

Diretrizes gerais do novo CPC



Leonardo Greco

Professor Titular aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

Após mais de cinco anos de elaboração, desde a constituição pela Presidência do Senado Federal da Comissão de Juristas encarregada da apresentação de um anteprojeto, está pronto o novo Código de Processo Civil que, deverá entrar em vigor em 17 de março de 2016.

Na sua tramitação no Congresso Nacional, sofreu a proposta original muitas modificações e acréscimos, embora mantida a estrutura original, frutos das mais variadas influências de pessoas e grupos interessados.

Como o Brasil não dispõe, como outros países, de um órgão público de alto nível responsável pelo planejamento e pela implementação de uma política pública de solução de conflitos, dentro da qual devem se inserir a administração da justiça e forçosamente a lei processual, muitas disposições do novo Código foram importadas de leis processuais de outros países, onde os seus reflexos e a sua eficácia ainda não foram suficientemente avaliadas, com uma cultura judiciária diversa da nossa, e que como nós também estão em busca de soluções de emergência para a sua própria crise. Por outro lado, muitas dessas novas disposições podem ser vistas como irrealistas ou de

difícil aplicação, em face da insuficiência da máquina judiciária para resolver o volume de causas e de recursos com que se depara, e das deficiências de meios materiais e humanos para o desempenho dessa elevada missão, problemas que não são resolvidos pela reforma da lei processual.

Afastemos, desde logo, a ilusão de que o novo Código de Processo Civil vai transformar a justiça civil brasileira na melhor justiça do mundo, como ufanisticamente proclamava o Ministro da Justiça Dino Grandi, na exposição de motivos do Código italiano de 1940. Mas acho que uma boa lei processual pode ser um fator importante para reverter o déficit quantitativo e qualitativo de desempenho da justiça brasileira, se inserida no âmbito de uma política pública de solução de conflitos que enfrente e equacione a litigiosidade excessiva, a indiferença do Estado com o cumprimento do seu dever de respeitar os direitos dos cidadãos, as deficiências na formação, nos processos seletivos e no controle do desempenho dos profissionais do Direito, entre outros.

Como mero espectador da elaboração do novo Código, a cujo estudo tenho me dedicado, verifico claramente que, a par dessas inúmeras regras pontuais que se

destinam a incidir sobre situações muito particulares, o novo diploma nasce sob a inspiração e a influência de duas diretrizes basilares antagônicas, que reciprocamente se limitam e, até certo ponto, se excluem.

A primeira é o garantismo, o respeito às garantias fundamentais do processo, como imposição do Estado de Direito contemporâneo, fundado no primado e na eficácia concreta da dignidade humana e dos direitos fundamentais, fruto da constitucionalização e da internacionalização dos direitos humanos subsequentes a regimes autoritários, como exigência democrática verificada em todo o mundo ocidental a partir do segundo pós-guerra e que se implantou no Brasil com o advento da Constituição de 1988.

A celebração dos tratados internacionais de Direitos Humanos, como o Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, as Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos, a jurisprudência das Cortes Constitucionais, em especial as da Alemanha, da Itália e mais recentemente da Espanha, e ainda a abundante produção de decisões pela Corte Europeia de Direitos Humanos e, em menor escala pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem revelado todo o alcance dessas garantias processuais, que constituem os pressupostos indispensáveis do chamado *processo justo*, entre as quais sobressai com mais vigor o princípio do contraditório, entre nós explicitado na própria Constituição Federal (art. 5º, inc. LV), como na da Itália, da Espanha e na Lei Fundamental de Bonn, com diferentes enunciados e extenso alcance, como expressão no processo judicial do princípio político da participação democrática e como garantia da mais ampla e efetiva possibilidade de que os jurisdicionados influam eficazmente em todas as decisões judiciais que possam atingir a sua esfera de interesses. Eu costumo qualificar o contraditório como um *megaprincípio*, porque a concretização da sua finalidade pressupõe a observância de vários outros princípios e regras, entre as quais destaco a audiência bilateral, a paridade

de armas, a congruidade dos prazos, a participação de todos os interessados que possam ser atingidos pela decisão, a interação entre as partes e o juiz que assegure a efetividade da influência, tendo como consequências o diálogo humano, a oralidade, a tendência à gestão cooperativa do processo, o direito de defender-se provando, a fundamentação consistente das decisões que demonstre que estas efetivamente receberam a influência de toda a atividade argumentativa e probatória das partes e a publicidade dos atos processuais como instrumento indispensável de controle social do efetivo respeito ao contraditório e às demais garantias processuais.

