

LIGA DE ENSINO DO RIO GRANDE DO NORTE
CENTRO UNIVERSITÁRIO DO RIO GRANDE DO NORTE
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

ANGÉLICA KAROLINE RODRIGUES SOARES

**O NOVO CPC E A RUPTURA AO VELHO SISTEMA RECURSAL E
PROCEDIMENTAL**

**NATAL/RN
2013**

ANGÉLICA KAROLINE RODRIGUES SOARES

**O NOVO CPC E A RUPTURA AO VELHO SISTEMA RECURSAL E
PROCEDIMENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário do RN, como requisito
final para obtenção do título de especialista
em Processo Civil.

Orientador: Profº. Mestre em Direito
Henrique Batista de Araújo Neto

**NATAL/RN
2013**

ANGÉLICA KAROLINE RODRIGUES SOARES

**O NOVO CPC E A RUPTURA AO VELHO SISTEMA RECURSAL E
PROCEDIMENTAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Centro Universitário do RN, como requisito
final para obtenção do título de especialista
em Processo Civil.

Aprovado (a): ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Henrique Batista de Araújo Neto
Orientador

Prof. Nome Completo
Membro

Prof. Nome Completo
Membro

Em especial, dedico esta monografia a Deus, pois D'ele provêm toda força que preciso, pois o Senhor tem sido o meu braço forte e um auxílio na busca dos meus sonhos.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a DEUS, de onde subtraio a sabedoria e o conhecimento que preciso para prosseguir;

Agradeço a minha família e amigos que direta ou indiretamente me auxiliaram na realização deste estudo;

Ao professor Henrique, pela dedicação em suas orientações prestadas na elaboração deste trabalho, que tanto colaborou para o desenvolvimento do meu trabalho.

"Mas os que esperam no SENHOR renovarão as forças, subirão com asas como águias; correrão, e não se cansarão; caminharão, e não se fatigarão."

(Isaías 40 : 31).

RESUMO

O surgimento do Novo Código de Processo Civil trará grandes alterações nos atos processuais, com maior destaque na seara recursal, e, com isso se fez necessário desenvolver uma pesquisa sobre as principais mudanças que irão ocorrer, bem como abordar a questão da celeridade e efetividade dos processos, assunto de suma importância com relação às normas de direito processual civil, pois existem várias discussões acerca do tema. Dessa forma, a presente monografia, teve como objetivo pesquisar a respeito da reforma do Novo Código de Processo Civil. Portanto essa pesquisa foi baseada na metodologia bibliográfica e analítica. Sendo assim, conclui-se que finalmente o sistema jurisdicional brasileiro estará diante de um verdadeiro avanço processual, tal qual nunca houve antes, pondo fim a tantos procedimentos desnecessários que apenas trouxeram obstáculos para o processo.

Palavras-chaves: Mudanças. Novo CPC. Reforma. Celeridade. Efetividade.

ABSTRACT

The emergence of new Civil Procedure Code to bring great changes in the procedural acts, most notably on the likes of appellate, and thus became necessary to develop a survey on the major changes that will occur as well as addressing the speed and effectiveness of processes, issue of paramount importance with regard to the rules of civil procedure, as there are several discussions on the subject. Thus, this monograph, aimed to research on the reform of the New Code of Civil Procedure. So this research was based on literature and analytical methodology. Thus, it appears that finally the Brazilian judicial system faces a procedural breakthrough, like never before, putting an end to so many unnecessary procedures that brought only obstacles to the process.

Key words: Models. New CPC. Reform. Promptness. Effectiveness.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CPC - Código de Processo Civil

CTN - Código de Trânsito Nacional

CF - Constituição Federal

CC - Código Civil

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STM - Superior Tribunal Militar

STE - Superior Tribunal Eleitoral

TST - Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO CIVIL	14
2.1 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO	16
2.1.1 O Código de Processo Civil de 1939	17
2.1.2 O Código de Processo Civil de 1973	19
2.2 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	21
3 PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EXPRESSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	25
4 AS NORMAS PROCESSUAIS E SUA APLICAÇÃO NO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL	30
4.1 A JURISDIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	33
5 A SISTEMÁTICA RECURSAL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	35
5.1 O EFEITO SUSPENSIVO E PROBABILIDADE DE PROVIMENTO DO RECURSO	37
5.2 OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA	38
5.3 OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL	41
5.4 DA UTILIZAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO FICTO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	42
5.5 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO	45
5.6 DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO	48
6 OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS NO NOVO CPC	49
6.1 A SUBSTITUIÇÃO DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO E SUMÁRIO PELO COMUM	50
6.2 PROCEDIMENTOS ESPECIAIS EXTINTOS NO NOVO CPC	52
6.3 A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS NO NOVO CPC	54
7 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CPC	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho vai abordar como tema o “Novo Código de Processo Civil, principalmente no que tange a parte recursal dos processos. Neste sentido, questiona-se: tais mudanças trarão uma solução mais hábil para os litígios, com uma justiça mais célere e efetiva, havendo mais simplicidade nos atos processuais?

Em 30 de setembro de 2009, o presidente do Senado Federal, José Sarney, por meio do Ato 379/2009, instituiu a Comissão de Juristas encarregados da elaboração do Projeto do Novo Código de Processo Civil. A Comissão foi formada com o ministro Luiz Fux como o presidente, a professora Teresa Arruda Alvim Wambier como relatora, além de outros grandes juristas brasileiros.

O surgimento do Novo Código de Processo Civil pretende trazer grandes mudanças no ordenamento jurídico, visando maior celeridade e efetividade ao processo, com grande destaque na seara recursal.

Assim, com a apresentação do projeto, e as alterações apresentadas, surgiram vários questionamentos acerca dessas mudanças.

Diante disso, se fez necessário desenvolver uma pesquisa buscando as principais alterações do novo código processual, pois existem discussões acerca dos novos procedimentos que haverá com a reforma.

A partir da década de 80 inúmeras alterações foram realizadas desde que se tornou vigente o código de 1973, que sempre buscaram a simplificação dos atos em geral e procedimentos para uma maior agilidade do serviço jurisdicional, caracterizando, assim, a fase instrumentalista que atualmente vivemos no processo civil. Contudo, a eficiência e celeridade pretendida até então não tem sido alcançada.

Porém, a simples alteração do Código de Processo Civil não pode alterar a forma de aplicação do direito, pode haver apenas mudança no procedimento do processo, porém o direito continuará o mesmo. Assim, a linha de pesquisa será direcionada para esse posicionamento, buscando na essência do direito processual a melhor forma de interpretar as alterações que estão por vir.

Como já mencionado, o presente tema é de grande importância, assim o objetivo desta pesquisa é buscar a maneira como os doutrinadores vêm se

comportando diante da discussão causada com a reforma do Código de Processo Civil.

A escolha do tema se justifica diante da grande discussão gerada com a reforma do código de processo civil despertou-me a vontade de conhecer e compreender melhor as mudanças que teremos em nosso ordenamento jurídico, o que será de grande relevância para as normas de direito processual civil.

Através desta pesquisa, pretende-se aperfeiçoar os conhecimentos com a disciplina e compreender as principais mudanças do novo código processual, bem como compartilhar descobertas de forma clara e objetiva não apenas com os acadêmicos e estudiosos do assunto, mas com todo o cidadão brasileiro que sonha e realmente acredita em uma forma mais efetiva e justa de fazer justiça aos que precisam dela, dentro de um prazo razoável de espera.

Diante da maior identificação que se possui com a parte recursal, buscar-se-á aprofundar com maior ênfase as mudanças no que tange essa matéria.

Assim, tem como peculiaridade o fato de abordar, ao lado de questões técnicas, questões práticas que dizem respeito ao dia-dia dos operadores e estudantes de direito.

Acredita-se que com o presente trabalho, poder-se-á colaborar com o crescimento de todos os estudantes e operadores do direito, os quais se interessem pelo assunto.

Sendo assim, o mesmo tem como base as fontes de pesquisas possíveis, a fim de absorver os conhecimentos necessários à realização do referido estudo, contemplando assim, os assuntos abordados na presente monografia.

Com isso, o referido trabalho somente tem a contribuir para o mundo acadêmico, tornando-se necessária a pesquisa do tema.

Para tanto, o primeiro objetivo da referida monografia é conhecer os princípios constitucionais elencados no novo código de processo civil e entender qual o benefício destes para o sistema processual se forem colocados em prática.

O segundo passo é verificar as novas normas processuais e sua forma de aplicação no novo código processual.

Por fim, analisar os meios de impugnação das decisões judiciais nos tribunais e a nova sistemática recursal do novo código de processo civil e sua importância para o andamento mais célere e eficiente dos processos.

A metodologia utilizada nesse estudo é fundamentada em uma abordagem dedutiva, através de pesquisas em artigos, sites jurídicos, bem como a análise do Projeto do Novo Código de Processo Civil, base de maior relevância para a pesquisa do tema escolhido.

As pesquisas bibliográficas são feitas mediante leituras sistemáticas, com fechamento de cada obra, resultando os pontos abordados pelos autores ao assunto em questão.

Portanto essa pesquisa foi baseada na metodologia bibliográfica e analítica, onde o primeiro trata-se do trabalho que será desenvolvido por meio de artigos escritos por doutrinadores e estudiosos do assunto, o segundo é utilizado na análise de determinadas teorias, leis, jurisprudências e etc. Os resultados serão apresentados de uma forma qualitativa.

O presente trabalho está dividido em quatro capítulos. O primeiro tem início com a origem e evolução histórica do código de processo civil, o processo civil brasileiro, o código de 1939, logo após o código de 1973 atualmente em vigor, em seguida, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

No segundo capítulo aborda-se os princípios e garantias fundamentais expressos no novo código de processo civil.

O terceiro capítulo trata-se das normas processuais e da sua aplicação no novo código de processo civil, bem como a jurisdição no novo código processual.

Por fim, no quarto e último capítulo aborda-se os meios de impugnação das decisões judiciais do novo código de processo civil, que está dividido da seguinte forma: a utilização do prequestionamento ficto nos Embargos de Declaração e da aplicação do princípio da fungibilidade no Recurso Especial e Extraordinário, a sistemática do novo código de processo civil, o efeito suspensivo e a probabilidade de provimento do recurso e os embargos de divergência.

Esse estudo se guia predominantemente pela pesquisa teórica, bibliográfica, possuindo seus referenciais teóricos sistematizados pelos doutrinadores, ou seja, a interpretação legal feita por estudiosos da matéria, que deu consistência à base das análises presentes no corpo da monografia.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO PROCESSO CIVIL

Inicialmente o homem procurava resolver seus conflitos com as próprias mãos, mas com o convívio crescente entre o povo se chegou à conclusão que qualquer conflito deveria ser submetido a uma autoridade pública.

As primeiras regras que surgiram diziam respeito à conduta humana e referiam-se à solução de conflitos civis e sanções penais. Porém a necessidade de uma autoridade confiável e imparcial capaz de conduzir os conflitos e impor sanções tornou-se evidente, função esta confiada mais tarde ao Estado.

O Estado, por sua vez regulamentava a atividade da administração da justiça, também passou a sentir necessidade de criar normas jurídicas processuais. Foi então que surgiram às primeiras instruções sobre o que, futuramente, viria a ser conhecido como direito processual.

No processo civil na Grécia, os princípios utilizados nos meios de prova afastavam os preconceitos religiosos e as superstições comuns à época e buscavam meios de convicções lógicas.

“Outras características também eram evidentes como as provas testemunhais e documentais, o princípio da oralidade, o princípio dispositivo e à livre apreciação da prova pelo julgador”. (DUTRA, 2006, p. 3).

Através da história constata-se também que o princípio do contraditório (princípio que impõe ao juiz a prévia audiência de ambas as partes antes de se proferir a decisão), teve origem na antiguidade grega.

A audiência bilateral também tem origem na Antiguidade grega, mencionada por Eurípedes, Aristófanes e Sêneca, chegando ao direito comum como um princípio de direito natural inerente a qualquer processo judicial, consistente no princípio segundo o qual o juiz somente está apto a decidir o pedido do autor depois de notificá-lo ao réu e de dar a este a oportunidade de se manifestar, trata-se aqui do princípio da ampla defesa.

No que tange a evolução do direito processual romano, relata Dutra (2006, p. 4) que esta se deu através de três fases, a saber:

1º Fase - Período primitivo: É o período mais antigo, conforme preleciona Hespanha, “753 a.C. Fundação de Roma. O direito baseava-se exclusivamente

nas ações previstas e tipificadas na lei (nomeadamente, na Lei das XII Tábuas, *legis actiones*)” até o ano de 149 a.C.

