



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

SABRINA DOURADO FRANÇA ANDRADE

JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO EM CASO DE
DEMANDAS REPETITIVAS

Salvador
2010

SABRINA DOURADO FRANÇA ANDRADE

**JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO EM CASO DE
DEMANDAS REPETITIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Wilson Alves de Souza

Salvador
2010

TERMO DE APROVAÇÃO

SABRINA DOURADO FRANÇA ANDRADE

JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO EM CASO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Dr. Wilson Alves de Souza
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Dr. Fredie Souza Didier Júnior
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Leonardo José Carneiro da Cunha
Instituição: Universidade Federal de Pernambuco

Salvador, 01 de março de 2010

A Deus, ser supremo que me orienta, protege, guia, concede o presente de estar viva e sem o qual nada seria possível na minha trajetória.

A luz da minha vida, razão do meu viver, meu pequenino Guilherme Dourado Andrade. Tudo que faço é por ti e para ti.

Ao amor da minha vida, Cristiano Andrade, pelo sorriso, pelo seu atento olhar, pelo zelo e cuidado constantes, pelo incentivo incondicional, pela dedicação, por ser o homem mais lindo que meus olhos já tiveram a graça de apreciar e pelo amor que me é ofertado. Esposo essa vitória também é sua, nunca conseguiria sem você!

Aos meus queridos pais Jadir e Hildete pelas suadas horas de labor desprendidas em meu nome, pelo incansável esforço de me ver crescer e de fazer de mim um ser digno e honrado e pelo amor incondicional que me é ofertado a cada novo amanhecer.

Aos meus irmãos Paulinho, Pedrinho e Say pelo amor verdadeiro e pelas incansáveis demonstrações de afeto e de carinho.

AGRADECIMENTOS

As palavras esvaem-se diante imenso sentimento que tenho por tantas pessoas especiais, que fizeram, e, fazem parte da minha história de vida. Mesmo que faltem as palavras, não posso deixar de agradecer a todos aqueles que contribuíram de forma significativa para a elaboração dessa pesquisa científica.

Inicialmente, agradeço ao meu estimado orientador este “mestre”, Wilson Alves de Sousa, por me dar a oportunidade de com ele compartilhar da imensidão do seu conhecimento. A certeza do amor à minha profissão advém da presença de professores como ele, que me ensinaram, além de belas lições jurídicas e de docência, lições de vida.

Ao meu “mestre maior” Fredie Didier Júnior, um dos maiores gigantes do Processo Civil moderno, esta figura humana que carrega tanto amor no peito, pela honra de me orientar brilhantemente, em todos os meus passos profissionais, pelas maravilhosas lições de processo civil, pela sabedoria passada nas horas de aflição, pela doação incondicional, e principalmente pelas impagáveis horas de conhecimento e de incentivo. Obrigada, Mestre! Sigo e continuarei a seguir eternamente o seu exemplo de determinação, de garra e a sua inesgotável busca pelo Saber.

Aos meus queridos alunos pelas incansáveis demonstrações de afeto e por torcerem em todos os momentos.

A Ana Carolina Mascarenhas, Mirella Brito, amigas de fé, irmãs que, com todo zelo e dedicação, ajudam-me a crescer a cada dia. Minhas amigas, obrigada pelas palavras de força!

A Ana Thereza Meirelles, amiga querida, pela correção metodológica e pelas palavras de encorajamento.

Ao Josias Joaquim de Oliveira Filho pela elaboração do Abstract.

A Marenilza Fidelis pela correção do vernáculo, pela amizade fiel e pela luz que traz ao meu caminho.

“[...] Por não ser necessário ser cego para fazer justiça, a minha justiça enxerga e, com olhos bons e despertos, é justa, prudente e imparcial. Ela vê a impunidade, a pobreza, o choro, o sofrimento, a tortura, os gritos de dor e a desesperança dos necessitados que lhe batem à porta. E conhece, com olhos espertos, de onde partem os gritos e as lamúrias, o lugar das injustiças, onde mora o desespero. Mas não só vê conhece. Age. A minha, é uma justiça que se emociona. E de seus olhos vertem lágrimas. Não por ser cega, mas pela angústia de não poder ser mais justa.”

(Damásio de Jesus, “Os olhos abertos de Themis, a deusa da Justiça” dezembro/2001).

RESUMO

A morosidade processual desde há muito se constitui numa preocupação dos operadores do direito. A fim de pôr fim a tal problemática, o constituinte brasileiro, através da emenda 45/04, elevou (expressamente) o princípio da Brevidade Processual a *status* constitucional. A partir dessa emenda foi iniciada a denominada Reforma do Judiciário, a qual foi responsável por impulsionar a implementação de muitas alterações no Código de Processo Civil brasileiro, visando imprimir maior celeridade e efetividade à tramitação processual. Dentre essas modificações, em âmbito infraconstitucional, verificou-se a aprovação da lei 11.277/2006, que acrescentou o artigo 285-A do Código de Processo Civil, trazendo para o ordenamento brasileiro o denominado julgamento liminar de mérito em caso de demandas repetitivas. Tal instituto surgiu como uma possível solução ao problema da lentidão processual, uma vez que autoriza o juiz a proferir sentença de mérito quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos. Constatou-se se a nova técnica de agilização da prestação jurisdicional está de acordo com as garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, tendo inclusive analisado os argumentos deduzidos pela ADIN 3695, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, que pede a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo. Após discutir e rebater os argumentos contrários, sugere-se uma forma de interpretar o art. 285-A do CPC de acordo com a Constituição Federal, de modo a não prejudicar o demandado e de promover a concretização do direito fundamental à duração razoável do processo.

Palavras-chave: Processo Civil; Duração Razoável do processo; Julgamento liminar de mérito; demandas repetitivas.

ABSTRACT

Procedural slowness has been worrying law operators for a long time. In order to finish with this matter, Brazilian constituent elevated the Brief Procedural principle for a constitutional status, through 45/04 Emend. Since this emend a judicial reform has started. After that several changings in Brazilian Civil Suit Code happened, all of them trying to improve the procedural celerity and effectiveness. Among these infraconstitutional changings, there was the Law 11.277/2006, that increased the article 285-A of the Civil Suit Code. It brought for Brazilian ordenament the preliminary judgement of merit in case of repetitive demands. Such institute appeared as a possible solution to the problem. This institute appeared as a possible solution to the slowness problem, once it authorizes the judge to utter sentence of merit when the controverted matter only goes of right and in the judgement sentence have already been uttered in other identical cases. It concerns with the procedure time and the context of the others constitutional guaranties, showing the arguments brought by de ADIN 3696 and the respective critics. The Brazilian Supreme Court has not yet judge the constitutionality of the procedure technical of art. 285-A of CPC; therefore, it's the right moment to discuss the concretization of the fundamental right of the reasonable duration of the procedure.

Keywords: Civil procedure; reasonable duration of the procedure; preliminary judgement of merit; repetitive cases.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO EM CAUSAS REPETITIVAS	16
2.1 CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES	16
2.1.1 A improcedência <i>prima facie</i>	18
2.2 ANÁLISE DO 285-A, DO CPC	20
2.2.1 O conceito de matéria controvertida	21
2.2.2 Causa unicamente de direito	23
2.2.3 A extensão do termo “juízo”	27
2.2.4 Resolução imediata do mérito pela total improcedência	29
2.2.5 Noção de “casos idênticos”	31
2.2.6 Faculdade ou dever de aplicação pelo magistrado	34
2.2.7 Dispensa de citação: uma abordagem sob a ótica dos pressupostos processuais	36
2.2.8 Motivação da sentença da improcedência liminar de mérito	40
2.2.9 Natureza da sentença	44
2.3 A APELAÇÃO PREVISTA NOS PARÁGRAFOS DO ARTIGO. 285-A DO CPC	45
3 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO EM CAUSAS REPETITIVAS	50
3.1 PROCESSOS REPETITIVOS E ATUAÇÃO JURISDICIONAL	50
3.1.1 A cognição judicial e a coisa julgada. Sentença <i>initio litis</i> produz coisa julgada?	50
3.1.2 Analogia entre a sentença proferida com base no artigo 285-A e a decisão interlocutória liminar concedida <i>initio litis</i>	54
3.1.3 O precedente vinculante aliado à súmula vinculante e impeditiva de recurso	55
3.2 ALGUNS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS. DIVERSIDADE EM RELAÇÃO AO INDEFERIMENTO DA INICIAL DO ARTIGO 295 DO CPC	59
3.3 O NOVO OBJETIVO DA CITAÇÃO - EXCEÇÃO AOS ARTIGOS 213 E DISPOSITIVOS LIGADOS AO PRAZO DE DEFESA DO RÉU- CONSEQUÊNCIAS EM CASO DE REFORMA DO JULGAMENTO	63
3.4 RESOLUÇÃO IMEDIATA E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS: ENFOQUE À LUZ DO NOVO CONCEITO DE SENTENÇA	64
3.4.1 Um breve adendo ao novo conceito de sentença	65

3.4.2 A cumulação de pedidos e o julgamento liminar de mérito	67
3.5 TUTELA ANTECIPADA (ART. 273, PAR. 6º, CPC) E A APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC	68
3.6 O ART. 285-A E SUA APLICABILIDADE NAS DEMANDAS DE MASSA	69
4 O PROCEDIMENTO DA RESOLUÇÃO IMEDIATA À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	73
4.1 JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO E A REFORMA INFRACONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO	73
4.1.1 Constituição e processo	75
4.1.2 O tempo e o processo	78
4.1.3 O novo papel desempenhado pelo juiz à luz dos direitos fundamentais	79
4.1.4 A ‘crise da justiça’ e o papel das recentes reformas na implementação da efetivação dos direitos	85
4.1.5 A cidadania e o acesso à ordem jurídica justa como corolário do Estado Democrático de Direito	86
4.2 CONSTITUCIONALIDADE DO JULGAMENTO IMEDIATO DE CAUSAS REPETITIVAS	88
4.2.1 A tese da Inconstitucionalidade	88
4.2.2 A tese da constitucionalidade da regra	95
4.3 A COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	98
4.3.1 O julgamento liminar de mérito e acesso à justiça	98
4.3.2 O princípio da duração razoável do processo e a incessante busca pela celeridade processual	104
4.3.3 O problema da morosidade processual	108
4.3.4 Tutela jurisdicional efetiva X segurança jurídica	111
4.4 LEGITIMIDADE DO PROCEDIMENTO OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E ISONOMIA - APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE	113
4.4.1 Devido Processo Legal	113
4.4.2 Contraditório	116

4.4.3 Isonomia	120
4.4.4 Princípio da Proporcionalidade	121
4.4.4.1 O julgamento liminar de mérito e sua consonância com os princípios Constitucionais	123
5 CONCLUSÃO	125
REFERÊNCIAS	134

1 INTRODUÇÃO

Na eterna e salutar luta do legislador em adequar as leis às necessidades da sociedade, é sabido que o Direito não obtém êxito em acompanhar *pari passu* a mutante realidade social. Tal descompasso acentuou-se no começo do novo milênio com o advento de tecnologias da comunicação e informação, que fizeram desaparecer barreiras físicas antes intransponíveis, integrando a comunidade global como única aldeia, cujas notícias são quase instantâneas sobre tudo e todos. Por conseguinte, em uma velocidade voraz, negócios jurídicos são planejados, concretizados, exauridos e desfeitos. É nessa mesma velocidade que as ameaças e as lesões aos direitos acontecem, exigindo respostas progressivamente mais céleres do Estado-Juiz, sob pena de que o atraso na prestação jurisdicional implique em ineficácia da tutela prestada.

Nesse cenário, os legisladores, constitucional e o infraconstitucional, promoveram consecutivas reformas nos sistemas processuais, em busca de maior agilidade na atividade do Estado para resolver os litígios envolvidos por sua atividade jurisdicional, de modo a garantir a efetiva tutela dos direitos, na forma assegurada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

Notadamente, o Código de Processo Civil vem passando por intensa reforma. O legislador infraconstitucional está promovendo a alteração, retirada e inclusão de diversos dispositivos normativos, o que está ocasionando a mudança de vários institutos processuais.

A temática que orienta essas inovações é a busca da implementação da duração razoável do processo, constitucionalmente determinada pelo art. 5º, inciso LXXVIII¹, que foi inserido na Lei Maior pela Emenda Constitucional nº 45.

A lei 11.277 de fevereiro de 2006 acresceu ao Código de Processo Civil o artigo 285-A², a qual inseriu uma nova modalidade de rejeição liminar do pedido.

¹Art. 5º.

[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

² Artigo. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2ª Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

A lei prevê ainda, caso o autor resolva apelar da decisão, a ocorrência de duas consequências distintas: o juiz poderá se retratar, proferindo uma nova decisão e o feito terá prosseguimento com a citação do réu; ou o juiz manterá a decisão de improcedência com a citação do réu para responder ao recurso interposto.

Essa regra decorreu do Projeto de Lei 4.728 de 2004, integrante do denominado “pacote republicano” que foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo com a finalidade de racionalizar e conferir celeridade à prestação jurisdicional, conforme a exposição de motivos que acompanhara a proposta legislativa.

Diante desse novo contexto normativo, o presente estudo tem por objeto situar o artigo 285-A no âmbito do desenvolvimento lógico do processo e do próprio Código de Processo Civil. Bem assim, analisar, criteriosa e criticamente, a possibilidade de interpretação e aplicação do recente instituto do julgamento liminar das ações repetitivas e investigar se o multicitado dispositivo se afigura como instrumento idôneo para ser utilizado em consonância com a garantia de direitos fundamentais, servindo como intento da efetividade e celeridade processual, ao mesmo passo que consagre pilar do acesso à ordem jurídica justa, garantindo, por fim, o máximo exercício da cidadania.

Importante frisar, desde logo, que uma das dificuldades de compreensão da Improcedência liminar de mérito reside, para Fredie Didier Jr³, na difícil empreitada de sistematizar o tratamento legislativo da disciplina, fazendo-se crucial unir diversos dispositivos esparsos, ordená-los em um sistema harmônico, de modo que se oferte coerência à sistemática processual civil.

Ademais, tal dispositivo gerou forte discussão a respeito da sua constitucionalidade. Seja como for, o fato é que o dispositivo, em tela, se alinha a frutos de reformas processuais anteriores.

Nesse sentido, serão feitas comparações entre a norma em apreço e outras presentes no Código de Processo Civil, tais como: artigo 518, § 1º (“súmula impeditiva de recurso”) e artigo 557, § 1º-A (“providimento a recurso que guerreia decisão contrária a súmula ou jurisprudência do superior Tribunal Federal ou de Tribunal Superior”).

Assim, fica clara a intenção do legislador infraconstitucional em conferir maior importância à jurisprudência dos Tribunais, mormente os superiores, e às súmulas, tendo em vista que, por mais importante que seja o Juízo de primeiro grau, não é dele a decisão final das questões

³ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2007, p.411.

levadas ao Judiciário, de sorte que, vincular de certa maneira as decisões ao entendimento dos tribunais, poderá ser uma forma de aliviar a caótica situação em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro.

Logo, cabe questionar se apenas medidas legislativas podem resolver os grandes problemas que o Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando. Não será tal tipo de reforma mais um paliativo?

Problematizando o tema, chega-se, ainda, ao seguinte questionamento: considerando-se não somente as normas específicas à matéria, mas também à compatibilidade com o sistema e com os princípios de um Estado Democrático de Direito, é a improcedência liminar de mérito, recente inovação legislativa, inserta no ordenamento jurídico pátrio, compatível com os princípios constitucionais do devido processo legal, da segurança jurídica, isonomia e acesso à justiça?

Indaga-se, ainda, por oportuno, se o julgamento imediato de processos repetitivos configura-se como um meio idôneo à concretização da efetividade da tutela jurisdicional, haja vista que minora o tempo⁴ da marcha processual.

O estudo da temática desta dissertação assume incontestemente e destacado relevo sob as mais diversas perspectivas. Indubitável a importância teórica do tema, uma vez que, por meio deste debate e a partir de análise crítica e fundamentada, se possibilita delinear os contornos do indeferimento liminar das causas repetitivas e sua ingerência na atual sistemática processual. A análise do tema coloca em pauta, ainda, palpitantes embates doutrinários, como: a sua aplicabilidade e consonância diante das normas constitucionais; a eficácia da tutela jurisdicional e a incontestante obediência aos direitos fundamentais; os limites da atividade jurisdicional de primeira instância; a ampliação de poderes, a delimitação e as diretrizes da função jurisdicional; e, além de muitos outros, a garantia dos interesses individuais em face da coletividade.

Abrolha, do mesmo modo, a importância pragmática de tal discussão, porquanto seja possível, a partir do estudo, esquematizar solução viável às não poucas situações concretas em que se vislumbram dificuldades inerentes à temática. Pode-se ilustrar, com os casos de empresas de plano de saúde, diante do desequilíbrio contratual existente em algumas situações em que o paciente fica por tempo indeterminado em unidades de terapia intensiva, cujas ações são

⁴ Fala-se que o tempo é a dimensão fundamental da vida humana, desempenhando no processo idêntico papel. Sendo o processo uma entidade da vida social, a demora em sua conclusão.

ajuizadas visando à declaração de validade da cláusula de limitação do tempo de internação, com pedido de tutela antecipada⁵.

Presente, além disso, importância social no desenvolvimento desta dissertação, já que no cotidiano forense pátrio, em especial nos foros da justiça federal, tem-se observado a multiplicação de causas com idêntico conteúdo jurídico, que se distinguem mutuamente apenas quanto às partes litigantes. Essa realidade corroborou, graças ao seu volume ímpar, para agravar a árdua tarefa da prestação jurisdicional eficaz.

Com o aludido dispositivo legal, é facilmente percebida a importância dos precedentes (fato que já ganhara força desde a Emenda Constitucional 45/2004, com a Súmula Vinculante), que servirão de “modelo” para processos futuros, em que se tenha em discussão as mesmas “teses jurídicas” enfrentadas nas ações anteriormente julgadas de forma idêntica.

E tal possibilidade de julgamento liminar do mérito da ação, antes mesmo da citação do réu, tem gerado algumas críticas por parte da doutrina — em que pese, sob certa ótica, não ter trazido novidade, tendo em vista a regra já existente do art. 295, IV, do CPC, em que se pode ter o mesmo julgamento liminar do mérito quando for constatada a prescrição ou decadência — que vê aí flagrante afronta aos princípios constitucionais do contraditório, da segurança jurídica, da isonomia, do direito de ação e do devido processo legal.

Aliás, encontra-se em andamento uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADIN nº 3.695/DF, cujo relator é o Min. Cezar Peluso), visando exatamente à declaração da inconstitucionalidade do art. 285-A, do CPC.

Por isso, mostra-se pertinente o enfrentamento do tema, que se coloca como atual e envolve controvérsia a respeito de importante remédio na busca da efetividade do processo.

Assim, no presente trabalho será feita uma análise da regra do art. 285-A, com alguns enfoques específicos: a) a abordagem dos aspectos e requisitos para a sua devida aplicação,

⁵ Importante a ressalva feita por Eduardo Cambi ao mencionar que pela solução anterior à introdução do artigo 285-A do CPC, o juiz deveria dar um despacho de recebimento da demanda, determinado a citação, além de ter que analisar o pedido de tutela antecipada; o mandado de citação deveria ser cumprido e, depois, juntado aos autos; o citado deveria contratar um advogado que, então, elaboraria a resposta, com a possibilidade de contestar, excepcionar, e reconvir; a contestação seria juntada aos autos; se houvesse oposição de exceções *strictu sensu*, o processo ficaria suspenso (art. 306/ CPC), o excepto seria ouvido, poderiam ser produzidas provas e, depois, sobreviria a sentença; no processo principal, poderia haver réplica (art. 327/CPC) e, posteriormente, se a causa admitisse transação, a realização da audiência preliminar (art. 331/CPC). Impende relevar que o transcurso de todo este procedimento, a depender do volume processual da comarca ou vara, poderia levar meses ou até mais de um ano. (CAMBI, Eduardo. **Julgamento Prima Facie (imediate) pela técnica do artigo 285-A do CPC.** Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos.htm>> Acesso em: 29 de jan de 2007, p.2).

bem como os principais aspectos controvertidos do julgamento liminar de mérito; b) encontrar e analisar os fundamentos aptos para definir os liames do julgamento liminar de mérito; c) analisar os limites e os critérios idôneos aplicáveis à temática; d) estudar com afínco o alcance dos conceitos jurídicos indeterminados que permeiam a construção legislativa do artigo posto em tela; e) chegar a uma solução que compatibilize, dentro do sistema jurídico, a efetividade e a segurança jurídica; f) averiguar se a Lei 11.277/06 atende ao mandamento constitucional da duração razoável do processo, servindo, por seu turno, como importante meio de racionalização do serviço jurisdicional, pois se entende que a marcha processual deva ser encerrada de imediato quando objetiva decisão acerca da matéria de direito sobre a qual o magistrado já firmou posicionamento.

O primeiro capítulo tratará do julgamento liminar de mérito em causas repetitivas, dos seus requisitos, fundamentos, suas nuances e peculiaridades. Prefacialmente será abordado o tema da improcedência *Prima facie*, e, na sequência, será abordado o conceito e extensão de “matéria controvertida”, “causa unicamente de direito”, “casos idênticos” e a extensão do termo “juízo”. Serão expostas, ainda, a problemática da natureza da sentença, a dispensa da citação, a necessidade de motivação da decisão e a apelação prevista para a casuística do artigo 285-A do Código de Processo Civil.

No segundo capítulo serão elencados os principais aspectos controvertidos do julgamento imediato de mérito, tais como: Os aspectos procedimentais que envolvem a diversidade do tema, em tela, com o indeferimento da petição inicial do artigo 295 do Código de Processo Civil, o novo objetivo da citação, as consequências em caso de cumulação de pedidos e seu enfoque à luz do novo conceito de sentença e a aplicação do artigo 285-A nas demandas de massa.

No capítulo seguinte a resolução imediata do mérito passa a ser analisada sob o enfoque das garantias constitucionais. Será abordada, brevemente, a reforma infraconstitucional do Poder Judiciário, o papel das recentes reformas processuais e sua influência na efetivação de direitos, o duelo entre a segurança jurídica e tutela jurisdicional efetiva. Confrontar-se-á o julgamento liminar de mérito com o acesso à justiça e a ordem jurídica justa. Discutir-se-á a constitucionalidade do aludido dispositivo e, por fim, sua compatibilidade com os princípios do contraditório, devido processo legal, isonomia e a máxima da proporcionalidade.

2 O JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO EM CAUSAS REPETITIVAS

2.1 CONSIDERAÇÕES PREAMBULARES

Há bastante tempo se demonstra premente a necessidade de reformulação do modo de atuar do Poder Judiciário. A sua trajetória é marcada por constantes crises, consistentes, em regra, no acúmulo do volume de processos em seus órgãos. Os fatores determinantes são os mais diversos possíveis, desde a falta de estrutura e recursos humanos, até a deficiência do sistema processual⁶.

No intuito de solucionar, ou, ao menos, minorar os problemas oriundos nos anacronismos processuais e das conseqüentes lentidão e inoperância do sistema processual no Brasil, vem se optando, há muito, por intervenções no Código de Processo Civil.

Consoante preleciona Araken de Assis⁷ um dos notórios objetivos das extensas reformas empreendidas nas Leis processuais para debelar o que se costuma designar de ‘crise da justiça⁸’ consiste na celeridade.

No intuito de impedir o prosseguimento de processos que repetem teses jurídicas já rejeitadas em casos anteriores⁹, cujo insucesso, portanto, se antevê desde o início, a Lei 11.277/2006¹⁰

⁶ O Processo transformou-se, ao longo da história da jurisdição, de um simples meio de declarar o direito, em um instrumento de sua concreta realização. A idéia de efetividade concretiza-se na aptidão do processo para alcançar os fins para os quais foi instituído. Destaque, também, que o avanço da sociedade moderna tornou as relações entre os indivíduos mais complexas, e com isso houve aumento maciço das demandas. Contudo, o Judiciário não é dotado de estrutura apta para bem atendê-las, e o caminho buscado pelo legislador, com as recentes reformas processuais, é o de desafogar a máquina estatal, uma vez que as mudanças operadas no ordenamento jurídico pátrio, trazem ínsitas o clamor pela efetividade da tutela jurisdicional.

⁷ ASSIS, Araken. Duração Razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: NERY JR, Nelson; FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadores). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 196.

⁸ Apesar de vulgar, na lição de Araken de Assis (2006, p.196) a fórmula ‘crise da justiça’ soa excessiva e imprópria. Induz a crença que justiça em si perdeu-se em algum escaninho burocrático. Na verdade, busca-se nela expressar que a prestação jurisdicional prometida pelo Estado, no Brasil e alhures, tarda mais do que o devido, frustrando as expectativas dos interessados. O acesso a uma ordem jurídica justa é a possibilidade da complexa compatibilização do direito substancial como a realidade social judicialmente. Para tanto, é necessário “o perfeito conhecimento da realidade sócio-político-econômica do País, para que em relação a ela se pense na correta estruturação dos Poderes e adequada organização da justiça”. (COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Acesso à justiça e o problema da efetividade do processo. **Revista do programa de Pós-graduação em direito da Universidade Federal do Espírito Santo- Cadernos de Direito Processual**. ano 1, n. 1. Vitória: UFES, 2006.p.10).

⁹ Via de regra, são ações que envolvem matéria tributária (inconstitucionalidade de um tributo, devoluções de empréstimos compulsórios etc.), previdenciária (correção monetária dos salários de contribuição para cálculo das aposentadorias), funcionalismo público, FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), SFH (Sistema Financeiro de Habitação), relações de consumo (telefonia, energia elétrica, planos de saúde, bancos, administradoras de cartões de crédito, escolas particulares, agências de turismo etc.).

incluiu o artigo 285-A, no Código de Processo Civil¹¹, na tentativa de racionalizar a administração da Justiça.

Reza o artigo em comento, que o juiz, conforme estejam ou não presentes certos requisitos exigidos, deve julgar a causa de plano.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni¹², essa alteração processual fez surgir o instituto do “julgamento liminar das ações repetitivas”. Outros doutrinadores como, Marcelo Abelha Rodrigues¹³ e Ernani Fidélis dos Santos¹⁴ denominam o novel instituto de julgamento de improcedência *prima facie*, Fernando da Fonseca Gajardoni¹⁵ prefere nominá-lo de julgamento antecipadíssimo da lide, já Leonardo José Carneiro da Cunha o intitulou julgamento imediato de processos repetitivos¹⁶.

Fredie Didier Jr¹⁷ o denomina de mais uma hipótese de improcedência *prima facie* ou julgamento liminar de mérito¹⁸.

Para alguns doutrinadores¹⁹, o dispositivo em apreço terá grande importância para a racionalização do serviço jurisdicional, pois se entende que o processo deve ser encerrado de imediato quando objetiva decisão acerca de matéria de direito, sobre o qual o juiz já firmou

¹⁰ Impende ressaltar que a Lei supramencionada decorreu no Projeto 4.728/2004, integrante do “pacote republicano” que foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo, e tem como finalidade racionalizar e conferir celeridade à prestação jurisdicional, conforme a exposição de motivos que acompanhou a proposta legislativa.

¹¹ “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente proferida.”

¹²MARINONI, Luiz Guilherme. **O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (Leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06)**. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 02 abr. 2006, p.1.

¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.55.

¹⁴ SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.p.145

¹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: **Terceira etapa da reforma do código de processo civil- estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado**. Org. FREIRE, Rodrigo da Cunha; CALDEIRA, Adriano. Salvador: editora Juspodivm, 2007, p.147-178.

¹⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa). **Revista Dialética de Direito Processual**. n.39. São Paulo: Dialética editora, 2006,p.93-112.

¹⁷ DIDIER JR, Fredie; et. al. A Terceira etapa da reforma processual civil.Comentários à Leis n. 11.187 e 11.232, de 2005; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006, p.55-60.

¹⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. Salvador: editora Juspodivm, 2009.

¹⁹ Em visão otimista sobre a norma, Luiz Guilherme Marinoni bem aponta que “O novo instituto constitui importante arma para a racionalização do serviço jurisdicional. (MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 55, n. 354, 2007, p. 1-10.)

posição.

Assim, poupar-se-ia tempo para a obtenção de decisão a respeito de caso idêntico ao já solucionado. Para estes juristas, a tramitação do processo encerrado de imediato, constituiria mero formalismo, pois o juiz acabaria por expedir decisão com conteúdo definido no primeiro processo.

2.1.1 A Improcedência *prima facie*

Imperioso ressaltar que a improcedência *prima facie* não corresponde a uma temática inédita na sistemática processual²⁰.

Na lição de Fredie Didier Jr.²¹ é possível citar três exemplos de improcedência *prima facie* previstos na legislação brasileira: o indeferimento em razão da prescrição ou decadência (artigos 219, parágrafo 5º, 267, I, 269, IV e 295, IV, CPC), o julgamento imediato de causas repetitivas (artigo 285-A, CPC) e a rejeição liminar dos embargos à execução manifestamente protelatórios (artigo 739,III, Código de Processo Civil).

Normalmente, alerta Fredie Didier Júnior²², relaciona-se o indeferimento da petição inicial com os casos de invalidade, má-formação, inépcia, defeito da petição inicial; Por isso, diz-se que essa decisão judicial não analisa o mérito da causa, limitando-se a reconhecer a impossibilidade de sua apreciação. O CPC-73 contribui para isso, ao qualificar o indeferimento da petição inicial como hipótese de extinção do processo sem exame do mérito²³.

Sucedee, continua o referido autor, que também é possível o indeferimento da petição inicial com resolução de mérito. O magistrado, liminarmente, reconhece a improcedência do pedido e não admite sequer a citação do réu, ato que se revela desnecessário ante a macroscópica impertinência do pedido. Trata-se de decisão que analisa o mérito da causa²⁴, apta, portanto, a ficar imune pela coisa julgada material. Pode-se denominá-la de julgamento liminar de

²⁰ Nesse mesmo sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Recurso contra a sentença de improcedência liminar (art.285-A do CPC) e o juízo de retratação. **Revista Dialética de Direito Processual**, n.70, São Paulo: Dialética editora, 2009, p.47-55.

²¹ DIDIER JR, *Op. Cit.*, 2009, p.449

²² DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2009, p.449.

²³ Art. 267, I, do CPC.

²⁴ Destaque-se que o código, incoerentemente, afirma que a extinção, em tela, ocorre sem resolução do mérito, se for a prescrição ou decadência verificadas, desde logo.

mérito, ou improcedência *prima facie*.

Caso Juiz, entretanto, entenda presentes elementos suficientes para o processamento da ação, receberá a petição inicial e determinará a citação do demandado- em decisão agravável- quando então se completará a formação da relação jurídica processual.

Destaca também que a regra do parágrafo 5º do artigo 219 do Código de Processo Civil, a qual permite o reconhecimento *ex officio* da prescrição, consagra mais um caso de improcedência *prima facie*: decisão de mérito pela improcedência, proferida antes da citação do réu. O magistrado, com base no supramencionado parágrafo do art. 219, no artigo 269, IV, e no artigo 295, IV, indefere a petição inicial, com resolução de mérito, sem necessidade de ouvir o demandado, já que a decisão lhe é favorável. Transitada em julgado a decisão que indeferiu a petição inicial com exame do mérito, deverá o escrivão comunicar ao réu o resultado desse julgamento, até para que ele possa ter conhecimento de sua decisão que, de resto, lhe favorece e que está acobertada pela coisa julgada material²⁵.