A outra diretriz política que influencia intensamente o Código de 2015 é o que eu costumo chamar de ideologia da eficiência. A angústia da explosão incontrolável do volume de processos e de recursos mergulhou a justiça civil, no Brasil e em todo o mundo ocidental, numa crise profunda de ineficiência de que resultam o aumento exagerado da duração dos processos, a impossibilidade material de os juízes examinarem atentamente o conteúdo de todos os atos do processo e de proferirem decisões precisamente fundamentadas nas alegações das partes e nas provas dos autos, a impossibilidade material de os tribunais, nas sessões de julgamento colegiado, lerem e debaterem todos os votos que estão sendo proferidos. Na tentativa de debelar essa crise, os responsáveis pela administração da Justiça têm frequentemente recorrido a economistas e administradores, cuja visão desses problemas é puramente gerencial, resultado do que poderíamos chamar de *análise econômica do processo*, que passou a produzir dados e estatísticas de confiabilidade duvidosa e a propor metas quase exclusivamente quantitativas. Essa falsa racionalização administrativa e gerencial erige como escopos de uma suposta melhoria do desempenho da justiça a celeridade e a produtividade, no intuito de dar vazão à sempre crescente quantidade de processos e de recursos, influenciando o legislador processual a favorecer a padronização

das decisões, fortalecer a observância da jurisprudência e dos precedentes dos tribunais e a estimular a coletivização das demandas e das questões a serem solucionadas uma única vez com eficácia sobre todos os interessados, mesmo os que não tiveram qualquer oportunidade de influir eficazmente na sua elaboração.

São duas diretrizes, são duas almas totalmente diferentes e contrapostas que convivem no mesmo diploma e que pretendem impor-se à observância de todos os protagonistas dos processos judiciais, em especial aos juízes.

No estudo do contraditório no novo Código, em função dos diversos aspectos desse princípio acima apontados, sem a preocupação de esgotar o assunto, sou capaz de identificar um rol importante de novas regras que seguramente fortalecerão a eficácia do contraditório, a par de outras, que seguramente a prejudicarão.

A audiência bilateral está proclamada no artigo 9º: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.” O parágrafo único excepciona apenas a tutela provisória de urgência, a tutela da evidência nos dois casos que comportam liminares e o deferimento do mandado de pagamento na ação monitória. Em complemento, o artigo 10, seguindo o exemplo de legislações de outros países, como as da Itália e de Portugal, estabelece 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”. Essa mesma regra se aplica à decretação *ex-officio* da prescrição e da decadência, de acordo com o artigo 487, parágrafo único, exceto no julgamento liminar de improcedência. Também nos tribunais essa regra deverá ser observada, dispondo o art. 933 que, constatando o relator a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida

ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser consideradas no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias. E os parágrafos desse mesmo artigo, em complemento, que, se a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem e se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, para audiência das partes e subsequente exame da questão pelo colegiado.

O mesmo subprincípio é agasalhado no conhecimento *ex-officio* de novos fatos constitutivos, modificativos ou extintivos (art. 493, parágrafo único), no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (art. 135), na fraude à execução (§ 4º do artigo 792), em que o terceiro adquirente deverá ser intimado a manifestar-se para opor embargos de terceiro, antes da decisão que a acolha. Toda vez que o apelado, em contrarrazões de apelação, impugnar decisão interlocutória não preclusa por não ter sido impugnável por agravo de instrumento, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre ela (art. 1.009, § 2º). Também exigência da audiência bilateral é a obrigatoriedade de o relator, no tribunal, antes de rejeitar monocraticamente recurso por inadmissibilidade, conceder prazo ao recorrente para sanar o vício ou complementar a documentação exigível (art. 932, parágrafo único). Outra regra que respeita a audiência bilateral é a previsão de resposta do agravado no agravo interno (art. 1.021, § 2º).

Igualmente é imposição da audiência bilateral a preferência para as comunicações reais em lugar das citações ou intimações fictas. Nesse sentido, o Código, no § 3º do artigo 256, prescreve que o juiz somente poderá considerar que o citando se encontra em lugar ignorado, para efeito de citação por edital, “se infrutíferas as tentativas de sua localização,

inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos”. Também no inventário, no artigo 626, § 1º, o Código de 2015 corrige a anomalia hoje existente de determinar a citação por edital de herdeiro residente em outro foro. Prevê no inventário, ainda, na minha opinião, com evidente exagero, a publicação de edital para conhecimento de terceiros, o que a meu ver somente deverá ocorrer se houver razoável suspeita de que possam existir outros interessados cuja identidade ainda não é conhecida.

Quanto à paridade de armas, no artigo 7º, o Código assegura às partes igualdade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. No artigo 199 assegura às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica. No artigo 349, com grande tolerância, defere ao revel a produção de provas, contrapostas às alegações do autor, desde que se faça representar nos autos a tempo de praticar os atos processuais indispensáveis a essa produção. E no artigo 85, § 3º, iguala os honorários da sucumbência nas causas da Fazenda Pública, seja ela vencedora ou vencida. No mesmo sentido, diminui a desigualdade entre as partes a elevação do piso da remessa necessária para 100, 500 ou 1.000 salários mínimos, conforme a entidade pública vencida seja municipal, estadual ou federal (art. 496, § 3º).