O procedimento era feito oralmente, revela Theodoro Júnior, compreendendo duas fases: uma, perante o magistrado, que concedia a ação da lei e fixava o objeto do litígio; e outra, perante cidadãos, escolhidos como árbitros, aos quais cabia a coleta das provas e a prolação da sentença. Não havia advogados e as partes postulavam pessoalmente.

2º Fase - Período formulário: Nesta fase as relações jurídicas se tornaram mais complexas em virtude do avanço do Império Romano por grandes territórios. Esta fase é caracterizada pela presença de árbitros privados, porém a sentença era imposta pelo Estado às partes.

Percebe-se que o procedimento era semelhante ao da fase anterior, com algumas modificações, quais sejam: havia a intervenção de advogados, e eram observados os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório das partes.

3º Fase - Período da “cognitio extraordinária”: Esta fase vigorou entre o ano 200 e o ano 565 de nossa era. Apresenta como características principais: a função jurisdicional pelo Estado desaparecendo os árbitros privados, o procedimento assume forma escrita contendo o pedido do autor, a defesa do réu, a instrução, a sentença e sua execução, admitindo também o recurso. (DUTRA, 2006, p. 4).

Ocorre que, com a queda do Império Romano e a dominação do povo germânico também chamado de “bárbaros”, houve a princípio um retrocesso na evolução do direito romano em virtude dos costumes e do direito trazido por eles.

Foi então que passaram a dar muito valor aos “juízos de Deus”, pois acreditavam que a divindade participava dos julgamentos.

Para os povos germânicos a prova não era um meio de convencer o juiz e sim uma forma rígida, de fixação da própria sentença. O juiz apenas reconhecia sua existência. Na verdade era basicamente um processo acusatório e o ônus da prova cabia ao acusado.

Observa-se que diferentemente do processo germânico, no processo civil brasileiro o ônus da prova é de quem alega, ou seja, aqueles que procuram o judiciário para resolver seus conflitos devem trazer as provas de que seu direito foi violado, do contrário, não terá nenhum êxito na lide.

Os procedimentos que chamavam de “juízos de Deus” na verdade não passavam de autênticos jogos de azar e bruxaria, e os julgamentos eram confiados a “exorcistas e verdugos”.

A este sistema processual, se é que se pode chamar assim, perdurou até uma fase bem adiantada da Idade Média, paralelamente a Igreja católica que ainda preservava as instituições de direito romano.

“Então surge da junção de normas e institutos do direito romano, do direito canônico, do direito germânico, o direito comum e, com ele, o processo comum”. (DUTRA, 2006, p. 3).

Como características pode-se identificar que o processo comum era escrito, complexo e lento, a prova e a sentença voltaram a se inspirar no direito romano, o direito canônico trouxe o processo sumário, eliminando algumas formalidades, porém ainda foram preservadas as torturas como meio de obtenção da verdade no processo.

2.1 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

O direito brasileiro na realidade está ligado ao direito português que, por sua vez, está vinculado a basicamente todo direito ocidental.

As primeiras leis gerais surgiram em Portugal, no ano de 1211, com Afonso II e assumiram lugar das costumeiras até as Ordenações, sem, contudo anular totalmente aquelas.

“O Brasil nasceu sob o império das Ordenações Afonsinas, editadas em 1446 consolidando a legislação da época, desde Afonso II a Afonso V”. (DUTRA, 2006, p. 3).

Deve-se ressaltar que as Ordenações Afonsinas não foram uma verdadeira codificação do direito e sim uma compilação coordenada e que se dividia em 5 livros, sendo o Livro III, com seus 128 artigos destinados ao processo civil.

No entanto, em seu terceiro livro, abordava os atos judiciais e a ordem que tais atos deveriam obedecer, situando-se nele a parte propriamente processual.

As Ordenações Afonsinas tiveram como referência a legislação do feudalismo, o direito romano e o direito canônico e as Decretais de Gregório IX, que teve vigência no Brasil até 1521, foi após este período que ocorreu à publicação das Ordenações Manuelinas.

“Essas Ordenações Manuelinas teve vigência de 1521 até 1603. Porém atendiam mais ao interesse da realeza do que ao das outras instituições, tornando mais forte o poder absoluto do Rei”. (DUTRA, 2006, p. 3).

A partir de 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas, que seguiram o método e a sistematização das matérias manuelinas, em cinco livros.

Portanto o Brasil viveu sob três ordenações que foram consideradas grandes codificações da época, além das cartas dos Donatários, dos governadores e dos ouvidores.

Importante ressaltar que a divisão dos poderes só foi reconhecida, no Brasil, com a Constituição de 1824, deste modo, até então, confundia-se o judicial, administrativo, fiscal e militar, como em toda a Antiguidade.

2.1.1 O Código de Processo Civil de 1939

Antes de adentrar diretamente na análise do projeto do novo CPC, há de se analisar inicialmente o código processual anterior para só então compreender melhor o objetivo da reforma atual.

Segundo Grinover (2004), com a competência da União para legislar sobre processo, ditada constitucionalmente em 1934, tornou-se necessária a preparação de um Código de Processo Civil; tendo o governo organizado comissões de juristas encarregados daquela tarefa.

Dentre suas principais características está a adoção do princípio da oralidade, tal como preconizava Chiovenda, com algumas concessões à tradição, especialmente no que diz respeito aos sistemas de recursos e à multiplicação de procedimentos especiais.

O legislador de 1939 já se apresentava preocupado com a idéia do “acesso à justiça”, com a efetividade do processo, mostrando, inclusive, que esse era um problema mundial. Segundo Viana (2006, p. 3) daquela Exposição de Motivos destacamos o seguinte trecho, in verbis:

O processo era mais uma congérie de regras, de formalidades e minúcias rituais e técnicas a que não se imprimira nenhum espírito de sistema e, pior, a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito. Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, que é o de tornar precisa, em cada caso a vontade da lei, e de assim tutelar os direitos que os particulares deduzem em juízo, o processo caíra de sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas, e os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem acorre em defesa do próprio. O processo em vigor, formalista e bisantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces. (VIANA, 2006, p. 3).

Há de se ressaltar que a exposição de motivos do código anterior não é muito diferente ao do movimento reformista do Código de Processo Civil vigente.

Muito antes do atual projeto de reforma já se buscava essa linha de efetividade do processo, falava-se em dar maiores poderes ao juiz, utilizando como modelo o exemplo do juiz inglês, o qual, diferentemente do juiz americano, era um intervencionista no deslinde do processo.

Observa-se que essa tendência do aumento dos poderes do julgador também é presente, atualmente no Código de Processo Civil vigente a, por exemplo, a possibilidade de o juiz condenar de ofício o litigante de má-fé.

Na Exposição de Motivos, falava-se em “direito substantivo” e “direito adjetivo”, expressões rejeitadas pela ciência do processo, haja vista a afronta que trazem ao reconhecimento da autonomia deste.

Ainda a respeito da Exposição de Motivos, este dizia que o projeto reduziu todas as ações a uma forma única. É claro, queria dizer ali que haviam sido reduzidos, em verdade, os “procedimentos” a uma forma única. (VIANA, 2006, p. 3).

Segundo relata Viana (2006) “Foram abolidos os dos despachos interlocutórios”. Todavia, sabia-se que o sistema recursal de 1939 pecava por vícios de sistematização, dificultando, em várias situações, a escolha do recorrente quanto à modalidade recursal a ser utilizada.

De todas as características do Código de 1939, talvez a maior fosse à técnica da oralidade, à época, uma tendência mundial. Aquela Exposição de Motivos então mostrava as vantagens daquele sistema em que o juiz colhe as suas impressões pessoais, outra importante característica que se destacava era os benefícios da aplicação dos princípios da concentração e da identidade física.

Por fim, o Código de Processo Civil de 1939 contava com a seguinte estrutura: a) Livro I – Disposições gerais (arts. 1º a 152) - disciplinava institutos que teriam utilidade não só para o “Processo ordinário”, mas também para os “Processos especiais”, atos e termos judiciais, prazos, valor da causa, despesas, das partes e dos procuradores, do juiz e da competência; b) Livro II - Do processo em geral (arts. 153 a 290) – sob a bandeira do “procedimento único”, disciplinavam-se, ali, atos e fases do processo que, no atual código (1973), estão colocados sob o título do procedimento ordinário, petição inicial, citações e outros atos de comunicação no processo, defesa do réu, a instância, provas, audiência e sentença; c) Livro III - Do

processo ordinário (arts. 291 a 297); d) Livro IV – Dos processos especiais (arts. 298 a 674) – assistemático que era o Código, nem todos os “processos especiais” estavam condensados nesse livro -; e) Livro V – Dos processos acessórios (arts. 675 a 781); f) Livro VI - Dos processos da competência originária dos Tribunais (arts. 782 a 807) - trazia a regulamentação interna corporis do processar dos feitos no STF, coisa que encontramos, hoje em dia, melhor assentada no regimento da Suprema Corte. g) Livro VII - Dos recursos (arts. 808 a 881); h) Livro VIII - Da execução (arts. 882 a 1.030); i) Livro IX - Do juízo arbitral (arts. 1.031 a 1.035); j) Livro X - Disposições finais e transitórias (arts. 1047 a 1052).

2.1.2 O Código de Processo Civil de 1973

Ainda no que tange a evolução do nosso Código de Processo Civil, passamos a análise do código atualmente em vigor.

Segundo Dutra (2006) o código anterior possuía severas críticas lançadas pela doutrina e o surgimento de várias leis extravagantes, por isso tornou-se necessária a reformulação do Código de 1939.

Ocorre que o governo Federal, por sua vez, incumbiu Alfredo Buzaid, professor da Faculdade de Direito de São Paulo, de elaborar o anteprojeto do Código de Processo Civil.

Tendo o anteprojeto sido revisto por José Frederico Marques, Luís Machado Guimarães e Luís Antônio de Andrade e submetido ao Congresso Nacional sendo aprovado e promulgado pela Lei 5.869/73, surgindo assim o novo Código de Processo Civil atualmente em vigor.

O Código de Processo Civil possui 1.220 artigos, divididos em cinco livros. Se não vejamos:

No primeiro livro, onde cuida do processo de conhecimento, o código disciplina a competência dos órgãos do Poder Judiciário, regula as figuras dos sujeitos do processo, dita regras sobre o procedimento ordinário e o sumário e o processo nos tribunais, além de disciplinar os atos processuais e suas nulidades, prova, sentença, coisa julgada e recursos.

No segundo livro sobre processo de execução aborda os títulos executivos judiciais e extrajudiciais, disciplina a competência em matéria executiva,

a responsabilidade e as sanções que merecem, além de várias espécies de execução com procedimentos diferenciados.

O terceiro livro disciplina todo processo cautelar, com medidas cautelares típicas (nominadas) e medidas atípicas (inominadas).

No quarto livro estão os procedimentos de jurisdição contenciosa e de jurisdição voluntária.

Finalmente, no quinto e último estão as disposições finais e transitórias.

Ao decorrer dos anos várias alterações ocorreram com o objetivo de tornar o serviço jurisdicional mais célere e eficiente, dentre essas mudanças que se tornou vigente no código de 1973, vejamos algumas das mais importantes alterações já sofridas nas últimas três décadas: I - Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública); II - Lei 8.009/90 (Impenhorabilidade do imóvel residencial do executado – bem de família); III - Lei 8.078/90 (Código de defesa do Consumidor); IV - Lei 8.952/94 (disciplina a tutela antecipada e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer); V - Lei 9.079/95 (Processo monitorio); VI - Lei 9.099/95 (derroga a antiga Lei de Pequenas Causas e disciplina os Juizados Especiais); VII - Lei 9.245/95 (altera significativamente o procedimento sumário); VIII - Lei 9.307/96 (Lei da arbitragem); IX - Lei 9.868/99 (disciplinou o processo de ação direta de constitucionalidade ou de constitucionalidade); X - Lei 10.444/02 (alterações relativas à tutela antecipada, ao procedimento sumário, à execução forçada); XI – Lei 12.322/10 (altera o procedimento do agravo de instrumento em sede de Recurso Especial e Extraordinário); XII - Lei 12398/11 – (estende aos avôs o direito de visita aos netos).