Há outra hipótese de julgamento liminar de improcedência da ação, a qual, é fruto da Medida Provisória n. 2.225-45/2001 (ainda em vigor por força da emenda Constitucional n.32), que acrescentou ao art. 17 da Lei n. 8.429/92 (Lei de improbidade administrativa) inúmeros parágrafos.

De acordo com o rito imprimido pela citada medida provisória, aplica-se às ações de improbidade administrativa uma fase de defesa prévia muito cara aos crimes praticados por funcionários públicos²⁶. Por isso, ajuizada a ação e ofertada ao acusado a possibilidade de oferecer uma defesa preliminar²⁷, o juiz pode, além do indeferimento da inicial pela inadequação da via eleita ou vícios formais, julgar a ação improcedente de plano (mérito), desde que convencido da inexistência do ato de improbidade pelos elementos trazidos aos autos, inclusive os de fato.

Um outro caso que suscitou alguns desdobramentos importantes na esfera do direito material é o reconhecimento da *impossibilidade jurídica do pedido*.

Classificadas como uma das três condições da ação, o legislador inseriu a possibilidade jurídica no CPC de 1973 como matéria de ordem pública passível de ser conhecida a qualquer tempo e grau de jurisdição. Por disposição expressa, autoriza a extinção do processo sem resolução de mérito (CPC, art. 267, VI, § 3º). No momento que antecede a citação, a

²⁵ DIDIER JR, Fredie. Op. Cit., 2009,p.457.

²⁶ Artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal.

²⁷ Parágrafo 7º da Lei 8.429/92.

impossibilidade jurídica autoriza o indeferimento liminar da petição inicial, por inépcia (CPC, art. 295, parágrafo único, III).

Nesse ponto, convém indagar: o que significa a impossibilidade jurídica do pedido?

A resposta que se convencionou está no sentido de que, para ser admitida a demanda, não deve haver vedação expressa do pedido e da causa de pedir no sistema jurídico. Em outros termos, a impossibilidade jurídica pode significar, no plano material, que o pleito do autor não tem amparo no ordenamento. O conteúdo de sua postulação (pedido e causa de pedir) não lhe autoriza a entrega do bem da vida pretendido.

Saber se o pedido formulado na inicial é possível à luz do sistema jurídico é problema que, vez por outra, se liga ao objeto litigioso do processo, ou seja, ao *mérito de causa*. Havendo impossibilidade jurídica, o juiz julga improcedente o pleito e denega o bem da vida ao autor.

A partir desse pressuposto metodológico, o observador mais atento logo perceberá esse componente reside muito mais na zona de mérito da controvérsia do que no juízo de admissibilidade da ação.

Nessa perspectiva, o indeferimento da petição inicial fundado na impossibilidade jurídica (CPC, art. 295, parágrafo único, III) pode constituir um pronunciamento de mérito, embora seja capitulado pelo código como elemento que condiciona o julgamento deste.

Como se observou, não é novidade o fenômeno liminar de improcedência do pedido no processo civil brasileiro, por ocasião do indeferimento da inicial²⁸.

Assim, nos casos acima citados, o sistema já admitia o julgamento liminar da improcedência da ação, razão pela qual, se há algo novo no art. 285-A do CPC, o qual será analisado na sequência, é a generalização de sua aplicação para todas as ações cíveis que, para seu deslinde, independam de outra prova que não a documental, bem como preencham os demais requisitos exigidos pela lei.

2.2 ANÁLISE DO 285-A, DO CPC

Na sociedade moderna, caracterizada pela crescente complexidade das relações jurídicas, há um enorme crescimento na quantidade de litígios. Tais litígios, na advertência de Leonardo

²⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil** (Arts. 270 a 331). 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.3.

José Carneiro da Cunha²⁹, exigem soluções rápidas e eficazes, não se justificando mais a adoção dos instrumentos tradicionais de condução de processos judiciais.

É nesse contexto que se insere o novo art. 285-A do CPC.

Tal dispositivo permite ao juiz “quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos”, a dispensa da citação, com a prolação da sentença, “reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”.

De acordo, ainda, com o parágrafo 1º e 2º do citado dispositivo, se o autor apelar do julgamento liminar da ação repetida, é facultado ao juiz decidir no prazo de cinco dias por não manter a sentença, determinando o prosseguimento da demanda. Caso contrário deverá ordenar citação do réu para responder ao recurso, posteriormente encaminhado a instância superior.

2.2.1 O conceito de “matéria controvertida”

Segundo o dispositivo em discussão o juiz deve julgar a causa de imediato, “quando a matéria controvertida for unicamente de direito”³⁰.

Na lição de Djanira Maria Radamés de Sá e Haroldo Pimenta³¹ “para que um ponto se torne controvertido no processo, é necessário que a parte contrária àquela que o suscitou, torne-o duvidoso mediante afirmações contrapostas. Assim, soa pouco compreensível que o juiz possa, antes de abrir ao réu a oportunidade do contraditório, considerar que, em dado processo, a matéria controvertida seja apenas de direito.

Ao que parece o legislador empregou o termo “matéria controvertida” em sentido não referendado pelo próprio Código de Processo Civil; a regra do art. 285-A, na verdade, significa que, independentemente das controvérsias que possam surgir quanto aos pontos de

²⁹ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa). **Revista Dialética de Direito Processual**, n.39. São Paulo: Dialética editora, 2006, p.95.

³⁰ O adjetivo controvertido é utilizado em vários dispositivos do Código de Processo Civil: arts. 53; 331 parágrafo 2º; 451;475 parágrafo 2º,549, parágrafo único; e 899, parágrafo 1º. Em todas essas situações, controvérsia significa a presença de questão que corresponde a cada ponto duvidoso de fato ou de direito, cada incerteza em torno da realidade de um fato ou em torno de sua eficácia jurídica.

³¹ PIMENTA, Haroldo; DE SÁ, Djanira Maria Radamés. **Reflexões iniciais sobre o art. 285-A do Código de Processo Civil**. Revista de Processo 133, ano 31, março de 2006, editora Revista dos Tribunais.

direito, o juiz deverá proferir sentença liminar caso, sendo idênticas as afirmações de fato contidas na inicial, já houver sido proferida sentença de total improcedência em “casos idênticos”.

Controvérsia, na clássica concepção carneluttiana, significa presença de questão que corresponde a cada ponto duvidoso de fato ou de direito, cada incerteza em torno da realidade de um fato ou em torno da sua eficácia jurídica.³²

Assim, é difícil compreender que um juiz considere a matéria controvertida unicamente de direito, sem ter aberto previamente ao réu a oportunidade do contraditório.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery³³ expõem que o artigo 285-A padece de falta de técnica³⁴, pois somente a citação válida torna a coisa litigiosa³⁵, isto é, implica situação processual de existência de matéria controvertida.

E, como a norma prevê decisão do juiz sem citação, a matéria ainda não se tornou controvertida na lição do referido autor. Para eles, o termo “matéria controvertida”, deve ser lida como “pretensão que já tenha sido controvertida em outro processo e julgada improcedente pelo mesmo juízo.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Leonardo José Carneiro da Cunha³⁶ aponta que a controvérsia somente surge quando o réu impugna algum ponto alegado pelo autor. Diante de tal impugnação, o ponto torna-se controvertido, dando origem a uma questão. Logo, a questão é o ponto controvertido. Enfim, não se poderia, rigorosamente, fazer referência ao termo controvérsia ou matéria controvertida, se não há citação nem manifestação do réu. Para ele quando dispositivo exige que sua aplicação depende de a matéria controvertida ser unicamente de direito, está a referir-se a demandas de massa, tema que será aprofundado no próximo capítulo.

³² CARNELUTTI, Francesco Lezioni di diritto processuale civile, Padova: Cedam, 1926, p.3, v.4.

³³ NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006,p.382.

³⁴ Para uma parcela da doutrina o dispositivo contém algumas imprecisões terminológicas, que exigem correção. O primeiro requisito, para que possa ser proferida sentença imediata de improcedência, é que a matéria “controvertida” seja unicamente de direito. Ora, sabe-se que a controvérsia somente surge quando o réu impugna algum ponto alegado pelo autor. Diante de tal impugnação, o ponto torna-se controvertido. Enfim, não se poderia, rigorosamente, fazer referência ao termo *controvérsia* ou *matéria controvertida*, se não houver citação nem manifestação do réu.

³⁵ Artigo 219, CPC.

³⁶ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Op. cit.*, 2006, p.95.

Já Glauco Gumerato Ramos³⁷ afirma que a controvérsia trazida pelo artigo 285-A corresponde àquela já estabelecida em “outros casos idênticos” cujo desfecho foi à improcedência do pedido. E, explica que, a matéria de direito trazida na causa de pedir, por não ser novidade perante aquele juízo, já foi satisfatoriamente demonstrada, debatida e, por isso, controvertida, em “casos idênticos” que antecederam ao que receberá a resolução imediata.

Pode-se entender também que o legislador ao utilizar o termo controvertido, quis expressar que independentemente de controvérsias que possam surgir quanto aos pontos de fato e de direito, o juiz poderá proferir sentença, caso repute verdadeiras as afirmações de fato contidas na inicial e, desde que estejam preenchidos os demais requisitos exigidos pelo artigo.

Assim, como já dito, o preceito em foco condiciona o julgamento liminar de mérito à presença de matéria controvertida na demanda. No fundo, o termo matéria significa aqui a causa de pedir do autor submetida a juízo pela petição inicial. A causa de pedir contém alegações (ou pontos) que, uma vez contraditadas pelo sujeito passivo, dão origem às questões do processo.

Matéria controvertida é a alegação que se transformou em ponto controvertido no seio de outros processos anteriores, assumindo natureza de questão. Trata-se de uma causa de pedir que, em outros casos, já foi objeto de controvérsia.

Destaca-se, por fim, que a interpretação do art. 285-A do CPC não deve limitar-se aos contornos literais do dispositivo. Como referencial maior, a sua aplicabilidade deve ser monitorada por um parâmetro que vem sendo utilizado como o grande condutor das reformas setoriais do processo civil: a jurisprudência dos tribunais superiores.

2.2.2 Causa unicamente de direito

A causa precisa ser unicamente de direito para que o instituto possa ser aplicado. Trata-se de causa cuja matéria fática possa ser comprovada pela prova documental.

Para Fredie Didier Júnior³⁸ é hipótese excepcional de julgamento antecipado da lide (artigo 330 do CPC), que passa a ser autorizado, também, antes da citação do réu, se a conclusão do

³⁷ RAMOS, Glauco Gumerato; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. **A reforma do CPC. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.380.

³⁸ DIDIER JR, Fredie; et al. **A Terceira etapa da reforma processual civil.** Comentários à Leis n. 11.187 e 11.232, de 2005; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006, p.58.

magistrado é pela improcedência. Antecipa-se ainda mais o momento de julgamento da causa, dispensando não só a fase instrutória, mas também a própria ouvida do réu.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³⁹ asseveram que a matéria de mérito unicamente de direito se manifesta nos casos em que a contestação limita-se a negar as conseqüências jurídicas afirmadas na petição inicial. Nessa hipótese é possível dizer que a matéria de mérito é unicamente de direito, pois não há controvérsia sobre os fatos.

Igualmente, Calmon de Passos⁴⁰ preconiza que a ausência de controvérsia sobre os fatos é que gera a questão unicamente de direito.

O artigo 285-A, do CPC, é claro no sentido de que a pretensão resistida que deu origem à causa deva versar apenas sobre questões de direito⁴¹, não havendo qualquer questão fática relevante nem possibilidade de maior dilação probatória no processo. As questões aqui postas figuram como teses puramente jurídicas.⁴²

Observe-se que a hipótese de incidência do artigo 285-A se assemelha, como referendado acima, com a hipótese para o julgamento antecipado da lide, prevista na segunda parte do inciso I do artigo 330 do CPC⁴³, que somente é possível quando, apesar de se tratar de uma questão de fato, não houver necessidade de produzir outras provas. Isso pode ocorrer quando os fatos não forem contestados especificamente, há confissão, tratar-se de fatos notórios, há reconhecimento jurídico do pedido ou já há provas suficientes (fato comprovado por prova documental). Todas essas situações, no entanto, somente podem ser aferidas após a contestação.

Mais simplória é a situação tratada no artigo 285-A, em que a questão “unicamente de direito” é aquela que pode ser analisada independentemente das afirmações de fato alegadas pelo autor

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**- a tutela jurisdicional através do Processo de Conhecimento. 2.ed., São Paulo: RT, 2003, p.278

⁴⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo Civil**. V. III, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p.421.

⁴¹ Para aprofundar a clássica temática que envolve as questões de direito e as questões de fato, de Antônio Castanheira Neves. (NEVES, Antônio Castanheira. **Questão de facto, questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade**. Coimbra: Almedina, 1967.)

⁴² Muito embora não seja possível, no plano ontológico, distinguir “questão de fato” de “questão de direito”, já que, quando muito, é possível estabelecer graus de predominância do aspecto jurídico sobre o fático, a “matéria controvertida unicamente de direito” a que se refere o artigo 285-A, é aquela que remete a discussões de texto de lei, definição de conceitos doutrinários, aplicabilidade ou não de uma determinada norma, enfim, aquela questão que prescinde de análise de qualquer fato para ser examinada. SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Ações repetitivas e julgamento liminar (art. 285-A do CPC). **Revista Dialética de Direito Processual**. n.70, São Paulo: editora Dialética, 2006,p.58.

⁴³ Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

II - quando ocorrer a revelia (artigo 319).

na inicial. Aqui, a questão de fato simplesmente não interessa, é alheia à discussão. Para a correta aplicação do artigo em comento, não se deve perquirir se ou como o fato ocorreu, bastando que o juiz discorde das repercussões jurídicas pretendidas pelo autor. Em suma, os fatos são indiferentes à solução jurídica encontrada pelo juiz para a situação apresentada pelo autor na inicial.

Isso não significa, entretanto, que o autor poderá se eximir de juntar a documentação necessária em sua inicial, nem, tão pouco, que o réu não precisará contestar especificamente todos os fatos alegados, caso o autor interponha recurso de apelação e não haja retratação por parte do juiz de primeira instância, como se verá adiante.

Como bem salienta Cássio Scarpinella Bueno⁴⁴, não se terá, propriamente, uma questão unicamente de direito, mas sim, questão predominantemente de direito, vez que sempre existirá a “questão de fato”, qualquer que seja a ação. Ocorre que, sobre tal “questão de fato”, não pesa qualquer dúvida “quanto à sua existência, seus contornos e seus limites”, sendo apenas relevante “saber qual o direito aplicável sobre aqueles fatos que não geram dúvidas, que não geram controvérsia entre as partes e perante o juiz”

Fernando da Fonseca Gajardoni⁴⁵ propõe uma interpretação mais abrangente do dispositivo, única, na suas lições, capaz de lidar maior utilidade prática e adequá-lo à *mens legis*. Senão vejamos:

Prevê o art. 330, do CPC que é lícito ao magistrado efetuar o julgamento antecipado do mérito quando a questão for unicamente de direito (como na redação do art. 285-A do CPC), e também quando sendo a questão de fato e direito, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

[...] Em outros termos, já sendo possível ao magistrado com base nos elementos de fatos trazidos junto com a inicial (documentos), ou cuja apresentação seja determinada ao autor ou a terceiro antes mesmo da citação do réu, vislumbrar a identidade com outros casos já desacolhidos, plenamente possível o julgamento liminar.

Enfim, não há de se liminar às questões unicamente de direito a aplicação do dispositivo, embora seja mesmo nelas que esteja a maior utilidade da norma. Mesmo se a solução da demanda também depender da apreciação de matéria fática, haverá espaço para o julgamento liminar de mérito quando os próprios elementos trazidos na inicial ou liminarmente colhidos já revelarem, na esteira de casos idênticos do juízo, a improcedência da pretensão.

⁴⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil** – vol 2: comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7.2.2006, 11.277, de 7.2.2006, e 11.280, de 16.2.2006. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.75.

⁴⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: **Terceira etapa da reforma do código de processo civil**- estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado. Org. FREIRE, Rodrigo da Cunha; CALDEIRA, Adriano. Salvador: editora Juspodivm, 2007, p.159-160.

Segundo Ernane Fidélis dos Santos⁴⁶ “na matéria de direito o elemento fático não é desprezado, mas em razão de seu contexto, uma situação jurídica concreta e determinada se cristaliza a ponto de ela própria justificar a improcedência de outro caso. E narra um exemplo:

Em Emenda Constitucional do Estado de Minas Gerais estabeleceu-se que servidores contratados por prazo indeterminado, depois de certo tempo, teriam direito à efetivação. Servidor contratado por prazo determinado, com vários contratos renovados de tempo em tempo, leitor benéfico. Tirando de lado a questão constitucional, o julgado foi no sentido de que os contratos, ainda que somados, mas por prazo determinado, não atribuíam o direito. Tal situação jurídica permite, que, em outros processos posteriores, o julgamento de improcedência seja aplicado de imediato”.⁴⁷

Segundo Marco Antônio Ribas Pissurno⁴⁸ o termo “unicamente de direito” foi tomado de empréstimo do *caput* do artigo 330, inciso I do CPC⁴⁹ que, no entanto, se refere à hipótese do conhecimento antecipado da lide, temporalmente adstrito aos casos em que depois de conferida a chance para o réu defender-se, não ocorra o julgamento conforme o estado do processo, com base na casuística dos artigos 267 (sentenças terminativas) e 269, II a V (sentenças de mérito) do código de processo civil.

Comentando o artigo 330 do CPC, José Joaquim Calmon de Passos⁵⁰ explica que a questão exclusivamente de direito ocorre nos casos em que não havendo controvérsia sobre o fato, há possibilidade de o juiz julgar imediatamente o mérito da causa, excluída a instrução em audiência.

Contudo, para o que o juiz conheça diretamente do pedido (artigo 330, I) faz-se necessário a viabilização prévia do contraditório, o que não ocorre na hipótese prevista no artigo 285-A.

Ademais, com a utilização do artigo 285-A, não há como o magistrado saber se a matéria é exclusivamente de direito, pois o réu sequer foi ouvido. Caso contrário, poderiam vir ao processo alegações que tornassem a matéria controvertida, e que necessitariam de dilatação

⁴⁶SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 146.

⁴⁷ Ernane Fidélis dos Santos cita ainda outro exemplo: A empresa Consórcio Anabel Ltda., que adquiria carros de Revendedora de Veículos Anabel Ltda.; para transferidos aos consorciados, deixou de cumprir seus contratos, entendendo que a segunda empresa, em razão da circunstância de atender a transferências dos veículos, era solidariamente não devedora com o consórcio, pretenderam a declaração da responsabilidade, promovendo contra aquela pedido de ressarcimento, mas o tiveram julgado improcedente. Com a base jurídica, sem acréscimo de quaisquer outras circunstâncias, outras ações foram propostas. Com as mesmas razões, de não ocorrer a responsabilidade solidária, o juiz poderá aplicar o novo artigo 285-A. (**Ibidem**, p.146).

⁴⁸ PISSURNO, Marco Antônio Ribas. **Primeiras impressões sobre o novo art. 285-a do CPC (Lei nº 11.277/06): alguns aspectos práticos da sentença de improcedência liminar em “processos repetitivos”**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 993, 21 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8128>>. Acesso em: 18 set. 2006, p.2.

⁴⁹ Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: **I** - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

⁵⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários aos Códigos de Processo Civil**. v. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.461.

probatória, o que impossibilitaria a utilização do artigo 285-A do Código de Processo Civil..

Assim, o correto é que o juiz não aplique o notável instituto se perceber a necessidade de se provar fatos, ou que a parte apontada na inicial como ré conteste a causa de pedir. Isso tudo, em tese, porque não se pode afirmar com certeza que fatos elencados como elementos da causa de pedir não venham a ser questionados pelo réu. Até mesmo fatos notórios, por exemplo, que em regra dispensam prova do autor (art. 334, I, CPC), não estão incólumes de serem questionados pelo réu⁵¹.

2.2.3 A extensão do termo “juízo”

O artigo 285-A erige como um dos requisitos para sua aplicação, que já tenha sido proferida, no juízo, sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

Há duas interpretações possíveis para o termo “juízo” nesse caso. Uma, no sentido de que juízo corresponderia ao órgão titularizado de modo monocrático ou colegiado (uma vara, por exemplo). Outra, entendendo que juízo designaria o magistrado, e não a vara em que atua.

Ainda para que se possa aplicar o dispositivo, deverá ter havido sentença de total improcedência, em “casos idênticos”, que tenham sido proferidas pelo mesmo juiz. Não se deve aplicar a regra, tomando-se em consideração sentenças proferidas por outro juízo. E mais: não basta que o juízo tenha proferido, apenas, uma sentença; faz-se necessário que já haja algumas sentenças de total improcedência, proferidas em idênticos casos anteriores.

Conclui-se que não se trata de sentenças proferidas pelo magistrado, mas pelo “juízo”, pois não importa que o magistrado seja o titular ou o substituto do juízo.

Assim, poderá um juiz substituto utilizar o dispositivo quando estiver trabalhando em juízo no qual já tenham sido proferidas outras sentenças de total improcedência em outros casos idênticos. Ou seja, não é necessário que os precedentes tenham sido julgados pelo mesmo juiz.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco⁵² juízo significa órgão jurisdicional, e cada órgão jurisdicional é um juízo, tanto em primeiro como em qualquer outro grau de jurisdição. O

⁵¹ ALMEIDA NETO, José Mariano de. **Julgamento liminar definitivo nas ações repetitivas e a intervenção do ministério público**. Disponível em: <www.mp.mt.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2006, p. 03.

⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. v. I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.385.

juízo não se confunde com a pessoa física do juiz que desempenha suas funções. Ele é uma unidade de serviço dentro da Justiça, compreendendo o próprio cargo do juiz e dos auxiliares da Justiça integrantes do quadro fixo desta (cartório, secretaria, oficiais de justiça).⁵³ Assim, no mesmo foro, pode haver diversos juízos, que são as varas de uma só comarca.

Segundo Glauco Gumerato Ramos⁵⁴ “o mesmo raciocínio se aplica às varas do trabalho ou às varas federais das mais diversas seções judiciárias, passando, inclusive, pelos Juizados Especiais Cíveis Estaduais ou federais”. E que o conceito de “juízo” também se aplica aos órgãos fracionários dos tribunais brasileiros, e interpretando-se sistematicamente, pode-se concluir que a resolução imediata poderá ocorrer nas causas de competência originária desses órgãos do Poder Judiciário, desde que presentes os pressupostos legais.

Assim, o termo “juízo” não se confunde com o “juiz”, pessoa física.

Na lição de Frederico Augusto Leopoldino Koehler⁵⁵ está em consonância com o ordenamento jurídico pátrio e com o espírito racionalizador da lei a adoção do entendimento mais acertado é o de que juízo designa o magistrado, e não a vara em que atua. Afirma que nas varas onde atuem dois juizes (titular e substituto) cada um é livre para adotar posicionamentos jurídicos diversos, não sendo razoável a imposição de uma padronização forçada nas decisões de ambos.

Na petição inicial da ADIN 3695, o Conselho da OAB explica que na administração do aparelho judiciário os juizes são dispostos em varas diversas, havendo, em algumas, além do titular, um substituto auxiliar. E, constantemente, varas permanecem sem titular por longos períodos, havendo sucessivos juizes substitutos que por elas passam em períodos nem sempre longos.

Em contraposição a esse argumento, o IBDP afirma que a ideia de segurança jurídica não se vincula a uma prévia publicidade de sentença em um ou em outro sentido em cada um dos “juízos” do foro brasileiro de primeiro ou segundo grau de jurisdição. Mas, em se saber quais serão as regras a serem aplicadas em cada caso concreto, conforme as diversas situações que

⁵³ Ainda quanto a foro e juízo: o primeiro corresponde à circunscrição de 1º grau, comarca ou seção, na qual atua o juízo. Este é órgão que, dentro da circunscrição judiciária, exerce jurisdição. Pode haver apenas um juízo no foro, ou, então, vários juízos no mesmo foro, que geralmente são chamados de varas. Na aplicação do art. 285-A, a identificação é apenas o juízo. (SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Op. Cit.**, 2006, p.148).

⁵⁴ RAMOS, Glauco Gumerato; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. **A reforma do CPC. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.382.

⁵⁵ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (artigo 285-A do CPC). **Revista Dialética de direito processual.** n.41, São Paulo: Dialética editora, 2006, p.72.

se ponham perante o magistrado.

Vicente de Paula Ataíde Júnior⁵⁶ entende que, “mesmo juízo” significa não o “mesmo juiz”, mas a mesma “unidade de competência territorial, ou seja, a comarca ou a subseção judiciária”.

Assim, para o referido autor, mesmo que determinado julgador ainda não tenha apreciado “tese” semelhante, poderá perfeitamente aplicar a regra do art. 285-A, desde que, outro magistrado, pertencente à mesma unidade de competência territorial, já tenha prolatado sentença (na verdade, sentenças, pois o texto da norma utiliza a expressão “casos idênticos”) julgando improcedente o pedido em ações semelhantes.

Questão interessante se estabelecerá nas varas (juízos) onde haja mais de um juiz fixo (titular e auxiliar). Nada impede que os julgadores, em virtude do princípio do livre convencimento motivado (art. 131, do CPC)⁵⁷ tenham entendimento diverso sobre o mesmo tema (o que não é recomendável exatamente pela falta de previsibilidade do que se decide naquele juízo)⁵⁸.

2.2.4 Resolução imediata do mérito pela total improcedência

O art. 285-A determina que as sentenças anteriormente proferidas sejam de total improcedência⁵⁹.

O julgamento liminar de mérito só tem cabimento nos casos de desacolhimento da pretensão. Não há possibilidade alguma de, sem citação da parte contrária, o pedido ser acolhido ou parcialmente acolhido de forma definitiva (cognição plenária), pois isto implicaria incontestemente violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, tratados com mais vagar no capítulo 4. Para os casos em que o jurisdicionado necessita de provimento imediato total ou parcial, sem oitiva da parte contrária, as liminares antecipatórias e cautelares com contraditório diferido já é suficiente.

⁵⁶ ATAÍDE JR., Vicente de Paula. A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.277/2006). **Revista de Processo**, São Paulo: RT, nº 141, ano 31. p. 121, nov. 2006.

⁵⁷ Art. 131- Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

⁵⁸ Nestes casos, como não há, segundo Fernando Gajardoni, um entendimento do juízo, melhor que não se permita a aplicação do dispositivo, até para evitar a quebra do princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CF), com alguns casos sendo julgados na mesma vara com base no art. 285-A do CPC por um dos juízes, e outros não.

⁵⁹ Há, entretanto, decisões do TJ-RJ que aplicam o dispositivo nos casos de procedência.

Nesse mesmo sentido Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery⁶⁰ “o pedido anterior deve ter sido julgado totalmente improcedente. A improcedência parcial do pedido anterior não autoriza a incidência da norma sob comento”.

Eduardo Cambi⁶¹ vaticina que a regra do artigo 285-A do CPC não será aplicada quando os casos idênticos não forem julgados *totalmente* improcedentes. Em outras palavras, não é possível que o juiz profira sentença de improcedência parcial ao pedido ou mesmo de procedência, porque essas decisões seriam prejudiciais ao demandado, que não teve oportunidade de defender-se.

Se isto fosse possível, restaria comprometida a garantia do contraditório – já que não se respeitaria a isonomia entre as partes (o demandado não teria as mesmas chances ou igual oportunidade de poder influenciar no convencimento judicial) -, a garantia da ampla defesa (no qual se incluem todos os meios e recursos capazes de buscar a persuasão do órgão julgador; art. 5º, inc. LV, CF), além de infringir a noção basilar do devido processo legal, segundo o qual ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem um processo regular (art. 5º, inc. LV, CF). Logo, a sentença, pela ausência da citação do demandado, que não tem oportunidade de influir no convencimento judicial, deve ser, integralmente, favorável ao réu.

Fernando da Fonseca Gajardoni⁶² preleciona que o art. 285-A diz, mais, ao vincular o julgamento liminar à existência da sentença de total improcedência em casos idênticos.

Ao que parece que o legislador ao efetuar tal condicionamento, disse menos do queria. Pois certamente há casos em que a sentença prolatada no caso paradigma foi proferida em processo onde existiam pedidos cumulados. Nestes casos, onde a sentença paradigma foi de parcial procedência- isto é, com o acolhimento de apenas um dos pedidos cumulados- não vemos razão alguma, apesar do desejo de alguns comentaristas em restringir a aplicabilidade na norma, para não permitir que o novo caso submetido ao juízo, a veicular somente o pedido e os fundamentos primitivamente desacolhidos na ação com pedidos cumulados (sem o outro parcialmente acolhido), receba a sentença de improcedência liminar. [...]

⁶⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. (2006, p.482).

⁶¹ CAMBI, EDUARDO. **Julgamento *prima facie* (imediato) pela técnica do artigo 285-A do CPC.** Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_eduardo_augusto_s_cambi.pdf. Acesso em: 02 de fevereiro de 2010.

⁶² GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: **Terceira etapa da reforma do código de processo civil-** estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado. Org. FREIRE, Rodrigo da Cunha; CALDEIRA, Adriano. Salvador: editora Juspodivm, 2007, p.164.

Então, se o objetivo da norma foi acelerar o julgamento da demanda, permitindo pronta solução para casos idênticos, há como se negar a possibilidade do julgamento de plano quando o paradigma tenha sido emitido em casos onde tenha havido parcial procedência, mas com rejeição total do pedido repetido.

2.2.5 Noção de “casos idênticos”

O artigo 285-A fala em “outros casos idênticos”, mas não dispõe quantos casos idênticos são necessários para autorizar o magistrado a utilizar o disposto no artigo 285-A; trata-se de termo vago⁶³, também chamado de conceito jurídico indeterminado⁶⁴. A aferição da quantidade necessária de casos idênticos para utilizar o dispositivo será feita subjetivamente pelo magistrado.

Há, aí, para uma parcela da doutrina⁶⁶ outra impropriedade terminológica no dispositivo em comentário.

⁶³ Sobre o tema vide texto da própria autora intitulado: **As Cláusulas Gerais e os conceitos jurídicos indeterminados**- desafios do Poder Judiciário em face do moderno Processo Civil Brasileiro. Publicado no site: [www. Juspodivm.com. br](http://www.Juspodivm.com.br)

⁶⁴ Estes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “Conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas ao seu enunciado, ao invés de traçar puntualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza aos seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeira ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

⁶⁵ É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional. O órgão julgador é chamado a interferir mais ativamente na construção do ordenamento jurídico, a partir da solução de problemas concretos que lhe são submetidos.

As cláusulas gerais desenvolveram-se inicialmente no âmbito do Direito Privado, cujos principais exemplos são as cláusulas gerais da boa-fé, da função social da propriedade e da função social do contrato.

Fredie Didier Jr. citando Heinrich Lehmann afirma que ultimamente, porém, as cláusulas gerais têm “invadido” o Direito processual, que naturalmente sofreu as conseqüências das transformações da metodologia jurídica no século passado. Afinal, o Direito processual também necessita de “normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto” (LEHMANN, Heinrich. Tratado de derecho civil. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a, v. 1, parte general, p. 58).