A congruidade dos prazos, como integrante do conteúdo do contraditório, exige que os prazos para a prática dos atos processuais, apesar da brevidade, sejam suficientes, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para a prática de cada ato da parte com

efetivo proveito para a sua defesa. Nesse sentido, o Código, no artigo 139, inciso VI, faculta ao juiz “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”. No artigo 222, § 1º, veda ao juiz, sem anuência das partes, reduzir os prazos peremptórios. No mesmo sentido, aprimora o conceito de justa causa para a prorrogação dos prazos, no § 1º do artigo 223, para eliminar a exigência de que o evento alheio à vontade da parte *seja imprevisto*.

Além disso, aumenta a antecedência de publicação da pauta nos tribunais para cinco dias (art. 935) e aumenta o prazo de rescisória com fundamento em prova nova (art. 975, § 2º), fixando o seu termo inicial na data de descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.

Uma das características da chamada democracia participativa, de que o contraditório é a expressão processual, é a possibilidade de participação no processo de todas as entidades e grupos que possam colaborar com a administração da justiça, trazendo opiniões e informações que possam ser relevantes para a solução do litígio. Nesse sentido, o Código generaliza a possibilidade de intervenção em qualquer processo do *amicus curiae* (art. 138), considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda e a repercussão social da controvérsia. No artigo 927, § 2º, prevê *audiências públicas e participação de pessoas, órgãos ou entidades* que possam contribuir para a rediscussão da tese, na revisão de súmula ou de julgamento de caso repetitivo, assim como, no incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 983, *caput* e § 1º). Também nesse incidente, recomenda ampla divulgação da sua instauração e julgamento, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça (art. 979). Na formação do cadastro de peritos, que todo tribunal deverá

organizar, determina o Código consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades, a conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados (art. 156, §§ 1º e 2º).

O direito das partes de influírem eficazmente nas decisões judiciais, como imposição do contraditório participativo, é bastante fortalecido no novo Código. Nesse sentido, o Código amplia as oportunidades de exercício dessa influência nas decisões. Assim, por exemplo, nos artigos 9º e 10 assegura à parte o direito de ser previamente ouvida antes de qualquer decisão que afete a sua esfera de interesses, mesmo que se trate de decisão sobre questão apreciável de ofício. Por outro lado, o artigo



937, faculta sustentação oral no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência e em outras hipóteses previstas em lei ou no regimento interno do tribunal. Nos casos em que não caiba sustentação oral, assegura o direito a julgamento presencial, se a parte se opuser ao julgamento virtual (art. 945). Favorece igualmente o direito das partes de influir na decisão, a inclusão em pauta do agravo interno e dos embargos de declaração, este se não for julgado na primeira sessão seguinte à interposição (arts. 1.021, § 2º, e 1.024, § 1º). Ademais, no cumprimento de sentença, independentemente de impugnação, permite nos artigos 518 e 525, § 11, a arguição de qualquer

matéria nova mediante petição avulsa.

Expandindo o campo dessa influência, o Código, no artigo 6º, explicita um dos mais importantes deveres de todos os sujeitos do processo e especialmente do juiz, que é o dever de cooperação, para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. O dever de cooperação está associado à boa-fé (art. 5º) e implementa no processo a efetivação da solidariedade social, base ética de convivência pacífica dos cidadãos dentro do Estado de Direito (Constituição, art. 3º, inc. I), que exige de todos os agentes públicos, particularmente do juiz no processo, com-

portamento leal e previsível, que respeite as garantias fundamentais oferecidas às partes (contraditório, ampla defesa, paridade de armas etc.), assegurando-lhes em plenitude o exercício do direito de influir eficazmente na obtenção de uma decisão justa e prestando-lhes, nos limites

impostos pela necessidade de preservar a sua imparcialidade, toda assistência e colaboração.