Nota-se que o código de 1973 já buscava a simplicidade dos atos e procedimentos especiais dos processos. Ocorre que, devido ao seu extenso texto processual e o imenso número de recursos e procedimentos, acabou que inviabilizou o sistema processual havendo muita demora na resolução dos conflitos.

Diante da morosidade do atual código processual e o aumento relevante do número de processos que tem abarrotado o judiciário, houve a necessidade de elaborar um novo código processual com o objetivo de trazer finalmente a eficiência e celeridade jurisdicional pretendida desde o código de 1939.

2.2 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Inicialmente passemos a análise dos objetivos pretendidos com a proposta de reforma do Código de Processo Civil, segundo o presidente do Senado Federal Sarney (2010, p. 3):

A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de novo Código do Processo Civil, nomeada no final do mês de setembro de 2009 e presidida com brilho pelo Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça, trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal. (SARNEY, 2010, p. 3).

Percebe-se que o principal objetivo do legislador com a reforma processual é trazer uma linguagem mais simples e de fácil entendimento para que todos possam compreender melhor os procedimentos processuais, além de fazer com que o tempo de duração do processo seja reduzido, solucionando o conflito dentro de um prazo razoável de tempo, com um resultado que traga a efetividade pleiteada na demanda.

Segundo o ministro Fux (2010) o desafio da comissão será resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere, mas para isso foi necessário encontrar uma forma de vencer o volume de ações e recursos gerado por uma litigiosidade desenfreada, máxime num país cujo ideário da nação abre as portas do judiciário para a cidadania ao dispor-se a analisar toda lesão ou ameaça a direito, tendo o ministro se feito alguns questionamentos acerca de como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Como prestar justiça célere numa parte desse mundo de Deus, onde de cada cinco habitantes um litiga judicialmente? Assim, o ministro Fux (2010, p. 7/9) se manifesta sobre a importância que terá o novo Código Processual para o ordenamento jurídico:

Kelsen, o jurista de Viena, há muito exaurido de perseguir o valor da justiça, concluiu não ser importante saber de imediato a resposta, senão, não parar

de questionar. O impulso para alcançar um ideal e que estimula os homens, são os sonhos, e esses não inventam, passam dos dias para a noite e é deles que devemos viver, não importando onde estejam as soluções. No vaticano, há um afresco sobre a justiça, no qual Platão aponta para os céus e Aristóteles para a terra. Utopia ou realidade? “Justiça”; esse valor que levou à cruz o senhor das idéias e das palavras, e que ainda é o sonho a ser alcançado, assim como o era o desejo dos antigos em alcançar as estrelas; fator decisivo para o desenvolvimento da humanidade. (FUX, 2010, p. 7/9).

Tendo a Comissão se deparado com a questão da morosidade judicial. Os cidadãos querem justiça!!! E que esta seja prestada com celeridade.

Levando-se em consideração as exigências e declarações universais dos direitos fundamentais do homem, e pelas aspirações das ruas, lançou-se a comissão com esse singular desafio, estando cientes de que todo o poder emana do povo, inclusive o poder dos juízes, e em nome do povo que é exercido.

Segundo o ministro Fux (2010) a metodologia utilizada pela comissão visou a um só tempo vencer o problema e legitimar a sua solução, para isso, primeiramente teve que detectar as barreiras para a prestação de uma justiça rápida; e só então, legitimar democraticamente as soluções.

Na intenção de atingir esse escopo a comissão deparou-se com o excesso de formalismos processuais, e com um volume imoderado de ações e de recursos, mesmo assim não mediram esforços para alcançar seus objetivos, se não vejamos o que diz o presidente da Comissão Fux (2010, p. 7/9):

Mergulhando com profundidade em todos os problemas, ora erigindo soluções genuínas, ora criando outras oriundas de sistema judiciais de alhures, optando por instrumentos eficazes, consagrados nas famílias da *civil law* e da *common law*, sempre prudentes com os males das inovações abruptas mas cientes em não incorrer no mimetismo que se compraz em repetir, ousando sem medo. (FUX, 2010, p. 7/9).

Ainda segundo o ministro Fux (2010), o Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça.

O nobre ministro ora citado, que presidiu a comissão que elaborou o anteprojeto, coloca a questão da celeridade e efetividade processual como um

sonho a ser alcançado por todo cidadão que deseja não apenas resolver os seus conflitos, mas que deseja ver que realmente a justiça foi feita.

Sendo assim, a comissão trabalhou a fim de identificar quais as barreiras que existiam que tornavam o processo demorado e inviabilizavam o poder judiciário. Diante disso, perceberam que havia excesso nas formalidades, bem como um número exagerado de recursos e ações, o qual buscaram resolver os problemas da morosidade trazendo soluções eficazes para o ordenamento jurídico.

Conforme relato do ministro Fux (2010), elaborar um Código novo não significa “deitar abaixo as instituições do Código vigente, substituindo-as por outras, inteiramente novas”, pois razão alguma há para que não se conserve ou aproveite o que há de bom no sistema que se pretende reformar.

O projeto foi apresentado pelo Senado Federal com 970 artigos, porém com as alterações feitas pelo Relator-Geral Valter Pereira ao PLS nº. 166 de 2010 do Novo Código de Processo Civil, a nova composição possui 1.008 artigos, com uma Parte Geral no primeiro Livro, onde foram inseridos princípios constitucionais de especial importância para todo o processo civil, e regras gerais para os demais Livros, além disso, reza sobre a aplicabilidade das normas processuais; limites da jurisdição brasileira; competência interna; normas de cooperação internacional e nacional; partes; litisconsórcio; procuradores; juiz e auxiliares da justiça; Ministério Público; atos processuais; provas; tutela de urgência e tutela da evidência; formação, suspensão e extinção do processo.

O segundo Livro, diz respeito ao processo de conhecimento, incluindo cumprimento de sentença e procedimentos especiais, contenciosos ou não. O terceiro Livro trata do processo de execução, e o quarto Livro disciplina os processos nos Tribunais e os meios de impugnação das decisões judiciais. Por fim, o quinto Livro traz as disposições finais e transitórias.

Tendo desaparecido o Livro do Processo Cautelar e as cautelares em espécie, acabaram sobrando medidas que, em consonância com parte expressiva da doutrina brasileira, embora estivessem formalmente inseridas no terceiro Livro, de cautelares, nada tinham. Foram, então, realocadas, junto aos procedimentos especiais.

Um novo Livro foi criado para os processos que tramitarem nos Tribunais, que abrange os meios de impugnação às decisões judiciais, os recursos e ações impugnativas autônomas.

As hipóteses de cabimento de ação rescisória e de ação anulatória ficaram claras, eliminando-se dúvidas. O litisconsórcio foi disciplinado com nitidez, separando-se, o necessário do unitário.

Os termos sucessão e substituição foram invertidos. Utilizando-se nos momentos adequados a expressão convenção de arbitragem que abrange a cláusula arbitral e o compromisso arbitral, ou seja, passando a ser o mesmo regime jurídico a ambos os fenômenos.

Dessa forma, procedeu a Comissão de Juristas que reformou o sistema processual, procurando criar saudável equilíbrio entre conservação e inovação, sem que tenha havido uma modificação drástica com o presente ou com o passado.

O Novo CPC é fruto de reflexões da Comissão que o elaborou, que procuraram fazer escolhas racionais de maneiras consideradas adequadas, com o objetivo de obter uma sentença que resolva o conflito, com respeito aos direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material.

Diante disso, para que a Comissão elaborasse o Novo CPC, tiveram que identificar os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Foram feitas adequações de forma expressa as regras da Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e mais justo.

É de se notar que o objetivo da comissão não era trocar os procedimentos existentes por outros, mas sim identificar o que os tornavam ineficazes, para que estes pudessem ser inovados, com isso haveria um equilíbrio entre conservar e inovar, de forma a adequar o sistema a fim de torná-lo célere e eficaz de acordo com as regras da nossa norma ápice, o que consequentemente irá repercutir no resultado final do processo.

3 PRINCÍPIOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS EXPRESSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Os princípios objeto deste estudo encontram-se elencados na Constituição Federal e fazem parte dos direitos e garantias fundamentais assegurados ao brasileiro e estrangeiro no Brasil, tendo sido introduzidos expressamente no Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, como veremos a seguir.

Segundo Rios (2010) ao contrário do Código Buzaid de 1973, analisado anteriormente, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, capitaneado pela genialidade ímpar do Eminentíssimo Ministro Luiz Fux, do Colendo Superior Tribunal de Justiça, dedica capítulo inteiro para expressamente consignar princípios e garantias fundamentais a reger a aplicação e interpretação do processo civil brasileiro.

Logo no Art. 1º do Novo CPC, transcrito a seguir, encontra-se o Princípio da Supremacia da Constituição:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

O nobre Ministro Luis Fux introduziu o princípio da supremacia da constituição como primeiro artigo, com a idéia de que a constituição não é apenas um museu de princípios ou um mero ideário, mas sim que nossa norma ápice deve ser colocada em prática e efetivada, entende-se que o ministro Luiz Fux quer dizer é que para termos nossas normas infraconstitucionais efetivadas, primeiramente deverá partir da aplicação efetiva dos direitos constitucionais elencados em nossa norma maior, qual seja, da constituição federal.

Os Princípios da Inércia e do Impulso Oficial vêm encartados no Art. 2º do Novo CPC, senão vejamos: Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte, nos casos e nas formas legais, salvo exceções previstas em lei, e se desenvolve por impulso oficial.

O princípio da Inércia vem traduzido no fato de que o processo civil apenas começará por provocação inicial da parte, sendo defeso ao juiz deflagrar ação ou se manifestar em autos antes daquela anterior iniciativa do jurisdicionado.

Conforme entendimento de Rios (2010), o Princípio do Impulso Oficial também disposto neste mesmo dispositivo consagra a idéia de que não deve o processo ficar à mercê ou refém das partes, e que deve avançar rumo à decisão definitiva pela atividade estatal (jurisdição), predominando, assim, o interesse público na composição de litígios existentes na sociedade submetidos à sua apreciação sobre os interesses privados das partes.

Quanto aos princípios da inércia e do impulso oficial consagrados no novo código, o primeiro diz respeito ao início do processo, que se dará apenas por iniciativa das partes, no que diz respeito ao segundo princípio, caso a parte não proceda com os atos de andamento do processo, poderá o juiz seguir em frente para prolatar sua decisão.

No que tange o Art. 3º do Novo Diploma encampa o Inciso XXXV do Art. 5º da *Lex Mater*, preconizando que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Este princípio diz respeito ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. Deixa claro neste dispositivo, que os litígios voluntariamente submetidos pelas partes envolvidas à solução arbitral não importa em negação a este princípio, significa dizer que independentemente do processo ser voluntário, portanto submetido ao juízo arbitral, tal motivo não afasta da jurisdição o dever de apreciar ameaça ou lesão a direito. Outro importante princípio trazido pelo Anteprojeto do CPC é o da Razoável Duração do processo, conforme se vê a seguir:

O novel Princípio Constitucional da Razoável Duração do Processo, inscrito no Art. 5º, Inciso LXXVIII, da Carta Maior, introduzido pela Emenda n. 45/2004 – Reforma do Judiciário, que dita que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, é consagrado no Art. 4º do Diploma Fux. Entretanto, foi expressamente consignado que a atividade satisfativa compõe a solução integral da lide. O que importa dizer que o prazo razoável da entrega da prestação jurisdicional não se encerra na declaração e aplicação do direito à espécie (formação de título executivo), mas, sim, no momento em que o bem da vida em disputa é restituído ou colocado à disposição do litigante vencedor na demanda. (RIOS, 2010, p. 6).

Dentre as principais mudanças na parte geral do no código processual que inseriu vários princípios constitucionais existentes em nosso ordenamento jurídico, os que mais chamam atenção é o da razoável duração do processo, que não apenas contempla a questão da decisão final do magistrado haver se dado dentro de um prazo menor, mais também que a determinação do mesmo seja cumprida efetivamente em todos os seus termos, até porque há de se ressaltar, que em várias demandas apesar de já haver sentença proferida nos autos, a parte encontra sérias dificuldades para ter o bem jurídico em questão restituído ou seu direito concretizado, conforme o caso.

O Art. 5º do Novo CPC, segundo comentário feito por Rios (2010), diz que as partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência.

Desse modo, a atividade processual das partes para a demonstração e defesa do direito invocado é intensa, devendo as mesmas cooperar entre si e, principalmente com o juiz, para o desfecho da lide dentro de regras de boa-fé e probidade processuais. Sempre que convocadas deverão as partes ministrar ao juiz subsídios para prolação de decisões, realização de atos executivos e prática de medidas urgentes o mais próximo possível do ideal de justiça, brevidade e verdade, abstendo-se aquelas de isolar o julgador de fatos relevantes e fundamentais para a mais fiel e correta entrega da prestação jurisdicional.