[...] A existência de várias cláusulas gerais rompe com o tradicional modelo de tipicidade estrita que estruturava o processo até meados do século XX. [...] No Direito processual civil brasileiro, porém, as cláusulas gerais aparecem soltas, como se houvessem sido previstas sem qualquer preocupação sistemática. A produção doutrinária e as manifestações jurisprudenciais sobre as cláusulas gerais são quase infinitas. Notadamente na Alemanha, há um vastíssimo número de ensaios doutrinários a respeito do tema. Tudo isso contribuiu para que as cláusulas gerais fossem aplicadas de maneira dogmaticamente aceitável e, conseqüentemente, de modo a que se pudessem controlar as decisões judiciais que nelas se baseassem. O operador jurídico não pode prescindir desses subsídios na aplicação das cláusulas gerais processuais, atualmente tão abundantes. Eis uma recente conclusão de Fredie Didier ao publicar o seu editorial 81. Disponível em: <www.frediedidier.com.br/main/noticias/detalhe.jsp?Cid=383>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2010.

⁶⁶ Citá-los!

Sabe-se que uma ação é idêntica a outra quando houver a tríplice identidade, ou seja, quando forem idênticos os pedidos, as causas de pedir e as partes (CPC, art.301, parágrafo 2º).

Casos idênticos, tal como referidos no art.285-A do CPC, constituem aqueles relativos a demandas de massa, que se multiplicam, com a mesma argumentação, apenas se adequando ao caso concreto, com a adaptação dos nomes das partes e de alguns dados pessoais seus.

Nesses casos repetidos, as causas de pedir e os pedidos são diferentes em cada uma das demandas: cada autor tem uma relação jurídica diferente com a parte contrária, sofrendo uma lesão ou ameaça própria, que não se confunde com a posição de cada um dos autores das outras demandas. O objeto, por sua vez, de cada demanda é próprio: cada autor irá obter um bem da vida diferente ou uma vantagem própria. O que se identifica, o que é igual em todas essas demandas é a *argumentação ou fundamentação jurídica*.

Assim, se se postula, por exemplo, em determinada demanda, a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, por ser inconstitucional determinado tributo, o juiz não deverá aplicar o art.285-A do CPC se, depois de ter julgado improcedentes vários pleitos formulados no mesmo sentido, for proposta uma demanda contendo argumentos diversos.

É preciso, para que se aplique o art.285-A do CPC, que os argumentos jurídicos sejam os mesmos. Quando o dispositivo anule a casos idênticos, está a exigir identidade de argumentação jurídica. Vindo a ser proposta demanda com novos argumentos ou com argumentos diferentes, não se deve aplicar o dispositivo, devendo ser citado ao réu, para que se verifique a legitimidade dessa argumentação, ainda na levada ao crivo daquele juízo.

A hipótese clássica que se vislumbra no ordenamento jurídico pátrio de lides idênticas é o caso de litispendência, em que a única diferença está em um dos sujeitos. E, que implica na extinção do processo sem resolução do mérito conforme disposto no art.267, V, do Código de Processo Civil.

Conforme preleciona Maria Lúcia L. C. de Medeiros⁶⁷ “a primeira observação que deve ser feita é quanto a ter o legislador utilizado o termo idêntico em sentido que não é o técnico/processual. Em princípio, e nos termos do art. 301, parágrafo 2º do CPC⁶⁸, uma ação é

⁶⁷ DE MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. Considerações sobre o deferimento, a emenda e o indeferimento liminar da petição inicial, e o que as Leis 11.277/2006 e 11.280/2006 introduziram de novidade quanto ao tema. **Revista de Processo**, n. ano 31. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 130-149, 2006.

⁶⁸ Artigo 301, CPC, in verbis:

Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

[...]

§ 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Há entre elas paridade absoluta. Ocorre que, nesse caso, estando as ações idênticas, pendentes simultaneamente, uma delas deverá ser extinta sem resolução de mérito por se caracterizar litispendência” ou coisa julgada.

Segundo Glauco Gumerato Ramos⁶⁹ “casos idênticos a que faz menção o art.285-A são casos que se assemelham pela causa de pedir, na qual o autor fundamenta o seu pedido em matéria unicamente de direito.

O termo idêntico⁷⁰, no art. 285-A do CPC, não foi utilizado no sentido supramencionado, mas sim no sentido de ser intentada uma ação que não é absolutamente igual à outra, [a ponto de gerar litispendência ou coisa julgada], nem é tão somente a outra [em que algumas causas de pedir são comuns e outras não], mas ação que guarda com a outra total identidade de causa de pedir [de fato e de direito] e pedido.

No mesmo sentido Fredie Didier Jr.⁷¹ a causa repetitiva que autoriza o julgamento antecipado, corresponde à que versa sobre questão jurídica objeto de processo semelhante, e não “idêntico” como se referiu o legislador. O autor explica que “é o que ocorre nos litígios de massa, como as causas previdenciárias, as tributárias, as que envolvem servidores públicos, consumidores ou outros agrupamentos humanos”.

Continua o doutrinador explicando que nessas causas são discutidas normalmente a mesma tese jurídica, distinguindo-se apenas os sujeitos da relação jurídica em discussão. São causas que poderiam ter sido reunidas em ação coletiva.⁷² Assim, já tendo o magistrado concluído em processos anteriores que aquela pretensão não deve ser acolhida, poderá julgar antecipadamente o mérito da causa.

⁶⁹ RAMOS, Glauco Gumerato; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. **A reforma do CPC. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006,p.384.

⁷⁰ Segundo Glauco Gumerato Ramos a expressão “outros casos” deverá ser interpretada como mais de um, ou seja, pelo menos dois casos idênticos. E assevera que, os dois casos anteriores que possibilitarão a utilização do art.285-A, devem ter sido apreciados à luz do contraditório e da ampla defesa e onde tenha sido abordada a mesma matéria de direito cuja respectiva solução foi pela improcedência (CPC, art.269. I).

O supracitado doutrinador, esclarece ainda que, um único precedente equivalente, mesmo que tenha havido amplo debate entre as partes no processo, e ainda que a respectiva improcedência represente uma sentença justa, não autorizará ao mesmo órgão julgante a aplicar o art.285-A. Isto porque, o legislador pretendeu autorizar a resolução imediata desde que ela esteja legitimada na experiência obtida da solução de “outros” casos já apreciados pelo mesmo juízo. Assim, um único precedente equivalente não possui o condão de autorizar a resolução imediata. RAMOS, Glauco Gumerato; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. **A reforma do CPC. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006,p.381.

⁷¹ Flávio Cheim Jorge, Fredie Didier Jr. e Marcelo Abelha Rodrigues, 2006, p.58.

⁷² Têm-se como exemplos da referida situação: discussão de reajuste para uma categoria profissional; inexistência de certo tributo; determinado direito em face de uma concessionária de serviço público etc.

A expressão casos idênticos deve ser interpretada, por isso, como sendo casos semelhantes isto é, que tenham os mesmos fundamentos de fato e de direito (causa de pedir), ainda que o pedido seja diverso.

A identidade de fundamentação das ações⁷³ (e não do pedido), isto é, das teses jurídicas apresentadas pela parte, faz-se essencial, ainda, porque o juiz, ao aplicar o art. 285-A do CPC deverá, reproduzir o teor da primitiva sentença (ou parte nas ações com pedidos cumulados). É evidente que caso seja introduzida tese jurídica nova a sentença paradigma não poderá ser repetida por não se subsumir à integralidade dos fundamentos jurídicos apresentados.

Ademais, o juiz para a prolação da sentença nos casos idênticos, não deve se preocupar com o suposto teor da defesa que será ofertada pelo demandado. Aferindo a improcedência de plano de caso idêntico deve pronunciá-la, independentemente de supor se demandando ofertaria defesa de mérito direta ou indireta. Tal raciocínio se justifica até porque competia ao demandado, caso pretendesse mesmo o reconhecimento da causa modificativa, extintiva ou impeditiva do direito do autor, a provocação prévia do Judiciário, via ação autônoma.

Por fim, como o art. 285-A do CPC faz menção à existência de casos idênticos (plural) e não caso idêntico (singular), de convirmos que exige pelo menos 2 (dois) outros casos no juízo para que no terceiro se possa aplicar o instituto em tela.

2.2.6 Faculdade ou dever de aplicação pelo magistrado

O art. 285-A prevê que a citação do réu “poderá” ser dispensada e em seguida proferida sentença de improcedência, quando presente os requisitos: o ajuizamento de caso idêntico a outro já julgado improcedente no mesmo juízo, e que ambos os processos versem sobre a mesma questão exclusivamente de direito.

A utilização da expressão “poderá” foi inadequada, pois possibilita que se entenda que a aplicação do art.285-A é uma faculdade dada ao magistrado de primeira instância. Ou seja, poder-se-á concluir que o uso do disposto do artigo 285-A é faculdade e não obrigação.

Contudo, se a utilização do art.285-A for entendida como uma faculdade dada ao

⁷³ No mesmo sentido, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: **Terceira etapa da reforma do código de processo civil**- estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado. Org. FREIRE, Rodrigo da Cunha; CALDEIRA, Adriano. Salvador: editora Juspodivm, 2007, p.165.

magistrado, haveria aumento no poder dos juízes de primeiro grau, tendo em vista que lhes possibilita criar uma sentença vinculada, pois uma decisão vinculada as posteriores. Na peça inicial da ADIN, interposta pela AOB, fala-se que o art.285-A estaria criando uma sentença vinculante impeditiva de curso do processo em primeiro grau.

Em publicações recentes, parcela da doutrina⁷⁴ têm entendido que a aplicação do art.285-A consiste em faculdade dada ao magistrado. Não parece ser essa a posição mais acertada.

Preenchidos os pressupostos legais (matéria unicamente de direito; “casos idênticos” no mesmo juízo, sentença de improcedência), estará o juiz obrigado a aplicá-lo⁷⁵.

Luiz Guilherme Marinoni⁷⁶ traz uma alternativa sensata para que seja possível a utilização do art. 285-A. Segundo o doutrinador, o artigo só poderá ser aplicado se o entendimento do juiz estiver em conformidade com a jurisprudência do tribunal ao qual está vinculado. Pois, não há qualquer lógica em admitir que o juiz possa julgar conforme o que decidiu em casos idênticos quando o tribunal ao qual é vinculado já firmou jurisprudência predominante ou editou súmula em sentido contrário. No caso em que o tribunal consolidou entendimento sobre a improcedência das demandas idênticas, a rejeição liminar da ação somente poderá observar a orientação do tribunal. Esse parece ser um meio acertado, na visão do supramencionado autor, para utilização do artigo 285-A, pois seria evitado o arbítrio excessivo dos magistrados.

Nessa toada, a norma posta no artigo 285-A do CPC não é uma faculdade. Trata-se de um dever a ser seguido pelo magistrado, quando preenchidos os requisitos legais, já explanados. Nada o impede, no entanto, de mudar seu posicionamento, desde que o faça fundamentadamente.

Segundo Denis Donoso⁷⁷ pode o magistrado que vinha se utilizando do disposto no art. 285-A

⁷⁴ Essa autorização é uma faculdade e não uma obrigatoriedade. O artigo fala que o juiz “poderá” dispensar a citação e proferir sentença.

⁷⁵ José Joaquim Calmon de Passos (2004, p.33) lembra, ao comentar o art.273 do CPC que trata da tutela antecipada, e no qual foi utilizada a expressão o “juiz poderá”, que inadmissível entender que tenha sido deferido arbítrio ao magistrado, pois no sistema democrático, na democracia e arbítrio não se misturam, e, nem mesmo convivem. Para o doutrinador explicando que o juiz poderá antecipar a tutela quando houver requerimento do autor e se estiverem presentes os pressupostos previstos em lei. E, se a lei, põe os pressupostos de seu deferimento, cria em favor da parte o direito de obtê-la, carecendo de justificativa falar-se em discricionariedade. Mutatis mutantis, ocorre o mesmo na utilização do art.285-A do CPC, pois quando estiverem presentes os pressupostos, o magistrado estará obrigado a utilizá-lo, tendo em vista que não há discricionariedade. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários aos Códigos de Processo Civil**. v. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004,p.33.)

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 55, n. 354, 2006, p. 4.

⁷⁷ DONOSO, Denis. Matéria controvertida unicamente de direito, casos idênticos, dispensa de citação e seus efeitos- primeiras impressões sobre a Lei 11.277/06. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 38, São Paulo: Dialética editora, 2006, p.47-48.

do CPC mudar seu entendimento, já que não se deve falar em vinculação do magistrado, como ocorre, excepcionalmente, nas decisões proferidas em ação declaratória de inconstitucionalidade e na edição de súmula vinculante, cumprindo as partes prejudicadas pelo célere julgamento buscar uma das possibilidades: Se pendente a apelação aguardar seu julgamento, se a decisão da improcedência já transitou em julgado há menos de dois anos, pode-se debater acerca do cabimento da ação rescisória, desde que não tenha havido recurso ao tribunal, muito embora as hipóteses de cabimento do art. 485 do CPC não a contemplem expressamente. Se os dois anos acima referidos já tiverem transcorrido, parece que não exista outra solução à parte prejudicada senão conformar-se.

Obrigar o juiz a aplicar o artigo 285-A do CPC não implica retirar a autonomia e a independência do magistrado. O juiz deve ter liberdade para formar a sua convicção (art. 131/CPC), podendo determinar a citação quando, pela análise da causa de pedir e do pedido, exista dúvida se o caso é idêntico; contudo, não pode desprezar o ordenamento jurídico. Se ele verifica que os casos são idênticos e que estão preenchidos todos os pressupostos para a aplicação do artigo 285-A do CPC, não pode, por mero capricho, deixar de aplicar a lei⁷⁸. Vincular o órgão judicial à aplicação da lei (artigo 285-A do CPC) não fere o princípio do livre convencimento judicial: o juiz é livre para interpretar a lei processual, podendo inclusive sustentar que a regra inserida no CPC fere à Constituição; pode entender que a questão não é unicamente de direito; que envolve fatos que precisam ser esclarecidos; pode, ainda, sustentar que o caso que lhe apresenta não é idêntico aos anteriores; e, no limite, pode alterar o posicionamento adotado nas sentenças pretéritas. Com efeito, o magistrado não pode determinar o prosseguimento do processo, mesmo convicto de estarem presentes os requisitos do artigo 285-A do CPC, pois tal decisão não é razoável, ferindo o direito fundamental à tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º, inc. LXXXVIII, CF).

2.2.7 Dispensa de citação: Uma abordagem sob a ótica dos pressupostos processuais

Note-se que a lei fala em citação do réu para responder ao recurso, o que, à primeira vista

⁷⁸ Em sentido contrário, pelo Enunciado n. 20, resultante do III Curso Regional de Atualização de Magistrados, promovido pela Escola da Magistratura do Paraná, nos dias 21 e 28 de julho de 2006, foi aprovado, por maioria, o seguinte entendimento: “No caso do artigo 285-A do CPC, considerando a dicção ‘poderá’, o grupo concluiu que o juiz não está obrigado a dispensar a citação e proferir sentença. Motivos: dicção legal; livre convencimento pessoal do juiz; necessidade de citação para verificar pedido e causa de pedir e fixar limites da lide; não pode ser ‘deverá’ porque estaria antecipando sentença de procedência”.

poderia indicar uma imprecisão técnica cometida pelo legislador. Contudo, há fortes motivos para se falar em citação, uma vez que como será o primeiro contato do réu com o processo, se exige uma precaução maior para o resguardo dos seus direitos, atingindo-se esse desiderato à medida que o ato citatório é dirigido à pessoa do demandado.

Além disso, afigura-se correto, *in casu*, o emprego do termo citação, já que ela é o ato processual de comunicação ao sujeito passivo da relação jurídica processual (réu ou interessado) de que em face dele foi proposta uma demanda, a fim de que possa, querendo, vir a defender-se ou manifestar-se. Tem, pois, dupla função: a) *in ius vocatio*, convocar o réu a juízo; b) *edictio actionis*, cientificar-lhe do teor da demanda formulada.

A citação é o ato que efetiva o princípio do contraditório. Interessante relembrar a lição de Cândido Rangel Dinamarco⁷⁹ “a citação é um dos atos essenciais de maior importância no processo, pois é a primeira das providências destinadas à efetivação da garantia constitucional do contraditório e da participação dos litigantes”.

A ausência de citação do réu para se manifestar sobre o pedido formulado pelo autor configura a impossibilidade de validação do processo⁸⁰.

Na lição de Fredie Didier Júnior⁸¹ trata-se de condição de eficácia do processo em relação ao réu (artigos 219 e 263 do CPC) e, além disso, requisito de validade dos atos processuais que lhe seguirem.

A citação não serve apenas para chamar o réu para se defender no processo no qual ele tem interesse. Ou seja, devem ser dadas oportunidades de participação efetiva, e para que isso seja possível, faz-se necessário o conhecimento da parte acerca do ato a ser atacado, razão pelo qual o sistema prevê atividades de comunicação processual, que se destinam a oferecer às partes ciência de todos os atos que ocorrem no processo, incluindo-se aí a citação, as intimações e as notificações.

Outrossim, afirma, com acerto, o supramencionado autor que a sentença proferida sem a citação do réu, mas a favor dele, não é inválida nem ineficaz, tendo em vista a absoluta

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁸⁰ Em sentido contrário, ALVIM, José Manoel Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 8.ed. São Paulo: RT, 2003, V. 1, entendendo que a citação é pressuposto de existência do processo.

⁸¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**- Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. Salvador: editora Juspodivm, 2009, p.463.

ausência de prejuízo⁸² (art.249, parágrafos 1º e 2º, CPC)⁸³. Aliás, o indeferimento da petição inicial é uma sentença liminar, com (prescrição e decadência) ou sem julgamento do mérito, favorável ao réu e expressamente prevista no direito processual brasileiro.

Há quem defenda que a falta de citação do réu, como previsto no art.285-A, constitui uma ofensa ao princípio do contraditório, por tolher a possibilidade de informação do réu sobre o processo, e por sacrificar os interesses do autor que buscou o Poder Judiciário para solução de um conflito no qual esteja envolvido. É necessário que se dê ao processo uma estrutura dialética.

Segundo a ADIN interposta pela OAB⁸⁴ a extinção prematura e precipitada do processo, nas condições admitidas pelo art. 285-A do Código de Processo Civil, sacrificaria o princípio constitucional do contraditório (Constituição, art. 5º, LV). Argumenta-se que conforme a acepção hodierna deste princípio, não basta que às partes e assegurem bilateralidade de audiência ou ciência recíproca dos atos que um e outro dos litigantes pratiquem no curso do procedimento.

O contraditório implica em uma garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, (mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (fatos, provas, questões) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.

De outra banda, Glauco Gumerato Ramos⁸⁵ sustenta que a resolução imediata não desrespeita a garantia constitucional do contraditório, pois o réu não sairá prejudicado tendo em vista que a sentença de improcedência lhe prestará de imediato a tutela jurisdicional. E que, não teria

⁸² O mesmo sentido Gelson Amaro de Souza afirma que o art. 214 do CPC fala em nulidade do processo por falta de citação, mas, na forma do art. 249, parágrafo 2º do CPC, somente haverá esta nulidade se o julgamento de mérito prejudicar o réu não citado. No caso previsto no art. 285-A e 295, IV, do CPC, o julgamento desde logo, no início, sem a citação do réu, em nada o prejudica e, por isso, não se há de falar em nulidade do julgamento por ausência dessa formalidade. E, continua o autor: [...] Tempos já se foram em que se dava prioridade às formas processuais e à sua predominância sobre o direito material. (SOUZA, Gelson Amaro de. Sentença de mérito sem citação do réu. **Revista dialética de direito processual**. n.41, São Paulo: Dialética editora, 2006, p.39-52.

⁸³ Artigo 249. O juiz, ao pronunciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§ 1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.

⁸⁴ ADIN interposta pela OAB.

⁸⁵ RAMOS, Glauco Gumerato; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. **A reforma do CPC. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006,p.385.

sentido a consumação da citação, pois esta serve para chamar o réu a se defender em juízo. Logo, se é decretada improcedência do pedido, não resta ao réu interesse para estar em juízo, pois não haverá nada do que se defender.

No mesmo sentido Marco Antônio Ribas Pissurno⁸⁶ afirma que a ausência de citação não implica automaticamente em cerceamento de defesa, porquanto se julgando improcedente a pretensão do autor, o juiz privilegia justamente o réu, que não se submete ao pálio do jogo processual, com todos os ônus e deveres a ele inerentes, e obtém, desde já, a tutela jurisdicional, sem sequer integrar o litígio.

Destaca-se, ainda, a peculiar posição de Gelson Amaro de Souza⁸⁷ para o qual “não se vê razão para tanto alarde e bombardeio contra esta norma reformadora. Ao contrário do que pensam os seus algozes, se ela pecou, não foi em autorizar ao juiz a julgar o mérito sem citação do réu nos casos em que específica, mas por ser muito tímida e não permitir essa mesma providência de maneira ampla, sempre que o juiz perceber, logo de início, que a ação é absolutamente temerária e que, por mais que se dê continuidade ao processo, não há como reverter previsão inicial de improcedência. É ao que se pensa, uma providência salutar e que deve ser ampliada.”

Conclui-se, então, que a ausência da citação, *in casu*, não lesiona o contraditório e as demais garantias processuais. Por cautela, sustenta-se, entretanto, a necessidade de ciência ao réu de que a sentença passou em jugado a seu favor, apesar da omissão da lei.

Como o demandado não constituirá advogado neste primeiro momento, obviamente não há espaço para que o autor seja condenado ao pagamento de honorários advocatícios da parte *ex adversa*, embora a norma também seja silente a este respeito.

O requerido somente precisará contratar advogado caso o autor recorra da sentença de improcedência de plano, quando então será citado para contrarazoar se defendendo. Daí porque condenação em honorários em matéria de julgamento antecipadíssimo da lide, como regra, só se dará em grau de recurso de apelação.

⁸⁶ PISSURNO, Marco Antônio Ribas. **Primeiras impressões sobre o novo art. 285-a do CPC (Lei nº 11.277/06): alguns aspectos práticos da sentença de improcedência liminar em “processos repetitivos”**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 993, 21 mar. 2006, p.3. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8128>>. Acesso em: 18 set. 2006.

⁸⁷ SOUZA, Gelson Amaro de. Sentença de mérito sem citação do réu. **Revista dialética de direito processual**. n.41, São Paulo: Dialética editora, 2006,p.40.

2.2.8 Motivação da sentença da improcedência liminar de mérito

O magistrado, ao aplicar o art.285-A, estará proferindo uma decisão com base em uma decisão anterior. O caput do dispositivo comentado é claro ao dispor que a sentença prolatada no caso paradigma deve ser reproduzida no julgamento liminar nas causas repetitivas.

O movel da norma é dar conhecimento à parte dos fundamentos do rechaçamento do seu pedido, que embora totalmente emprestados de outro caso idêntico, serve perfeitamente para o novo caso.

Por isto, faltou técnica ao legislador ao exigir a reprodução da sentença anteriormente prolatada. Nenhuma sentença é igual à outra, até por terem sido proferidas em ações em elementos distintos (ao menos as partes). Interpreta-se a norma com reprodução dos fundamentos da sentença anteriormente prolatada, o que serve de justificativa também, para a possibilidade de reprodução dos fundamentos que desacolheram um dos pedidos cumulados na parcial procedência.

Deverá ser elaborado relatório do caso apresentado e logo após, na fundamentação deverão ser reproduzidos os fundamentos do julgado paradigma, com referência numérica a pelo menos dois casos que já tiveram curso no juízo e foram desacolhidos. A referência numérica se faz necessária para que a parte possa ter controle com base no sistema informatizado do juízo, livro de registro de feitos, ou pela consulta dos próprios atos dos casos citados, sobre o real desacolhimento dos pleitos pelo juízo em casos anteriores idênticos.

A não citação pelo juízo dos dados dos casos paradigmas (ao menos número do feito) enseja o cabimento de embargos de declaração (art.535 do CPC).⁸⁸

O artigo 285-A possibilita que o juiz utilize motivação *per aliunde*⁸⁹ ou *per relationem*, para quem não as diferencia.

Na concepção do processualista italiano Michele Taruffo⁹⁰ ocorre “quando sobre um ponto decidido, o juiz não elabora uma justificação autônoma *ad hoc*, mas se serve de reenvio à

⁸⁸ Já se decidiu, aliás, que quando do julgamento da ação o juiz mencionar na fundamentação a existência de outro julgado do mesmo teor, cambem embargos de declaração a fim de que se faça juntar aos autos cópia do referido julgado a fim de que a parte possa tomar conhecimento do seu teor. (STF, RT670/167).

⁸⁹ Neste trabalho segue-se o entendimento de Wilson Alves de Souza para quem não deve ser confundida a motivação *per aliunde* com *per relationem*, por serem totalmente distintas. SOUZA, Wilson Alves de. Sentença Civil imotivada. Salvador: editora Juspodivm, 2008,p.204-206.

⁹⁰ TARUFFO, Michele. 1975.p422.

justificação contida em outra decisão”.⁹¹

Para o processualista, a jurisprudência italiana tem rejeitado a motivação *per relationem* quando a fundamentação da decisão limita-se ao mero *rinvio ad altre decisione*, uma vez que tal expediente não permite o controle da decisão proferida.

Entendendo-se que o artigo 285-A possibilita que o juiz profira decisão *per relationem* haverá violação ao preceito constitucional da motivação das decisões judiciais.⁹²

José Carlos Barbosa Moreira⁹³ destaca que para a observância do dever de motivação das decisões judiciais concorrem razões de ordem técnica, quais sejam: correta interpretação do julgado e utilização adequada dos meios de impugnação das decisões judiciais. E razões de ordem política: aferição da imparcialidade do juiz, legalidade da decisão e efetividade de contraditório.

José Joaquim Gomes Canotilho⁹⁴ também explica as razões fundamentais de se exigir a fundamentação das decisões judiciais: 1) *controle* da administração da justiça; 2) exclusão do carácter voluntarístico e subjectivo do exercício da actividade jurisdicional e abertura do conhecimento da racionalidade e coerência argumentativa dos juizes; 3) melhor estruturação dos eventuais recursos, permitindo às partes em juízo um recorte mais preciso e mais rigoroso dos vícios das decisões judiciais recorridas.

Quanto a terceira razão apresentada, importante ressaltar que sendo utilizado o art.285-A do CPC, e não sendo fundamentada a decisão, o autor não saberá precisamente sobre o quê irá apelar (previsão do §1º do art.285-A).

Sobre a importância da fundamentação das decisões judiciais, colha-se o ensinamento da jurisprudência que emana do STJ:

A fundamentação das decisões judiciais do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da constituição da República, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do

⁹¹ *In linea de massima, si há motivazione per relationem, quando su un punto deciso giudice non elabora una giustificazione autonoma, da hoc, ma si serve Del einvio allá giustificazione contenuta in um “altra sentenza. (TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975. p.422).*

⁹² O artigo 93 da Constituição Federal de 1988 (2006, p.64) dispõe que: IX – 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, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito. À intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. 1980, **Op Cit.**, p.86-89.

⁹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993,p.621

direito que a substanciam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e dos efeitos dela resultantes. Tal fundamentação, para mais, deve ser deduzida em relação necessária com as questões do direito e de fato postas na pretensão e na sua resistência, dentro dos limites do pedido, não se confundindo, de modo algum, com a simples reprodução de expressões ou termos legais, postos em relação não raramente com fatos e juízos abstratos, inidôneos à incidência da norma invocada⁹⁵.

Assim, a violação ao dever de motivação das decisões judiciais implica em ofensa ao devido processo legal. E o artigo 285-A nada dispõe sob a fundamentação da decisão; bastando que na sentença se transcreva a fundamentação da decisão anteriormente prolatada em “caso idêntico”. Fica evidente que a decisão *per relationem* constitui vício insanável à sentença, que com tal característica deve ser considerada nula.

Destarte, para que a decisão proferida em razão do artigo 285-A não padeça de nulidade, é imprescindível que o magistrado explique quais as razões para os casos serem considerados idênticos. Expondo detalhadamente as semelhanças relevantes entre os casos, que justifiquem o tratamento jurídico paritário⁹⁶.

No mesmo sentido, Ernane Fidélis dos Santos⁹⁷ acentua que a sentença em comento deve ter os requisitos básicos de respectiva fundamentação, não bastando referência ao julgado passado.

O próprio IBDP na petição em que requereu sua habilitação como *amicus curie* na ADIN ajuizada pela OAB, afirma que para correta incidência do art. 285-A do Código de Processo Civil, faz-se necessário que o juiz motive e fundamente a sentença, explicando porque decidiu de um e em outro sentido. Da mesma forma que ocorre quando profere qualquer decisão, tendo em vista que a fundamentação das decisões judiciais é imposição constitucional (art. 93, IX, da Constituição Federal) e infraconstitucional (arts. 165 e 469, *caput*, do Código de Processo Civil).

Há, nesse sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal cuja menção se faz pertinente:

Se, em qualquer das instâncias ocorreu vício de julgamento, por falta de fundamentação ou de adequado exame das questões de fato e de direito, isso, se for verdade, configurará nulidade

⁹⁵ (HC 18267, 6ª Turma do STJ, rel. Min. HAMILTON CARVALHO, j. 10.09.2002, DJ 23.06.2003, p.444).

⁹⁶ SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Harold. Reflexões sobre a art.285-A do código de processo civil. **Revista de Processo**. Ano 31. n. 133. Coordenadora: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Revista dos Tribunais, 2006, p.141.

⁹⁷ SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Op Cit.*, p.148.

de caráter processual, mas não denegação de jurisdição, de molde a afrontar a norma constitucional focalizada (inc. XXXV do art. 5º da CF). (AI 185.669-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 29/11/96, em “A Constituição e o Supremo”).

E, reforçando esse entendimento, esclarece que mesmo o final do *caput* do art. 285-A permita que a sentença ”paradigmática” seja “reproduzida” no caso novo, isto não significa dizer que ao magistrado será possível deixar de explicar por que, na sua opinião, os casos são “idênticos”, autorizando a incidência da novel regra. E se, isto não se verificar nos procedimentos forenses, deverá ser perseguida no específico caso concreto, por meio de recursos que estão previstos no §§1º e 2º do art. 285-A.

O dever de motivação das decisões judiciais encontra base constitucional, logo deverá ser observado por qualquer norma.

Ainda quanto ao princípio do devido processo legal, a ADIN aponta que haverá a sua violação porque o feito terá seu curso abreviado com fundamento em sentença cuja publicidade é inexistente, findando o processo sem examinar as alegações do autor.

Luiz Guilherme Marinoni, advertindo para a circunstância de que o processo jurisdicional deve refletir o Estado Democrático de Direito, de que é uma espécie de “microcosmos”, assevera que a “ideia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição do ato de poder, ou seja, à decisão”. Porém, participação pressupõe informação. Por isso, o devido processo legal requer a conjugação dos princípios constitucionais do contraditório, da publicidade e da motivação. Tais princípios adquirem uma roupagem política, querendo dar ênfase à necessidade de uma efetiva participação no processo.