Quando Cappelletti propôs a criação de um outro modelo de justiça, a que denominou de coexistencial,¹ predominantemente pacificadora e não sentenciadora, já se tinha formado a percepção de que as partes não podem apenas desencadear o processo com as suas postulações, deixando nas mãos do juiz a condução do processo até o seu desfecho final. O juiz profissional está muito

1 CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. *Revista de Processo*, ano 17, n. 65, São Paulo, Revista dos Tribunais, janeiro-março/1992, pp. 127-143.

longe de ter uma visão completa do mundo e de todos problemas que afligem os cidadãos. Empurrar as partes para a arbitragem, para que elas possam escolher julgadores com mais capacidade de compreensão da sua realidade, pode ser um caminho, mas oferece muitos riscos, entre os quais a pouca experiência dos árbitros em exercerem a função de julgar e a ausência de um duplo grau de jurisdição. Se, respeitados certos princípios inderrogáveis, na arbitragem as partes podem ditar o procedimento a ser seguido pelos árbitros, por que não permitir que, perante os juízes profissionais, as partes possam dispor sobre o modo que consideram mais adequado de direção do seu processo, os prazos a serem observados, a escolha de comum acordo do perito a atuar na instrução da causa e tantas outras questões em que a lei atualmente é imperativa ou em que a margem de flexibilidade está entregue ao poder discricionário do juiz? Tudo isso, sem abrir mão da justiça estatal, ao contrário, prestigiando-a e fortalecendo-a, dela usufruindo o que ela tem de melhor, que é a sua experiência na composição dos conflitos e a sua estruturação hierárquica, que garante sempre ao vencido uma segunda oportunidade de julgamento por magistrados mais experientes. São os *contrats de procédure*, adotados na França,² e a ampliação dos espaços de contratualização do processo judicial, que, sujeitos à supervisão do juiz para evitar abusos, podem constituir uma opção valiosa para recuperar a credibilidade nos juízes e agasalhar postulações que sem essa autonomia teriam de dirigir-se a uma arbitragem por interlocutores inexperientes, sem o duplo grau de jurisdição, ou serem resolvidas pela força ou por acordos iníquos, impostos pelo litigante mais forte ou pela própria incapacidade da Justiça de tutelar com eficiência e celeridade os direitos dos cidadãos. O Código, no sentido do fortalecimento da cooperação,

contemplou disposições no sentido de uma maior flexibilidade nos procedimentos, estabelecida consensualmente pelas partes ou por estas conjuntamente com o juiz, como, por exemplo: no artigo 190, que admite as convenções processuais sobre o procedimento; no artigo 191, que prevê que o juiz e as partes, de comum acordo, fixem calendário para a prática de atos processuais; no artigo 222, § 1º, que veda ao juiz reduzir prazos peremptórios sem a anuência das partes; no artigo 357, § 2º, que faculta às partes a delimitação consensual das questões de fato e de direito; no artigo 365 que somente permite a cisão da produção da prova oral em audiência com a concordância das partes; e no artigo 471 que prevê a escolha consensual do perito pelas partes. São expressões do que poder-se-ia denominar de *gestão cooperativa do processo*, por meio da qual, na lúcida observação de Tito Carnacini, “não só a tutela jurisdicional está entregue à vontade das partes, mas, em determinadas condições, também a técnica do processo”.³

Outro aspecto do contraditório, que é exaltado no Código de 2015, é o direito das partes de propor e produzir todas as provas que potencialmente possam ter alguma utilidade para a demonstração da sua versão dos fatos. O juiz deixa de ser o único destinatário das provas e ao juiz não é lícito efetuar o juízo de admissibilidade das provas com base na sua avaliação discricionária da relevância e da utilidade das provas. Se alguma prova, ainda que remotamente, puder vir a elucidar um fato que interessa a uma das partes, esta tem o direito de produzi-la, ainda que o juiz já tenha formado a sua convicção com outras provas, porque o julgador não é o único destinatário das provas. Também o são os tribunais superiores e as próprias partes, porque o direito de produzir provas das suas alegações se inclui no seu direito de defesa. É o direito de defender-se provando, explicitado no artigo 369, que se completa com

2 V. GUINCHARD, Serge; CHAINAIS, Cécile e FERRAND, Frédérique. *Procédure Civile – droit interne et droit de l’Union européenne*. 30. ed. Paris: Dalloz, 2010, p. 1220-1221.

3 V. Federico CARPI. Introdução. In: Federico CARPI, et alii. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 5.

as regras sobre a redistribuição do ônus da prova (art. 373), que só é legítima se possibilita efetivamente que a parte se desincumba do ônus que lhe é atribuído e se não lhe impõe encargo excessivamente oneroso ou impossível.