A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro serviu de clara inspiração para elaboração do Art. 6º do Estatuto Fux. O Art. 5º daquela norma getulista reza que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Entretanto, o Novo CPC foi mais ousado, quiçá pela sua vocação de diploma devotado à Constituição Federal vigente, se não vejamos:

Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Segundo Rios (2010) a interpretação teleológica (ou sociológica) lançada pelo novo Código propõe que aos fins sociais e ao bem comum sejam conjugados

os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Dentre estes princípios constitucionais arrolados, a toda evidência, o da dignidade da pessoa humana sem dúvida é o mais importante, enquanto expressamente consignado na Carta de Outubro como fundamento da República Federativa do Brasil (Art. 1º, III).

Outro ponto de importante destaque no que diz respeito à complementação feita ao artigo 5º da lei de introdução ao código civil, no que se refere à aplicação da lei e ao fim social a que se destine, a qual foi inserido vários princípios constitucionais, dentre eles com já dito, o princípio da dignidade da pessoa humana, essencial se fez a sua presença expressa no código novo e principalmente se no caso concreto for devidamente aplicado o princípio constitucional de maior relevância social.

Dando continuidade a análise dos princípios, vejamos a seguir o que Rios (2010, p. 9) diz a respeito do princípio da Paridade das Armas, ou seja, Princípio da igualdade de tratamento entre as partes:

O Art. 7º do Novo CPC traz a lume o Princípio Processual da Paridade das Armas. Igualdade de tratamento entre as partes do processo em relação ao exercício de direitos e faculdades, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, define este princípio processual clássico. O referido dispositivo determina que cabe ao juiz velar e promover o efetivo contraditório.

Outro importante princípio é o da paridade de armas que diz respeito ao tratamento igual a que dever ser submetida às partes, cabendo ao juiz o dever de “proteger” a parte hipossuficiente na demanda, tratando os desiguais cada qual na medida de suas desigualdades, a fim de trazer o equilíbrio à relação para que o que estiver em situação desigual não venha a ser prejudicado em decorrência de sua hipossuficiência.

O Princípio da Paridade de Armas deve aderir ao anseio de Igualdade consistente no aforismo de tratar os desiguais na medida da sua desigualdade, a fim de oferecer proteção jurídica especial aos menos favorecidos que costumam figurar em situação de vulnerabilidade, como mulheres, menores, população de baixa renda, consumidores, trabalhadores, rurícolas e idosos.

Com relação ao dever das partes de contribuir para a rápida solução da lide, assevera Rios (2010), estas devem evitar provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios, é erguido a princípio processual no Art. 8º do Novo CPC. Por este dispositivo, ainda, devem os litigantes e seus procuradores colaborar com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito.

Há de se ressaltar, que um dos princípios essenciais expressos no novo código processual é o da razoável duração do processo, tendo em vista se tratar de um dos principais objetivos pleiteados com a reforma do CPC, além disso, é de se notar que de acordo com o referido princípio, não depende apenas do magistrado ou da justiça assegurar uma solução rápida aos conflitos, mas também cabe às partes garantir que a lide seja resolvida no menor prazo possível, evitando medidas digamos protelatórias que prejudiquem o desenvolvimento eficaz do processo de forma que inviabilize o sistema processual.

Adentraremos agora, na análise dos princípios do Contraditório e da publicidade, de acordo com o entendimento de Rios (2010, p. 11):

O Art. 9º presta tributo ao Princípio do Contraditório, mas dentro da nova concepção de celeridade e efetividade do processo neste Século XXI, assinalando que somente se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes, sem que esta seja previamente ouvida, quando se tratar de medida de urgência ou a fim de evitar perecimento do direito (contraditório diferido). Afora estas duas hipóteses, arremata o Art. 10, em qualquer grau de jurisdição, a parte deverá ser sempre convocada a se manifestar acerca do bem da vida pleiteado pelo *ex adverso*, ainda que se trate de matéria relativa às condições da ação e a pressupostos processuais, sobre a qual o juiz tenha de decidir de ofício (matérias de ordem pública). (RIOS, 2010, p.11).

O Art. 11, encerra o Capítulo I da nova codificação civil, presta reverência ao Princípio da Publicidade dos Atos Processuais, esculpido no Inciso IX do Art. 93 da Constituição Federal, que propugna que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, nos casos de segredo de justiça, às próprias partes e a seus advogados ou defensores, ou ainda ao Ministério público quando for o caso, nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. Sendo interessante notar que, malgrado quilate constitucional não mencionado expressamente pelo Código Fux, “o interesse público à informação”, na forma como colocado pela Emenda n.

45/2004, da Reforma do Judiciário, parece prevalecer e se sobressair sobre o direito à intimidade da parte no texto constitucional. (RIOS, 2010, p.11).

O princípio do contraditório expresso no novo código processual, comporta duas exceções, sendo possível o juiz prolatar decisão sem ouvir a parte contrária, a fim de evitar perecimento de direito, ou ainda, em se tratando de medida urgente, mas adiante o art. 10º preceitua que a parte deverá ser ouvida até mesmo nas questões de ordem pública, o qual deve o magistrado se manifestar de ofício.

E ainda com o fito de garantir que todos os julgamentos do Poder Judiciário sejam públicos, sendo fundamentadas todas as decisões, de forma que o direito da intimidade não prejudique o direito a informação da coletividade, o novo CPC também dispõe do princípio da publicidade dos atos processuais.

Por fim, o novo código processual traz expressamente todos estes princípios, dentro da nova concepção de celeridade dos atos processuais, com a intenção de assegurar o devido processo legal e a ampla defesa, dentro de um prazo razoável de espera.

4 AS NORMAS PROCESSUAIS E SUA APLICAÇÃO NO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL

Primeiramente daremos início a este capítulo com o estudo do art. 13 do novo CPC, transcrito a seguir: Art. 13. A jurisdição civil será regida unicamente pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário.

Conforme entendimento de Dalla (2010) o artigo 13 se refere às "normas processuais brasileiras". Normas processuais são as que regulamentam a proteção de um direito ou a exigência de um dever.

O Brasil é um país de jurisdição una, ou seja, tanto os conflitos entre particulares, como os conflitos entre um particular e o Estado são resolvidos pelo Poder Judiciário.

A norma processual se diferencia da material, tendo em vista que a primeira normalmente apenas cria obrigações e preserva direitos.

Existem também as chamadas normas mistas ou híbridas, que são dispositivos que regulam determinados institutos previstos tanto no Código Civil

como no Código de Processo Civil. É o caso, por exemplo, da prescrição, da interdição e dos títulos executivos extrajudiciais.

Segundo Fredie Didier, citado por Dalla (2010), essas normas processuais que acabaram por constar na redação final do Código Civil de 2002.

Normalmente a norma processual é aplicável em todo território nacional. É uma questão de ordem pública e de soberania.

Normas processuais têm íntima ligação com o conceito de ordem pública. Ainda hoje muitos autores definem o processo como um "ramo do direito público" (Grinover, Teoria Gera do Processo) citado por Dalla (2010). Preferimos pensar que não existe mais esta *summa divisio* (entre direito público e privado), na medida em que os modernos ordenamentos se situam numa zona fronteira, ora utilizando institutos de um, ora de outro o que acaba por comprometer a própria existência desses ditos "grandes ramos" do direito interno.

Situação semelhante ocorre hoje entre o "civil law" e o "common law", assegura Dalla (2010). Atualmente não se pode dizer que o Brasil é um país filiado ao modelo "civil law", tendo em vista a quantidade de institutos "importados" de países de tradição "common law", bem como a necessidade de adaptar esses institutos ao ordenamento interno.

As normas processuais são imprescindíveis ao ordenamento jurídico, muito embora não trate do direito material são elas que as regulamentam para que estas possam ser adequadamente utilizadas, a fim de trazer um desenvolvimento regular ao processo e aplicabilidade ao direito do indivíduo.

Ocorre que, existem alguns conflitos processuais em nosso ordenamento jurídico que traz a tona algumas problemas de interpretação da norma processual, tendo o magistrado encontrado dificuldades de aplicação da norma, como o caso acima citado, onde há divergência entre as normas processuais do código de processo civil e o código civil, que ao meu ver deveria prevalecer o disposto no CPC, tendo em vista o código processual ter sido elaborado para o fim de regulamentar o direito material, sendo descabido haver normas processuais diversas expressas no código civil, o qual deveria se restringir a tratar apenas do direito material propriamente dito para que não haja mais conflitos de normas processuais.

Ainda no que tange as novas normas processuais elencadas no novo código de processo civil, passamos a análise do artigo transcrito, in verbis: Art. 14. A

norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei revogada.

Quanto à aplicação da norma processual no tempo, Dalla (2010) diz que o art. 14 do Projeto não traz nenhuma novidade, mas, sem dúvida, tem uma redação mais precisa do que o atual art. 1211 do CPC ("Art. 1.211. Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes").

Apesar do comando do atual art. 1211, a jurisprudência registra muitas vezes, problemas quando uma nova Lei entre em vigor, principalmente quando trata-se de matéria complexa e de grande relevância para as partes.).

Por fim, Dalla (2010) comenta o art. 15 que traz o já conhecido "Princípio da Subsidiariedade", no sentido de que as normas do CPC se aplicam subsidiariamente quando não houver norma específica na legislação processual penal, administrativa e eleitoral.

Observa-se que faltou falar do processo tributário e ainda do procedimento arbitral. É possível que as partes, ao pactuar uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral, manifestem a vontade no sentido de que o árbitro julgue de acordo com as normas do CPC. A esse respeito relata Dalla (2010, p. 5):

Por outro lado, isso pode gerar um problema, quando as premissas para a elaboração de um Código são diversas de outro. O que fatalmente ocorrerá entre o processo civil e o processo penal, e também entre o processo civil e o processo eleitoral. Isso porque, ao mesmo tempo em que trafega no Congresso o PLS 166/10 (Projeto do novo CPC), ainda está em curso, em estágio um pouco mais avançado, o PLS 136/09 (Projeto do novo CPP). E, em meados de 2010, o Senado convocou Comissão para editar um novo Código Eleitoral. (DALLA, 2010, p. 5).

No que diz respeito ao citado artigo, as normas do CPC também poderão ser aplicadas nos outros ramos processuais, na falta de normas que as regulamentem, quanto à afirmação do autor de que isto poderá trazer problemas no que se refere a disposições diversas dos Códigos, acredita-se que isso não ocorrerá, uma vez que, a disposição do artigo 15 do CPC é clara quando ressalta

que suas normas serão aplicadas subsidiariamente apenas em caso de falta de norma regulamentadora nos demais códigos processuais.

4.1 A JURISDIÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Analisaremos neste tópico a jurisdição no novo código de processo civil, portanto vejamos o que diz o artigo transcrito a seguir: Art. 16. A jurisdição civil é exercida pelos juízes em todo o território nacional, conforme as disposições deste Código.

Primeiramente far-se-á menção a alguns estudiosos do assunto, a fim de verificar o posicionamento dos mesmos, para só então chegar-se a uma conclusão a respeito do referido tema, objeto deste capítulo.

Jurisdição em latim significa “ação de dizer o direito”, resulta da soberania do Estado e, junto com as funções administrativas e legislativas, compõe as funções estatais típicas. (DALLA, 2010, p. 3).

Segundo Chiovenda, citado por Dalla (2010), jurisdição é a função estatal que tem por finalidade a atuação da vontade concreta da lei, substituindo a atividade do particular pela intervenção do Estado.

Por outro lado, Carnelutti, citado por Dalla (2010), afirma que a jurisdição é a função do Estado que busca a justa composição da lide, sendo essa última o conflito de interesses qualificado pela pretensão de uma das partes (caracterizada pela exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio), bem como pela resistência da outra. (Teoria Constitutiva ou Unitarista).

Observa-se que a divergência entre os doutrinadores a respeito da jurisdição, onde o primeiro entende por jurisdição a intervenção do Estado em detrimento do particular a fim de garantir o cumprimento da lei, enquanto o segundo diz que jurisdição é a atuação do Estado com o objetivo de ter seus conflitos resolvidos de uma forma justa.