Não corresponde ao modelo do Estado Democrático de Direito o processo no qual não há qualquer possibilidade de participação das partes (principalmente autor), no sentido de poder influir sobre a sentença e a sua motivação.

Em virtude da natureza constitucional do contraditório, sua observância deverá ser não apenas formal, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem.

2.2.9 Natureza da sentença

Interpretando-se textualmente o dispositivo 285-A, extrai-se o entendimento de que a sentença por ele tratada tem natureza de sentença de mérito, vale dizer, definitiva, enquadrando-se no disposto no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil: “Haverá resolução de mérito: I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor”.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni⁹⁸ afirma que a sentença prevista no artigo 285-A corresponde a uma sentença de mérito, de improcedência com fundamento no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil, e não hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito. Fazendo assim, coisa julgada material, e impedindo então, a repositura da ação.

Há quem entenda que a sentença, ora referida, é fundada em cognição sumária e, por conseguinte, não operaria coisa julgada. Posição esta que não merece prosperar⁹⁹.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni. *Op. Cit.*, p.144.

⁹⁹ Contudo, é difícil conceber que o juiz prolate uma sentença de mérito sem ter sido instaurado e contraditório. É este que possibilita a plena convicção do magistrado diante da apuração dos fatos. A cognição dos fatos é sumária quando se aplica o artigo 285-A.

O pronunciamento anterior do magistrado ganha corpo de coisa julgada material. O que não pode ocorrer, tendo em vista que não há como compatibilizar coisa julgada material com cognição sumária. Nesse sentido, afirma-se que a cognição sumária de tipo vertical é incompatível com a coisa julgada. Ao conceituar a cognição sumária, o autor sustenta que:

Processo cujo momento da sentença encontra-se de ampla permissão de instrução e debate é de cognição exauriente. Já quando a lei prevê que o pronunciamento judicial não será precedido de tal leque de oportunidades, a cognição é sumária (superficial).

A cognição sumária, conforme dito, não permite o conhecimento aprofundado do objeto cognoscível, fazendo surgir tão somente um juízo de probabilidade acerca da afirmação do fato realizada em juízo.

Este juízo de probabilidade, se é o único compatível nas hipóteses de urgência, com a prestação jurisdicional pronta e eficaz, não pode fazer surgir a imutabilidade própria à coisa julgada material.

Assim, o juiz ao sentenciar com base na cognição sumária, invocando precedente do próprio juízo, estaria julgando hipoteticamente e, por consequência, a sentença mencionada no artigo 285-A teria natureza de sentença de inadmissibilidade da ação em razão da impossibilidade jurídica do pedido, e não sentença com resolução do mérito. Comungam desde entendimento SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo de. *Op. Cit.*, 2006, p.144.

Os supracitados doutrinadores afirmam ainda que o julgamento realizado com base no novel artigo ocorre *in status assertionis e inaudita altera pars*, não podendo a decisão, em razão dessas características, cristalizar-se em coisa julgada material.

O julgamento liminar, mesmo considerando que não forme coisa julgada material, inibirá a repositura da ação por dois motivos:

Um, de índole psicológica, que é a existência de “precedente” desfavorável ao autor; b) outro, de ordem econômica, que é a necessidade de o autor pagar os ônus sucumbenciais do processo findo (art.268 c/c art.267, I do CPC).

Diante das considerações expostas, percebe-se que não está, e nem estará tão cedo pacificado na doutrina a natureza da sentença mencionada no artigo 285-A.

Contudo, é imperioso saber que os preceitos do devido processo legal impõem que para que se concretize o processo decisório, é necessário que a cognição seja plana, sendo, portanto, inafastável a manifestação do réu. Destarte, não há como prolatar sentença sem que se instaure o contraditório para o convencimento pugnante do magistrado. SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo de. *Op. Cit.*, 2006, p.144.

Fredie Didier Jr. entende que não há qualquer violação à garantia do contraditório, ao argumento de que se trata de um julgamento pela improcedência. O que não acarretará qualquer prejuízo para o réu, pois a sentença prolatada lhe favorecerá.

Assim, a sentença prolatada no julgamento liminar de mérito das demandas repetitivas tem natureza de sentença de mérito, vale dizer, definitiva, apta a ficar imune pela coisa Julgada material.

2.3 A APELAÇÃO PREVISTA NOS PARÁGRAFOS DO ART. 285-A DO CPC

Tendo a decisão proferida com fundamento no art. 285-A do CPC conteúdo de sentença de mérito, vale dizer, definitiva, ela desafia recurso de apelação¹⁰⁰ conforme preceitua o parágrafo 1º do próprio dispositivo¹⁰¹.

Não há por razões óbvias, espaço para emenda à inicial, já que não se trata de “ defeito suprível”, de modo que a sentença liminar de rejeição deve ser dada de pronto¹⁰².

No mesmo sentido de que já era previsto para a hipótese de indeferimento da inicial (art.296, CPC)¹⁰³, também aqui a norma permite ao juízo se retratar após o recebimento do recurso, determinando o prosseguimento da ação em seus regulares termos, como por exemplo, quando o juiz verificar que o caso não podia ser objeto de julgamento liminar de mérito nas causas repetitivas, seja pela matéria a ser provada, seja pela diversidade com o caso paradigma.

A decisão que tem o condão de extinguir o processo com julgamento do mérito, sem que haja observância do contraditório e da ampla defesa, equivale à decisão *in limine*, o que não é próprio do devido processo legal. SÁ, Djanira Maria Radamés de; PIMENTA, Haroldo de. *Op. Cit.*,2006, p.138.

¹⁰⁰ Em razão do princípio da dialeticidade todo recurso deverá conter fundamentação, ainda que sucinta, como no caso do recurso de agravo retido interposto oralmente em audiência. Diante disso, o recurso de apelação interposto contra a sentença de indeferimento liminar de improcedência deverá ser necessariamente fundamentado, restando a questão de quais serão esses fundamentos e, por conseqüência, lógica e natural, qual será o pedido do autor-apelante.

¹⁰¹[...] § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

¹⁰² Em sentido idêntico: MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 55, n. 354, 2007, p. 1-10.

¹⁰³ O § 1º traz a possibilidade de retratação do magistrado em que, interposta apelação pelo autor, o juiz poderá reformar a sentença e determinar o prosseguimento do feito. Trata-se da mesma possibilidade do artigo 296 do Código de Processo Civil:

Diferentemente, entretanto, do art. 296¹⁰⁴ do CPC, mantida a sentença de improcedência liminar, será determinada a citação do réu¹⁰⁵ para responder ao recurso (art. 285-A, parágrafo 2º do CPC), na esteira do que a jurisprudência já entendia ser de rigor nos casos de indeferimento da inicial pela prescrição ou decadência (art. 295, IV, c.c art. 269, IV, do CPC.

Tal disposição, ao nosso ver¹⁰⁶, acertadíssima, assegura ao demandado vencedor a plenitude de defesa, pois, tendo sido julgado liminarmente o feito com resolução do mérito, eventual manutenção da decisão pela superior instância terá seus efeitos imutabilizados pela coisa julgada, conforme se constatará, com mais vagar, o capítulo subsequente.

Assim, diversamente dos casos de indeferimento da inicial sem resolução do mérito (296 do CPC)- onde eventual manutenção da sentença não obstará o reajuizamento da ação e, portanto, de qualquer modo, o réu voltará a ser importunado no futuro- na improcedência de plano, tanto quanto no acolhimento liminar da prescrição ou decadência, manifesta-se o interesse do acusado de acompanhar o julgamento da apelação e lutar pela manutenção da decisão, que pode sepultar definitivamente (e não temporariamente) a pretensão do autor da ação.

Como analisado alhures, não há controvérsias quanto à natureza da sentença prevista no artigo 285-A. Considerando-se que a sentença que indefere o pedido seja sentença de mérito, a apelação deverá versar sobre o mérito da demanda.

Fredie Didier Jr.¹⁰⁷ as contrarrazões do réu terão conteúdo muito semelhante ao de uma contestação, por conta de ser a sua primeira manifestação no processo. E, além disso, o réu defenderá a sentença, reforçando a argumentação do magistrado.

Atente-se ainda para o fato de que toda a discussão da matéria será remetida para a segunda instância, que irá apreciar a apelação e a resposta do réu.

Não se pode deixar de apontar para o fato de que embora o artigo 285-A permita a interposição do recurso de apelação pelo autor-vencido, essa conduta judicial importará, para uma parcela da doutrina, em supressão de instância, haja vista que, sendo o mesmo admitido, a causa será submetida diretamente à apreciação do Tribunal sem o exame pelo órgão

¹⁰⁴ “Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultando ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, reformar sua decisão”.

A diferença entre os dispositivos é o prazo, já que o §1º do art. 285-A estabelece o prazo de 5 (cinco) dias, e não de quarenta e oito horas como o previsto no artigo 296 do CPC.

¹⁰⁵ § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

¹⁰⁶ No mesmo sentido:

¹⁰⁷ DIDIER JR, Fredie. *Op. Cit.*, 2006, p.59.

jurisdicional *a quo*.

Assim, poderá ocorrer de o Tribunal, optando por reformar a sentença impugnada, examinar também o mérito e julgar procedente a demanda; ao invés de determinar a devolução dos autos à primeira instância, por se tratar de causa cujo julgamento dispensa a produção de provas¹⁰⁸.

O tribunal poderia fazer isto ao argumento de que o réu já apresentou a defesa, em forma de contrarrazões, e a causa dispensa atividade probatória em audiência (está pronta para ser decidida, em uma aplicação analógica do art. 515, §3, do CPC). Assim, o réu deverá elaborar as suas contrarrazões considerando essa circunstância.

Em princípio, o tribunal não deve avançar o exame de temas não decididos ainda em primeiro grau, para que não seja violado o duplo grau de jurisdição¹⁰⁹. Contudo, essa idéia vem

¹⁰⁸ Tendo em vista que as questões de fato se provam por prova documental.

¹⁰⁹ O duplo grau de jurisdição estava previsto expressamente no art.158 da Constituição do Império de 1824 como garantia absoluta, permitindo que a causa fosse apreciada quando a parte quisesse pelo Tribunal da Relação (hoje, Tribunal de Justiça). Contudo, as constituições posteriores se limitaram a mencionar a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. Cit.*, 2006 p.211).

Por conta disso, há divergência doutrinária quanto à imposição ou não do princípio do duplo grau de jurisdição, se ele seria uma garantia fundamental.

Assim, parte da doutrina pátria, como por exemplo, Nelson Nery Junior e Oreste Nestor de Souza (1995, p.93), entende que há previsão para a existência de recurso implicitamente, mas não da garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição. Por conta disto, admite-se ao legislador infraconstitucional limitar o direito ao recurso. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. Cit.*, 2006 p.211).

Em outro sentido, Djanira Maria Radamés de Sá entende que a lei ordinária não pode limitar o recurso de apelação, pois ao jurisdicionado é sempre dada a possibilidade de revisão judicial da sentença que lhe fora adversa. (SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999, p.99-102).

Contudo, segundo Nelson Nery Junior não poderá haver limitação ao cabimento dos recursos especial ou extraordinário que eram permitidos pelo art. 119 §1º da Constituição Federal de 1969, porque a Constituição Federal de 1988 não os restringiu. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. Cit.*, 2006 p.212).

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, dispõe em seu art.8º, n.2, letra h, *in verbis*: Artigo 8º - Garantias judiciais [...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente aprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Segundo Nelson Nery Junior a garantia expressa no tratado parece não alcançar o direito processual como um todo, mas somente o âmbito do direito processual penal. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Op. Cit.*, 2006 p.212).

Por outro lado, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entendem que o duplo grau de jurisdição é acolhido pela generalidade dos sistemas processuais contemporâneos. E que, o principal fundamento para a sua aceitação é de natureza política, pois nenhum ato estatal pode ficar imune aos necessários controles.(

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. ed. São Paulo: Malheiros, 2003,p.75.).

Segundo J. J. Gomes Canotilho o direito a um duplo grau de jurisdição é, *prima facie* um direito fundamental, mas a regra, - que não poderá ser subvertida pelo legislador, não obstante a liberdade de conformação deste, desde logo quanto ao valor das alçadas -, é da existência de duas instâncias quanto a “matérias de fato” e de uma instância de revisão quanto a “questões de direito” (cfr. M. Wolf, *Gerichtsverfassungsrecht aller*

cedendo espaço por ponta de duas exceções postas no regime da apelação. Quais sejam: os § 3º e 4º do art. 515 do CPC¹¹⁰.

Importante analisar o § 3º do art. 515¹¹¹ do Código de Processo Civil:

Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹¹² causa “madura” para o julgamento é aquela em que as partes não tenham mais provas á produzir, ou seja, em que não existe necessidade de maior elucidação dos fatos. A matéria já foi amplamente discutida no processo.

Alexandre Freitas Câmara¹¹³ explicando o procedimento da apelação, afirma que não se pode admitir que o mérito da causa seja apreciado pelo Tribunal *ad quem* se a causa ainda não estiver em condições de imediato julgamento. E traz um exemplo que configura justamente a hipótese trazida pelo artigo 285-A:

Pense-se, por exemplo, em um caso em que o juízo de primeiro grau tenha indeferido liminarmente a petição inicial. Ao julgar a apelação contra esta sentença não poderá o tribunal pronunciar-se sobre o mérito, já que a causa não está em condições de ser julgada. De outro lado, tendo sido proferida uma sentença terminativa, poderá o tribunal, em grau de apelação, pronunciar-se desde logo sobre o mérito da causa.

Para a aplicação art. 515 § 3º, além da exigência de que a causa esteja em condições de imediato julgamento, ou como explicado “madura”, a sentença que extinguiu o feito em primeiro grau deve ter sido terminativa (art.267 do CPC), ou seja, não houve julgamento do processo pelo Tribunal quando interposta a apelação.

Ademais, por não poder ser utilizado o disposto no art. 515 § 3º, o interesse do legislador em diminuir o tempo do processo, restará frustrado, pois o autor terá que suportar o processo por mais tempo, pois o feito deverá ser remetido à primeira instância.

Em recente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro ao se manifestar sobre apelação contra sentença proferida com base no

Verfahrenszweige. 1987, p.121 e SS). A extinção de instâncias relativamente a processos pendentes pode colocar problemas relacionados com os princípios da protecção da confiança e do juiz legal (cfr. A TC 338/86, in DR, II, nº 65, de 19-3-870). (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Op. Cit.*, p.214.)

¹¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. 2006, p.541-542.

¹¹¹ Art. 515 - A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art.267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. 2006, p. 542.

¹¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. v.1, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005,p.90.

art.285-A se posicionou da seguinte forma:

PREVIDÊNCIA PÚBLICA IPERGS. FILHA SOLTEIRA. AÇÃO ORDINÁRIA. INDEFERIMENTO DA INICIAL POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESCABIMENTO. SUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS QUE INSTRUÍRAM A PETIÇÃO INICIAL. MATÉRIA CONTROVERTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO MÉRITO PELA DECISÃO QUE INDEFERIU A INICIAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 285-A DO CPC, INCLUÍDO PELA LEI Nº 11.277/06 SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.
[...] cumpre referir que não se faz, neste grau de apelação, qualquer análise sobre o mérito da causa, de modo que o mesmo será devolvido ao exame do eminente magistrado *a quo.*, que poderá indeferir a inicial com base em outro fundamento, inclusive, se for o caso, com base no artigo 285-a, do CPC. (Des. Relator Carlos Eduardo Zietlow Duro, p.06)

A outra hipótese em que o tribunal pode examinar tema não decidido em primeiro grau de jurisdição, é a do § 4º¹¹⁴ do art. 515 do CPC, que foi introduzido pela Lei 11.276/06. Ele permite ao tribunal, verificando a ocorrência de vício sanável, determinar a regularização do feito com a eliminação do vício, ou seja, poderá determinar a realização de diligência a fim de sanar-se eventual irregularidade existente no processo. As partes serão intimadas, e após isso, sendo possível, prosseguirá no julgamento da apelação, evitando remeter o feito ao primeiro grau para retomada do julgamento.¹¹⁵ Busca a celeridade do processo.

Deve-se observar também que o artigo não traz qualquer restrição para que o autor possa alegar matéria de fato na apelação, assim, poderá o réu ser surpreendido por um julgamento do Tribunal.

Pode ocorrer também o fato de o réu surpreender o autor alegando matérias de fato nas contrarrazões. É conhecido que não se pode piorar a situação do recorrente em sede recursal devido à proibição da *reformatio in pejus*.¹¹⁶¹¹⁷

Ressalte-se que o réu irá se manifestar pela primeira vez em sede recursal, ele não participou do processo em primeira instância, tendo em vista que não foi citado.

¹¹⁴ Artigo 515 § 4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.

¹¹⁵ O objeto de estudo desta dissertação não permite o estudo aprofundado no tocante ao § 4º art. 515 do CPC.

¹¹⁶ Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro¹¹⁶ (2006, p.62) afirmam que não é lícito ao órgão *ad quem* exercer sobre parte favorável da sentença impugnada que foi favorável ao recorrente, atividade cognitiva, muito menos retirar, no todo ou em parte, a vantagem obtida com o pronunciamento de grau inferior (proibição de *reformatio in pejus*).

¹¹⁷ Colha-se entendimento do STF sobre a proibição da *reformatio in pejus*:

Não é possível o agravamento da situação da parte autora/apelante, por ocasião do julgamento do recurso no tribunal, pois é inadmissível o “*reformatio in pejus*”. “O efeito translativo do art. 515, §§ 1º e 2º, do CPC não autoriza *reformatio in pejus*, vale dizer, que o Tribunal, ao conhecer e negar provimento à única apelação do processo, ou seja, a do vencido até então demanda, promova um agravamento da sua situação, conforme ocorre no caso presente, com a extinção do processo, sem julgamento de mérito, em face da impropriedade do rito processual. Precedentes do STJ”. (REsp 640860 / RJ – Ministro FERNANDO GONÇALVES – 4ª T. – DJ 05.09.2005 p.420).

3 ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA IMPROCEDÊNCIA *PRIMA FACIE*

3.1 PROCESSOS REPETITIVOS E ATUAÇÃO JURISDICIONAL

3.1.1 A cognição judicial e coisa julgada. Sentença *initio litis* produz coisa julgada?

A cognição como ser vislumbrada como importante técnica de adequação do processo à natureza do direito ou à peculiaridade da pretensão a ser tutelada¹¹⁸.

Considera-se a cognição "prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.¹¹⁹

A construção dos procedimentos, de sua banda, é feita mediante a combinação das diversas modalidades de cognição; a partir desta manipulação, o legislador concebe os procedimentos diferenciados e adaptados às várias especificidades do direito ou das pretensões materiais. Podem-se criar procedimentos de cognição sumária (ineptos para a produção de coisa julgada) ou procedimentos em que a cognição será sempre exauriente (hábeis, assim, a, preenchidos outros requisitos, gerar a *res iudicata*)¹²⁰.

O fenômeno cognitivo pode ser vislumbrado em dois planos, conforme o estudo de Kazuo Watanabe¹²¹.

Inicialmente destaca-se, o plano horizontal, que diz respeito à extensão e à amplitude das questões que podem ser objeto da cognição (no direito brasileiro, o trinômio de categorias processuais: condições da ação, pressupostos processuais e mérito da causa). Aqui se definem

¹¹⁸ Kazuo Watanabe alerta que a maioria da doutrina tradicional, ao classificar as ações de conhecimento, ações executivas e ações cautelares, leva em conta, também, a cognição e não apenas a natureza do provimento ou da tutela reclamada. WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3.ed. rev. ampliada. São Paulo: editora DPJ, 2005, p.41.

¹¹⁹ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3.ed. rev. ampliada. São Paulo: editora DPJ, 2005, p.67.

¹²⁰ DIDIER JR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada**: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>>. Acesso em: 14 fev. 2010.

¹²¹ WATANABE, Kazuo. *Op. Cit.*, p.127-139.

quais as questões pode o magistrado examinar. A cognição, assim, poder ser: a) plena: não há limitação ao quê o juiz conhecer; b) parcial ou limitada: limita-se o quê o juiz pode conhecer. O procedimento comum é pleno, na medida em que não há qualquer restrição da matéria a ser posta sob apreciação; o rito da desapropriação, no entanto, é de cognição limitada, porquanto não se possa, em seu bojo, discutir a validade do ato expropriatório.

Em segundo lugar, o plano vertical (profundidade), que diz respeito ao modo como as questões serão conhecidas pelo magistrado. Aqui se responde à pergunta: de que forma o órgão jurisdicional conheceu aquilo que lhe foi posto à apreciação? Poderá ser, portanto, exauriente ou sumária, conforme seja completo (profundo) ou não o exame.

Combinam-se estas modalidades de cognição, conforme se anunciou, para a formação dos procedimentos.

Há aqueles de cognição plena e exauriente, os quais compõem a regra, sendo principal exemplo o rito ordinário. A solução dos conflitos de interesses é buscada através de provimento que se assente em procedimento plenário quanto à extensão do debate das partes e da cognição do juiz, e completo quanto à profundidade desta mesma cognição. Decisões proferidas aqui são, por exemplo, aquelas dos procedimentos comuns (ordinário, sumário ou o dos Juizados Especiais Cíveis), passíveis de produção de coisa julgada material. Prestigia-se o valor segurança¹²².

A cognição pode ser parcial e exauriente: a limitação é apenas do quê; quanto aos pontos e questões que podem ser resolvidos a cognição é exauriente, de sorte que a sentença (julgado) tem aptidão para produzir coisa julgada material. Ao estabelecer as limitações, o legislador leva em conta (a) as peculiaridades do direito material, e/ou, (b) necessidade de tornar o processo mais célere. Ressalva-se, todavia, o direito de questionar os pontos controvertidos excluídos em ação autônoma. Há o prestígio dos valores certeza e celeridade, na medida em que se permite o surgimento de uma sentença em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa¹²³.

A cognição poderá ser, ainda, plena e exauriente "*secundum eventum probationis*": sem limitação à extensão da matéria a ser debatida em juízo, mas com o condicionamento da

¹²² DIDIER JR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada**: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>>. Acesso em: 14 fev. 2010.

¹²³ São exemplos referenciados por Fredie Didier: a) conversão da separação judicial em divórcio (art. 36, parágrafo único, LF 6.515/77); b) embargos de terceiro (art. 1054); c) busca e apreensão da lei de alienação fiduciária; d) desapropriação. (DIDIER JR, Fredie. *Op. Cit*, p.3.)

profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes. Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não, conforme os elementos de convicção, ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita-se, quando em jogo interesse coletivo e indisponível, a formação de coisa julgada material, a recobrir juízo de certeza fundado em prova insuficiente. A decisão da questão está condicionada à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, com base na prova existente dos autos (e permitida para o procedimento), efetivar. À conclusão de insuficiência, o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando a autoridade de coisa julgada material.

Fredie Didier¹²⁴ destaca, ainda, a cognição eventual, plena ou limitada, e exauriente (*secundum eventum defensionis*): somente haverá cognição se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, eis porque eventual. São exemplos: a) ação monitória¹²⁵ e b) ação de prestação de contas¹²⁶.

O referido autor finaliza referindo-se à cognição sumária, a qual conduz aos chamados juízos de probabilidade e verossimilhança; conduz às decisões que ficam limitadas a afirmar o provável, que, por isso mesmo, são decisões provisórias. Tem por objetivos assegurar a viabilidade da realização de um direito ameaçado por perigo de dano iminente (tutela cautelar, em que há cognição sumária do direito acautelado) ou realizar antecipadamente um direito (tutela antecipada).

Caracteriza-se, principalmente, pela circunstância de não ensejar coisa julgada material.

Cumpra observar o regime da coisa julgada nas sentenças proferidas *initio litis*¹²⁷, em especial naquela proferida em conformidade com artigo 285-A.

Pelo exposto no segundo capítulo desse trabalho, já se concluiu que o referido artigo criou mecanismo que permite ao juiz, nos casos de processos repetitivos, obedecidos os requisitos, também já especificados, proferir, desde logo, uma decisão reproduzindo a anteriormente prolatada, servindo-se da motivação dos pretéritos comandos decisórios.

¹²⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**- Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. Salvador: editora Juspodivm, 2009.

¹²⁵ Artigos 1.102-A e seguintes.

¹²⁶ Arts. 914-919 do CPC.

¹²⁷ Não é razoável confundir motivação *per relacionem* com àquela proveniente da sentença proferida na hipótese do art. 285-A, já que a primeira é aquela em que o juiz ao invés de apresentar motivos próprios se reporta a motivos apresentados por outrem (partes, membro do Ministério Público, juiz de primeiro grau em relação ao juiz do recurso etc.) no mesmo processo. SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada**- Caracterização da sentença civil imotivada no Direito Brasileiro. Salvador: editora Juspodivm, 2008, p.204.

Wilson Alves¹²⁸ apelida a supracitada motivação de *aliunde*, segundo a qual o juiz invoca como razões de decidir os motivos de decisão prolatada em outro processo.

Para ele não se deve recusar tal modo de motivação, como também não há porque rejeitar teses de doutrinadores em obras científicas expostas em sentenças como motivação. As teses jurídicas postas nos julgados nada mais são do que “doutrina dos juízes”. Alerta, no entanto, para a necessidade de verificar se o precedente tido como paradigma está fundamentado e se o caso a que ele se refere não tem variação fática em relação ao caso em julgamento, na medida em que uma mínima variação fática pode importar em diverso resultado no julgamento.

Ademais, José Henrique Mouta Araújo¹²⁹ destaca que importa para a formação ou não da coisa julgada a apreciação da questão principal em cognição exauriente, mesmo que diante de um procedimento que possui grau de cognição restrita. As tutelas concedidas mediante cognição sumária não são aptas à formação de coisa julgada¹³⁰.

Assim, levando-se em consideração que sempre foi admissível no sistema processual a prolatação de sentenças liminares de mérito quando da ocorrência da prescrição e decadência, mesmo antes da citação do réu com aptidão para imunização pela coisa julgada, não assiste razão para não aceitação da ocorrência da coisa julgada na hipótese do artigo 285-A, já que tais pronunciamentos definitivos *inaudita altera pars* serão apenas favoráveis ao réu¹³¹.

Por fim, decidindo com fundamento no artigo 285-A, o juiz emite, então, pronunciamento de rejeição do pedido. Logo, não havendo apelação a sentença faz coisa julgada material¹³².

¹²⁸ SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada**- Caracterização da sentença civil imotivada no Direito Brasileiro. Salvador: editora Juspodivm, 2008, p.206.

¹²⁹ ARAÚJO, José Henrique Mouta. Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações e críticas. **Revista Dialética de direito processual**. n.37, São Paulo: Dialética, 2006, p.71.

¹³⁰ Em que pese a contradição existente entre os arts. 267, I e 295, IV, do CPC, sempre foi admissível no sistema processual a prolatação de sentenças liminares de mérito mesmo antes da citação do réu com aptidão para imunização pela coisa julgada.

¹³¹ Em sentido contrário, Marco Antônio Ribas Pissurno conclui que, tal espécie de sentença definitiva não passível de produzir coisa julgada formal e material, agride os imediatos interesses do autor que busca o Poder Judiciário para sanar, mediante cognição plena e exauriente, o conflito de interesses qualificado pela pretensão resistida e não para receber um pronunciamento açodado de mérito, sem que ao menos seja o réu citado. PISSURNO, Marco Antônio Ribas. **Primeiras impressões sobre o novo art. 285-a do CPC (Lei nº 11.277/06): alguns aspectos práticos da sentença de improcedência liminar em “processos repetitivos”**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 993, 21 mar. 2006, p.3. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8128>>. Acesso em: 18 set. 2006.

¹³² No mesmo sentido Frederico Augusto Leopoldino Koehler assevera que não há como negar que a sentença liminar de improcedência ocasionará, após o trânsito em julgado, a formação da coisa julgada material, à medida que o mérito da lide foi devidamente apreciado e decidido. Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (artigo 285-A do CPC). **Revista Dialética de direito processual**. n.41, São Paulo: Dialética editora, 2006, p.75.

3.1.2 Analogia entre a sentença proferida com base no art. 285-A e a decisão interlocutória liminar concedida *initio litis*

O Código permite ao juiz conceder ao autor (e, portanto, contra o réu) liminar de mérito. É o que se verifica na antecipação de tutela¹³³ e nas liminares em geral, *ex vi* da ação possessória¹³⁴, do mandado de segurança¹³⁵, da ação civil pública¹³⁶ etc., concedidas *inaudita altera pars*.

As normas autorizativas desses pronunciamentos antecipatórios são constitucionais. Da demonstração de sua constitucionalidade, inclusive, já se ocupou a doutrina e a jurisprudência; sendo prescindível dizer, aqui, o óbvio.

Decisões liminares são diuturnamente exaradas contra o réu sem sua oitiva, que, em verdade, só ocorrerá a posteriori. Não raro, o demandado apenas toma conhecimento de uma decisão contra si proferida quando é efetivada no mundo fático.

Neste caso, o contraditório é preservado na medida em que é permitido ao prejudicado manifestar-se no feito, podendo impugnar a decisão liminar através de recurso ou, quiçá, por pedido de reconsideração.

Ressaltemos que a decisão antecipatória, deferida sem oitiva do réu, tem conteúdo semelhante a uma sentença (muito embora não tenha a sua forma), pois decide – ainda que parcialmente – o mérito da causa.

Nesse enfoque, conquanto possa o juiz – com o devido amparo constitucional – conceder liminar meritória contra um réu sem citá-lo, com muito maior razão, o magistrado poderá beneficiá-lo com sentença de mérito.

Não se diga que, no caso das liminares, o permissivo da decisão *inaudita* reside no fato de ser ela interlocutória e não sentença. Esse fundamento parece desarrazoado, pois, independentemente de ser decisão interlocutória ou sentença, ambas são pronunciamentos provisórios de mérito, na medida em que poderão ser impugnadas por recurso.

Observa-se que contra a liminar deferida *initio litis*, o réu prejudicado terá à sua disposição o recurso de agravo que, de ordinário, não terá efeito suspensivo. Já no caso do art. 285-A,

¹³³ Artigos 273 e 461, parágrafo 3º, ambos do CPC.

¹³⁴ Artigo 928, CPC.

¹³⁵ Vide Lei 12.016/2009. Para aprofundar o tema vide: BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova lei do Mandado de Segurança**- comentários da Lei 12.016/2009, São Paulo: Saraiva, 2009.

¹³⁶ A ação civil pública é regulada pela Lei 7347/85.

sequer o réu precisa se preocupar com o efeito atribuído ao recurso. Se nada foi deferido pelo juiz, igualmente nada haverá de suspender.

3.1.3 O precedente vinculante aliado à súmula vinculante e impeditiva de recurso

A reforma processual implementada pela lei 11.276/06 caminha no mesmo sentido do multicitado artigo 285-A.

Também com intuito de alcançar maior celeridade processual e superar entraves à duração razoável do processo, a EC 45 implantou força vinculante às súmulas do STF envolvendo matéria constitucional e atendidos os requisitos nela previstos, inclusive consagrando nova hipótese de reclamação, *ex vi* art. 103-A e parágrafo 3º da CF/88.

Ocorre que, além da sumula vinculante, as alterações processuais advindas da lei supra ampliaram o conceito de vinculação¹³⁷, com a previsão expressa da súmula impeditiva de recurso.