Quanto à oralidade, ao diálogo humano, percebe-se claramente que o Código se rende à ideologia da eficiência, ditando procedimento sequencialmente fragmentado e quase totalmente escrito, exceto se houver necessidade de produção de prova oral e eliminando qualquer resíduo da identidade física do juiz. O diálogo pressupõe que os interlocutores manifestem as suas opiniões, ainda que hipotéticas e provisórias, numa audiência oral, porque somente o encontro, o contato imediato entre o juiz e as partes instaura diálogo verdadeiro e humano como um exercício leal de paciência, tolerância, humildade e respeito mútuo. Parece-me que a projetada audiência de mediação ou de conciliação, antes da resposta do réu, não é a ocasião propícia para esse diálogo, porque este último ainda não colocou as suas cartas na mesa e, se vierem a ser implantados os centros de mediação ou conciliação, ela não se realizará na presença do juiz. Um resgate tímido da oralidade pode encontrar-se, entretanto, na criação da figura do depoimento pessoal como instrumento de clarificação, sem o risco da pena de confissão, que é instituído pelo inciso VIII do artigo 139; no excepcional saneamento cooperativo, em que o juiz, abandonando a forma escrita, diante da complexidade fática ou jurídica da causa, deverá designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações (art. 357, § 3º); e na tentativa de estabelecer a irrecorribilidade de um grande número de decisões interlocutórias que, favorecendo a diminuição das preclusões, permite ao juiz, se chegar à audiência final, encontrar-se em condições de reexaminar todas essas decisões intermediárias não preclusas (arts. 1.009, § 1º, e 1.015).

A fundamentação consistente e precisa das decisões judiciais é um dos aspectos do contraditório disciplinado com mais ênfase pelo Código de 2015. Implementando o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição, e na linha da doutrina e da jurisprudência internacionais, o Código condena, nos §§ 1º e 2º do artigo 489, especificamente os mais frequentes vícios de fundamentação que devem ser evitados em qualquer decisão judicial, como a mera indicação de artigos de lei, o emprego de conceitos indeterminados sem explicar o motivo da sua incidência no caso concreto, a adoção de argumentos genéricos que se prestam a justificar qualquer decisão diversa, a omissão de resposta a todos os argumentos relevantes deduzidos pelas partes que poderiam conduzir a conclusão diversa da adotada, a simples invocação de precedente ou súmula sem identificar de que modo os seus fundamentos se aplicam ao caso concreto e a não explicitação das premissas e dos critérios de aplicação do princípio da proporcionalidade.

Em outros dispositivos, exige fundamentação consistente na concessão da tutela da urgência (art. 298), no indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 370, parágrafo único), na decisão sobre a distribuição do ônus da prova (art. 373) e na avaliação da prova pericial (art. 479), entre outras.

Essa é a face positiva do Código de 2015, sob a perspectiva do respeito à garantia fundamental do contraditório. A outra face, não menos importante, mas a meu ver bastante negativa, de restrições ao contraditório, influenciada pela ideologia da eficiência, está igualmente expressa em inúmeros dispositivos. Cabe hoje à doutrina e amanhã caberá à jurisprudência, à luz da hermenêutica constitucional, verificar em que medida esses dispositivos resistem ao controle de constitucionalidade e, nesse momento, será possível perceber se o Brasil tem efetivamente um Estado de Direito à altura do grau de desenvolvimento atingido pela humanidade em todo o mundo ocidental.

Começo com a força normativa da jurisprudência, dos precedentes e das orientações dos tribunais superiores, que coloca aqueles que terão de sujeitar-se a ela numa posição de nítida desvantagem, em que terão de submeter-se a decisão preestabelecida da sua causa, sem nenhuma possibilidade de influir no seu conteúdo. O artigo 927 diz que os juízes e tribunais “observarão” essas decisões. Mais enfático, o artigo 988 estabelece que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para (IV) garantir a observância de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência, em que os atingidos não tiveram oportunidade de influir na decisão ou, se tiveram, foram tratados em evidente posição de inferioridade, como no incidente de resolução de demandas repetitivas em que o autor e o réu do processo originário e o Ministério Público podem sustentar oralmente as suas razões, pelo prazo de 30 (trinta) minutos, enquanto os demais interessados têm 30 (trinta) minutos, divididos entre todos (art. 984).

Não menos ofensiva do contraditório é a aplicação da tese jurídica do incidente de resolução de demandas repetitivas a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região e aos casos futuros (art. 985).

Mas outras diretrizes complementares de política jurídica se observam no novo Código. Uma delas é o estímulo à autocomposição. Este Código dá um novo incentivo à mediação e à conciliação, antecipando no procedimento comum a audiência de conciliação ou de mediação, que se realizará logo após a citação do réu, antes mesmo da apresentação da sua defesa (art. 334), e disciplinando nos artigos 165 a 175 a atuação dos conciliadores e mediadores judiciais. Seguindo diretrizes já adotadas em Resolução do CNJ, o artigo 165

prevê que os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, para realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e desenvolvimento de outros programas por conciliadores e mediadores com formação adequada.

A conciliação e a mediação adotarão os princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade e da decisão informada, definidos na Resolução do CNJ, aos quais o artigo 166 do Código de 2015 acrescenta os da oralidade e da informalidade. O procedimento será livremente estabelecido pelas partes, admitido o uso de técnicas negociais (art. 166, §§ 3º e 4º). Os conciliadores, mediadores e câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastros dos próprios tribunais e poderão ser livremente escolhidos pelas partes (art. 168).