De fato, o exercício da jurisdição não solucionaria o conflito de interesses instaurado, apenas o tornaria juridicamente irrelevante. (DALLA, 2010, p. 4).

Nesse sentido são as críticas de Calamandrei e de Liebman, citado por Dalla (2010), que afirmam que a lide só entra no processo se for apresentada ao juiz, e, ainda assim, com as feições que o autor a descreveu no seu pedido, que

nem sempre correspondem à realidade dos fatos. Dessa forma, a lide pertenceria, nas palavras de Calamandrei, citado por Dalla (2010) “ao mundo sociológico, não ao jurídico”, e poderia existir, portanto, processo sem lide, que seria elemento accidental e não essencial para a sua instauração.

A partir das premissas dos modernos mestres italianos, como Ferri, Comoglio, Taruffo, Trocker, Varano e outros, o processo é visto, necessariamente, sob o prisma constitucional, assevera Dalla (2010). Se o ordenamento jurídico fosse uma árvore, o direito constitucional seria o tronco e o processo civil seria um ramo ou galho dessa árvore (Hermes Zaneti, Processo Civil Constitucional. Baracho, Direito Processual Constitucional, entre outros).

Sistematizando o pensamento, Marinoni, citado por Dalla (2010, p. 7), na obra antes referida, assim se manifesta:

Diante da transformação da concepção de direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual, submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrítico. O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. (...) O direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados pelo legislador segundo as necessidades do direito material e compreendidos pelo juiz de acordo com o modo como essas necessidades se revelam no caso concreto. (...) O juiz tem o dever de encontrar na legislação processual o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Para isso deve interpretar a regra processual de acordo, tratá-la com base nas técnicas da interpretação conforme e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto e suprir a omissão legal que, ao inviabilizar a tutela das necessidades concretas, impede a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional. (DALLA, 2010, p. 7).

Como se pode perceber, sem maiores dificuldades, é impossível conceber nos dias atuais a atividade jurisdicional divorciada dos princípios constitucionais, especialmente, do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, e aprofundando a noção constitucional, interessante ressaltar a observação feita por Cappelletti, citado por Dalla (2010), segundo o qual toda atividade jurisdicio-

nal tem feição criativa visto que toda interpretação cria, de alguma forma, um direito novo.

Importante perceber, que o entendimento dos doutrinadores no que se refere à jurisdição, é de que os magistrados devem interpretar a lei de acordo com os princípios constitucionais, principalmente aqueles que dizem respeito à dignidade da pessoa humana, princípio este elencado no novo código processual, como já visto anteriormente.

Acredita-se ser correto o posicionamento dos estudiosos do assunto, uma vez que, havendo interpretação da lei pelos juízes, conforme os princípios constitucionais haverá menos declarações de inconstitucionalidades, com isso, maior controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico.

5 A SISTEMÁTICA RECURSAL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A nova sistemática recursal do CPC é bem mais dinâmica e agressiva, vez que vivenciamos em um ordenamento jurídico que anseia por uma razoável duração do processo, dando fim ao antigo regramento recursal moroso, pelo menos é o que se espera com a reforma.

Primeiramente cumpre esclarecer que a Comissão extinguiu duas modalidades de recursos. Trata-se, respectivamente, dos embargos infringentes e da modalidade retida do recurso de agravo.

Em contrapartida, no rol do cabimento dos recursos, o agravo de instrumento e o agravo interno deixaram de ser consideradas modalidades de interposição do recurso do gênero “agravo”, assevera Andrade (2010), e aparecem agora como sendo recursos propriamente ditos, ou seja, existe o recurso de agravo de instrumento e o recurso de agravo interno, cada qual com os seus próprios tramites processuais.

O julgamento dos Órgãos Decisórios de 1º grau de jurisdição foi priorizado, tendo em vista, regra geral, os recursos não possuírem mais o efeito suspensivo, cabendo à parte recorrente, na petição do próprio recurso ou em petição simples encaminhada ao relator de tribunal, requerer efeito suspensivo, devendo demonstrar a probabilidade de êxito (provimento) do recurso interposto.

Percebe-se que a sistemática recursal do novo Código é mais agressiva do que o atual. Além disso, fato que demonstra bem essa característica é que os

recursos interpostos que não forem conhecidos ou tiverem provimento negado, aplica-se multa referente à aplicação dos honorários advocatícios arbitrados (sucumbência recursal), em favor do recorrido, evitando o uso de recursos com o fito meramente protelatório.

Conforme relatado por Andrade (2010), a multiplicação na utilização dos embargos de declaração com o fito de procrastinar a eficácia das decisões finalmente chegou ao fim. Isso porque os embargos de declaração, assim como os outros recursos, são desprovidos de efeito suspensivo. Além disso, se utilizados com o efeito de procrastinar a eficácia das decisões, o juiz ou relator, declarando que o são, arbitrará multa não excedente a 5% por cento sobre o valor da causa em favor do recorrido, sendo vedada a utilização de novos embargos de declaração.

Outra novidade atraente aos olhos dos processualistas mais modernos, foi à eliminação da modalidade do agravo retido, podendo as decisões interlocutórias proferidas no curso do procedimento, ser impugnadas nas razões ou contra-razões do recurso de apelação.

No que tange às decisões interlocutórias que cuidem de tutela de urgência, tutela de evidência ou tutela cautelar, é possível a interposição do recurso de agravo de instrumento, tendo ainda a possibilidade de sustentação oral perante os Tribunais.

Segundo Andrade (2010), quanto às decisões interlocutórias de mérito, além daquelas proferidas em sede de cumprimento de sentença ou em procedimento executório, admite-se a interposição de agravo de instrumento, porém, sem a possibilidade de sustentação oral nos Tribunais.

O juízo de admissibilidade recursal da apelação, antes desdobrado, agora é passível de avaliação apenas pelo relator do Tribunal. (ANDRADE, 2010, p. 14).

Portanto, consideram-se positivas as mudanças realizadas pela Comissão no que diz respeito à sistemática recursal, que a meu ver, é a parte mais deficiente do atual Código processual, com as referidas alterações poderá evitar-se a prática reiterada de interposição de recursos com o intuito meramente protelatório.

5.1 O EFEITO SUSPENSIVO DO RECURSO NO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL

O novo Código de Processo Civil também irá alterar a regra geral dos efeitos os quais os recursos serão recebidos pelos tribunais em grau de recurso. Não possuindo os recursos, regra geral, efeito suspensivo. Apenas poderá ser atribuído efeito suspensivo ao recurso se o recorrente fizer prova da probabilidade do seu provimento.

No atual CPC, a regra geral é de que todos os recursos possuem efeito suspensivo, a não ser que a lei diga o contrário. Caso o recurso seja desprovido de efeito suspensivo, o recorrente deverá demonstrar em preliminar recursal o perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, podendo nesta situação ser atribuído efeito suspensivo ao recurso interposto.

Contudo, a medida de urgência não impede que seja negado provimento ao recurso interposto, quando se procede com análise recursal mais aprofundada (cognição exauriente e plena).

O novo texto processual, dispõe em seu artigo 949, §1º, transcrito in verbis:

§ 1º A eficácia da decisão poderá ser suspensa pelo relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou difícil reparação, observado o art.968.

Observa-se que a simples interposição de recurso não obsta para os efeitos de decisão judicial, sendo que o recorrente deverá demonstrar e comprovar, em sede de preliminar recursal, a probabilidade de provimento do recurso interposto, ou ainda caso haja risco de dano grave ou de difícil reparação.

Segundo Andrade (2010) trata-se de uma medida interessante, porque caso seja atribuído efeito suspensivo ao recurso, o relator admite (presunção relativa) que o recurso poderá ser provido, modificando a decisão judicial objurgada. Percebe-se que o relator adianta o seu voto (cognição sumária), ao examinar as razões do recurso, nele vendo grande probabilidade de provimento.

Dessa forma, importante será a posição do relator que concede efeito suspensivo ao recurso interposto, e tem a sua decisão monocrática atacada via agravo de instrumento, fazendo com que todo o colegiado analise o recurso, para

que depois decida sobre a atribuição ou não de efeito suspensivo. É correto afirmar, no entanto, que caso o colegiado opte por conceder efeito suspensivo ao recurso, já estará adiantando a prolação do acórdão, porque acreditam na probabilidade de êxito do recurso interposto, exceto nos casos que entender que há não concessão do efeito suspensivo possa causar um dano grave ou de difícil reparação.

Para tanto, assegura Andrade (2010), o relator ou colegiado, quando instados a se manifestar sobre a atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto, caso o concedam, estarão realizando um pré-julgamento do futuro provimento do recurso.

5.2 OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Os embargos de divergência é espécie de recurso admissível perante o STF e o STJ, que se presta a eliminar divergência jurisprudencial interna causada por turma do respectivo tribunal superior.

Em relação a essa modalidade de recurso no projeto de lei, assim reza os artigos transcritos a seguir:

Art. 997. É embargável a decisão de turma que: I - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, de mérito; II - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo as decisões, embargada e paradigma, relativas ao juízo de admissibilidade; III - em recurso especial, divergir do julgamento de outra turma, da seção ou do órgão especial, sendo uma decisão de mérito e outra que não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia; IV - nas causas de competência originária, divergir do julgamento de outra turma, seção ou do órgão especial. § 1º Poderão ser confrontadas teses jurídicas contidas em julgamentos de recursos e de ações de competência originária. § 2º Aplica-se, no que couber, ao recurso extraordinário e aos processos de competência do Supremo Tribunal Federal o disposto neste artigo.

Art. 998. No recurso de embargos de divergência, será observado o procedimento estabelecido no regimento interno. Parágrafo único. Na pendência de embargos de divergência de decisão proferida em recurso especial, não corre prazo para interposição de eventual recurso extraordinário.

Verifica-se que as inovações são todas voltadas a facilitar a uniformização da jurisprudência dos tribunais de superposição, conforme mencionado na exposição de motivos.

No artigo 997, inciso II, segundo Andrade (2010) tem-se a explicitação de que os embargos são cabíveis para discutir o juízo de admissibilidade dos recursos, o que é negado pela atual jurisprudência do STJ. Nota-se que, neste inciso, há menção as decisões "relativas ao juízo de admissibilidade", o que engloba aquelas que, superando a questão da admissibilidade, avancem ao mérito. Parece que o objetivo é contornar o fundamento atualmente utilizado pelo STJ para não admitir os embargos de divergência no caso de um acórdão tratar dos requisitos de admissibilidade e o outro, do mérito (por óbvio, um acórdão que diverge de outro, que não conheceu de um recurso, somente pode ser de mérito).

No que tange o inciso III, é esclarecido que será possível confrontar acórdão que julgou o mérito com acórdão que não conheceu do recurso assevera Andrade (2010), desde que, neste último caso, a controvérsia tenha sido apreciada. A ressalva justifica-se pelo fato de não ser uniforme a prática adotada pelo STF e pelo STJ para distinguir os juízos de mérito e de admissibilidade nos recursos excepcionais. No STF, o recurso extraordinário, fundado na alínea a do permissivo constitucional, somente era conhecido se lhe fosse dado provimento. Já no STJ, não há uniformidade, encontrando-se acórdãos que conhecem do recurso e lhe negam provimento e acórdãos que, mesmo após analisar a controvérsia, dizem não conhecer do recurso.

No que diz respeito ao inciso IV, este amplia as hipóteses de cabimento dos embargos de divergência, passando a admiti-los também nas causas de competência originária, enquanto o CPC vigente apenas prevê essa possibilidade em relação aos recursos especiais e extraordinários.

Desse modo, os embargos de divergência só não serão cabíveis nas hipóteses de recurso ordinário.

O artigo 997, § 1º, segundo Andrade (2010) dispõe expressamente no sentido de que poderão ser utilizados como acórdão paradigma julgamentos de recursos e de causas de competência originária, não havendo necessidade de que ambos os acórdãos (o embargado e o paradigma) digam respeito à mesma hipótese de competência do tribunal, de modo que bastará, para a admissibilidade do

recurso, que a questão jurídica discutida seja a mesma. Mais uma vez, a ideia é superar a atual jurisprudência do STJ e do STF, que exige que o acórdão paradigma seja oriundo de recurso excepcional ou de agravo de instrumento que tenha julgado recurso excepcional.

Por fim, a última inovação do Anteprojeto encontra-se no parágrafo único do artigo 998, que diz: Na pendência de embargos de divergência de decisão proferida em recurso especial, não corre prazo para interposição de eventual recurso extraordinário.

