutela de urgência no projeto de novo Código de Processo Civil: a estabilização da medida urgente e a “monitorização” do processo civil brasileiro, *Revista de Processo*, n. 209, v.37, p.13-34, jul / 2012).

Este breve ensaio não teve outro propósito de dar notícia aos processualistas de fora do Brasil as principais novidades contidas em nosso novo CPC recentemente aprovado. Os primeiros itens deste ensaio revelam alguma dose de pessimismo com as principais novidades implementadas, o qual, contudo, resta temperado pelo reconhecimento de outras modificações alvissareiras.