O Código impõe ao autor a opção pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. Esta audiência não se realizará em duas hipóteses: se o autor manifestar a opção pela sua não realização e com essa opção concordar o réu (art. 334, § 5º); ou por não se tratar de causa que permita a autocomposição. O Código não esclarece quais seriam as causas desta última espécie. A questão suscitou muita polêmica na interpretação do artigo 331 do Código de 1973 que, afinal, com a Lei n. 10.444/2002, acabou consagrando a fórmula “causa sobre direitos que admitam transação”. Em geral, são causas sobre direitos patrimoniais de caráter privado, limite estabelecido pelo Código Civil para o contrato de transação (art. 841), mais as causas de direito de família, mesmo que a controvérsia não seja patrimonial, embora a autocomposição possa abranger os próprios litígios dos entes públicos, se os seus representantes judiciais estiverem autorizados a celebrá-la e quaisquer outras causas, em que o acordo se forme em torno da continuidade ou do desfecho da relação processual ou com um ato de disposição unilateral de sujeito privado que possa praticá-lo, como na desistência da ação,

na renúncia ao direito pelo autor, no reconhecimento do pedido pelo réu ou na suspensão convencional do processo.

Outra diretriz complementar, resultante do contraditório participativo é a ampliação da intervenção de terceiros com a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica e dos *amici curiae*. Do ponto de vista processual, a desconsideração visa a incluir como sujeito passivo da ação de conhecimento, do cumprimento de sentença ou da execução o sócio ou a sociedade que tenha incorrido numa das situações previstas em lei, para que, a partir de então, passe a responder como corréu da demanda e, conseqüentemente, pelo cumprimento de obrigações que, de acordo com a lei ou o contrato, seriam exigíveis do réu originário. A desconsideração, portanto, tem a finalidade de introduzir uma modificação subjetiva passiva da demanda, não subordinada aos limites temporais a que normalmente estaria ela sujeita (CPC de 1973, art. 264; CPC de 2015, art. 329) e, portanto, pelo seu caráter excepcional, depende da cabal comprovação dos fatos que, de acordo com o direito material, sujeitam os bens dos sócios a responder por dívidas da sociedade, os da sociedade a responder por dívidas dos sócios, que é a chamada desconsideração inversa (art. 133, § 2º) ou o de uma sociedade a responder por dívidas de outra. A desconsideração pode ser requerida desde a petição inicial (art. 134, § 2º) ou será objeto de requerimento incidente em qualquer fase do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença ou na execução de título judicial. No requerimento o proponente alegará os fatos que legalmente admitem a desconsideração e proporá as provas para demonstrá-los, juntando desde logo a prova documental que tiver em seu poder. Ao deferir o processamento do incidente, o juiz mandará anotar no registro de distribuição, determinará a suspensão do processo e ordenará a citação do requerido para responder no prazo de quinze dias (arts. 134 e 135). Em seguida, produzidas as provas, caso necessário, o juiz decidirá fundamenta-

damente o pedido, da sua decisão cabendo agravo de instrumento ou agravo interno (arts. 1.015, inc. IV, e 136, parágrafo único). Em caso de procedência, determinará que o novo réu passe a figurar como corréu, sendo intimado de todos os atos do processo e deles participando. Visando o incidente ou o pedido originário de desconsideração a estender a responsabilidade patrimonial pelas dívidas que estão sendo cobradas do devedor originário ao novo responsável, e sendo o pedido acolhido, a partir da citação deste (arts. 137 e 792, § 3º), a alienação ou a oneração dos seus bens poderá caracterizar fraude de execução.

A criação desse procedimento dá mais segurança ao requerido. Entretanto não evitará que o requerente obtenha, *inaudita altera parte*, uma tutela de urgência que bloqueie os bens do requerido, antes mesmo de decidido o pedido de desconsideração. Também não resolve o procedimento outra questão crucial, que merece um estudo mais complexo, que é saber em que medida estarão preclusas para o requerido as questões já decididas antes da sua citação ou da decisão do incidente, ou ainda, decididas em procedimentos antecedentes cujo desfecho pode estar acobertado pela coisa julgada. Sem dúvida, a garantia do contraditório deve ser respeitada com a maior amplitude possível. A sua observância não se satisfaz com a simples participação do requerido no procedimento que antecede a decisão de desconsideração da personalidade jurídica e nos atos subsequentes do processo. Se ocorreu um abuso da personalidade jurídica tão intenso que a desconsideração reconhece que o réu originário e o requerido são a mesma pessoa, com dois nomes ou duas fachadas diferentes, torna-se perfeitamente razoável que ao requerido sejam impostas a coisa julgada e a preclusão de todas as decisões a que o réu originário tenha de submeter-se. Mas se são pessoas diversas, embora haja motivos legalmente previstos para estender a uma delas a responsabilidade por dívidas da outra, àquela não pode ser subtraído o exercício do direito de defesa a respeito de todas as questões de-

cidas no mesmo ou em outro processo, não se podendo falar de preclusão, muito menos de coisa julgada.