Pretende-se, com o referido dispositivo, resolver a controvérsia acerca do momento para interposição de recurso extraordinário contra acórdão do STJ, nos casos em que a parte também pretenda interpor embargos de divergência. A esse respeito discorre Andrade (2010):

O problema é antigo, e remonta ao CPC de 1939, que previa a possibilidade de interposição do recurso de revista nos casos de divergência entre órgãos fracionários do mesmo tribunal. Na redação original do código, não havia previsão quanto a como a parte poderia interpor a revista e recurso extraordinário contra o mesmo acórdão – já que os dois eram, em tese, cabíveis. Assim, a parte acabava tendo de optar pelo recurso que oferecesse mais chances de êxito, já que, interposto o extraordinário, ficava inviabilizada a revista; por outro lado, interposta a revista, caso esta não fosse conhecida, escoar-se-ia o prazo para interposição do extraordinário. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 4.565/42 resolveu a questão, acrescentando um segundo parágrafo ao artigo 808, segundo o qual ambos os recursos deveriam ser interpostos simultaneamente, devendo o extraordinário ficar sobrestado enquanto eram julgada a revista. Com a edição do CPC de 1973, o problema deixou de existir, por ter sido extinto o recurso de revista. Todavia, ressurgiu em novo formato com a Lei nº 8.038/90, que criou os embargos de divergência em recurso especial e extraordinário. (ANDRADE, 2010, p. 12).

A nova sistemática dos embargos mudará significativamente, pois bastará ao recorrente interpor os embargos de divergência, sem preocupar-se no caso deste não ser conhecido, uma vez que poderá posteriormente interpor o recurso extraordinário, contra o acórdão anterior, que muito embora, não conhecido os embargos, não terá sido substituído.

5.3 OS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS TRIBUNAIS NO NOVO CÓDIGO PROCESSUAL

O artigo a seguir transcrito trata da primeira inovação trazida pelo projeto, no que diz respeito a este capítulo, encontra-se no livro que trata da ordem dos processos no tribunal, vejamos o que diz o referido artigo transcrito in verbis:

Art. 931. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor. (...) § 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento.

O disposto neste artigo traz a expressão "prequestionamento" no ordenamento jurídico brasileiro, além disso, vai diretamente de encontro ao atual entendimento do STF e do STJ, que diz que o exame, no voto vencido, da questão jurídica invocada pelo recorrente não satisfaz a exigência do prequestionamento.

Entendimento este que é alvo de críticas por parte de José Miguel Garcia Medina, um dos integrantes da comissão elaboradora do anteprojeto, que entende que o recurso se dirige contra o acórdão, do qual o voto vencido faz parte, e não unicamente contra o voto vencedor.

Na verdade o prequestionamento trata-se de um requisito que embora não esteja expresso na lei, tornou-se essencial à interposição dos recursos especiais e extraordinários, porém nota-se que ainda não se tem definições para o assunto, vez que os juristas e doutrinadores divergem a respeito do conceito que se deva entender por "prequestionamento".

De fato existem várias correntes: uma defendendo que o prequestionamento decorre da parte haver sustentado, previamente, uma questão, ou seja, informando, noticiando, declinando expressamente na inicial, em contestação, ou em grau recursal, o dispositivo legal ou constitucional, que poderá, eventualmente ser violando, na decisão final. Outra corrente defende, não só a suscitação da matéria, previamente, como também que tenha sido decidido pelo aresto recorrido.

A realidade é que, conforme mencionado na exposição de motivos do Anteprojeto trata-se de uma tentativa de prestigiar o voto vencido, que, do contrário, com a extinção dos embargos infringentes, também uma das inovações propostas pela Comissão, ficaria praticamente jogado.

No Código de Processo Civil vigente, os embargos infringentes têm como uma das funções "incentivar" o julgador a divergir, ainda que já esteja formada a maioria. Sendo assim, caso não houvesse o dispositivo ora tratado, na maioria dos casos os julgadores se limitariam a acompanhar o relator.

Há de se ressaltar que, em princípio, seria possível questionar a viabilidade de se regular a matéria por lei ordinária, conforme entendimento de Andrade (2010), já que a exigência do prequestionamento decorre de interpretação do texto constitucional. Contudo, considerando que o dispositivo não trata da exigência do prequestionamento, mas sim da definição do conteúdo dos acórdãos, entende-se que não haverá problemas quanto a isto.

5.4 DA UTILIZAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO FICTO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O já então mencionado prequestionamento, está presente no capítulo que trata de um outro recurso, qual seja, os embargos de declaração.

Os embargos de declaração é o recurso que tem por fim o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, a partir da supressão de omissões, eliminação de contradições e esclarecimento de obscuridade.

Portanto, passamos a análise do dispositivo transcrito a seguir:

Art. 979. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade.

É o chamado "prequestionamento ficto", tema que tem gerado divergências de entendimentos entre o STF e o STJ.

Segundo Andrade (2010) há décadas a exigência do prequestionamento é tranquila na jurisprudência, tendo resultado na edição da Súmula nº 282 do STF (É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada), complementada pela Súmula nº 356 ("O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento"), ambas de 1963.

Essa expressão tem sua origem nas Constituições de 1891, 1934 e 1937, trata-se de apreciação prévia, pela instância inferior, sobre a questão de direito constitucional ou federal, para fins de cabimento do recurso extraordinário.

Pela redação dada a Súmula nº 356, entende-se que se as questões federais ou constitucionais não forem enfrentadas nas instâncias ordinárias, não poderão ser debatidas no âmbito do recurso especial ou extraordinário, por falta de prequestionamento, que é pressuposto de admissibilidade específico dos referidos recursos.

Conforme relata Andrade (2010) a controvérsia surge nos casos em que, embora tenham sido opostos os embargos declaratórios, o tribunal persista na recusa em apreciar a questão.

Sendo assim, caso a parte tenha interposto Embargos de declaração, este abri caminho para o recurso extraordinário, requerendo diretamente o julgamento da causa com base nos dispositivos constitucionais que entendem violados, sem, no entanto haver a necessidade de requerer a anulação do acórdão e a remessa dos autos de volta à origem.

Porém no STJ, o entendimento é pacífico, estando consagrado na Súmula nº 211: Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.

Ocorre que, não tendo havido manifestação expressa da corte de origem quanto aos dispositivos apontados como violados, não há prequestionamento e, portanto, está impossibilitada sua análise por meio de recurso especial. Nesta hipótese, a medida a ser adotada pelo recorrente é a interposição de recurso especial apontando violação ao artigo 535 do CPC, a fim de que o STJ, reconhecendo a existência de omissão, anule o acórdão recorrido e remeta os autos de volta ao tribunal de origem, para que este aprecie a questão. Somente a partir daí

é que seria possível o conhecimento de recurso especial com base na violação dos dispositivos legais que a corte de segundo grau inicialmente recusou-se a apreciar.

Portanto, divergem o STF e o STJ sobre a matéria atinente ao prequestionamento quando, apesar de argüida pela parte perante o juízo a quo, não chega a ser apreciada. Observa-se, pois, que, embora não haja, no texto constitucional, qualquer divergência substancial entre os artigos 102, III, e 105, III, no que se refere à necessidade de prequestionamento, as duas cortes acabaram por chegar a entendimentos opostos quanto ao tema.

Tendo a questão sido submetida ao STF, mediante recursos extraordinários em que se alegava violação ao artigo 105, III, da Constituição Federal, interpostos contra acórdãos do STJ que, baseados na Súmula nº 211, não conheceram de recurso especial.

Todavia, em todas as oportunidades que teve para sanar a divergência, o STF recusou-se a reapreciar a questão do cabimento do recurso direcionado ao STJ. (ANDRADE, 2010, p. 2).

Diante disso, a Comissão decidiu por fim à controvérsia, e o fez com base nos princípios da celeridade e da eficiência, os quais direcionaram os trabalhos de elaboração do Anteprojeto.

Muito embora logicamente justificável, o entendimento do STJ, assegura Andrade (2010), inegavelmente, implica em grande demora no oferecimento da prestação jurisdicional, pois impõe a interposição e o julgamento de dois recursos especiais, em vez de um, o que adiciona mais alguns anos à tramitação dos processos.

Por fim, percebe-se a opção da Comissão de utilizar a expressão "tribunais superiores" como gênero, do qual seriam espécies o STF e o STJ. Para tanto, a escolha não foi feliz, uma vez que a Constituição Federal usa a mesma expressão para designar o STJ, o STM, o TST e o TSE, deixando de fora o STF. Portanto, segundo Andrade (2010) talvez fosse mais adequado referir expressamente ao STF e ao STJ, ou buscar alguma outra expressão para designar o gênero.

5.5 DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE NO RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

No que tange as mudanças trazidas quanto aos recursos excepcionais, uma importante novidade trazida diz respeito à fungibilidade do Recurso Especial e Extraordinário.

Assim encontram-se expressos os artigos 986 e 987 do novo CPC:

Art. 986. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa questão constitucional, deverá conceder prazo de quinze dias para que o recorrente deduza as razões que revelem e existência de repercussão geral, remetendo, em seguida, os autos ao Supremo Tribunal Federal, que procederá à sua admissibilidade ou o devolverá ao Superior Tribunal de Justiça, por decisão irrecorrível.

Art. 987. Se o relator, no Supremo Tribunal Federal, entender que o recurso extraordinário versa sobre questão legal, sendo indireta a ofensa à Constituição da República, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento, por decisão irrecorrível.

Por força destes dispositivos, talvez, a mais radical inovação do Anteprojeto na área, possibilita que seja admitido o recebimento de Recurso Especial como Extraordinário, bem como do Recurso Extraordinário como Especial, em observância ao princípio da fungibilidade recursal.

Lembrando que tal possibilidade desde o início era negada pela jurisprudência do STF e do STJ.

A medida se justificativa pelo fato de diversas questões serem tratadas tanto na Constituição quanto em leis, o que dificulta muitas vezes, a definição quanto à matéria, se é constitucional ou legal. (ANDRADE, 2010, p. 5).

Existem vários exemplos típicos citados por Andrade (2010) como a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF; art. 6º, LICC); a imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, CF; art. 9º, IV, a, CTN); a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público (art. 37, § 6º, CF; art. 43, CC); e a cláusula de reserva de plenário (art. 97, CF; art. 480 e seguintes, CPC) – todas elas previstas, na Constituição e em leis federais, por dispositivos que são substancialmente idênticos.

Por outro viés, a Constituição prevê algum princípio, de maneira altamente abstrata, como é típico dos princípios, que depois é desdobrado em regras previstas em lei, destinadas a dar-lhe aplicabilidade em diversas situações distintas. Os princípios relacionados ao processo, por exemplo: contraditório e ampla defesa, inafastabilidade da prestação jurisdicional, devido processo legal, dentre outros, desdobram-se em inúmeras regras espalhadas pelo CPC, CPP e todos os demais diplomas que tratam de matéria processual.

Sendo assim, não cabe ao STJ apreciar matéria constitucional em sede de recurso especial, devendo conceder prazo de 15 dias para o recorrente apresentar razões que comprovem a existências de repercussão geral, um dos requisitos imprescindível para o recebimento do Recurso Extraordinário.

No que tange ao firme entendimento do STF de que não é cabível recurso extraordinário quando a ofensa ao texto constitucional for indireta, entendida como aquela cujo aferimento demanda a interpretação de normas infraconstitucionais e cria a possibilidade de alguma questão jurídica, acaba não sendo apreciada na via dos recursos excepcionais.

Assevera Andrade (2010) que há o risco, por exemplo, de a parte interpor recurso extraordinário, e o STF, por entender que o preceito constitucional apontado como violado tem sua aplicação condicionada à interpretação das normas infraconstitucionais que o regulam, considerarem a questão infraconstitucional e concluir que o recurso cabível era o especial.

Do mesmo modo, em situação idêntica, há o risco de a parte interpor recurso especial, e o STJ, por entender que a lei federal apontada como contrariada meramente reproduz norma da Constituição, considerar a questão constitucional e concluir que o recurso cabível era o extraordinário.

Para tanto, com o intuito de solucionar o problema, o Anteprojeto prevê que, no caso de o relator, no STF ou no STJ, entender que o recurso interposto trata de questão que é da competência do outro tribunal, para lá remeterá os autos, a fim de que o recurso seja apreciado. E caso haja discordância entre as duas cortes, prevalecerá o entendimento do STF, vez que é o guardião da Constituição Federal, deve ter a responsabilidade por dar a palavra final sobre quais matérias estão contidas no texto constitucional.