Destarte, analisando a nova redação dada ao art. 518, parágrafo 1º do CPC, o juiz de primeiro grau sequer receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STF ou STJ.

Segundo Sérgio Arenhart e Marinoni¹³⁸ o artigo 285-A tem uma inegável relação com as disposições do parágrafo primeiro do artigo 518 do Código de Processo Civil¹³⁹, visto que em ambos vislumbra-se uma preocupação em se evitar a proliferação de ações ou recursos repetitivos, os quais flagrantemente atentam contra o direito à razoável duração do processo.

Nas palavras dos autores:

A relação entre as normas dos artigos 285-A e 518, §1º é visível. Ambas aludem a demandas repetitivas. A primeira se preocupa em racionalizar a administração da

¹³⁷ José Henrique Mouta afirma que a Lei 11.277/06 ampliou o conceito de vinculação, desta feita envolvendo o precedente do próprio juízo. (ARAÚJO, José Henrique Mouta. Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações e críticas. **Revista Dialética de direito processual**. n.37, São Paulo: Dialética, 2006, p.74.

¹³⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Op., cit.**, p. 97.

¹³⁹ No mesmo sentido são as considerações de MOUTA ARAÚJO quando, em comentários ao parágrafo primeiro do artigo 518, assevera que este caminha “em consonância com os ideais da Emenda Constitucional 45 (que implantou os efeitos vinculantes às súmulas do STF em matéria constitucional, *ex vi* do art. 103-A da CF/88) e com a alteração implementada pela Lei 11.277/06 (que permite ao magistrado de 1º grau a resolução de mérito *initio litis*, sem sequer determinar a citação do réu para responder ao pedido)”. (MOUTA ARAÚJO, José Henrique. Súmula impeditiva de recursos. Uma Visão sobre o Atual Quadro Processual Brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 39. Junho-2006, p. 86.)

justiça diante dos processos que repetem teses consolidadas pelo juiz de primeiro grau ou pelos tribunais. A segunda objetiva impedir o prosseguimento do processo nas hipóteses em que há súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. Tais normas se destinam a dar proteção aos direitos fundamentais de ação e à duração razoável do processo.[...]”¹⁴⁰.

Estabelecendo um paralelo entre os dispositivos em comento, os processualistas paranaenses observam que o art. 285-A alude apenas às sentenças de “improcedência”, tomadas em casos idênticos pelo juízo de primeiro grau, como uma hipótese de rejeição liminar da ação, sem fazer qualquer referência expressa à possibilidade desta decisão de rejeição liminar ser proferida com base em súmula do tribunal estadual ou de tribunal regional federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal, daí porque os mesmos questionam qual a postura que deve ser tomada pelo juízo de primeiro grau no caso em que já haja súmula acerca da questão (de direito) discutida nas ações idênticas.

Para responder a tal questionamento, esclarecem que só há previsão de eficácia vinculante às súmulas do STF, de modo que o juiz de primeiro grau somente “está obrigado a decidir de acordo com a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, e, caso interposto recurso de apelação, a não admiti-lo com base no art. 518, §1º”¹⁴¹, não se estendendo tal vinculação às súmulas do STJ, cuja opção pela aplicabilidade ou não pelo julgador deixasse à discricionariedade do julgador.

Ou seja, para os autores em comento é possível a aplicabilidade da súmula para suscitar a improcedência de plano da ação prevista no artigo 285-A¹⁴²229, mas essa aplicação somente se mostra obrigatória quando a questão (de direito) versar sobre hipótese em relação à qual haja súmula com eficácia vinculante, caso em que o recurso de apelação dessa decisão também deverá ser obrigatoriamente inadmitido por força das disposições do artigo 518 do CPC¹⁴³. Nas demais hipóteses, isto é, de súmulas com eficácia não vinculativa, afirmam que

¹⁴⁰ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Ob., cit., p. 97.

¹⁴¹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Ob., cit., p. 98.

¹⁴² De igual entendimento compartilha GAJARDONI, ao afirmar que: “Com efeito, se é admitida a improcedência de plano com base no simples entendimento do juízo, com muito mais razão há de se admitir o julgamento liminar quando a pretensão contrarie dispositivo de súmula dos Tribunais Superiores, que é motivo hoje para o não recebimento do recurso (art. 518, §§, do CPC, com redação pela Lei 11.276/1.006) e para o seu julgamento monocrático pelas instâncias superiores (Art. 557, § 1º - A, do CPC).” (GAJARDONI, F.F. O princípio constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipado das Ações Repetitivas. **Revista de Processo**. n. 141. Novembro/2006, p. 168).

¹⁴³ No mesmo sentido são as considerações de LEORNARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, quando aduz que: “Podem, assim, ser conjugadas as regras do art. 285-A e do art. 518, parágrafo 1º, ambas do CPC: já havendo súmula de tribunal superior estabelecendo que não deve ser acolhida aquela pretensão formulada em massa, o juiz, que vem seguindo tal entendimento, poderá já julgar, *prima facie*, a demanda, proferindo, desde logo, sentença de improcedência. Interposta apelação, o juiz não irá recebê-la, por estar a sentença em conformidade com súmula do tribunal superior.” (CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento Imediato de Processos Repetitivos: uma Racionalização para as Demandas de Massa. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 39. junho/2005, p. 103.).

“exatamente porque o juiz de primeiro grau não

está obrigado a decidir de acordo com súmula do seu tribunal – estadual ou regional federal – ou do Superior Tribunal de Justiça, não é possível concluir que ele deva decidir, nos termos do art. 285-A, em conformidade com súmula do respectivo tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça.”¹⁴⁴

Nestes casos, concluem os autores que o juiz de primeiro pode decidir pela rejeição liminar da ação de acordo com a súmula, mas não está obrigado a tanto.

Observam ainda que somente para os casos em que o juiz, ainda que não obrigado, optou pela aplicação de súmula do STJ na sentença é que o recurso a esta não será admitido com base nas prescrições do parágrafo primeiro do artigo 518 do CPC, uma vez que não há norma que autorize a inadmissibilidade da apelação pelo próprio juiz de primeiro grau, quando a sentença se basear em súmula do respectivo tribunal – estadual ou regional federal.

Nessas hipóteses, esclarecem que “a única alternativa do Código de Processo Civil é a de permitir o indeferimento do recurso de apelação por parte do relator, em consonância com o seu art. 557, *caput*”¹⁴⁵ que, como já visto, permite ao relator negar seguimento ao recurso em confronto com súmula do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de tribunal Superior¹⁴⁶.

Compartilhando desse entendimento, posiciona-se ainda Cássio Scarpinella Bueno quando, ao indagar se o juiz pode deixar de receber a apelação contra a sentença que, fulcrada no artigo 285-A, julgou pela improcedência *prima facie* da ação em conformidade com súmulas dos Tribunais Superiores, afirma ser positiva a resposta, mas também não vê como suficiente ao impedimento do processamento desse recurso de apelação o fato da sentença recorrida ter se calcado simplesmente no entendimento uniforme ou até mesmo sumulado do Tribunal de segundo grau, isto é, tal *decisum* deve se basear no direito sumulado dos Tribunais Superiores para ensejar a inadmissão nos moldes do §1º do artigo 518¹⁴⁷.

Outra questão a respeito do tema a ser esclarecida reside nas situações em que a rejeição

¹⁴⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 99.

¹⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Ob. cit., p. 99.

¹⁴⁶ O artigo 557 do CPC prevê (dentre outras hipóteses) que o relator negue seguimento ao recurso quanto este estiver “em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”, donde se verifica a similitude de tal dispositivo com o parágrafo primeiro do artigo 518 do CPC, já que ambos admitem o não processamento do recurso contra decisão que se mostrar em consonância com o entendimento sumular

¹⁴⁷ BUENO, Cássio Scarpinella. A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil. Cit., p. 87.

liminar da ação, em consonância com as disposições do artigo 285-A, baseia-se em entendimento contrário às súmulas do tribunal a que o juízo de primeiro grau está vinculado ou do STJ.

A esse respeito afirmam Marinoni e Arenhart que “a razão de ser do artigo 285-A é completamente incompatível com a ideia de se permitir ao juiz, em confronto com súmula do seu tribunal ou do Superior Tribunal de Justiça, rejeitar liminarmente uma ação idêntica.”¹⁴⁸

Para fundamentar tal posicionamento argumentam que não há racionalidade em se admitir que o juízo de primeiro grau possa rejeitar liminarmente a ação em contrariedade com o entendimento sumulado de seu tribunal ou do STJ, não obstante não esteja, reitera-se, obrigado a decidir em conformidade com tal entendimento. Assim é que concluem os doutrinadores em exame que, ainda que o artigo 285-A seja omissivo, pode o improvimento de plano da ação verificar-se com base nas súmulas do respectivo Tribunal de segundo grau ou STJ, não havendo qualquer coerência em se admitir, porém, o improvimento *prima facie* da ação, se este for contrário à súmula do Tribunal a que o juízo está adstrito ou do STJ¹⁴⁹.

Isto porque em tais casos a decisão de improvimento será fatalmente reformada, mediante recurso de apelação, que será admitido (salvo se não preencher algum outro requisito de admissibilidade), já que não se encontra em contrariedade ao entendimento sumulado dos tribunais superiores (e, no caso, nem contra as súmulas do próprio tribunal de segundo grau, embora estas não sejam obstativas do processamento da apelação).

Por fim, uma última questão a ser observada na aplicação dos dispositivos em análise, reside em qual a atitude a ser tomada pelo autor se a apelação contra a sentença que rejeitou liminarmente a ação (285-A) deixar de ser recebida com base no §1º do art. 518 do CPC.

Segundo considerações já aduzidas anteriormente, caberá ao autor/apelante a interposição de agravo de instrumento, no qual, também como já salientado, caberá ao agravante demonstrar a inaplicabilidade, superação, revisão, reforma ou até mesmo a inconstitucionalidade da súmula que ensejou a inadmissão da apelação.

De todas essas considerações pode-se concluir que a súmula impeditiva de recurso prevista no parágrafo primeiro do artigo 518 do CPC relaciona-se à rejeição liminar da ação prevista no artigo 285-A, à medida que ambos os institutos têm por fim diminuir o número de demandas (e seus respectivos recursos) repetitivas que afogam o Judiciário, impedindo que o mesmo

¹⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit., p. 99.

¹⁴⁹ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI. Op. cit., p.100.

gaste seu tempo e energia com as mesmas, os quais poderiam e deveriam ser reservados a questões mais complexas.

Por outro lado, pode-se concluir ainda que, além das hipóteses de rejeição liminar da ação quando o juízo já tenha proferido sentença de total improcedência em outros casos idênticos, conforme prescrições do artigo 285-A parece ser razoável o entendimento de que essa rejeição liminar verifique-se ainda quando já haja entendimento sumulado sobre a questão, sendo inclusive obrigatório esse improvimento de plano da ação quando a questão de direito nesta discutida já tiver sido objeto de súmula vinculante – já que a aplicação desta se impõe – e facultativa quando a pretensão da ação contraria a súmula não vinculativa. Nesses casos, porém, em se tratando de súmula do STJ, o recurso interposto contra a decisão de rejeição liminar da ação será obrigatoriamente inadmitido conforme as prescrições do artigo 518 do CPC - decisão da qual caberá recurso de agravo de instrumento - não o sendo para as súmulas dos demais tribunais, hipótese em que o processamento da apelação poderá ser obstado com base nas disposições do artigo 557 do Código de Processo Civil.

3.2 ALGUNS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS. DIVERSIDADE EM RELAÇÃO AO INDEFERIMENTO DA INICIAL DO ARTIGO 295 DO CPC

O sistema do Código de Processo Civil prevê os casos de indeferimento da petição inicial. No âmbito do chamado “despacho” liminar de conteúdo negativo, a doutrina tem classificado o indeferimento da petição inicial em três hipóteses básicas: a) por motivo de ordem formal (inépcia da petição); b) por inadmissibilidade da ação (ausência de condições para julgamento de mérito);¹⁵⁰ c) e o indeferimento fundado em motivo de mérito, quando a lei o permitir em regime de exceção.¹⁵¹

A terceira hipótese, que tem fundamento no mérito, se verifica quando há o reconhecimento

¹⁵⁰ Com a autoridade de quem projetou o CPC de 1973, o Prof. Alfredo Buzaid assinava que “A falta das condições da ação não gera uma sentença definitiva de rejeição no mérito, mas apenas uma decisão de que o autor é carecedor da ação” (Do despacho senador. Estudo de direito. São Paulo: Saraiva, 1972, vol. 1, p.7). O pai dessa teoria foi Enrico Tullio Liebman, para quem as condições da ação são “os requisitos de existência da ação” (**Manuale di diritto processuale civile**- Principi. 5. Ed. Miliano: Giuffrè, 1992, I, n.74, p. 144). Hoje, já se tem uma nova leitura desse fenômeno da carência de ação. Ao se trata, propriamente, de requisitos de existência de ação. A ação existe com a provocação do estado-juiz e instauração do processo. O que pode faltar, eventualmente, é um requisito de admissibilidade para o julgamento de mérito.

¹⁵¹ BARBOSA MOREIRA, J. C. **O novo processo civil brasileiro**. 21. Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2001, p.23-24; THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**. 47. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. 1, n. 356, p.402.

da prescrição e da decadência (CPC, art.295, IV). Sem dúvida, o pronunciamento que reconhece de ofício a prescrição ou a decadência constitui uma sentença (ou acórdão) de extinção do procedimento com resolução de mérito. Uma vez definitiva, produz coisa julgada material (CPC, art. 269, IV).¹⁵²

Contra esse pronunciamento é cabível o recurso de apelação, que faculta ao juízo de primeiro grau reconsiderar a decisão no prazo de 48 horas (CPC, artigo 296).

Conforme observação da doutrina predominante, não é necessária a citação do réu para acompanhar o processamento do recurso no tribunal. Se o tribunal lhe negar provimento, ou seja, se for mantido o indeferimento da petição, porque confirmada a prescrição, deve ser feita uma simples comunicação ao réu de que houve um julgamento liminar ao seu favor (CPC, art. 219,§ 6º)^{153 154}

Porém, se o recurso for provido e a sentença reformada, os autos retornarão ao órgão de origem para completar a relação processual com o chamamento do réu por meio da citação. Forma-se o triângulo da relação processual na primeira instância, dando-se sequência aos demais atos do processo.

Vale dizer, só haverá necessidade de citação quando o recurso de apelação for provido para deferir a petição inicial. Nesse caso, o tribunal determinará a baixa dos autos a fim de ser realizada a citação do réu para responder à demanda, oportunidade em que poderá alegar todas as matérias de ordem processual e material.

Eis o motivo por que a Lei 8.952/94 retirou do art.296 do CPC o expediente de citação da parte para contrarazoar o recurso. Em termos práticos, sentença de conteúdo negativo, no âmbito dessa relação jurídica linear entre autor e Estado-juiz, é incapaz de causar qualquer espécie de ofensa ao contraditório e à ampla defesa do demandado.

O eventual deferimento da petição pelo tribunal impõe o retorno dos autos ao órgão de primeiro grau para completar a relação triangular, a partir daí com oportunidade para o exercício pleno do direito de defesa. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encampou esse entendimento.

¹⁵² BARBOSA MOREIRA, J. C. **O novo processo** cit., p. 25; FIGUEIRA JR., Joel Dias. Comentários ao Código de Processo Civil – Do processo de conhecimento (arts. 282 a 331) São Paulo: RT, 2001, vol. 4, t. II, p. 168.

¹⁵³ BARBOSA MOREIRA, J. C. **O novo processo**, cit., p. 25; ALVIIM, Eduardo Arruda. Curso de direito processual civil. São Paulo: RT, 1998, vol. 1, p. 411; DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 5.ed.São Paulo: RT, 2005, Vol. 3, p.401; NERY JR., Nelson § NERY, Rosa Maria de Andrade. CPC comentado e legislação extravagante. 9. Ed. São Paulo: RT, 2006, p.490.

¹⁵⁴ Na literatura, há quem não dispense o ato de citação: PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil** (Arts. 270 a 331). 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol.3, p.239.

Como se disse, esse é um procedimento normalmente aplicado às hipóteses de prescrição e decadência, como causa de indeferimento da petição inicial (CPC, art.295, IV).

A maioria dos comentadores da regra do art. 285-A do CPC tem apontado que a autorização para o juiz julgar o mérito da causa sem a citação do réu é novidade em nosso sistema jurídico. Todavia, não passa de aparência de novidade.

Conforme já mencionado no início deste trabalho, há três exemplos de improcedência *prima facie* previstos na legislação brasileira: o indeferimento em razão da prescrição ou decadência¹⁵⁵ (arts. 219, parágrafo 5º, 267, I, 269, IV e 295, IV, CPC), o julgamento imediato de causas repetitivas (art.285-A, CPC) e a rejeição liminar dos embargos à execução manifestamente protelatórios (art.739,III, CPC¹⁵⁶).

Corroborando com idêntico entendimento Gelson Amaro de Souza¹⁵⁷ ao aduzir que “os arts. 295, IV, e 269, IV do CPC, em interpretação conjugada, já autorizavam e continuam autorizando a conclusão de que o chamado indeferimento da petição inicial por decadência ou por prescrição¹⁵⁸, é julgamento de mérito. Assim, o julgamento de mérito, logo no início do processo, quando apresentada a petição inicial ao juiz (art.263 do CPC¹⁵⁹) não se constitui em novidade, como possa parecer à primeira vista”.

O indeferimento da petição inicial é decisão judicial que obsta liminarmente o prosseguimento do procedimento, pois se recusa o instrumento da demanda. Não se deve aceitar, contudo, o indeferimento indiscriminado. A petição inicial somente deve ser indeferida se não houver possibilidade de correção do vício ou, se houver, tiver sido conferida oportunidade para que o autor a emende e este não tenha atendido satisfatoriamente à determinação.

¹⁵⁵ O artigo 3º da Lei 11.280/2005 alterou o parágrafo 5º, do artigo 219 do CPC, permitindo que o juiz pronunciasse, de ofício, a prescrição. O artigo 11º da Lei 11.280/2005 revogou, expressamente, o artigo 194 do Código Civil. Portanto, a prescrição passou a ser considerada matéria de ordem pública que pode ser reconhecida *ex officio*, a qualquer tempo, tanto pelo juízo de primeiro quanto de segundo grau. Assim, o juiz haverá de reconhecer de ofício a prescrição, independentemente da condição jurídica do sujeito favorecido (se incapaz ou não), bem como, não se precisará indagar se o direito tem caráter patrimonial ou não.

¹⁵⁶ Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

[...] III - quando manifestamente protelatórios.

¹⁵⁷ SOUZA, Gelson Amaro de. Sentença de mérito sem citação do réu. **Revista dialética de direito processual**. n. 41, São Paulo: Dialética editora, 2006, p.45.

¹⁵⁸ Para os casos de prescrição e de decadência, isso já era autorizado pelas normas dos arts. 295, IV, e 269,IV do CPC, desde a promulgação do Código de Processo, originariamente em 1973.

¹⁵⁹ Art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

Fredie Didier Júnior¹⁶⁰ alerta que o indeferimento da petição inicial somente ocorre no início do processo: só há indeferimento liminar antes da ouvida do réu. Após a citação, o juiz não mais poderá indeferir a petição inicial, de resto já admitida, devendo, se vier a acolher alguma alegação do réu, extinguir o efeito com base no inciso IV do art. 267 (falta de pressuposto processual) e não com base no inciso I, que cuida do indeferimento. A inépcia, por exemplo, pode ser recolhida a qualquer tempo, mesmo após a contestação, mas não implicará indeferimento da petição, e, sim, extinção do processo sem análise do mérito (art. 267, IV, do CPC)

Essa é a característica que distingue o indeferimento da petição inicial das outras formas de extinção do processo. É o indeferimento (na hipótese de invalidade) uma hipótese especial de extinção do processo por falta de um “pressuposto processual”. A petição inicial válida é um requisito processual de validade, que, se não preenchido, implica extinção do processo sem exame de mérito. Se a invalidade se revelar *prima facie*, é caso de indeferimento; se o magistrado tiver ouvido o réu para acolher a alegação de invalidade, não é mais o caso de indeferimento, mas, sim, de extinção com base no art. 267, IV, do CPC. A distinção é importante, pois o regramento do art. 296 do CPC somente se aplica à decisão que indefira a petição inicial, bem como, sendo liminar a sentença, não se condenarão autor ou pagamento de honorários advocatícios em favor do réu ainda não citado.

As matérias que dão azo ao indeferimento da petição inicial são, em princípio, todas questões que não se submetem à preclusão, podendo ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição. As causas de indeferimento são de duas ordens; a) indeferimento por defeito da petição inicial; b) indeferimento por improcedência *prima facie* do pedido.

Normalmente, relaciona-se o indeferimento da petição inicial com os casos de invalidade, má-formação, inépcia, defeito da petição inicial.

Sucedo que também é possível o indeferimento da petição inicial com *resolução* de mérito. O magistrado, liminarmente, reconhece a improcedência do pedido e não admite sequer a citação do réu, ato que se revela desnecessário ante a macroscópica impertinência do pedido. Trata-se da decisão que analisa o mérito da causa, apta, portanto, a ficar imune pela coisa julgada material.

¹⁶⁰ DIDIER JR, Fredie; et al. **A Terceira etapa da reforma processual civil**. Comentários à Leis n. 11.187 e 11.232, de 2005; 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006, p.56.

3.3 O NOVO OBJETIVO DA CITAÇÃO- EXCEÇÃO AOS ARTS. 213 E DISPOSITIVOS LIGADOS AO PRAZO DE DEFESA DO RÉU- CONSEQUÊNCIAS EM CASO DE REFORMA DO JULGAMENTO

Uma leitura do artigo 213 do CPC, poderá levar o intérprete a criticar a opção do legislador em prever a citação do réu para responder o recurso, considerando-se que o dispositivo legal mencionado prevê que a citação é “o ato pelo qual se chama a juízo o réu”.

Excepcionalmente o juiz poderá se retratar de sua sentença ao receber a apelação contra sentença de improcedência liminar, hipótese na qual o procedimento retomará seu regular andamento, com a anulação da sentença pelo próprio juiz sentenciante e determinação de citação do réu.

Não havendo tal retratação por parte do juiz, o réu será citado para responder o recurso, nos termos do art. 285-A, parágrafo segundo do CPC.

Impende destacar que só existem duas hipóteses previstas pelo Código de Processo Civil de retratação do juiz diante de um recurso de apelação: apelação contra o indeferimento liminar da petição inicial (art.296 do CPC) e apelação contra o indeferimento liminar de improcedência do pedido do autor. Como se nota em ambos os casos a decisão atacada é uma sentença proferida *inaudita altera parte*, antes, portanto da integração do réu ao processo.

É evidente, também, que o juízo de retratação, sendo meramente possível, poderá não se verificar no caso concreto, hipótese na qual o procedimento seguirá seu curso, com a remessa do processo ao tribunal competente. É justamente nessa consequência advinda da não retratação no caso concreto que as duas hipóteses referidas se tornam substancialmente diferentes.

No caso do indeferimento da petição inicial a apelação seguirá para o tribunal sem a participação do réu, enquanto no caso de julgamento de improcedência liminar o réu será citado para responder o recurso, segundo expressa previsão legal¹⁶¹.

Discute-se na doutrina se essa “resposta” do réu tem natureza jurídica de contestação ou de

¹⁶¹ Daniel Amorim Assumpção Neves registra que a realidade verificada depois de não realizada a retratação, presente atualmente na hipótese de julgamento de improcedência liminar, não é uma novidade legislativa, considerando-se que o revogado procedimento da apelação no caso de indeferimento da petição inicial também previa a integração do réu ao processo por meio da citação. A reforma operada pela Lei 8.952/94, inclusive, foi bastante criticada por parcela da doutrina, que entendia, com absoluta razão, pela superioridade do sistema antigo, especialmente em virtude de situação paradoxal que seria criada na hipótese de provimento da apelação pelo tribunal.

contra-razões. Explica-se: tendo a natureza jurídica de contrarrazões, a resposta pode se limitar à correta aplicação do artigo 285-A e/ou à correção da decisão adotada como paradigma, não havendo que se cogitar de revelia caso o réu se mantenha inerte. Por outro lado, tendo a natureza jurídica de contestação, pelo princípio da eventualidade, o réu, em sua resposta, deverá alegar todas as matérias de defesa “além, é claro, da correta aplicação do artigo 285-A e/ou da correção da decisão adotada como paradigma.”

A utilização da expressão citação não foi equívoca. De fato, tendo conteúdo do art.213 do CPC (chamamento do réu ao juízo para se defender), melhor nomenclatura não podia haver, trazendo tal ato consigo parte dos efeitos processuais e materiais do art.219 do CPC (Fazer a coisa litigiosa e constituir o devedor em mora). Parte porque a litispendência e a prevenção (pouco importando aqui a competência territorial dos juízos), neste atípico caso em que a prolação da sentença antecede a citação, se dará pela sua publicação, que como tal inaugura e encerra, no mesmo ato, a fase de conhecimento da ação.

Assim, a partir desta citação para apresentação de contrarrazões, eventual alienação do bem litigioso pelo demandado pode constituir fraude à execução (art. 593 do CPC); em caso de anulação da sentença liminar pelo Tribunal o devedor já estará a dever *jurus de mora* desde a citação.

Fácil perceber que a partir do momento em que for citado para responder o recurso o réu deverá contratar advogado para representá-lo.

Tão fácil não é, entretanto, a definição da natureza jurídica da resposta que o réu citado apresentará.

Entende-se que as contrarrazões ao recurso de apelação, neste caso, terão natureza jurídica de contestação, devendo, por tanto, seguir todo o seu regime. Deverá o réu, por tanto, antecipar sua defesa de direito para este momento (princípio da eventualidade), com a reserva de oportunamente impugnar e provar matéria fática nos casos em que o tribunal a entender necessária, com anulação da sentença liminar indevidamente proferida.

Também é nesta fase que poderão ser juntados documentos com o propósito de corroborar o entendimento do juízo sobre o caso(julgados no mesmo sentido), documentos a confirmar a impressão já obtida pelo magistrado com análise dos documentos liminarmente apresentados pelo autor, etc.).

Só tendo a resposta ao recurso como contestação se consegue vislumbrar a possibilidade do tribunal- sem violação do princípio do contraditório- reformar em certos casos a sentença

prolatada pelo juízo de primeiro grau, julgando procedente a ação proposta.

Tendo natureza de contestação, urge esclarecer que a falta de apresentação de resposta ao recurso, no prazo legal, implica revelia do demandado, mas não presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial (art.319 do CPC). Com efeito, a presunção só recai sobre fatos e o julgamento liminar se dá em regra quando a matéria for unicamente de direito, o que afasta a presunção legal. Haverá, entretanto, a incidência do efeito secundário da revelia, ou seja, o réu contumaz não será intimado dos posteriores atos processuais em segundo grau enquanto intervier no feito (art.322 do CPC).

Caso a sentença liminar de mérito seja cassada pelo tribunal por impossibilidade de utilização do art. 285-A do CPC, a citação para as contrarrazões, por ser ato subsequente à sentença neste novo regime, automaticamente restará prejudicada (art.248 do CPC). Assim, os autos devolvidos à origem, nova citação do réu deverá ser efetuada, agora para que apresente defesa em sua plenitude (contestação tanto com a matéria de direito como a de fato, exceções, reconvenção, etc.).

3.4 RESOLUÇÃO IMEDIATA E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS: ENFOQUE À LUZ DO NOVO CONCEITO DE SENTENÇA

3.4.1 Um breve adendo ao novo conceito de sentença

Desde o momento em que o Estado assumiu o monopólio da prestação jurisdicional, substituindo as partes na solução dos conflitos, a prolação da sentença passou a ser o momento mais aguardado no processo, sendo o fim visado em toda a atividade jurisdicional.

A sentença é o clímax do jogo processual, pois é nela, ao menos em tese, que o Estado dá a resposta pleiteada pelos jurisdicionados. Daí porque, dada a sua relevância, ser tão importante a fixação do seu conceito e o seu real alcance, o que, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, se pretende fazer no presente item.

O artigo 169, § 2º, do Código de Processo Civil previa, originariamente, o conceito de sentença como “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da

causa”. Vê-se que o legislador definia sentença pelo efeito produzido, qual seja, pôr fim ao processo.

A partir do ano de 1994, com a lei 8.952/1994, que alterou o artigo 461 do CPC, o conceito de sentença passou por uma “crise de identidade”, uma vez que as decisões que condenavam o réu ao cumprimento de obrigação de fazer e não fazer deveriam ser satisfeitas *sine intervallo*, isto é, no bojo do mesmo processo, sem a necessária instauração de processo autônomo de execução.

Nestes casos, a sentença não poria fim ao processo, mas apenas à fase de conhecimento do processo sincrético.

Com a Lei 10.444/2002, que inseriu o artigo 461-A ao CPC, a crise se agravou ainda mais, uma vez que também as decisões que condenavam o réu à obrigação de dar coisa passaram a se efetivar sem necessidade de instaurar processo autônomo de execução, tal qual já ocorria com as obrigações de fazer e não fazer.

Assim, o conceito de sentença passou a atender apenas às obrigações de pagar quantia.

Em dezembro de 2005, no entanto, com a Lei n. 11.232, também as decisões que condenavam o réu ao pagamento de quantia passaram a ser realizadas por meio de processos sincréticos.

Com isso, o conceito de sentença se esvaziou por completo.

Não fazia mais sentido, portanto, manter um conceito que não possuía mais nenhuma aplicação prática.

Atento a esta situação, o legislador pátrio alterou o conceito de sentença¹⁶², que, a partir de dezembro de 2005 passou a ser considerada “o ato do juiz que implica algumas das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei”.

Deste conceito resta evidente que o efeito produzido deixou de ser relevante para a conceituação de sentença. O conteúdo passou, então, a ser o critério escolhido para definir sentença.

Não há negar o avanço legislativo da nova definição, não havendo sentido em se manter um conceito que não se prestava mais a nenhum fim.

¹⁶² Esta era a opinião há muito defendida por Teresa Arruda Alvim Wambier, para quem a sentença deveria ser reconhecida pelo conteúdo que possui, ou seja, uma das hipóteses previstas nos artigos 267 e 269 do CPC, e não pelo efeito de extinguir o processo. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

3.4.2 A cumulação de pedidos e o julgamento liminar de mérito

Outra questão bem diversa do julgamento de improcedência parcial ou de procedência do pedido é a possibilidade do demandante cumular dois (ou mais) pedidos e se um deles preencher os pressupostos do dispositivo em comento. Indaga-se se poderá o magistrado sentenciar um dos pedidos e promover a dilação probatória em relação ao outro?

Neste caso, haverá que distinguir de qual cúmulo de demandas se trata.

Se o cúmulo for sucessivo de pedidos e o primeiro for repetitivo, o segundo, como está vinculado à procedência do primeiro, restará prejudicado¹⁶³. Por exemplo, a empresa gerenciadora do plano de saúde pede a declaração de validade da cláusula contratual que limita o internamento na UTI, cumulando tal pedido com o de reparação de danos (pagamento do período em que o paciente ficou hospitalizado). Nesta situação, não há dúvida que, indeferido o primeiro pedido, com base no artigo 285-A do CPC, restará prejudicado o julgamento do segundo pedido.