Essas questões extravasam do âmbito do procedimento ora comentado, se nele não forem suscitadas. Mas é de esperar-se que, aberta com a citação para responder ao pedido de desconsideração a oportunidade para o requerido se defender, deva ele nessa ocasião aduzir a sua contrariedade a quaisquer pressupostos fáticos ou jurídicos da sua responsabilidade, de que resultem a própria certeza, liquidez ou exigibilidade do crédito, mesmo que já tenha sido objeto de decisão anterior e que também sobre essas questões lhe seja permitido formular alegações, propor e produzir provas, para que sejam em relação a ele apreciadas na decisão do pedido de desconsideração.⁴

O artigo 138 trata do *amicus curiae*. A simples leitura deste artigo revela que a sua redação foi fortemente influenciada por um modelo de *amicus curiae* traçado nas Leis 9.868/99, 9.882/99 e 11.417/2006. A primeira característica do instituto é que a intervenção desse colaborador se justifique pela “relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia”. A relevância da matéria e a repercussão social da controvérsia podem ser sintetizados no impacto que a decisão judicial produzirá na sociedade, extravasando os seus reflexos dos simples interesses particulares dos litigantes, atingindo outras pessoas, grupos sociais, o interesse público ou o interesse geral da coletividade. Por exemplo, quando uma concessionária de um serviço público pleiteia em juízo o reajuste da sua tarifa em face do poder concedente, a decisão da causa vai atingir o patrimônio, o custo de vida ou o custo operacional de todos os seus usuários. O impacto da decisão ultrapassa a análise dos aspectos fáticos e jurídicos da controvérsia entre as partes.

A especificidade do tema significa que na sofisticação tecnológica do mundo contemporâneo, há conhecimentos científicos e técnicos que se tornaram de domínio seguro de poucas pessoas ou instituições altamente especializadas. Mas mesmo fora desse âmbito, há costumes comerciais de determinados tipos de negócios e padrões de composição de custos de determinados produtos e serviços que constituem um conhecimento específico dos operadores de um determinado mercado e de profissionais que os assessoram. A prova pericial é o principal veículo desses conhecimentos, mas não necessariamente o único. A busca da verdade como um dos objetivos da instrução probatória e um dos pressupostos de uma decisão justa, deve propiciar ao juiz o acesso ao conhecimento mais qualificado e idôneo à solução da controvérsia.

Outra característica do *amicus curiae*, implícita no modelo traçado pelo artigo 138, é a de que esse terceiro seja pessoa natural, jurídica ou órgão sem personalidade jurídica, portadora dos conhecimentos e da reputação necessários para apresentar informações ou opiniões relevantes para o julgamento da causa. A norma faz referência à *representatividade adequada*, como indicadora dessa qualificação e dessa idoneidade, o que é um defeito. Sem dúvida, essa representatividade pode ser um indício de qualificação e idoneidade, mas nem sempre. Por outro lado, há órgãos técnicos altamente especializados em determinadas matérias que não têm qualquer representatividade. Por outro lado, a invocação pelo legislador da representatividade adequada como indício de qualificação induz à distorção, que aponte no início deste tópico, de entidades de classe representativas que intervêm para fortalecer a defesa do interesse de uma das partes, em geral um dos seus associados, sem nenhuma isenção. Infelizmente, a isso temos assistido em julgamentos de grande repercussão do Supremo Tribunal Federal, em que entidades de defesa disto ou daquilo intervêm como pretensos *amici curiae* para defender isto ou aquilo e não para prestar

4 V. BIANQUI, Pedro Henrique Torres. *Desconsideração da personalidade jurídica no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 175-177.

uma colaboração desinteressada e impessoal à boa administração da justiça.

Daí resulta uma outra característica do *amicus curiae*, que é a de ser um sujeito imparcial do processo, um sujeito dotado de isenção em relação aos interesses em conflito e que vem prestar informações ou opiniões para que a decisão da causa guarde a mais perfeita correspondência com os conhecimentos científicos, técnicos ou especializados de que é portador, ainda que um dos litigantes seja um dos seus associados. Esse desprendimento de uma entidade de classe dos interesses específicos dos seus associados em benefício da sua preponderante responsabilidade social e de colaboração isenta e confiável com o Poder Público, até mesmo como exigência da preservação da imagem positiva de que a classe por ela representada pretende desfrutar no meio social, não é bem compreendido em países latinos, como o nosso, embora com forte suporte constitucional no princípio da solidariedade (Constituição, art. 3º, inc. I), mas é muito exaltado em países anglo-saxões.