Nota-se que, em ambos os casos, a decisão cabe ao relator e é irrecorrível. Para Andrade (2010) parece que, tratando-se de tema tão relevante, que é a definição dos limites da competência das duas Cortes, seria mais adequado que houvesse algum instrumento de controle, que possibilitasse a apreciação da questão pelo órgão colegiado. Mantida a redação do Anteprojeto, haverá o risco de, surgindo, entre os ministros do STF, divergência quanto à natureza, constitucional ou infraconstitucional, de determinada questão, recursos que tratam do mesmo tema acabarem sendo julgados, ora por uma corte, ora pela outra, o que, certamente, não contribuiria para a uniformização da jurisprudência e para a defesa da segurança jurídica.

No entanto, há de se ressaltar que não foi previsto no dispositivo ora tratado, a necessidade de que o erro na interposição do recurso não seja grosseiro, requisito normalmente associado à aplicação do princípio da fungibilidade, contido no artigo 810 do CPC de 1939, que, diferentemente do atual, previa expressamente o princípio.

Acredita-se que a exigência decorre de o princípio da fungibilidade ter por objetivo evitar que as partes tenham o exercício de seu direito de ação cerceado pela falta de clareza da legislação processual ou pela existência de divergências no entendimento dos tribunais, não podendo servir de tábua de salvação para advogados ineptos ou negligentes.

Contudo, espera-se por certo que a jurisprudência, mediante interpretação sistemática do código, imporá a necessidade de que o erro não seja grosseiro assegura Andrade (2010), até mesmo porque o STF e o STJ não costumam ser generosos quando se trata do conhecimento de recursos excepcionais. Caso contrário, a parte sucumbente, a fim de não ter de buscar no acórdão recorrido quais os dispositivos legais violados, tarefa por vezes bastante trabalhosa, simplesmente poderia interpor recurso extraordinário, arguindo violação ao princípio da legalidade, com o objetivo de forçar o STF a remeter os autos ao STJ, que teria então de verificar quais os dispositivos legais aplicados e estudar com base em quais deles poderia dar provimento ao recurso, o que transformaria o especial e o extraordinário, de recursos com fundamentação vinculada, em verdadeiros recursos com causa de pedir aberta.

Portanto, a interpretação a ser dada aos artigos 986 e 987 é que somente será possível nos casos em que a parte tenha indicado corretamente qual a questão jurídica discutida, equivocando-se, apenas quanto se ela tem sede na Constituição ou na legislação federal infraconstitucional. E, mesmo assim, o referido equívoco não poderá ser grosseiro.

Observadas estas ressalvas, a inovação poderá ser muito positiva, dando maior efetividade ao processo e evitando que divergências surgidas entre as duas Cortes façam com que as partes fiquem sem saber a qual delas dirigir seu recurso.

5.6 DA REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Para FUX (2011) apesar da classificação em recursos especial e extraordinário não encontrar consenso na doutrina, os mesmos estão inseridos na categoria de recursos extraordinários ou excepcionais, na medida em que visam preservar a ordem jurídica nacional e estão sujeitos a especiais pressupostos de admissibilidade.

A Emenda Constitucional nº. 45/04 criou a chamada “repercussão geral”, no parágrafo terceiro do artigo 102 da Constituição. Os recursos direcionados para o Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional somente serão admitidos se a questão constitucional for uma hipótese de repercussão geral, instituto que veio a ser regulamentado pela Lei nº. 11.418/06.

Estabelece o parágrafo primeiro do artigo 543-A que “para efeito de repercussão geral”, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico.

O projeto do Código de Processo Civil continuou com a mesma orientação no sentido de impedir que o Supremo se transforme em uma 4ª instância, diminuindo consideravelmente a carga de trabalho deste Tribunal e o colocando em uma posição de proferir decisões de melhor qualidade.

6 OS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS NO NOVO CPC

No projeto do novo CPC são promovidas alterações profundas no regime procedimental do CPC/73, com manifesta simplificação dos ritos e, principalmente, com uma tentativa – por ora parcialmente frustrada pelo substitutivo do Senado – de se mitigar a adoção, pelo sistema, do modelo da legalidade das formas procedimentais, permitindo-se ao juiz e às partes, diante do déficit procedimental, a adaptação dos procedimentos às particularidades objetivas e subjetivas da causa (flexibilização procedimental).

Como um dos objetivos anunciados pela Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Novo CPC é a simplificação, não parece estranho que um dos principais campos para o exercício desta tarefa fosse a seara dos procedimentos.

O fato é que os procedimentos do CPC/73, de um modo geral, são lentos e burocráticos, sendo imperiosa, portanto, uma completa reestruturação para, sem renúncia aos direitos e garantias constitucionais, permitir que o processo alcance um melhor resultado no menor tempo possível.

Por exemplo, sabe-se que o procedimento cognitivo sumário do CPC/73 – apesar de ser um plenário rápido (GUILLÉN, 1953, p. 46) – acaba, no mais das vezes, por ser mais lento que o próprio procedimento ordinário (FIGUEIRA JR. e LOPES, 1997, p. 35), isto por conta da necessidade de pauta judicial livre para a realização de audiência de conciliação logo no início do procedimento.

Sabe-se, também, que o modo formal – quase solene – do processamento de certos incidentes processuais (exceções de incompetência relativa, impugnação ao valor da causa, impugnação aos benefícios da justiça gratuita, etc.), e mesmo de demandas contrapostas (reconvenção), prejudica profundamente a tutela dos direitos (BEDAQUE, 2005, p. 417-433).

E, por fim, a quase nenhum operador jurídico é lícito negar que o excessivo número de procedimentos especiais cognitivos e cautelares – muitos deles, como já apontado, criados sem sentido lógico algum – acaba por confundir a própria prestação e efetividade da Justiça (ARAGÃO, 2004, p. 205).

Por isto novo CPC investe fundo na questão da simplificação formal e ritual do sistema, eliminando empecilhos puramente formais, sem sentido prático ou

lógico, e reprojetoando, com manifestas melhorias (pese alguns poucos retrocessos), os ritos processuais, os quais doravante pretendem efetivamente servir ao que se prestam: garantir segurança, cadência e estrutura ao processo civil.

6.1 A SUBSTITUIÇÃO DO PROCEDIMENTO ORDINÁRIO E SUMÁRIO PELO COMUM

O novo CPC também propõe o fim dos procedimentos cognitivos sumário e ordinário, fundindo-os em uma figura única e híbrida denominada procedimento comum.

O novo procedimento sumário é utilizado para as causas de competência do juiz monocrático, de menor complexidade, na forma do art. 50. Em verdade, trata-se de uma competência residual do juiz monocrático, fora das hipóteses afwtadas ao órgão colegiado, enumeradas no artigo 50: quando obrigatória a intervenção do ministério público, em todas as hipóteses de liquidação coatta administrativa, as causas devolvidas à Seção Especial, nas causas de corcordata preventiva e falimentar, impugnação de deliberação de assembleia ou liquidação de sociedade, nas causas de impugnação de testamento. (FUX, 2011, p. 59).

Cria-se, assim, um procedimento misto – doravante nominado simplesmente de procedimento comum – com fusão do que havia de melhor nos dois procedimentos substituídos, potencializando-os, ainda, através de pequenos ajustes que podem – com o correspondente empenho dos operadores jurídicos e estruturação das unidades judiciárias – fazer com que os processos sejam concluídos rapidamente em 1º grau de jurisdição.

Para todas as causas não regidas por procedimento especial, a petição inicial (art. 296 do Novo CPC e a contestação (art. 325, parágrafo único, do Novo CPC) passarão a ser apresentadas com o rol de testemunhas não superior a 05 (cinco). Utilizando-se da regra do atual procedimento sumário (arts. 276 e 278 CPC/73).

Dessa maneira, elimina-se uma etapa morta atualmente existente no procedimento ordinário (arrolamento de testemunhas - art. 407 do CPC/73). E permite-se às partes, ainda na fase postulatória, se precaverem quanto à idoneidade

das testemunhas para fins de futura contradita em audiência, algo que, efetivamente, potencializa a garantia constitucional da ampla defesa.

Ampliam-se as hipóteses de improcedência liminar do pedido (julgamento antecipadíssimo do mérito), para abarcar – além da prescrição e decadência – as situações de pretensões fundamentadas em matéria exclusivamente de direito e contrárias a decisões do STF ou STJ, proferidas em julgamento de recursos repetitivos ou súmulas, ou contrárias a entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou assunção de competência (art. 307 do Novo CPC).

Contudo, sem nenhum amparo lógico ou racional, foi excluída a hipótese atual de julgamento liminar de improcedência das causas repetidas em 1º grau (art. 285-A CPC/73), algo que contraria o ideário sempre defendido de que é necessário o fortalecimento dos juízes de primeira instância, e ignora, por completo, o fato de muitas questões relacionadas à aplicabilidade de leis municipais e estaduais não alcançarem os Tribunais Superiores.

Com isto, perde-se poderoso instrumento de aceleração do rito, já que tais questões, ainda que decididas de modo uniforme e repetitivo pelos juízes de 1º grau e Tribunais de Justiça, não poderão justificar a decretação liminar da improcedência, o que perpetuará a multiplicação desnecessária de ações de mesma natureza, ao menos até que se promova o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 930 do Novo CPC).

Inserir-se, logo na fase inicial do procedimento e antes da resposta do réu, uma audiência de conciliação – de comparecimento compulsório (sob pena de multa) – a ser realizada por conciliadores e mediadores em pauta distinta da do juiz (art. 323 do do Novo CPC), a qual só será dispensada se uma das partes declarar expressamente seu desinteresse nos 10 (dez) dias que antecedem ao ato.

Plenamente justificada a opção da Comissão de Juristas, vez que experiências reais (Projeto de Gerenciamento de casos do TJ/SP) revelam o quão útil para os fins autocompositivos é a realização de audiência de conciliação/mediação, através de corpo de mediadores/conciliadores autônomos, logo no início do rito (GAJARDONI, ROMANO e LUCHIARI, 2007, p. 18/42).

Extingue-se a diferenciação inútil que existia entre a forma de arguição da incompetência absoluta e relativa existente no CPC/73, a primeira por preliminar de

contestação (art. 301, II, CPC/73) e a outro por exceção ritual autônoma (arts. 112, 114 e 307 CPC/73).

No entanto, ambas as incompetências poderão ser argüidas por preliminar de contestação (art. 327, II, do Novo CPC) – conforme, inclusive, já vem sido admitido por jurisprudência mais progressiva – simplificação esta que também foi estendida para os atuais incidentes autônomos de impugnação ao valor da causa (art. 261 CPC/73) e impugnação dos benefícios da justiça gratuita (art. 6º da Lei 1.060/50), os quais se farão, da mesma forma, em preliminar de contestação (art. 327, III e XIII, do Novo CPC).

Permite-se ao réu no novo procedimento comum – tanto quanto hoje já é permitido para o procedimento sumário (art. 278, § 1º, CPC/73) e para alguns procedimentos especiais (art. 922 CPC/73) – a possibilidade de formular pedido na própria contestação, independentemente do expediente formal da reconvenção, doravante relegado à história do processo civil brasileiro (art. 326 do Novo CPC).

6.2 PROCEDIMENTOS ESPECIAIS EXTINTOS NO NOVO CPC

Destarte que muitos procedimentos especiais foram extintos pelo Novo CPC, vez que não havia mesmo razão lógica ou jurídica para que continuassem a existir, ainda mais quando no anteprojeto do Novo CPC se permitia – em disposição que, posteriormente, foi objeto de parcial alteração no substitutivo do Senado (art. 118, V, do Novo CPC) – ao juiz calibrar o procedimento conforme as particularidades da causa (art. 107, V, do Novo CPC/Comissão).

O procedimento especial da ação de usucapião de imóveis (art. 941 e ss. CPC/73) é extinto, com a criação do procedimento edital, como forma de comunicação dos atos processuais, por meio do qual se devem provocar todos os interessados a intervir na medida de seus interesses (art. 228, Novo CPC).

Ademais, não fazia sentido a manutenção do rito especial da usucapião, vez que após a fase de citação o feito passava mesmo a seguir o rito comum. A única particularidade mesmo era a citação dos confrontantes e dos terceiros interessados, algo devidamente suprido com o procedimento edital no Novo CPC.

Com a mudança, todas as ações de usucapião, inclusive as regidas por lei própria (art. 14 da Lei 10.257/2001), passarão a ter o rito comum, vez que extintos os ritos especial e sumário do CPC/73.