O problema torna-se mais difícil quando houver a mera justaposição de pedidos (cúmulo simples; artigo 292/CPC), os pedidos forem alternativos (art. 288/CPC) ou, ainda, o cúmulo for eventual (art. 289/CPC), pois, nestes casos, os pedidos são autônomos entre si.

Considerando que um dos pedidos pode ser julgado liminarmente, pelo artigo 285-A do CPC, pode o juiz encerrar o processo em relação à ele (art. 269, inc. I, CPC), prosseguindo em relação ao outro. Pela nova definição de sentença, contida no artigo 162, par. 1º, do CPC¹⁶⁴, a resposta pode ser afirmativa, desde que se entenda que o CPC superou o mito Chiovendiano da unicidade e unidade de julgamento, passando a admitir mais de uma sentença em um mesmo processo, desde que, como na hipótese, seja possível ter cognição definitiva sobre um

¹⁶³ Existe autêntica relação de prejudicialidade entre a demanda relacionada com o direito principal e a que deduz pedido fundamentado em **direito acessório**. Como **accessorium sequitur suum principale**, o que se decidir sobre a demanda principal interfere no teor do julgamento da acessória (...) – o que significa que em parte as **causae petendi** coincidem. De todo modo, como ordinariamente o pedido acessório e o principal são deduzidos em face do mesmo sujeito, o disposto no **caput** do art. 292 é folgadoamente suficiente para admitir esse cúmulo. A procedência do pedido principal permitirá que o juiz aprecie os demais requisitos para acolher o acessório, mas a improcedência daquele impõem também a deste (daí, **prejudicialidade**)” (Cândido Rangel Dinamarco. Instituições de direito processual civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. P.

¹⁶⁴ “Partindo-se de uma interpretação lógico-sistemática do Código de Processo Civil, com as alterações advindas da Lei 11.232/2005, a sentença é o ato que põe fim ao procedimento principal em primeiro grau de jurisdição, decidindo ou não o mérito da causa” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Sentença e liquidação no CPC. Lei 11.232/2005. In: **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 911).

dos pedidos cumulados.

De forma conclusiva, excepcionalmente poderá haver uma sentença de improcedência liminar que atinja somente parcela da pretensão do autor, e, nesse caso, apesar da natureza de sentença da decisão, tudo leva a crer que caberá o recurso de agravo de instrumento, o que tornará inaplicável à espécie as regras constantes do art. 285-A, parágrafos 1º e 2º do CPC.

Um último registro mostra-se essencial. Havendo julgamento liminar de improcedência tão somente com relação a uma parcela da pretensão do autor, o recurso cabível, como já dito, será o agravo de instrumento, de forma que a citação do réu para responder o recurso, prevista pelo artigo 285-A, parágrafo 2º do CPC, simplesmente não ocorrerá em segundo grau de jurisdição. O correto será a intimação do réu-agravado para responder ao agravo interposto. Ocorre, entretanto, que para ser intimado do agravo o réu deverá necessariamente já ter sido incorporado ao processo por meio da citação, o que deve ocorrer em primeiro grau, considerando-se a existência de parcela da pretensão do autor ainda não decidida. Como serão dois atos diferentes de comunicação processual, entende-se que primeiro deve ser realizada a citação do réu no primeiro grau, e somente depois a intimação no agravo de instrumento, sendo que o órgão de primeiro grau informaria por meio de ofício ao tribunal que já foi realizada a citação, permitindo-se a realização da intimação no recurso¹⁶⁵.

3.5 TUTELA ANTECIPADA (ART. 273, PAR. 6º, CPC) E A APLICAÇÃO DO ARTIGO 285-A DO CPC

A questão difere da colocada no artigo 273, par. 6º, do CPC, pois, nesta situação, já houve citação, e um dos pedidos cumulados, ou parcela deles, se mostrou incontroverso, após a manifestação ou a omissão do demandado. Contudo, a questão do grau de cognição, em ambos os casos, é semelhante, havendo cognição definitiva na hipótese do artigo 285-A do CPC, em razão da questão ser unicamente de direito, e na do artigo 273, par. 6º, do CPC, pela incontrovérsia, a qual, salvo nas hipóteses excepcionais dos artigos 302 e 320 do CPC, em que será necessário produzir prova (não se aplicando o artigo 334, inc. III, CPC), redundará em cognição exauriente.

¹⁶⁵ Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Recurso contra a sentença de improcedência liminar (art.285-A do CPC) e o juízo de retratação. **Revista Dialética de Direito Processual**, n.70, São Paulo: Dialética editora,2009,p.47-55 ; Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, **Código de Processo Civil Comentado**, *op. Cit.*, p.482.

Assim sendo, o problema da adequação recursal, em ambas as hipóteses, é semelhante. Quando o juiz aplica os artigos 273, par. 6º, ou 285-A, do CPC, haverá sentença ou decisão interlocutória? Haverá sentença, na nova definição do artigo 162, par. 1º, do CPC, já que encerra o processo com a aplicação do artigo 269, inciso I, do CPC. Tal decisão enseja agravo ou apelação? A jurisprudência terá que se pronunciar sobre o problema, ante a nova redação dada à sentença pelo artigo 162, par. 1º, do CPC. Entretanto, a tendência é que seja cabível o agravo de instrumento, tanto na hipótese de indeferimento de um dos pedidos cumulados, com base no artigo 285-A do CPC, quanto na situação de deferimento da tutela antecipada com base no artigo 273, par. 6º, do CPC¹⁶⁶.

Aliás, esta percepção pode ser sentida após analisar situações análogas, por opção expressa da própria Lei 11.232/2005, ao determinar o cabimento do agravo de instrumento, quando se está diante de decisões que põe fim a determinada fase do procedimento, inclusive com eficácia de coisa julgada material (preclusão *pro iudicato*), como é o caso daquela que decide a liquidação de sentença (art. 475-H) e da que resolve a impugnação, sem importar a extinção da fase executiva, quando do cumprimento da sentença (art. 475-M, par. 3º).

Porém, como há dúvida objetiva, quanto ao cabimento do recurso adequado (apelação ou agravo de instrumento), deve ser aplicado o princípio da fungibilidade recursal²⁸, podendo, inclusive, o juiz conhecer da apelação como se fosse agravo de instrumento, mediante a remessa ao Tribunal por autos suplementares, de modo a evitar a paralisação do processo, quanto ao(s) pedido(s) cumulado(s) que não fora(m) apreciado(s)²⁹.

3.6 O ART. 285-A E SUA APLICABILIDADE NAS DEMANDAS DE MASSA

Muito embora faltem dados estatísticos precisos, qualquer um que milite no foro da Justiça Federal sabe que diversas causas são completamente repetitivas, isto é, tratam das mesmas questões jurídicas nas quais, apesar de diferentes as partes e seus advogados, repetem-se os

¹⁶⁶ Neste sentido, deve-se salientar o Enunciado n. 3, resultante do III Curso Regional de Atualização de Magistrados, promovido pela Escola da Magistratura do Paraná, nos dias 21 e 28 de julho de 2006, e aprovado por unanimidade, nos seguintes termos: “Considerando que o propósito da reforma é agilizar e não retardar a prestação jurisdicional, o novo conceito de sentença deve ser interpretado com *tempero* para fins recursais, exigindo-se apelação somente nos casos em que a sentença resolve o conflito por inteiro, pondo fim ao processo cognitivo em relação a todas as partes”.

mesmos argumentos e a mesma fundamentação jurídica. Humberto Theodoro Júnior¹⁶⁷ reconhece que vários são os casos em que “ um mesmo tema, sobre uma só questão de direito, repete-se cansativamente, por centenas e até milhares de vezes”, ainda que já tenha sido exaustivamente discutido e há muito pacificado pela jurisprudência.

Nesse sentido, no intuito de impedir o prosseguimento de processos que repetem teses jurídicas já rejeitadas em casos anteriores, cujo insucesso, portanto, se antevê desde o início, a já multicitada lei 11.277/06 incluiu o art. 285-A no CPC, na tentativa de racionalizar a administração da justiça, pois, como observam Nelson Nery Júnior e Rosa Nery, “ seria perda de tempo, dinheiro e de atividade jurisdicional insistir-se na citação e na prática dos demais atos do processo, quando o juízo já tem posição firmada quanto à pretensão deduzida pelo autor”¹⁶⁸.

Nas chamadas demandas de massa, os fatos são repetidos em cada uma das demandas. Os autores passaram pela mesma ou semelhante situação, no caso anterior. Tal situação afigura-se indiscutível, já demonstrada documentalmente. A discussão, em todos esses casos, é apenas de direito: discute-se se a norma é aplicável ou não, se é válida ou não, se é constitucional ou não. Nelas, a matéria a ser apreciada pelo julgador é toda de direito, restringindo-se a contestação a rebater os pontos de direito suscitados na petição inicial.

Em demandas tributárias, em que se discute, por exemplo, a constitucionalidade de determinado tributo, a única questão de fato é a demonstração de o autor revestir-se da condição de contribuinte daquele tributo; quanto ao mais, a análise do caso restringe-se a aferir a constitucionalidade da exação. É o que ocorre, igualmente, em demandas previdenciárias ou que envolvem serviços públicos, em que se postula a agregação de uma parcela ou a aplicação de determinado índice de correção monetária: nesses casos, os fatos a serem demonstrados e comprovados é a condição de aposentado ou de servidor e o valor da aposentadoria ou dos vencimentos, consistindo toda a discussão em verificar a legitimidade da argumentação jurídica.

Não há incompatibilidade alguma na aplicação do artigo em comento nos processos de conhecimento de competência originária dos Tribunais, tão pouco na Justiça do trabalho ou em sede de Juizados Especiais (9.099/95 e 10.251/01). Aliás, vislumbra-se grande utilidade do dispositivo em sede previdenciária, onde são comuns ações repetidas para discutir a

¹⁶⁷ THEODORO JR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.15.

¹⁶⁸ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de proceso civil comentado**. 9.ed. São Paulo: RT, 2006,p.482, nota 4.

aplicação de índices de correção de benefícios tantas vezes já afastados pelos Tribunais Superiores.

Fredie Didier Júnior¹⁶⁹ destaca que as causas repetitivas têm exigido do legislador e da doutrina uma atenção especial. Elas são as grandes responsáveis pela crise do Poder Judiciário. Afirmar ele, com total acerto, que são milhões de demandas ajuizadas com questões idênticas¹⁷⁰. Cita a improcedência liminar nas causas repetitivas como um dos institutos novos cujo propósito é exatamente o de criar um novo modelo de processo para o julgamento deste tipo de causa¹⁷¹.

A medida autorizada expressamente no artigo 285-A do CPC é extremamente útil, especial nas demandas de massa, e isto é perceptível por vários ângulos em que se analisa a questão:

a) É útil ao autor que, se por acaso e empolgação propor ação de manifesta improcedência, com julgamento liminar de mérito pelo juiz, ele pode ficar livre dos encargos sucumbenciais. O autor fica livre de despesas inúteis e ainda será beneficiado, porque sem a citação do réu ficará desonerado dos encargos da sucumbência.

b) é útil ao réu que se vê livre de um processo imediatamente e, ainda, sem ser onerado com os encargos defensivos, com contratação de advogado para o preparo de defesa, evitando com isso a perda de tempo. É fácil perceber que uma pessoa, quando colocada no pólo passivo de um processo, ainda que este seja totalmente inviável e temerário, mesmo assim, terá o seu nome gravado no arquivo do cartório distribuidor e, ao mesmo tempo, passará a sofrer restrição em várias espécies de atividades. Sempre que precisar de certidão de distribuição vai aparecer seu nome como réu na ação. Se quiser vender algum bem pode encontrar alguma dificuldade, em face das normas dos artigos 592, V e 593 do CPC. Encerrando o processo (o artigo 285-A do CPC), afasta-se a preocupação com eventual fraude à execução.

c) É útil para a sociedade porque, com a extinção imediata do processo infrutífero, abre espaço para que outros processos que se encontram amontoados no Judiciário sejam movimentados. Quando se perde tempo com um processo inútil, com certeza outro que pode ser útil ficará prejudicado em seu processamento. Quem ganha com essa medida, em maior

¹⁶⁹ DIDIER JR, Fredie. Op. Cit., 2009, p.147.

¹⁷⁰ A correção dos expurgos inflacionários causados pelos planos econômicos governamentais de 1989 e 1990 nas contas de FGTS é o principal exemplo apontado pelo aludido autor.

¹⁷¹ Cita como exemplo dessa tendência a conexão por afinidade entre os recursos extraordinários repetitivos. Alerta, ainda, não ser razoável no caso de demandas repetitivas a reunião dos processos o mesmo juízo, o que certamente causaria grande confusão e problemas para a solução dos litígios em tempo adequado. Mostra-se aqui, nas suas lições, a força do princípio da adequação, que impõe um processo diferenciado para o julgamento das causas de massa. (DIDIER JR, Fredie, Op. Cit., 2009,p.147).

escala, é a sociedade como um todo.

Importante registrar que a lei é mais um passo em direção a um processo rápido e eficiente. A solução antecipada dos processos repetitivos, em caso que improcedência, é uma alternativa lógica e razoável, que auxilia a atividade judicial, principalmente na Justiça Federal. Haveria desoneração da estrutura do judiciário.

4 O PROCEDIMENTO DA RESOLUÇÃO IMEDIATA À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

4.1 JULGAMENTO LIMINAR DE MÉRITO E A REFORMA INFRACONSTITUCIONAL DO PODER JUDICIÁRIO

Com o advento do Estado Social e Democrático de Direito passou-se a dar mais respeito às Constituições e conseqüentemente aos direitos fundamentais nela previstos, uma vez que a inobservância da Lei Maior, nos verdadeiros estados de direito e regimes democráticos, não se sustenta.

A concepção de um Estado voltado ao bem-estar social – instituída pelo Estado Democrático e Social de Direito – fez com que se ampliasse a previsão constitucional dos direitos (fundamentais), bem como das possibilidades de postulação destes, o que causou uma modificação no paradigma jurídico.

No Brasil, essa mudança paradigmática do ordenamento jurídico foi representada pela constituição de 1988, a qual foi responsável pela ampliação do rol de direitos e garantias fundamentais¹ e das formas de reivindicação destes.

Ocorre que o constituinte, ao aumentar essa possibilidade de postulação dos direitos, não atentou para o fato de que isso implicaria uma busca ainda maior ao Poder Judiciário pelos consumidores da justiça, ou seja, um aumento do número de litígios postos à apreciação judicial.

E esse aumento do número de litígios propiciado pela nova ordem constitucional não foi acompanhado – pelo menos não no mesmo ritmo – por uma modificação da legislação processual, das estruturas do Poder Judiciário, da atuação dos procuradores e das partes em litígio, o que não poderia levar a outra situação senão a que hoje se vê: tribunais abarrotados de processos, magistrados e promotores desmotivados, descrédito do Poder

Judiciário, partes angustiadas e procuradores indignados.

Tal situação constituiu-se num cenário perfeito para o agravamento do antigo problema da

morosidade processual¹⁷² que, infelizmente, hoje pode ser considerada um dos maiores problemas da Justiça não só brasileira, mas mundial¹⁷³.

A lentidão com que os feitos judiciais tramitam, embora tenha se agravado nos últimos anos, desde há muito se constitui numa preocupação dos operadores do direito, sendo o tempo demandado pelo processo considerado uma causa de verdadeiro óbice à Justiça, isto é, do acesso a esta.

Cândido Rangel Dinamarco chama atenção para o fato de que no direito moderno, a angústia da longa espera pela efetivação do direito perseguido é um dos principais fatores de desprestígio do Poder Judiciário, e que acelerar os resultados do processo é quase uma obsessão nas modernas especulações sobre a atividade jurisdicional. O autor cita o mestre italiano Vincenzo Vigoritti, que enxerga o binômio custo-duração como eixo em torno do qual gravitam todos os males da justiça contemporânea, e ainda Carnelutti, segundo o qual o tempo é um inimigo do direito, contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas¹⁷⁴.

O acesso a uma justiça célere, tempestiva e eficaz, no Estado Contemporâneo, constitui-se num direito correlato ao da própria dignidade humana – já que esta só pode ser alcançada dentro de um sistema que possibilite ao cidadão que, uma vez violados seus direitos, estes recebam a respectiva tutela do Estado dentro de um tempo razoável.

Assim é que, visando dar maior destaque ao problema da morosidade processual, o constituinte nacional, por meio da emenda 45/04, elevou (expressamente) o princípio da Brevidade Processual a *status* constitucional, o qual já se encontrava previsto, implicitamente, na Constituição Federal brasileira, como corolário do próprio regime de Estado Democrático e de Direito e ainda dos Princípios da Inafastabilidade da Jurisdição e do Devido Processo Legal, além de já se encontrar previsto, de forma expressa, em dispositivos infraconstitucionais.

Sob o influxo dessa emenda foi iniciada a denominada Reforma do Judiciário, a qual foi responsável por impulsionar a implementação de muitas alterações no Código de Processo

¹⁷² A morosidade processual não é novidade dos tempos modernos; ao contrário, constitui-se em problema que vem atormentando as sociedades humanas desde tempos imemoriais. KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: editora Juspodivm, 2009, p.19.

¹⁷³ Sobre o tema vide a obra de INGO WOLFGANG SARLET (A eficácia dos direitos fundamentais. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1998, p. 68 e seguintes), na qual o autor aponta a importância inédita dada pela Constituição de 1988 aos direitos fundamentais.

¹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.140.

Civil brasileiro, visando imprimir maior celeridade e efetividade à tramitação processual¹⁷⁵¹⁷⁶.

4.1.1 Constituição e processo

A Constituição, como Lei Fundamental, estabelece, explícita ou implicitamente, os valores, os princípios e as regras mais relevantes para a compreensão do fenômeno jurídico.

A relação entre a Constituição e o processo pode ser feita de maneira direta, quando a Lei Fundamental estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Por outro lado, tal relação pode ser indireta, quando, tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc.), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto¹⁷⁷.

Consoante observações de Faustin Hélie, o processo constitui-se no “*complément nécessaire des libertés publiques*”¹⁷⁸, à medida que o alcance destas não seria viável sem aquele (processo). Pois bem, partindo-se dessa premissa, pode-se afirmar que as garantias processuais também se constituem em liberdades públicas, em direitos fundamentais, enfim, em garantias constitucionais²⁶⁸, sem as quais não se atingiriam as demais garantias asseguradas pela Lei Maior.

¹⁷⁵ Nesse sentido são as considerações de MICHELE TARUFFO, quando observa que o problema da excessiva duração do processo judicial é mesmo tão antigo quanto a própria história do direito processual, já que: desde o nascimento do processo de conotação pública no direito romano pós-clássico, vêm testemunhados os efeitos desfavoráveis que a demora no término das demandas acarreta para a justiça. (TARUFFO, Michele. **La giustizia civile in Itália da 700 a oggi**, Bologna, Il Mulino, 1980, p. 10-11 *apud* CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 16)

¹⁷⁶ A esse respeito, observa ARRUDA: “A tramitação dos processos em um tempo adequado é acima de tudo um direito de dignidade, que impõe o respeito às carências de uma qualquer pessoa obrigada (até mesmo involuntariamente!) a passar pelo incômodo de servir-se da Jurisdição para o resguardo de uma posição jurídica. Que o direito seja respeitado não só pela necessidade de dar eficácia à decisão, mas por uma questão humana de consideração pelas inquietações – inclusive emocionais, angústias mesmo – que a expectativa de uma ação judicial pendente provoca.” (ARRUDA, Samuel Miranda. *Direito fundamental à razoável duração do processo*. Ed. Brasília Jurídica, Brasília, 2006, p. 81)

¹⁷⁷ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n.6, fev.2007, p.2. Disponível em: www.panoptica.org. Acesso em: 15 de fevereiro de 2010.

¹⁷⁸ HÉLIE, Faustin. *Traité de l'instruction criminelle*. Ed. Atual. Por J.S.G. Nypels e Léopold Hanssens. Bruxelles. Braylant-Christophe, 1865, t. 1, p. 3 *apud* LAURIA TUCCI, Rogério e CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 03.

Ao discorrer sobre a ligação entre a Constituição e o processo Liebman¹⁷⁹ aponta que o estudo concreto dos institutos processuais deve se dar no sistema unitário do ordenamento e não na esfera fechada do processo, sendo este o caminho, na opinião do autor, que transforma o processo de simples instrumento de justiça em garantia de liberdade.

Ou seja, ao se pensar na relação entre a Constituição e o processo, este não pode ser concebido como um “ramo” do direito dissociado do direito material, como se acreditou na sua fase autonomista. E esse direito material que se constitui na base, no fundamento dos institutos processuais, encontra-se na Constituição Federal, que deve sempre orientar o processo e os processualistas.

A efetividade da Constituição encontra, pois, no processo um importante mecanismo de afirmação dos direitos nela reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988¹⁸⁰ não somente pela sua posição hierárquica, mas pela quantidade e profundidade das matérias que disciplinou, está no centro do ordenamento jurídico, não se podendo compreender o processo, sem, antes, buscar seus fundamentos de validade – formal e material – na Lei Fundamental.

É importante frisar o fenômeno da *constitucionalização* dos direitos e garantias processuais, porque, além de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (fenômeno da *descodificação*), ressalta o caráter publicístico do processo.

Com efeito, o processo distancia-se de uma conotação privatística, deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social¹⁸¹.

O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum.

¹⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Diritto Costituzionale e Processo Civile*, in: Riv. Dir. Proc. 1952, p. 327. **apud** GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., p. 04.

¹⁸⁰ Eduardo Cambi alerta que os reflexos das alterações constitucionais, ocorridas na Europa, foram sentidas, significativamente, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito. Nestes quase vinte anos de Constituição, sem embargo as constantes reformas constitucionais operadas no texto original, permitiram a construção, paulatina, de uma importante cultura jurídica de valorização do *sentimento constitucional*. As sérias crises institucionais surgidas no país, nestas duas décadas, como o *impeachment* de um presidente aos gravíssimos indícios de corrupção que vêm sendo apurados pelas comissões parlamentares de inquéritos, encontraram na Constituição e na jurisdição constitucional as soluções políticas e jurídicas – criticáveis ou não – para a manutenção da estabilidade democrática. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano1, n.6, fev.2007, p.5. Disponível em: www.panoptica.org. Acesso em: 15 de fevereiro de 2010.

¹⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Dimensiones sociales del proceso civil. In: **Temas de direito processual. 4ª série**. São Paulo: Saraiva, 1989. p 26.

A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc.

Desse modo, os fins públicos buscados pelo processo, como instrumento democrático do poder jurisdicional, transcendem os interesses individuais das partes na solução do litígio. Esta visão publicística, imposta pela constitucionalização dos direitos e garantias processuais (neoprocessualismo), não se esgota na sujeição das partes ao processo. Com isso, atribuiu-se ao legislador a tarefa de criação, através das de instrumentos (processuais) capazes de efetivamente possibilitarem a observância pragmática dos postulados constitucionais, os quais devem ser sempre orientados pelos princípios inseridos na Constituição, como bem observam Lauria Tucci e Cruz e Tucci, quando asseveram que: “Em suma, imperioso se torna, a todo e qualquer tempo e em qualquer lugar, a edição boas leis processuais, plasmadas, sempre, por preceituações constitucionais, e, com elas, a garantia inarredável da perfeita e efetiva aplicação do direito aos casos que afloram no seio da sociedade”¹⁸²

Assim é que, sempre que as leis vigentes não se mostrarem capazes de atendimento prático desses postulados (constitucionais) demanda-se uma reforma das mesmas – seja através de emendas constitucionais, seja através de edição de novas leis infraconstitucionais – como as ocorridas no Brasil nos últimos anos e que, visando assegurar direitos como o acesso à justiça, o devido processo legal, a brevidade processual, dentre outros, ocasionaram consideráveis mudanças no ordenamento nacional, dentre as quais se afigurou o instituto (Julgamento liminar de mérito nas demandas repetitivas) objeto deste trabalho.

¹⁸² CRUZ e TUCCI, José Rogério. LAURIA TUCCI, Rogério. **Ob. cit.**, p. 3.

4.1.2 O tempo e o processo

Do conceito de tempo muitos já se ocuparam, mas não chegaram a uma conclusão uníssona a respeito. Santo Agostinho, quando questionado a respeito do que consiste o tempo, afirmava que este se constitui num saber que se tem antes de pensar nisso e que logo se desconhece ao pensar o que é, pronunciando-se ainda no sentido de que, embora não soubesse defini-lo, sabia para si o que o mesmo significava¹⁸³.

Dentre os filósofos que procuraram definir o conceito de tempo, destacam-se Heidegger e Bergson. Heidegger procurou definir o tempo de forma concreta, qualitativa e existencial, retornando às raízes aristotélicas, para quem o tempo de cada coisa em movimento consiste na sua duração, a qual encerra o espaço todo da vida de uma determinada coisa¹⁸⁴.

Já Bergson ocupou-se da distinção entre tempo e duração, chegando à conclusão de que enquanto aquele possui um caráter operacional e pragmático, objeto da pesquisa científica, esta pode ser definida como o tempo uno vivido na continuidade da consciência sempre inovadora¹⁸⁵.

Desses estudos filosóficos, os quais se ocuparam da distinção entre tempo e duração, pode-se afirmar que a conclusão a que se chegou é que esta última (duração) é a medida daquele (tempo)¹⁸⁶.

Partindo-se dessas premissas filosóficas é que se conclui que a duração de um processo (judicial) pode ser definida como o período (medida) compreendido desde o ajuizamento da ação até a efetiva restituição ou preservação do direito nela buscado, uma vez que com aquele (ajuizamento) inicia-se a “vida” do processo, o qual se encerra, cumpre seu fim, quando propicia, na medida do possível, àquele que tem direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de obter, como já dizia Chiovenda.

Ou seja, considerando-se que, etimologicamente, o processo significa “avançar, caminhar em

¹⁸³ SILVA, Carlos Henrique do Carmo. Tempo, *in Logos*. Enciclopédia luso-brasileira de filosofia, 5, Lisboa, Verbo, s/d. p. 60 *apud* CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 16.

¹⁸⁴ Segundo Aristóteles “o tempo é isso, a saber, o que é contado no movimento que se dá ao encontro no horizonte do anterior e do posterior.” (ARISTÓTELES *in* Física, Δ 11, 219 b 15 *apud* HEIDEGGER, Martin. Ser e tempo. 2. ed. Vozes, 2006, p. 516)

¹⁸⁵ CRUZ e TUCCI, José Rogério. **Tempo e Processo**. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997, p. 17-18.

¹⁸⁶ JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. Dicionário básico de filosofia. 2. ed. Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 1993, p. 76 e p. 233-234.

direção a um fim”, este caminho pressupõe um início e um fim, isto é, uma duração¹⁸⁷.

Para esse início e fim do processo, que comporão a sua duração, faz-se mister um conjunto ordenado de regras que regulem os atos do processo desde o começo até o encerramento deste, o que pode ser definido como procedimento.

O procedimento, por sua vez, tem uma prévia fixação cronológica que, evidentemente, deve ser observada. Isto implica o reconhecimento de que o princípio da aceleração tem a finalidade de informar a sucessão temporal dos atos processuais, já que, em sendo o processo um instituto dinâmico que se desenvolve no tempo, os atos processuais devem ser realizados mediante um procedimento célere, no momento oportuno – *omnia tempus habent* – conciliando-se presteza com segurança.

4.1.3 O novo papel desempenhado pelo juiz à luz dos direitos fundamentais

Prefacialmente, faz-se necessário registrar que é na mitologia grega, através da figura de Zeus que muitos apontam o surgimento do primeiro juiz. Vale destacar que a imagem arquetípica do magistrado varia muito no tempo e no espaço e que um longo caminho histórico foi percorrido até que se chegasse à figura do julgador atual.

Na totalidade das culturas, um traço marcante, porém, deflagra a figura do juiz como sendo aquele que é dotado de poder seja este de origem divina, sobrenatural ou política.

No dizer de José Renato Nalini¹⁸⁸ prefaciando Lídia Reis de Almeida Prado para julgar um ser humano, o juiz precisa ser cada vez mais humano. O excesso de técnica pode ajudar a distanciá-lo desse ideal. É uma armadura a mais para afastá-lo do drama de que o processo está impregnado.

Neste particular, preleciona Lídia Reis de Almeida Prado¹⁸⁹ citando José Liberato Costa Póvoa que:

O pedantismo de certos magistrados antipatiza a justiça, além de manter afastados aqueles que buscam a confiança de uma decisão justa. É deplorável o vírus da

¹⁸⁷ A esse respeito OVÍDIO BAPTISTA observa que o processo significa “avançar, caminhar em direção a um fim. Todo o processo, portanto, envolve a idéia de temporalidade, de um desenvolver-se temporalmente, a partir de um ponto inicial até atingir o fim desejado.” (SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol 1. 5ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000, p. 13.)

¹⁸⁸ NALINI, José Roberto. **O juiz e o acesso à justiça**. 2.ed. rev. ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000,p.11.

¹⁸⁹ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Campinas: Millennium, 2003,p.46.

juizite, que não raro, contamina os neófitos da Magistratura; mais deplorável é o juiz que com anos e anos de judicatura, teima em continuar com esse vírus. Desconhecem a humildade, antídoto contra o risco de se empenhar no jogo perigoso de se alcançar à justiça absoluta, quando a sua decisão, no máximo, poderá aproximar-se de um ideal humanamente impossível.

Atesta, ainda, a autora supracitada que parece estar em processo de superação, a clássica figura típica do dinamismo patriarcal, do magistrado neutro, ascético cumpridor da lei e distante das partes e da sociedade. E essa superação constitui uma das razões pelas qual a maioria dos juízes tem a consciência de que o judiciário precisa adequar-se às mudanças do tempo.

Na lição de Piero Calamandrei¹⁹⁰ é importante destacar que:

Na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas, mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo severo, consegue escapar?

Por delongado tempo, prevaleceu como ideal do Estado liberal clássico, diante da sua finalidade principal de garantir a liberdade dos cidadãos, a rígida delimitação dos seus poderes de intervenção na esfera jurídica privada. Não deveria a Lei tomar em consideração as diferentes posições sociais, pois o seu fim era dar tratamento igual às pessoas no sentido formal. Deveria ser a Lei “clarividente e cega”.

É inegável dizer que essa intervenção trouxe repercussão para o Estado-Juiz, uma vez que de nada adianta “formatar” a atividade do legislador e permitir ao juiz interpretar a lei em face da realidade social.

Dizia Montesquieu¹⁹¹, então:

Que o julgamento deveria ser apenas “um texto exato da Lei”, pois em assim não sendo constituiria “uma opinião particular do juiz” e, dessa forma, “viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos.

Essa idéia, bem refletida nos escritos de Montesquieu, demonstra que a segurança psicológica do individuo ou a sua liberdade política, estaria na certeza de que o julgamento apenas afirmaria o que está contido na Lei.

Na sua clássica obra “Do espírito das Leis” revela, com clareza, o autor que: “os juízes de

¹⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós os advogados**. São Paulo: Livraria Clássica, 2000, p.175-176.

¹⁹¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. Tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Editora Saraiva, 1973, p.160.

uma nação não são mais que a boca que pronuncia as sentenças da Lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem o seu rigor”

Muitos autores ressaltam que o século XIX foi marcado pelo predomínio do formalismo jurídico e de uma concepção legalista do Direito, o qual, não possibilitava e nem admitia a compreensão do papel do juiz na elaboração do direito.