Outra diretriz complementar importante é a possibilidade que o novo Código descortina de prática de atos de impulso processual pelos advogados, rompendo o mito centralizador e burocratizante do impulso cartorário. O Código de 2015 inova de modo arrojado, atribuindo pela primeira vez em nosso direito processual ao advogado a responsabilidade de promover diretamente, sem a intermediação dos serventuários e do cartório, a intimação do advogado da outra parte (art. 269, §§ 1º e 2º), assim como das testemunhas que arrolou (art. 455), por correspondência própria, expedida e entregue por via postal com aviso de recebimento. Se se frustrar a intimação da testemunha por essa via, se o destinatário for servidor público ou uma daquelas pessoas que por deferência têm a prerrogativa de definir dia, hora e local para serem inquiridas (art. 454, § 1º) ou se a testemunha tiver sido arrolada pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, a intimação deverá ser promovida

pelo próprio juiz, por via postal, por mandado a ser cumprido pelo oficial de justiça (art. 455, § 4º) ou por ofício de requisição expedido ao chefe da repartição ou ao comando da corporação em que serve o funcionário.

Consequência da ideologia da eficiência é o lamentável recuo da oralidade, com o abandono da identidade física do juiz e a previsão de audiências de conciliação sem o juiz. Quanto à identidade física, o Código não reproduz nem mesmo a tênue identidade da última redação do artigo 132 do Código de 1973, o que significa que, a partir da sua vigência, juízes poderão proferir sentenças em processos em que não participaram de quaisquer atos orais.

A audiência de conciliação ou de mediação é conduzida pelo conciliador ou mediador (arts. 165 e 334, § 1º), embora sob supervisão do juiz da causa ou do juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver (art. 173, § 2º). Se a negociação for bem sucedida, no momento final dessa audiência o juiz deverá estar presente para homologar a autocomposição (art. 334, § 11), momento em que deverá certificar-se junto aos conciliadores ou mediadores e às próprias partes e seus advogados da adequação das conclusões submetidas à sua aprovação.

De qualquer modo, não me parece que a ausência do juiz no curso da negociação seja irremediável, porque, de um lado, as partes devem ter sempre a possibilidade de acesso ao juiz, se desejarem, e se a negociação fracassar, na audiência final o próprio juiz conduzirá a conciliação (art. 359) e os demais atos orais.

Outra diretriz complementar, embora tímida e de eficácia improvável, é a tendência de reduzir a recorribilidade das decisões interlocutórias. O Código de 2015 compreende o desacerto da ampla recorribilidade de todas as decisões interlocutórias e procura mitigá-la, voltando ao regime da enumeração taxativa das hipóteses de recorribilidade, não havendo preclusão das demais, consideradas irrecorríveis (arts. 1.009, § 1º, e 1.015). É uma evolução positiva, mas os

seus resultados dependerão em grande parte do comportamento dos advogados e dos juízes, especialmente dos que atuam nos tribunais superiores, porque o sistema recursal brasileiro é um sistema aberto, no qual, aos recursos formalmente instituídos pela lei processual, se somam sucedâneos recursais que suprem as lacunas dos recursos formais, como o mandado de segurança e a reclamação ou correição.

Outras inovações positivas, embora de menor impacto, poderiam ser apontadas como a redução dos procedimentos especiais, a criação de um procedimento probatório antecedente sem o requisito da urgência (arts. 381 a 383), a disciplina da inversão do ônus da prova (art. 373), o aperfeiçoamento das regras sobre a prova pericial (arts. 156, 465, 471 e 473), a homogeneização de regras entre o processo de execução de título extrajudicial e o cumprimento de sentença, com a subsidiariedade recíproca (arts. 513 e 771, parágrafo único), a ampliação dos espaços de defesa do executado contra qualquer decisão no curso

da atividade executória, fora dos embargos ou da impugnação (art. 525, § 11).

Esses são os aspectos mais relevantes e paradoxais da análise do novo Código que me ocorre destacar numa breve síntese. Não poucas serão as dificuldades para implementar e harmonizar esse conjunto de regras. Certamente será um enorme desafio com o qual a justiça civil brasileira se deparará cotidianamente a partir do início da sua vigência. Quiçá os critérios hermenêuticos estabelecidos no artigo 8º (a dignidade humana, a proporcionalidade, a razoabilidade, a publicidade e a eficiência) possam contribuir para essa árdua tarefa, especialmente se a eficiência não se reduzir à simples busca de celeridade e produtividade, mas inclua, como nos modelos mais modernos, o amplo acesso à justiça por todos aqueles que dela necessitam e o respeito à paridade de armas e a uma proteção legal equânime a todos os jurisdicionados.