Extingue-se, com completa razão, à ação monitoria. Vocacionado à celeridade por conta da sumarização da cognição e do próprio procedimento, o processo monitorio foi inserido em 1995 no nosso ordenamento jurídico como instrumento apto a dispensar o processo de conhecimento em uma infinidade de hipóteses.

Conforme autorizada doutrina, para que a tutela monitoria seja eficaz indispensável “contar-se com a raridade normal das pretensões infundadas e de oposições dilatórias, assim como esperar que seja exíguo o número das impugnações em relação ao das ordens de pagamento expedidas. A não ser assim, suposta, de um lado, a liberdade de provocar ordens e, de outro, a liberdade de privá-las de valor com a simples impugnação, o processo monitorio pode transformar-se em fácil instrumento de vexames ou em causa de inúteis complicações processuais” (CHIOVENDA, 1969, p. 259).

Por outro lado foram mantidos no Novo CPC os procedimentos especiais mais úteis e que, em razão de particularidades relacionadas às partes ou ao direito debatido, ou mesmo da incompatibilidade lógica de serem tutelados pelo procedimento comum (procedimentos especiais infungíveis), mereciam mesmo uma tutela procedimental diferenciada: a ação de consignação em pagamento, a ação de prestação de contas, a ação de divisão e demarcação de terras particulares, inventário e partilha, embargos de terceiro, habilitação, restauração de autos, homologação de penhor legal e ações possessórias.

Entretanto, perdeu-se uma fantástica oportunidade de simplificar o procedimento do inventário/arrolamento (art. 982 e ss. do CPC/73 e art. 596 e ss. Novo CPC), certamente um dos mais lentos, burocráticos e dispendiosos procedimentos em curso no Judiciário brasileiro. Poderia o novo código ter ousado um pouco mais e extrajudicializado, de vez, o procedimento do arrolamento, tornando obrigatória a sua realização na esfera extrajudicial.

Dessa forma, o Novo CPC, adequou os procedimentos especiais que sobejaram no livro que trata do processo de conhecimento (livro II), já que apesar de possuírem certa carga cautelar e executiva, indubitavelmente, têm preponderante

carga cognitiva. Corrige-se, com isto, uma grave falha do CPC/73, que criara um livro autônomo para o tratamento dos procedimentos especiais (livro IV), como se fossem processos especiais distintos do processo de conhecimento.

7.3 A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS NO NOVO CPC

De acordo com o art. 107, V, do Novo CPC, o juiz dirigirá o processo conforme as disposições da lei, incumbindo-lhe “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”.

Referida norma ainda é complementada pela redação do art. 151, § 1º, do mesmo estatuto, a dispor que “quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”.

A mais interessante (e polêmica) proposta procedimental apresentada pela Comissão responsável pela elaboração do Novo CPC, entretanto, tem a ver com a expressa adoção, em nosso sistema, do princípio da adequação formal ou, como temos preferido em nomenclatura pioneiramente introduzida no Brasil (e adotada pela doutrina), do princípio (ou padrão) da flexibilização (judicial) do procedimento (GAJARDONI, 2008).

Se por um lado aplaudiu-se a norma proposta sob o fundamento de que, com isto, os procedimentos passarão a ser adequados às particularidades subjetivas e objetivas do conflito (e não o contrário) – inclusive tornando desnecessária a previsão exaustiva e dilargada de procedimentos especiais (linha, aliás, seguida pelo Novo CPC) – por outro se encontrou forte crítica (e resistência) da comunidade jurídica com a ampliação dos poderes do juiz na condução do procedimento; com o risco de que, operacionalizada a flexibilização, perca-se o controle do curso processual (da previsibilidade), principal fator para a preservação, desde a descoberta do país, do modelo da rigidez formal.

Diz a doutrina corrente que as normas de direito processual, como regra, são de ordem pública e cogentes, especialmente se tratantes de forma ou de prazos, sendo a dispositividade a mais absoluta exceção (MIRANDA, 1939, p. 50/51).

E assim é porque o procedimento, no direito processual eminentemente publicístico como o atual, atende, sobretudo, a interesses públicos. Não foi instituído, como regra, para favorecer ou para beneficiar as partes, tampouco para contemplar a comodidade de alguma delas. O interesse envolvido na criação de procedimentos, especialmente de cunho, sumário ou especial, parece, sobretudo, atender a um reclamo estatal em extrair da função jurisdicional, do trabalho jurisdicional mesmo, um rendimento maior. Portanto o procedimento ou o rito não é objeto possível de convenção das partes, de transigência ou de renúncia delas, mesmo que ambas e também o juiz estejam completamente concordes quanto a isto (PASSOS, 1983, p. 31).

Decorre daí não haver como a parte ou juiz, conforme sua conveniência pessoal, dispor de um rito, de um procedimento, que não foi criado para eles, mas sim para a atuação de uma função soberana do Estado. Este é o modelo seguido pelo CPC/73 vigente.

7 AS TUTELAS DE URGÊNCIA NO NOVO CPC

Conforme exposição de motivos do anteprojeto, deixou-se “clara a possibilidade de concessão de tutela de urgência e da tutela de evidência. Considerou-se conveniente esclarecer de forma expressa que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito.

Também, nas hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de periculum in mora, por não haver razão relevante para a espera, até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano. Ambas essas espécies de tutela vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares.

As tutelas de urgência e da evidência podem ser requeridas antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido

resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada. Impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado nos mesmos autos em que tiver sido formulado o pedido de urgência”.

Conforme sustentam (MEDINA, CALDAS e GAJARDONI, 2010, p. 143), extinguiram-se os procedimentos cautelares típicos ou nominados (arts. 813 a 888 CPC/73) – não o processo cautelar como apressadamente têm apontado alguns – adotando-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) para que a providência pleiteada seja deferida, seja qual for sua natureza (cautelar ou satisfativa).

Deu-se, também, fim à autonomia procedimental das cautelares incidentais – algo que já não mais fazia sentido após o advento do art. 273, § 7º, do CPC/73 – conservando, apenas, o procedimento cautelar comum para a totalidade das medidas cautelares antecedentes (art. 279, Novo CPC).

Reorganizaram-se as tutelas sumárias – com enormes vantagens didáticas e procedimentais – dividindo-as nas modalidades de tutela de urgência (cautelar e satisfativa) – sempre fundada no *periculum in mora* – e tutela da evidência (art. 269 e ss. do Novo CPC).

A tutela de urgência satisfativa, que na sua essência se difere da tutela cautelar pela diversidade do *periculum in mora*, neste último caso, incidente sobre a utilidade do processo, ao passo que naquele outro o risco é para o direito da parte, por isso que Calamandrei aduzia à instrumentalidade ao quadrado da tutela acautelatória, submete-se ao mesmo regime quando antecedente. (FUX, 2011, p. 18).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito tempo o legislador busca uma maneira de tornar o processo mais célere e efetivo, e é com esse objetivo que desde o Código de 1939 procurava-se modificar os atos e procedimentos do Código de Processo Civil, a fim de tornar esse desejo possível, porém até então não houve nenhum avanço significativo e, cada vez mais os processos se tornam mais numerosos e lentos.

Foi então que o legislador decidiu reformar o código de 1939, para o até então vigente Código de 1973. Ocorre que, ao invés da reforma trazer mais efetividade aos atos e procedimentos, inviabilizaram ainda mais o sistema jurisdicional, havendo um verdadeiro retrocesso processual, ou seja, o processo se tornou mais demorado em virtude do extenso texto processual, transformando o Poder Judiciário em um grande depósito de casos não solucionados e, por consequência cidadãos frustrados por não terem seus conflitos resolvidos.

Pode-se chegar à conclusão de que o Código de 1939, comparado ao Código de 1973, deixava a desejar sob o prisma da celeridade e efetividade. Mas o Código de Processo Civil vigente, mesmo com todo o zelo que seu vocabulário recebeu durante a tramitação do projeto, ainda assim veio a contar com falhas desta natureza, terminando por receber críticas principalmente nesse aspecto.

Com isso, faz-se necessário elaborar um código processual que garanta a razoável duração do processo e a tão sonhada eficiência e celeridade.

Para que isso fosse possível, foi instituída em 2009 uma comissão de juristas encarregados de elaborar um novo Código processual capaz de trazer a efetividade jurisdicional idealizada há tempos.

Assim, a busca pela eficiência jurisdicional tem continuado com a apresentação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, que se transformou no PLS nº. 166 de 2010, tendo sido aprovado pelo Senado Federal em 15 de dezembro de 2010.

A comissão trabalhou de forma a reduzir o número de procedimentos e atos processuais, trazendo uma linguagem mais simples e objetiva, com muitas inovações no que diz respeito à parte geral e recursal do novo Código de Processo Civil.

Para tanto, a comissão procurou identificar tudo o que tornava o processo lento, objetivando não substituir os procedimentos existentes, mas sim adequar os mesmos, a fim de evitar que o processo continue se arrastando durante anos sem uma solução.

Além disso, preocuparam-se em assegurar que não mais existissem recursos com o objetivo meramente procrastinatórios, o que também ajudará a reduzir o número excessivo de recursos que visam apenas retardar o resultado final do processo.

Ademais, foram excluídas modalidades recursais consideradas desnecessárias, como os embargos infringentes e o agravo retido.

Porém, o maior desafio da comissão será fazer o cidadão voltar a acreditar no judiciário, além de tentar tornar realidade à promessa constitucional de uma justiça célere.

Espera-se que este novo passo dado pelo ordenamento jurídico brasileiro venha trazer os resultados pretendidos para todos, e que possamos esquecer o velho ditado que diz: a justiça tarda mais não falha! E que este venha a dar lugar a um novo dito popular nos seguintes termos: a justiça não tarda e não falha!

Sendo assim, conclui-se que finalmente o sistema jurisdicional brasileiro estará diante de um verdadeiro avanço processual, tal qual nunca houve antes, pondo fim a tantos procedimentos desnecessários que apenas trouxeram obstáculos para o processo, impedindo que houvesse uma rápida solução dos conflitos.

Acredita-se sinceramente que essa nova fase do processo civil brasileiro irá repercutir favoravelmente no dia a dia dos operadores do direito e de todos aqueles que acreditam e esperam pela **JUSTIÇA!**

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Tiago. **Recursos Excepcionais no Anteprojeto do novo CPC**. Disponível em: novocpc.direitointegral.com. Acesso em 26 de Mar. de 2011.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Reforma processual**: 10 anos. Revista do Instituto dos Advogados do Paraná. Curitiba, n. 33, p. 201-215, dez. 2004.

BRASIL. **Constituição Federal, Código de Processo Civil**. Organizadores Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz e Livia Céspedes. 10ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 1.608, de 18 de Setembro de 1939**. Instituiu o Código de Processo Civil.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Tradução de Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Trad. Paolo Capitanio, vol. I. Campinas: Bookseller, 2000, p. 59-60.

DINAMARCO, **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DUARTE, Zulmar. **Novo CPC e a sobrevivência da exceção de incompetência relativa**. Disponível em: <http://zulmarduarte.blogspot.com/2011/03/novo-cpc-e-sobrevivencia-da-excecao-de.html>. Acesso em: 01 de outubro de 2013.

DALLA, Humberto. **Das Normas Processuais e da sua Aplicação**. Disponível em: novocpc.direitointegral.com, acesso em 20 de Out. de 2010.

DALLA, Humberto. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, 2ª edição, capítulo 1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DUTRA FRANCO, Loren. **Processo Civil: Origem e Evolução Histórica**, 2006, 14 fls., Pós Graduada em Direito Processual Civil, Faculdade de Direito Vianna Júnior, Minas Gerais, 1970.

FUX, Luiz; SARNEY, José. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em= novocpc.direitointegral.com. Acesso em 05 de Set. de 2010.

FUX, Luiz. **O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)**, 1ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Atlas, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de direito processual civil**. 2. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1.

PEREIRA, Valter. Relator-Geral do PLS n.º 166, de 2010. **Reforma do Código de Processo Civil**, 2011.

RIOS, Carlos Eduardo. **Dos Princípios e das Garantias Fundamentais de Processo**. Disponível em: www.jurisway.org.br. Acesso em 10 de Out. de 2010.

VASCONCELOS VIANA, Juvêncio. História do processo: **Uma Análise do Código de Processo Civil de 1939 sob o prisma terminológico**. Disponível em: www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol09/06HistoriaDoProcesso. Acesso em 24 de Mar. de 2011.