Vale destacar que a preocupação com o arbítrio do juiz acabou por gerar a idéia de que a sentença deveria limitar-se ao texto legal, ao mesmo passo que, também, tolheu do juiz o poder de exercer o *imperium*.

Com o passar do tempo e com a incessante evolução social, este quadro histórico sofreu e continua a sofrer inúmeras e significativas modificações, haja vista que a credibilidade do poder judiciário esta intimamente ligada com o exercício dos papéis sociais e a crença na figura da Justiça.

Percebeu-se com o correr dos anos, que seria impossível e por que não dizer inviável a perfeita regulação normativa para a complexa vida social, razão pela qual inexistente uma regra jurídica adequada para cada circunstância concreta.

Hoje, já é ascente o entendimento de que a função jurisdicional é uma atividade genuinamente criadora, pois, a concepção da sentença ou da decisão como sinônimo de silogismo caiu em descrédito, em virtude da defesa da idéia de que a obra do órgão jurisdicional traz sempre, em maior ou em menor medida, um aspecto novo, o qual, não estava contido na norma geral.

Lídia Reis¹⁹² citando o pensamento de Luis Recaséns Siches -que é adepto do raciovitalismo que concebeu a lógica do razoável na interpretação jurídica -assevera que faz-se necessário atribuir relevância à criatividade e à intuição do magistrado nos julgados, os quais constituem o momento de individualização da norma aplicável ao fato submetido à jurisdição. Para o autor, na produção do julgado, destaca-se o papel do sentimento do juiz, cuja importância fica evidenciada até pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sentire*, isto é, experimentar uma emoção, uma intuição emocional.

É preciso aqui registrar, mais uma vez, a necessidade que a sociedade e as instituições têm de manutenção de seus valores fundamentais que viabilizam a vida harmônica na coletividade. Valores dentre os quais se encontra a justiça, que não pode ser destruída pela mostra de suas fraquezas que devem ser tratadas e eliminadas.

¹⁹² PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Campinas: Millennium, 2003,p.14.

Há no direito contemporâneo, uma tendência em aumentar os poderes do juiz, com o objetivo de lhe conferir a possibilidade de tratar adequadamente do caso concreto. Antigamente, em razão da necessidade de limitação do poder judicial, derivada da garantia de liberdade dos cidadãos, a lei processual definia rigidamente o que podia ser feito pelo juiz. Com o passar do tempo, verificou-se que, diante das situações litigiosas, não seria possível dar a tutela adequada aos direitos apenas através das modalidades executivas previstas pela lei, as quais, obviamente eram desenhadas em abstrato, desconsiderando a diversidade de das situações conflitivas.

O juiz do estado moderno não só tem o chamado poder de polícia (consistente no poder de ordenar o processo, ou seja, de determinar, sem requerimento, que o patrono da causa de uma das partes entregue os autos do processo que indevidamente retém) como também os poderes de, sem requerimento da parte, isto é, de ofício, penalizar o litigante de má-fé, determinar prova para melhor elucidação dos fatos e determinar medida para assegurar o resultado útil do processo.

Diante da feição publicista do processo, hodiernamente, não se admite mais o juiz como mero expectador da contenda judicial. Reconhecida a autonomia do direito processual e consolidada a sua natureza de direito público, a função jurisdicional ordinária torna-se um poder dever estatal, na qual se enfeixam os interesses particulares e os do próprio Estado. Assim, a partir do derradeiro quartel do séc. XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentando, passando da figura de expectador inerte à posição ativa, cabendo-lhe não só o impulso oficial do andamento processual, mas também o poder de determinar a realização de provas, conhecer ex officio de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes.

Clama a nova conjectura social que o juiz utilize sensibilidade e intuição como métodos de penetrar na realidade, corrigindo as desfigurações advindas da busca do conhecimento através de conceitos.

Ademais, no hodierno estado democrático de direito e diante da imensa complexidade dos fatos da vida, que nem sempre encontram consonância com o mundo jurídico, não há mais como não conceber um aspecto importante da sentença, qual seja a personalidade do juiz, sobre a qual influem à educação geral, a educação jurídica, os valores, os vínculos familiares e pessoais, a posição econômica e social, a experiência política e jurídica, a filiação e opinião política, os traços intelectuais e temperamentais.

Na avaliação minuciosa de Mauro Cappelletti¹⁹³:

Foi o sistema do moderno constitucionalismo, caracterizado pelas “justiças constitucionais” os quais estabeleceram constituições rígidas, que reconhecem os direitos fundamentais e instituem normas prevalentemente de valor, consistentes em fórmulas necessariamente vagas, ambíguas, imprecisas e programáticas a serem permanentemente concretizadas. Ao lado disso, criam-se mecanismos de controle de constitucionalidade. No desempenho dessa função, a justiça constitucional assumiria dupla feição: é “justiça legal” -pois aplica, interpreta a Constituição - e é “justiça de equidade” (“política discricionária”)- vez que há um acentuado caráter criativo na definição concreta dos conceitos vagos e genéricos, cambiáveis no tempo e no espaço.

Logo, mais do que isso, hoje é assente o debate e a discutível assimilação entre “juízo de equidade”, “discricionabilidade” e a liberdade na aplicação das normas veiculadoras de fórmulas amplas que no dizer de Barbosa de Moreira¹⁹⁴ é indiscutível a recorrência do legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, ao momento da subsunção, o cuidado de “preencher claros, de cobrir os espaços em branco”.

De forma clara e bem fundamentada é feliz Eduardo Talamini¹⁹⁵ ao comentar que:

O legislador brasileiro passou a adotar a técnica da concessão dos deveres genéricos, conceitos jurídicos indeterminados, os quais tiveram como via de consequência uma forte tendência de discricionabilidade nas decisões judiciais haja vista que, se estabeleceu grande margem de indefinição dos comandos normativos e abstratos ainda maiores do que já se revestiu outrora, com a consequente ampliação da “liberdade” do agente incumbido em aplicá-los.

A partir das idéias postas, não se pode conceber a existência de um magistrado equidistante à complexa realidade do seu tempo.

Diante do novo Constitucionalismo que trouxe á baila a valorização dos direitos fundamentais¹⁹⁶, em especial à dignidade da pessoa humana, não há mais se falar num magistrado estritamente vinculado aos paradigmas da lei.

Tal premissa parece ganhar grande espaço na atual conjectura jurídica. Entretanto, de acordo

¹⁹³ CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.95-97.

¹⁹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras da experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: **Temas de Direito Processual**. Segunda série. São Paulo: Saraiva, 1980, p.69.

¹⁹⁵ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art.84). 2.ed. rev. atual. São Paulo: Editora RT - Revista dos Tribunais, 2003, p.

¹⁹⁶ A Constituição Federal confere dignidade e proteção especiais aos direitos fundamentais, seja afirmando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, parágrafo 1º, CF), seja inserindo-os no rol das denominadas cláusulas pétreas (art. 60, CF), e assim protegendo-os não apenas do legislador ordinário, mas também do poder constituinte reformador.

com Gisele Góes¹⁹⁷ a indagação que permanece é a seguinte: “Os membros do poder judiciário, quando interpretam os enunciados jurídicos, podem criar algo fora do preexistente?”

Após esse percurso no seio da origem da formação dos juiz-perfeitamente talhados para a interpretação e aplicação fria da lei, imbuídos no mito da neutralidade e imparcialidade-observa-se que a cultura jurídica, por longo período de tempo até hoje, é ardorosa defensora de que o discurso judicial se restringe a sedimentar o direito declarado pelo Poder Legislativo.

Nessa toada, cumpre ressaltar que a atividade judicial não se reduz à mera aplicação de direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito, como se evidencia mesmo na tão atacada doutrina Kelseniana, na qual a sentença aparece com uma norma jurídica, diversa daquela geral e abstrata em que costuma basear, e o ato de interpretação e aplicação do direito pelo juiz como integrante da política do direito, ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados nas normas positivas.

Assim, resta consagrada a liberdade do intérprete. A acepção do signo “interpretar” é plurívoco, devendo, assim, ser conceituado como ato de compreender, atualizar, concretizar e materializar o fenômeno normativo.

Neste particular, conclui-se que se a liberdade do intérprete é pressuposto essencial da própria existência do discurso judicial, neste contexto, emerge, na seara jurídica, uma grande discussão sobre a controlabilidade ou não do ato interpretativo, como fenômeno prospectivo do Poder Judiciário em nível de decidibilidade.

Inserido nessa construção, o ato interpretativo é fonte de incertezas e probabilidades de um agigantamento da classe dos magistrados. Cabe ao juiz o exercício de um papel político, pois, espelha a relação dialética que há entre o enunciado jurídico, o intérprete e o contexto social.

Ora, é pouco mais do que evidente que isso tudo fez surgir um outro modelo de juiz, sendo apenas necessário, neste momento, que o direito processual civil se dê conta disso e proponha um conceito de jurisdição que seja capaz de abarcar a nova realidade que se criou.

Ele deve efetivar a tutela jurisdicional de forma célere e leal, através da utilização de instrumentos eficazes à concretização da equidade e da justiça.

Esse é o paradigma do juiz atrelado ao princípio da proporcionalidade na análise do direito Processual Civil, porque, perante situações complexas, age fora do modelo de subsunção

¹⁹⁷ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004,p.04.

tradicional, comprometendo-se a prestação jurisdicional efetiva e de resultados justos.

4.1.4 A ‘crise da justiça’ e o papel das recentes reformas na implementação da efetivação dos direitos

Tratar de qualquer matéria afeita ao Processo, sendo esta uma entidade da vida social, não é empreitada¹⁹⁸ fácil; estar-se-á, sempre e necessariamente, em face de tema atrelado a aspectos diversos, investidos das mais diferentes naturezas, que por não raras vezes se revelam, ao menos aparentemente, contraditórios entre si.

A tutela jurisdicional dos direitos e interesses legítimos não é útil senão quando obtida e espaço razoavelmente rápido de tempo, sendo por isso indiscutível que a lentidão do aparelho judiciário¹⁹⁹ provoca o que se tem chamado por Gustavo de Medeiros de Melo (2007, p.217) de fenômeno de compressão dos direitos fundamentais precedentes, a qual impinge, às avessas, também, ao poder público, como parte processual, uma restrição muito grande aos seus recursos eminentemente protelatórios²⁰⁰.

¹⁹⁸ Na lição de Elio Fazzalari sociedade e “ordenamento jurídico” se encontram em correspondência biunívoca, no sentido que a uma certa sociedade corresponde um certo ordenamento, e que sociedade e ordenamento se identificam. (FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006,p.52.)

¹⁹⁹ Para Denis Donoso a culpa pela lentidão dos processos não é apenas do sistema processual, muito burocrático e despreparado para uma nova realidade social. Deve-se, segundo o autor, lembrar que o judiciário tem um enorme déficit de funcionários, mostrando-se, ainda, incompetente para realizar uma logística capaz de dar maior fluidez ao seu trabalho, como fazem as grandes empresas multinacionais. Ademais, profere contundente crítica aos jurisdicionados, os quais, amarram-se a uma cultura extremamente mesquinha, porque totalmente voltada à solução processual dos problemas, sem admitir meios alternativos, como a mediação e arbitragem. Além disso, o ordenamento está equipado para a solução individual dos conflitos. Ainda é incipiente no Brasil a cultura da ação coletiva. O resultado, finda o autor, um Poder Judiciário abarrotado e leis castrenhas. (DONOSO, Denis. Matéria controvertida unicamente de direito, casos idênticos, dispensa de citação e seus efeitos- primeiras impressões sobre a Lei 11.277/06. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 38, São Paulo: Dialética editora, 2006, p.48-49).

²⁰⁰ Tal registro, extraído do estudo de Gustavo de Medeiros Melo faz-se necessário, ao seu sentir, justamente para equilibrar a ação do legislador, ao instituir a possibilidade do que intitulou de sepultamento meritório de plano das ações sem a citação, que na prática, indubitavelmente, beneficiará muito o Poder Público. Na realidade, prossegue o doutrinador em comento, está-se falando de casos em que a matéria versada é exclusivamente de direito e muito pouco atingirá a diversidade de ações intentadas em todo país, que tratam das verdadeiras angústias do cidadão, pois se sabe que esta nova previsão restringir-se-á, na esmagadora maioria dos casos, a questões envolvendo o direito tributário, administrativo, previdenciário, ou seja, questões em que a maioria das causas jurídicas dispõe de uma solução definitiva pelo STJ e STF. (MELO, Gustavo de Medeiros. O julgamento liminar de improcedência- uma leitura sistemática da Lei 11.277/06. **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 16, n.63, 2008, p.140-167.)

Surtem, portanto²⁰¹, no CPC, ao longo dos seus 33 (trinta e três) anos de existência, uma série de alterações²⁰², culminando, mais recentemente, naquelas decorrentes das Leis nº 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006²⁰³.

Ressalta Frederico Augusto Leopoldino Koehler²⁰⁴ que as reformas legislativas não são a panacéia para todos os males que afligem a atividade jurisdicional, bastando observar a diversidade de fatores geradores do atraso no serviço forense, dentre eles os institucionais, os de ordem técnica e subjetiva e os derivados da insuficiência material.

4.1.5 A cidadania e o acesso à ordem jurídica justa como corolário do Estado Democrático de Direito

A realidade histórica brasileira leva-nos a concluir que, até hoje, os direitos de cidadania são conquistados com muita luta, numa queda de braços desproporcionais. "A ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos consigam prevalecer"²⁰⁵.

Segundo José Murilo Carvalho:

²⁰¹ Lênio Luiz Streck critica arduamente o rumo da reforma processual e aponta para o fato de que em tempos de democracia, de Estado Democrático de Direito e de efervescência do constitucionalismo, o legislador caminha em sentido inverso da tendência cívico-republicana com as reformas processuais. Aponta ele, defeitos do artigo 285-A, como o termo "matéria controvertida", segundo ele não há falar-se em controvérsia antes da citação; indaga ele, ainda, sobre o que se constituiria matéria unicamente de direito; a impossibilidade de existirem casos idênticos; ofensa ao contraditório e à ampla defesa, tendo em vista que não operou-se a citação do réu, dentre outras críticas.

²⁰² José Mariano de Almeida Neto preleciona que: "Como efeito dessa reforma, tem-se uma colcha de retalhos: o legislador optou por realizar alterações pontuais no Código de Processo Civil, em vez de elaborar um novo *Codex*."

Entretantes, há salientar que esta colcha de retalhos pode aquecer os jurisdicionados, sendo-lhes útil, proporcionando, de fato, maior celeridade na solução das demandas judiciais. Para tanto, o sistema processual civil deve ser interpretado sobre um novo prisma, com novos paradigmas, rompendo-se com os anteriores. "O novo não pode ser interpretado valendo-se de velhos conceitos, sob pena de não se obter avanços significativos." NETO, José Mariano de Almeida. **Julgamento liminar definitivo nas ações repetitivas e a intervenção do Ministério Público. Disponível em:** <
<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/18384/public/18384-18385-1-PB.pdf>>, acesso em: 09 de fevereiro de 2010.

²⁰³ Tais leis, afirma Gledson Marques de Campos (2007, p.46) encerram a denominada "Reforma Infraconstitucional do poder judiciário", integrante do "Pacto do Estado em favor de um judiciário mais Rápido e Republicano", visam eliminar pontos de estrangulamento do CPC em prol do atingimento da garantia constitucional prevista no art. 5º, LXXVIII, (incluída pela emenda constitucional nº 45, de 2004), de acordo com a qual: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação".

²⁰⁴ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: editora Juspodivm, 2009, p.25.

²⁰⁵ CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p.223.

Uma das razões para nossas dificuldades pode ter a ver com a natureza do percurso que descrevemos. A cronologia e lógica da seqüência descrita por Marshall foram invertidas no Brasil. Aqui, primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão de direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, a base da seqüência de Marshall, continuam inacessíveis à população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo²⁰⁶.

Por esses motivos, inclina-se à ideia dos escopos social e político proposta por Cândido Dinamarco. É com base em suas lições além de outras²⁰⁷, que nos escorremos para desenvolver o argumento de que com educação de boa qualidade e para todos (indiscriminadamente), voltada à preparação de cidadãos críticos e participativos, se alcançará a condição de respeitar plenamente a Dignidade da Pessoa Humana, aproximando, assim, o Estado de Direito Constitucional de seu ideal.

Portanto, do ponto de vista processual, especialmente o escopo social (voltado à educação) e o escopo político (no sentido de participação política), realçando os valores sociais de cidadania, parecem ser ótimos meios de dinamização da celeridade processual.

Impende destacar a importância da Cidadania na problemática da demora no atendimento das prestações jurisdicionais.

Uma sociedade consciente de seus direitos e obrigações tende a respeitar mais e compreender melhor os direitos alheios²⁰⁸, integrada em um organismo, uma instituição única e ao mesmo tempo coletiva (visto as potencialidades individuais), focada na cidadania participativa, é muito menos vulnerável e propensa aos litígios. É bem menos propensa aos problemas relacionados aos contratos de adesão (tão comum o Brasil), às prestadoras de serviços (*e. g.*, empresas de telefonia), às relações de consumo; ainda, a conflitos relativos Política Criminal, ao Direito Penal e à Execução Penal; aos Direitos Reais (em especial à Regularização Fundiária e a especulação imobiliária, no universo da Política Urbana²⁰⁹); e mais, quanto aos direitos trabalhistas, etc.

Uma sociedade informada é enganada mais dificilmente e isso provoca uma substancial diminuição nos índices de demandas processuais. Certamente não solucionará por completo os problemas relacionados à morosidade discutida, mas ameniza consideravelmente a carga

²⁰⁶ . **Ibidem**, p.219-220.

²⁰⁷ Podemos citar também: Boaventura de Souza Santos e Milton Santos, dentre outros grandes autores.

²⁰⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p.147-148.

²⁰⁹ Confira os arts. 182 e 183 da Constituição da República e a Lei 10.257/2001, que trata do tema da Política Urbana.

de trabalho do Judiciário.

Ora, se diminui a quantidade de ações demandadas, os processos que se encontram no Judiciário tramitam com mais eficiência (art. 37, caput, CR/88), numa duração realmente mais razoável, gerando mais economia, tendo em vista a diminuição do número de processos.

É preciso ter uma visão global. Por óbvio, não é um processo de transformação rápido nem fácil, entretanto, parece perfeitamente possível imaginar uma sociedade consciente ao menos de seus direitos, tendo em vista a extraordinária capacidade dos seres humanos²¹⁰.

Enfim, o tratamento constitucional da Cidadania como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º.,II, da CF/88) deve ser considerado matéria de primeira necessidade, para a harmonização entre a Sociedade, o Estado e o Direito.

4.2 A CONSTITUCIONALIDADE DO JULGAMENTO IMEDIATO DAS CAUSAS REPETITIVAS

É sabido que a regra do artigo 285-A deve ser aplicada com parcimônia pelo magistrado. Ainda que no plano de validade ela passe pelo crivo do controle de constitucionalidade, sua aplicação indiscriminada colocará em risco princípios que constituem a essência do modelo constitucional do processo.

O próprio Instituto Brasileiro de Direito Processual²¹¹ admite que não há negar que o art. 285-A do Código de Processo Civil pode vir a ser mal aplicado no dia a dia do foro de primeira instância. E que seu texto dá e dará margem a “interessantes” e pertinentes discussões sobre seu real alcance e sua real interpretação.

4.2.1 A tese da Inconstitucionalidade

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta pela OAB argumenta-se que o direito de ação sofreria restrição com o advento do novel dispositivo, pois, a jurisprudência brasileira

²¹⁰ REIS, Kleiber Gomes. **A Cidadania como instrumento de potencialização do Princípio da Celeridade Processual**. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 21 de novembro de 2008.

²¹¹ PETIÇÃO de intervenção do IBDP como amicus Curie na ADIM 3695. Disponível em: www.direitoprocessual.org.br. Acesso em: 13 de fev 2007.

tem admitido o poder de regulamentação, pelo legislador ordinário, do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judiciário, contudo tal regulamentação deveria confinar-se dentro de limites que lhe impedissem reduzir desarrazoadamente ou aniquilar a garantia constitucional.

No mesmo sentido é a orientação da jurisprudência constitucional alemã e italiana, que, conforme salienta Ada Pelegrini Grinolver²¹², tem deduzido, da garantia constitucional do direito de ação e de defesa, princípios e postulados relevantes para o processo. Competindo ao legislador regular o exercício do direito de ação e de defesa, de acordo com a estrutura e as exigências de cada procedimento: mas sem limitar a garantia da possibilidade concreta de desenvolver a atividade necessária para obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido, em todas as fazes processuais.

Assim, continua o texto da ADIN discorrendo que na medida em que se impede a instauração regular do processo, a pretexto de que a questão jurídica suscitada no pedido já recebeu o juízo solução contrária o que se está estabelecendo, de forma iniludível, é uma desarrazoada restrição ao direito de ação, pela via oblíqua de um expediente que não permite o exame de aspectos peculiares que a causa, porventura, apresente e que, talvez, levassem o juiz a decidir em outro sentido.

Ainda nos termos da ADIN, o direito de ação estaria sendo limitado por conta da eliminação do procedimento normal pela pronta prolação da sentença emprestada. O direito de ação é direito de provocar o surgimento da relação processual triangular (autor-juiz-réu). Afastada tal possibilidade no âmbito de primeiro grau, exsurge sua evidente restrição.

O artigo 285-A surge dentro de um contexto moderno que é a busca pela celeridade do processo, e sobre os perigos dessa busca desenfreada, importante transcrever texto de J.J Gomes Canotilho²¹³:

A proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma protecção eficaz e temporamente adequada. Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz da matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva “resposta” plasmada em uma decisão judicial vinculada (em termos a regular pelas leis de processo). O controlo judicial deve, pelo menos em sede de primeira instância, fixar as chamadas “matérias ou questões de facto”, não devendo configurar como um “tribunal de revista”, limitado á

²¹² GRINOLVER, Ada Pelegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos arts 249 e 251 do Código Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual**. N.40. Porto Alegre: Síntese, 2006, p.65.

²¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Op. Cit.**, p.466-467.

apreciação das “questões” e “vícios de direto”. Além disso, ao demandante de uma protecção jurídica de ver reconhecida a possibilidade, em tempo útil (“adequação temporal”, “justiça temporalmente adequada”), obter uma sentença executória com força de caso julgado – “a justiça tardia equivale a uma denegação da justiça”. Note-se que a exigência de um processo sem dilatações indevidas, ou seja, de uma protecção judicial em tempo adequado, não significa necessariamente “justiça acelerada”. A “aceleração” da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e matérias (prazos de recurso, supressão de instâncias excessiva), pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta.

Para o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil o art.285-A além de ofender os princípios constitucionais da segurança jurídica, do direito de ação, do devido processo legal e do contraditório, macula o princípio da isonomia. Isto porque, devido a diversidade de juízes e varas, o diploma normativo permite que processos que debatam o mesmo tema, mas distribuídos a diferentes magistrados, tenham curso normal ou abreviado, conforme tenha sido proferida ou não sentença relativa ao mesmo assunto no juízo.

O princípio da isonomia ou da igualdade destaca-se como valor de primeira grandeza no Estado Democrático. Insculpido no art. 5º caput, c/c art.3º inc. IV da Constituição Federal de 1988, quando penetra no mundo do processo assume a conotação de princípio da igualdade entre as partes. Este deverá ser efetivado pelo legislador e pelo juiz.

Nesse contexto está a imparcialidade do juiz que atua de modo equilibrado, garantindo aos sujeitos litigantes o tratamento isonômico indispensável para o oferecimento de uma tutela jurisdicional a quem efetivamente tenha razão. Estão também relacionadas ao princípio da isonomia, as garantias da liberdade, do contraditório e da ampla defesa, “porque a igualdade das partes inclui igualmente em oportunidades de participar com liberdade, defendendo-se adequadamente”²¹⁴.

Contraditório significa a participação das partes no processo empregando as armas lícitas disponíveis com o objetivo de convencer o juiz a dar julgamento favorável.

Importante ressaltar que a isonomia e o contraditório são importantes premissas democráticas, logo, constituem-se manifestações de zelo do Estado contemporâneo pelas liberdades públicas. Caminhando juntos politicamente, apesar de independentes conceitualmente. “contraditório equilibrado é contraditório com igualdade”²¹⁵.

Assim, o princípio da isonomia não pode ser entendido, na visão dos defensores da inconstitucionalidade do artigo, como pretendeu o IBDF, afirmando que a sua aplicação ocorreria quando para um mesmo fato houvesse uma mesma decisão. A isonomia às partes do

²¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instrumentalidade do processo**. v. I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004,p.208-210.

²¹⁵ Ibidem, p.210.

processo; e pelo contraditório, possibilitando-se às partes de utilizarem armas para o convencimento do juiz.

Como será explicitado em capítulo próprio, o devido processo legal, consagrado pela Constituição Federal de 1988, determina que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, ou seja, sem uma processo que garanta às partes o direito de defesa no seu sentido mais amplo. Assim, tanto o réu quanto ao autor devem ser dadas oportunidades para demonstrarem concretamente a procedência de suas pretensões.

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover²¹⁶ explica que o princípio da inafastabilidade indica o monopólio Estatal na distribuição da Justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida Justiça (*ex parte populi*).

Todavia, continua explicando a doutrinadora, o acesso aos tribunais não se esgota com o poder de movimentar a jurisdição (direito de ação, com o correspondente direito de defesa, significando, também, que o processo deve se desenvolver de uma determinada maneira que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos, que só pode ser obtida por sua plena participação, implicando o direito de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem sobre o conhecimento do juiz. Corolário do princípio do devido processo legal, que a Constituição Brasileira detalha a partir do inc. LIV do art. 5º, realçando-se, dentre elas, o contraditório e a ampla defesa (inc. LIV do mesmo artigo)).

O devido processo legal se consubstancia em um princípio que rege todo o ordenamento jurídico pátrio. Luis Roberto Barroso²¹⁷ lembra da importância do devido processo legal citando trecho do voto do Justice Harlan, no caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965):

[...] devido processo não foi ainda reduzido a nenhuma fórmula: seu conteúdo não pode ser determinado pela referência a qualquer código. O melhor que pode ser dito é que através do curso de decisões desta Corte ele representou o equilíbrio da nossa Nação, construída sobre postulados de respeito pela liberdade do indivíduo, oscilou entre esta liberdade e as demandas da sociedade organizada.

O devido processo legal e o Estado Democrático de Direito são intrinsecamente correlatos, devendo o último conferir aos cidadãos as garantias fundamentais consagradas pela

²¹⁶ GRINOLVER, Ada Pelegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos arts 249 e 251 do Código Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual**. N.40. Porto Alegre: Síntese, 2006, p.62.

²¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.200.

Constituição Federal. O estado está vinculado à absoluta observância dos postulados que consubstanciam o devido processo legal. Assim, não está permitido ao legislador relativizá-lo em favor de qualquer outro objetivo.

Com o avanço da sociedade moderna, as relações entre os indivíduos se tornaram mais complexas, e com isso houve o aumento das demandas. Contudo, o Judiciário não possui capacidade estrutural para atendê-las, e o caminho buscado pelo legislador para resolver este problema não parece ser o mais acertado²¹⁸.

Uma corrente doutrinária afirma que as recentes reformas processuais, percebe-se que a preocupação do legislador se restringiu ao aspecto quantitativo, ou seja, ao desafogamento do Poder Judiciário. Por conta disso, garantias fundamentais foram relativizadas, sendo desqualificada a tutela jurisdicional, e impondo-se obstáculos ao acesso à justiça. O processo dever ser instrumento de alcance da efetividade da justiça, em que fiquem asseguradas as garantias constitucionais das partes.

Não há como entender, para os que se opõe ao dispositivo, que uma norma que possibilite o julgamento imediato de uma demanda, sem instauração do contraditório, venha a garantir uma tutela jurisdicional qualificada, nem que concretize o acesso ao Judiciário.

Indagam, ainda, que:

Para o cidadão que possui condições financeiras para patrocinar os serviços de um advogado, a norma pode até funcionar, pois diante da improcedência da ação terá meios de recorrer. Contudo, como ficará a situação daqueles que não possuem condições para tal? Aquele cidadão que não encontra Assistência Judiciária Gratuita do Estado. Este não terá direito a uma tutela justa, efetiva?

O Estado chamou para si a responsabilidade de compor os litígios ao proibir a autotutela. E agora, por não conseguir cumprir seu desiderato, irá restringir garantias fundamentais dos cidadãos?

Humberto Theodoro Júnior²¹⁹ demonstra receio quanto à onda reformista, afirmando que não tem percebido preocupação com a segurança jurídica, nem com as desastrosas conseqüências das inovações normativas sobre a estabilidade da ordem jurídica e dos relacionamentos travados entre os jurisdicionados, e entre este se o Estado. Para o doutrinador, deve-se evitar a

²¹⁸ MONTENEGRO FILHO, Misael. Primeiras impressões a respeito do artigo 285-A. A criação do processo entre o autor e magistrado. **Revista do advogado**, V.85, São Paulo: AASP, 2006, p.192.

²¹⁹ THEODORO JR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. , p.29

reforma inócua, que afeta apenas formas verbais sem alterar o fundo ou a substância das normas e, acima de tudo, não se pode desestabilizar o sistema vigente e comprometer, sem razão aceitável e explícita, os valores fundamentais que o informam, com raízes sólidas no plano da Constituição.

No Estado constitucional democrático qualquer segmento do direito deve ser compreendido sob prisma dos princípios constitucionais. A reforma só poderá se segura se tiver como norte os princípios insculpidos na Constituição.

O supracitado doutrinador continua explicando que a verdadeira reforma do Poder Judiciário ocorrerá quando os responsáveis por seu funcionamento perceberem a necessidade de modernizar e reorganizar seus serviços. O que lhes falta é a adoção de métodos modernos de administração, capazes de racionalizar o fluxo de papéis, de implantar técnicas de controle de qualidade, de planejamento e desenvolvimento dos serviços, bem como de preparo e aperfeiçoamento do pessoal em todos os níveis de judiciário. O processo ganharia celeridade não através de edição de normas, mas com a aplicação correta das normas já existentes.

No mesmo sentido Darci Coelho²²⁰ que entende que o novel dispositivo mostra-se desproporcional, pois na busca pela celeridade subverte garantias individuais como o contraditório, ampla defesa, o direito à informação (publicidade), segurança jurídica, direito de ação, além do princípio maior que é o do devido processo legal. Além da falta de técnica, como apresentado, o artigo 285-A não atingirá em muitos casos a sua finalidade que é a aceleração do processo.

Concluem os que discordam do novel artigo que o art.285-A é desproporcional, pois para atingir a sua finalidade, que é a consagração do princípio a celeridade, princípios constitucionais como o devido processo legal, o contraditório, a isonomia e a segurança jurídica foram restringidos.

Colha-se ainda entendido do STF quando à impossibilidade de desrespeito á direitos fundamentais em razão de celeridade e da economia processual:

Conforme decidido pela Segunda Turma deste Corte, no julgamento do AI 335.076-ArR, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJ de 07/02/2003, o fato de os juizados especiais cíveis e criminais atenderem aos princípios da celeridade e da economia processual não pode provocar o desrespeito aos postulados da ampla defesa e do

²²⁰ No trâmite do Projeto de Lei nº 4728/04 pela Comissão de Constituição e Justiça que deu origem à Lei nº 11.277/06, o deputado federal Darci Coelho (2006, p.07) expôs, em seu voto, alguns pontos que demonstravam a fragilidade da norma em comento. Para ele, a norma padeceria de insanáveis vícios quantos aos aspectos de constitucionalidade e juridicidade, querendo-se estabelecer um mecanismo semelhante ao da súmula vinculante. Ferindo o duplo grau de jurisdição, a coisa julgada formal, ampla defesa e o contraditório.

devido processo legal. No presente processo, os recorrentes ficaram impedidos de produzir prova em audiência e de inquirir a testemunha arrolada, porque não foram intimados para esse ato processual de essencial para a apuração de verdade. O dano sofrido é inquestionável pois o pedido deduzido pela recorrida foi julgado procedente. (RE 260.776, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16/09/05).

Ademais, o sistema jurídico deve ser visto sob o ângulo do princípio da unidade da constituição que se configura na exigência da coerência narrativa do mesmo²²¹.

Faz-se necessária uma interpretação conjugada de todos os dispositivos constitucionais, proibindo a interpretação isolada de normas. O intérprete da Constituição deve compreendê-la como uma unidade harmônica e sem contradições.

Ao tentar combinar princípios como o da celeridade processual com a da segurança jurídica, o legislador deve procurar um meio que seja compatível aos mesmos, e não relativizar um em favor do outro. Afinal, gozam de igual hierarquia.

Não é razoável, enfim, para uma parcela doutrinária²²², a criação de uma norma falível a tantas críticas, e que traz tantas incertezas como é a regra do art.285-A. o legislador antes de elaborar uma lei, deve analisar todas as suas conseqüências, se é um meio proporcional, e se realmente viabilizará o acesso ao judiciário. Deve-se atentar e, primeiro lugar para a operacionalidade do sistema.

Em resumo, assevera a OAB- que o dispositivo viola:

- 1- A isonomia constitucional, pois os entendimentos diversos dos vários juízos acarretarão processos com curso normal e outros com curso abreviado (para as varas onde haja entendimento consolidado pela improcedência do pedido);
- 2- A segurança jurídica, porque a repetição da sentença dada em outro caso- da qual terceiros não tem ciência dos argumentos e da analogia com caso que é apresentado- torna ilegítima a atuação jurisdicional;
- 3- O direito da ação preterido pelo subido bloqueio da regular formação da relação jurídica processual;
- 4- O contraditório, já que o requerido não poderá debater e convencer o juiz do acerto de sua tese; E, por fim:
- 5- O devido processo legal, visto como o feixe de direitos e garantias condutoras do processo do seu começo ao fim.

²²¹ CANOTILHO, José .Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993., p.1109.

²²²

4.2.2 A tese da constitucionalidade da regra

Conforme se infere do item anterior, Conselho Federal da OAB ajuizou no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade o referido art. 3.695/DF, alegando se inconstitucional o referido art. 285-A do CPC, por suposta violação aos princípios da isonomia, da segurança jurídica, do direito de ação, do contraditório e do devido processo legal.

Por outro lado, o IBDP defende que a aplicação do art.285-A não viola o princípio da isonomia²²³, pois garante que, diante do mesmo fato, seja prolatado o mesmo resultado jurídico, dispensando aos litigantes – e em, especial, aos variados autores – tratamento isonômico. Para o instituto, a regra racionalizaria o proferimento de julgamentos uniformes para os mesmo casos na medida em que eles sejam distribuídos para os mesmo juízos. Eis o posicionamento adotado no presente trabalho.

Impende destacar que no dia 05 de maio de 2006 fora acostado ao processo da ADIN, em comento, parecer da Procuradoria Geral da União opinando pela improcedência do pedido. No mesmo sentido entendeu a Advocacia Geral da União em parecer exarado no dia 02 de junho do mesmo ano²²⁴.

O IBDP enfatiza, ainda, que o art. 285-A do Código de Processo Civil, uma vez em vigor, encontrará em vigência os incisos II e III do art. 253 do CPC²²⁵, inseridos pela Lei n. 11.280/2006. Estes fixam a prevenção do juízo para toda e qualquer forma de repetição ou repositura da mesma demanda ou, quando menos, com alguma variação de autores ou de réus. O objetivo destes incisos é evitar sobre a mesma situação fática, o Estado-juiz, profira decisões diversas (favoráveis ou desfavoráveis ao autor da ação) consoante variem os

²²³ Gelson Amaro de Souza afirma que essa norma do art. 285-A do CPC não contraria princípio processual ou procedimental algum. Não contraria o direito de ação, não contraria o princípio do contraditório e nem mesmo da ampla defesa. Pelo contrário, esta norma está em sintonia com as mais modernas necessidades processuais. (SOUZA, Gelson Amaro de. Sentença de mérito sem citação do réu. **Revista dialética de direito processual**. n.41, São Paulo: Dialética editora, 2006,p.49.)

²²⁴

²²⁵ Art. 253. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza: I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;
II - quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda; III - quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo prevento.
Parágrafo único. Havendo reconvenção ou intervenção de terceiro, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.

magistrados componentes de cada juízo, de cada vara, de cada parcela orgânica do aparelho Judiciário.

E continua explicando que:

[...] se um outro juízo tem entendimento diverso sobre uma mesma tese jurídica e, por isto, não encontrar, no caso concreto, razão para aplicar o comando do novel dispositivo, caberá aos Tribunais respectivos uniformizarem, gradativamente, qual é e qual não é o entendimento prevalecente.

O art. 285-A do CPC não ofende o princípio do contraditório²²⁶, pois a decisão é favorável ao réu e contrária ao autor. Ora, em todos os casos de indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295), a sentença é favorável ao réu e contrária ao autor. Pode, até mesmo, a inicial ser indeferida por prescrição ou decadência (que é mérito: art. 269, IV, do CPC). Haveria ofensa ao contraditório, se o réu já fosse, liminarmente, condenado, sem a mínima possibilidade de defesa. Mas, nesse caso, ele vai sagra-se vencedor, sem ter que se deslocar a juízo.

Fosse inconstitucional o dispositivo, seriam igualmente inconstitucionais todas as hipóteses de indeferimento da petição inicial prevista no art. 295 do CPC, sobretudo as que acarretaram resolução de mérito, quando o juiz indefere, desde logo, a petição inicial por prescrição ou decadência.

O art. 285-A do CPC, longe de ofender o princípio da isonomia, concretiza sua incidência, fazendo com que o juízo confira tratamento idêntico a todos que se posicionam na mesma situação: se julgou improcedente pra um, deverá fazê-lo igualmente para todos que tenham proposto idênticas demandas de massa.

Com isso, garante-se maior segurança jurídica, diferentemente do que se alega na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A noção de segurança, como valor inerente à vida em sociedade, desdobra-se em 2 (duas) vertentes. A segurança pode ser encarada como:

- a) Manutenção do *status quo*, sem possibilidade de se alterar situação já consolidada;
- b) Garantia de previsibilidade, permitindo que as pessoas possam se planejar e se organizar, levando em conta as possíveis decisões a serem tomadas em casos concretos pelos juízes e tribunais.

²²⁶ Nesse sentido: RAMOS, Glauco Gumerato (obra já citada, p.375); CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC**. Revista Dialética de Direito Processual, n. 39, São Paulo: dialética, 2006, p.97.

Ao que tudo indica, para que a segurança gere previsibilidade, é preciso reforçar os mecanismos de uniformização de jurisprudência, com o que se garante a aplicação de uma maior justiça no contexto da sociedade. Nesse sentido, se, em demandas de massa, o juízo já decidiu contrariamente a uns, deverá, de igual modo, decidir contrariamente a todos que se enquadrem na mesma situação e que tenham proposto demandas idênticas.

O art.285-A do CPC somente se aplica para casos de matéria estritamente de direito. Se houver questão de fato que dependa de produção de prova, que não a documental, já não se aplica a regra. O dispositivo somente deve ser aplicado para as chamadas “demandas de massa”. Não tem sido para demandas pontuais em que “cada caso é um caso”. Mas em questões tributárias, previdenciárias, de servidores, sendo a questão repetitiva, só de direito e já havendo outras decisões contrárias, a iniciativa é interessante, seguindo-se a mesma lógica das súmulas vinculantes e das decisões dos relatores que, nos tribunais, já decidem o recurso por simples despacho (CPC, art. 557).

Pretender que o procedimento tenha todo o seu curso, quando já se sabe que será julgado improcedente o pedido, é exigir a prática inútil e desnecessária de atos processuais, com dilações desarrazoadas, desaguando em ofensa ao princípio constitucional da duração razoável dos processos. É preciso, em suma, racionalizar julgamentos, sobretudo em casos massificados.

Haveria, isto sim, ofensa ao princípio, se o réu já fosse condenado, antes mesmo de ser citado. Julgado procedente *prima facie* o pedido do autor, por já ser pacífico o entendimento, haveria, aí sim, ofensa ao princípio do contraditório, pois o réu seria condenado restaria sucumbente, sem ter a oportunidade de contribuir para o convencimento do magistrado, sendo ineficaz a sentença produzida contra quem não foi citado.

Ora, se ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, faz parte desse devido processo legal assegurar aos litigantes, em processo judicial, o contrário e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Vale dizer que ninguém poderá perder a liberdade ou ser privado de seus bens, sem que haja a possibilidade de se defender. Ninguém pode, enfim, ser condenado, sem que tenha a chance de apresentar sua versão, sua defesa ou de tentar convencer o juiz de que não deve prevalecer a pretensão da parte autora.

À evidência, integram o contraditório e a ampla defesa não apenas a necessária ciência às partes dos atos que irão ocorrer e do teor das decisões proferidas, mas também, e sobretudo, a indispensável oportunidade de poderem tentar convencer o juiz quanto ao acerto de sua tese

ou quando à veracidade de suas alegações.

Em razão do contraditório, os litigantes têm direito de demonstrar suas razões, deduzindo suas pretensões e defesa e produzindo provas para demonstrar a existência do seu direito, a fim de convencer o juiz do certo de suas alegações. A garantia do contraditório não se concretiza na efetiva apresentação de defesa nem na efetiva produção da prova; a simples oportunidade conferida à parte para apresentar defesa e produzir prova já é o quanto basta para se ter como atendido o princípio do contraditório e, igualmente, o princípio da ampla defesa.

Assim, conclui-se que essa norma nada tem de inconstitucional e nem viola ou contraria princípios processuais, ao contrário, está em sintonia com a nova dinâmica do processo e o princípio de que o processo é instrumental em relação do direito material. Entretanto, no presente trabalho defende-se a sua utilização à luz da baliza da proporcionalidade e da cooperação²²⁷, tão importantes para a viabilização da substancial e efetiva justiça.

4.3 A COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO COM AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

4.3.1 O julgamento liminar de mérito e acesso à justiça

Na lição de Wilson Alves²²⁸ o conceito de acesso à justiça não pode ser examinado sobre um enfoque meramente literal, vale dizer, não há lugar, na atualidade, para a afirmação de que o acesso à justiça significa apenas manifestar uma postulação a um juiz estatal, como se isso fosse suficiente para garantir ao cidadão o direito tão somente a uma porta de entrada.

Em linhas gerais, continua o supramencionado autor, o conceito (jurídico) de acesso à justiça

²²⁷ Fredie Didier Júnior destaca o prestígio do princípio da cooperação no estrangeiro, bem como sua repercussão no direito brasileiro, o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais um mero fiscal de regras. Nas suas lições, a participação do magistrado não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais. O magistrado deveria adotar uma postura de diálogo com as partes e com os demais sujeitos do processo: esclarecendo suas dúvidas, pedindo esclarecimentos quando estiver com dúvidas e, ainda, dando as orientações necessárias, quando for o caso. Encara-se o processo como o produto de atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. In: DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil- Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. Salvador: editora Juspodivm, 2009,p.50-51.

²²⁸ SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: Comparativo entre o Direito Brasileiro e o direito Português**. Trabalho de Pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.

vai muito além do sentido literal²²⁹. Significa também o direito a um devido processo, vale dizer, um processo carregado de garantias processuais, um processo equitativo (justo), que termine num prazo mínimo razoável e produza uma decisão eficaz.

Cândido Rangel Dinamarco segue a mesma linha de raciocínio ao vaticinar que:

Acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo. A própria garantia constitucional da ação seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhes também um tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juízes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo, mas também o próprio sistema processual seria estéril e inoperante enquanto se resolvesse numa técnica de atendimento ao direito de ação, sem preocupação com os resultados exteriores.²³⁰

Desde que provocado, o Poder Judiciário vai trabalhar no sentido de efetivar o que propõe todo o ordenamento jurídico. Justamente por ser necessária a provocação é que se torna fundamental o acesso ao Poder Judiciário, o que implica em uma série de questões a serem pensadas, senão vejamos:

Na atualidade, a problemática do acesso à justiça e de sua efetividade tem sido uma preocupação constante nos estudos de diversos processualistas. Reconhecido entre os direitos sociais como de fundamental importância em um sistema jurídico que pretenda garantir e não somente declarar direitos dos cidadãos [...].²³¹ Atualmente, a expressão acesso à justiça possui um sentido amplo, significando a possibilidade que tem o cidadão de participar da vida pública e exigir o cumprimento efetivo de seus direitos não só diante do Judiciário, mas, sobretudo, frente ao Estado.²³²

Vale destacar que o acesso à justiça está intimamente ligado ao direito de ação, que se constitui no “direito ao exercício da atividade jurisdicional.” Melhor dizendo, para que o Estado exerça a sua função jurisdicional, ante o caráter inerte desta (*nemo iudex sine actore*), faz-se mister a provocação do ente estatal, o que se dá através da ação²³³.

Ocorre que, em razão de teorias acerca da ação, cuja análise não se constitui no objeto deste trabalho, o direito de ação durante muito tempo foi concebido apenas como a faculdade do

²²⁹ Não devemos, porém, confundir o acesso à justiça com o mero alargamento do funil que leva o cidadão até o Judiciário. A questão vai mais além. Não adianta garantir ao cidadão a possibilidade de se levar ao Judiciário o seu pleito, deve-se garantir, também, que seja dada à questão apresentada um tratamento de qualidade, sob pena de não se verificar, ao final do processo, a efetivação da tutela jurisdicional equânime.

De que adianta, por exemplo, conferir a um idoso aposentado a possibilidade de se requerer a revisão, em juízo, do seu benefício previdenciário, se o Poder Judiciário não o fizer em tempo razoável, possibilitando, caso procedente a demanda, ao seu requerente, que desfrute, *em vida*, o direito que lhe foi garantido?

²³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 115.

²³¹ ZAGANELLI, Margareth Vetis; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Acesso à justiça e o problema da efetividade do processo**. Cadernos de Direito Processual. Ano 1, nº 1. Vitória: 2006. p. 1.

²³² Ibidem. p. 2.

²³³ Conforme BEDAQUE, “a jurisdição sai de sua inércia pelo exercício da ação. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo** - Influência do direito material sobre o processo. 2.ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 11.

titular de um direito reclamá-lo em juízo, sem qualquer preocupação com uma efetiva tutela desse direito.

No entanto, essa concepção do direito de ação como o simples ingresso às vias jurisdicionais foi superada²³⁴, diante da superação da própria concepção da função jurisdicional no Estado contemporâneo, que não mais se resume a indicar o direito aplicável ao caso concreto, mas de conferir ao cidadão o mesmo resultado que se verificaria caso o agir privado não estivesse proibido.

Ao ter proibido a autotutela dos conflitos privados, o Estado não só se obrigou a prestar a tutela jurisdicional a cada conflito de interesses, mas a prestá-la de forma adequada, tempestiva e eficaz²³⁵, sendo que a inexistência desta tutela (adequada, tempestiva e eficaz) significa a própria negação do exercício desse poder, dever e função a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição.

Assim é que, ante a evolução da concepção acerca da jurisdição e do direito de ação, é que o acesso à justiça previsto constitucionalmente também passou a ser concebido de forma mais ampla²³⁶, hoje sendo reconhecido como o direito “cuja denegação acarretaria a de todos os demais”, os quais, “uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito [...] passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadoras.”²³⁷

Em outras palavras, no Estado contemporâneo, que se caracteriza num Estado Social e Democrático de Direito, preocupado com o bem-comum, o acesso à justiça não se limita à simples apreciação judicial do direito em litígio, tendo por escopo a efetiva distribuição da

²³⁴ Nesse sentido são as considerações do mestre italiano NICOLÒ TROCKER ao salientar que o direito de ação deve ser interpretado “*non si limitano più a configurare una genérica facoltà di accesso alle corti, ma si preoccupano di indicare i mezzi specifici per realizzarla praticamente ed effettivamente*” (TROCKER, NICOLÒ. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974, p. 187).

²³⁵ Nesse sentido são as observações de ARRUDA, ao aduzir que “pode-se dizer, em resumo, que no papel de detentor do monopólio da Jurisdição e em atenção ao princípio do Estado de Direito, compete ao Estado organizar um sistema judicial amplamente acessível à população e apto à prestação da tutela efetiva. Por efetividade da tutela, compreenda-se também uma prestação jurisdicional em tempo útil, uma prestação judicial temporalmente eficaz”. ARRUDA, Samuel Miranda. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. Ed. Brasília Jurídica, Brasília, 2006, p.95.

²³⁶ Sobre o tema observa ROCHA que existe um direito amplo e mais genérico à Jurisdição, o qual se apresenta em três fases, a saber: “a) o acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e a prontidão da resposta estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdicção”. (ROCHA, C.L.A. Do direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (org). *As garantias do cidadão na justiça*. Saraiva, São Paulo, 1993, p. 33).

²³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade**. 9.ed. Cortez. São Paulo, 2003, p. 167.

justiça²³⁸.

Em suma, a política intervencionista instituída pelo Estado Social (*Welfare State*) pressupõe uma efetiva atuação deste no intuito de propiciar a seus cidadãos o bem-comum, o qual obviamente só pode ser alcançado dentro de um sistema jurídico acessível a todos e que garanta uma adequada tutela jurisdicional dos direitos eventualmente violados.

Disto pode-se concluir que o acesso à justiça, que pressupõe uma prestação jurisdicional de forma célere e eficaz²³⁹, implica inclusive num dos postulados do Estado Social e Democrático de Direito, no qual se impõe a atuação estatal para a defesa das pessoas e seus respectivos direitos²⁴⁰.

²³⁸ A esse respeito, ARRUDA observa que “o conceito teórico de acesso à justiça evoluiu seguindo caminho paralelo ao da própria evolução dos direitos fundamentais. No Estado liberal burguês, quando prevaleciam os direitos de defesa e de liberdade, o acesso à Justiça era “limitado ao direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”.

“Atualmente, exige-se também uma prestação positiva do Estado no sentido não só de tornar indiscriminado o acesso à jurisdição, mas também assegurar um padrão mínimo de qualidade e efetividade da prestação jurisdicional”. (ARRUDA, Samuel Miranda. **Ob. cit.**, p. 68).

²³⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier destacam que [...]É interessante observar que nas últimas décadas houve o adensamento da discussão a respeito do acesso à justiça. Deve-se a Mauro Cappelletti a sistematização dos estudos a respeito desse tema, que passou a ser objeto de muitos estudos e debates. O acesso à justiça, o estudo de meios capazes de levar a prestação jurisdicional a um número cada vez maior de participantes dos benefícios da civilização, foi o centro das discussões no campo do direito processual civil, por muitas décadas. Este era o tema central dos congressos, dos seminários, dos encontros para a discussão de problemas processuais. Houve uma verdadeira cruzada, visando a adotar, nos diferentes sistemas processuais, e especialmente no brasileiro, mecanismos que facilitassem o acesso da sociedade às soluções jurisdicionais. Tratava-se, então, de democratizar os meios pelos quais se podia exercer o direito de ação, a fim de permitir que mais e mais partícipes da vida social à prestação jurisdicional tivessem acesso.

E essa democratização efetivamente ocorreu. Veja-se, por exemplo, os antigos juizados de pequenas causas, os atuais juizados especiais, a criação das defensorias públicas e tantas outras iniciativas, igualmente voltadas à criação de espaços capazes de acolher a demanda social por prestação jurisdicional.

Todavia, o amplo acesso da sociedade à justiça, não foi acompanhado de planejamento destinado a fazer com que a estrutura judiciária estivesse apta para acolher crescimento tão expressivo, numérico e qualitativo, da demanda social por soluções jurisdicionais.

Multifacetadas questões, de grandezas econômicas diversas, geradas, inclusive, pelo reconhecimento de novos direitos (direitos do consumidor, por exemplo), fizeram com que o acesso à justiça tenha ocorrido de modo efetivo, causando, por falta de planejamento anterior, sobrecarga no sistema judiciário.

Agora, infelizmente, o que se percebe, com absoluta nitidez, é que a mesma comunidade jurídica (processualistas e magistrados, em especial) que demonstrava com veemência essa preocupação com a democratização dos meios de acesso à prestação jurisdicional, tem outro discurso, claramente restritivo. Essa tendência à restrição dos meios de acesso tem como inspiração a constatação de que, nas últimas décadas, de modo sempre crescente, aumentou consideravelmente o volume de trabalho dos Tribunais de segundo grau de jurisdição, assim como, também, dos Tribunais Superiores.

Há forte preocupação no sentido de que o processo seja célere, efetivo, e que isso se reflita numa diminuição considerável do volume de trabalho do Poder Judiciário. Não há como deixar de considerar que se trata de preocupação saudável, voltada ao alcance da efetividade. Há que se refletir, todavia, sobre o custo social da restrição do acesso à justiça. (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações sobre o julgamento de processos repetitivos.** Disponível em: <www.fagundes Cunha.org.br/amapar/.../wambier_annotacoes.doc> Acesso em: 22 de fevereiro de 2010.)

²⁴⁰ Segundo pertinentes comentários de CINTRA, DINAMARCO e GRINOVER: “[...] o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o bem comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a pacificação com justiça. O Estado brasileiro quer uma ordem

Além de correlato ao Estado Social e Democrático de Direito, o direito de acesso à justiça hoje é visto ainda como corolário da própria dignidade humana, a qual somente pode ser assegurada dentro de um sistema que garanta ao cidadão que, uma vez violados seus direitos (inclusive o da própria dignidade humana), uma tutela adequada aos mesmos será propiciada.

Todos esses fatores implicaram a leitura do direito ao acesso à justiça como algo muito maior do que a simples possibilidade de se obterem provimentos formais, dotados apenas potencialmente da aptidão de operar transformações no mundo real, passando a ser visto como o direito de acesso à efetiva e adequada tutela jurisdicional.

Porém, para que essa tutela jurisdicional seja realmente efetiva, adequada, a mesma deve ser prestada dentro de um tempo razoável, já que muitas vezes “guardar fora de hora é deixar perecer.”²⁴¹

É cediço que muitas vezes a tutela intempestiva do direito implica o próprio perecimento deste, constituindo-se a demora do processo num verdadeiro ônus à parte mais fraca, o que já levou a processualistas como Carnelutti a afirmarem que o tempo é um inimigo implacável do processo, contra o qual todos (juízes, seus auxiliares, as partes e seus procuradores) devem lutar de forma obstinada²⁴².

Inúmeros são os exemplos em que, em virtude da urgência de determinadas situações, se estas não forem tempestivamente tuteladas, os direitos nelas envolvidos acabarão se esvaindo. Além disso, mesmo nas situações em que não há urgência, o direito a ser tutelado acaba perecendo ou porque, ante a longa duração do processo, a parte hipossuficiente (econômica ou tecnicamente), sem condições de esperar o demasiado tempo demandado para ver reconhecido e cumprido o seu direito, acaba praticamente renunciando-o através de acordos irrisórios ou até mesmo acaba não o tendo reconhecido em juízo, porque foi mal assistido, ante a sua impossibilidade (financeira) em custear um bom profissional para representá-lo durante toda a demasiada duração do processo.

Ademais, não se pode ainda olvidar os casos em que, mesmo tendo reconhecido em juízo o seu direito, a parte não consegue exercê-lo, concretizá-lo, também em função da morosidade processual, podendo-se citar o típico exemplo das demandas envolvendo pretensões

social que tenha como base o primado do trabalho e considera-se responsável pela sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua varia a atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem-comum, ou bem-star social (*welfare state*)”. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ob. Cit.**, p. 39.)

²⁴¹ ARRUDA, Samuel Miranda. **Ob.cit.**, p. 61.

²⁴² CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli, Morano, 1958, p. 354.

ressarcitórias ou executivas de caráter pecuniário, em que a demora no cumprimento da sentença ou execução acaba por fazer com que o titular do direito não o perceba uma vez que, durante o elevado tempo do curso processual, o devedor já se desfez de todo o seu patrimônio, o que demandará que o credor se valha de outro expediente (fraude à execução) ou ação (pauliana)

Em tais situações, vê-se que a demora processual acabou se tornando um forte aliado da parte que não tem razão em detrimento daquela que o tem, que terminará renunciando, desistindo ou mesmo vendo perecer seu direito diante da demora na tutela deste.

Assim é que, como adverte Nicolò Trocker, uma justiça realizada com atraso é, sobretudo, um grave mal social; provoca danos econômicos (imobilizando bens e capitais), favorece a especulação e a insolvência e acentua a discriminação entre os que podem perder. Um processo que se desenrola por longo tempo – nas palavras de Trocker – torna-se um cômodo instrumento de ameaça e pressão, uma arma formidável nas mãos do mais forte para ditar ao adversário as condições da sua rendição²⁴³.

Tal assertiva vem de encontro ao que, há muito, já dizia Carnelutti, quando afirmava que a duração do processo agrava progressivamente o peso sobre as costas da parte mais fraca, o que implica a própria negação a esta do acesso à justiça²⁴⁴.

A partir dessas premissas no sentido de que a demora processual pode vir a implicar a própria negação de justiça a uma das partes, é que se tem sustentando que o direito de Acesso à Justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal Brasileira, ao preceituar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não se resume apenas ao simples direito ao ingresso às vias judiciais para fins de ver apreciada a lesão ou ameaça ao direito, constituindo-se no direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, o que implica uma prestação atempada desta, a fim de que sua eficácia seja garantida.

Em outras palavras e como bem assevera Marinoni: em comentários ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, aduz que uma leitura mais moderna deste:

[...] faz surgir a idéia de que essa norma constitucional garante não só o direito de ação, mas a possibilidade de um acesso efetivo à justiça e, assim, um direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Não teria cabimento entender, com

²⁴³ Nas palavras do autor: “*Una giustizia realizzata a rilento è soprattutto un grave male sociale; provoca danni economici (imobilizzando beni e capitali), favorisce la speculazione e l’insolvenza, accentua la discriminazione tra chi ha la possibilità di attendere e chi nell’attesa há tutto da perdere. Un processo che si trascina per lungo tempo diventa anche un comodo strumento di minaccia e di pressione, un’arma formidabile nelle mani de più forte per dettare all’avversario le condizioni della resa.*” (TROCKER, NICOLÒ . Ob. cit., p. 276-277).

²⁴⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**, cit., p. 357.

efeito, que a constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou ameaça a direito apenas e tão somente uma resposta, independentemente e ser ela efetiva e tempestiva.²⁴⁵

Disto se pode concluir então que a demora na prestação jurisdicional implica na própria denegação desta, isto é, da justiça que se busca através da mesma, com conseqüente violação ao princípio constitucional do Acesso à Justiça, pois, como já apontava Rui Barbosa “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”²⁴⁶.

4.3.2 O princípio da duração razoável do processo e a incessante busca pela celeridade processual

Quando o Estado decidiu assumir o monopólio da função jurisdicional passou a ser garantidor da paz social, proporcionando ao jurisdicionado a concretização do seu direito. Esse compromisso reflete no resultado útil do processo, através da efetiva entrega do bem jurídico e do compromisso de que esta se dê em tempo razoável.

Vale destacar ainda os ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que a efetividade é “a aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena.”²⁴⁷

O mesmo autor é responsável pelo apontamento de cinco itens que resumem a idéia de efetividade processual, quais sejam: a) o processo tem que dispor de instrumentos adequados à tutela de todos os direitos, não só os que se encontram expressamente previstos na lei, mas também os que podem ser extraídos do sistema; b) esses instrumentos devem ter utilidade prática para todo e qualquer titular de direitos, ainda que este seja indeterminado ou indeterminável; c) devem ser asseguradas condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do juiz corresponda, tanto quanto possível, à realidade; d) o resultado do processo deve permitir ao vencedor o pleno gozo da utilidade específica assegurada pelo ordenamento; e e) esses resultados devem ser atingidos com um mínimo dispêndio de tempo e de energia processual.²⁴⁸

Diante dos ensinamentos do renomado processualista conclui-se que a idéia de efetividade

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Questões do Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Juruá. Curitiba, 1999, p. 314.

²⁴⁶ BARBOSA, Rui (sem referências) *apud* ARRUDA, Samuel Miranda, Ob. cit., p. 17.

²⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo. *in* Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. Saraiva. São Paulo, 1982, p. 207.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 203-204.

está ligada à adequação, acesso e agilidade do instrumento (processo) para se atingir um resultado prático equivalente ao que se obteria sem a intervenção da tutela estatal. Ou seja, um processo só pode ser qualificado como efetivo quando o resultado pelo mesmo propiciado seja muito próximo ao que se obteria se o direito nele buscado fosse espontaneamente cumprido.

Diante de tal compromisso, constata-se o dever jurídico do Estado à prestação da tutela jurisdicional satisfatória. O texto constitucional em seu artigo 5º, LXXVIII faz referência à razoável duração do processo²⁴⁹, elevando-o à categoria dos direitos e garantias fundamentais.

Esse dispositivo²⁵⁰, como já referido em ponto anterior deste trabalho, foi incorporado ao texto constitucional pela Emenda nº 45/2004²⁵¹ e advém da compreensão que a tutela jurisdicional não engloba apenas a garantia do direito de ação, mas, principalmente o direito a uma tutela adequada e efetiva entregue ao jurisdicionado de forma tempestiva. Assim, fica fácil concluir que é uma garantia fundamental do cidadão a prestação jurisdicional eficaz e efetiva.

Quando se busca a proteção do Estado-Juiz para composição do conflito de interesses, espera-se que a decisão seja proferida a tempo de proteger o direito objeto do litígio. A decisão judicial somente é adequada à pacificação do conflito social quando entregue em tempo razoável, sob pena de perecimento do direito²⁵².

²⁴⁹ As origens ao direito à brevidade processual, segundo Arruda, teriam se dado na Inglaterra, em 1166, no Assize of Clarendon. O autor aponta ainda que, em que pese a primazia do aludido documento, foi na Magna Carta (1215) e no *Habeas Corpus Act* (1679) que tal direito foi previsto de forma mais detalhada, até mesmo pela importância de tais documentos.

²⁵⁰ Na lição de Fernando da Fonseca Gajardoni o art. 5º, LVXXXIII, agasalha dupla dimensão. Na dimensão subjetiva, é certo afirmar que a garantia da tutela jurisdicional tempestiva concede a todo e qualquer jurisdicionado o direito de ver seu processo se desenvolver em tempo razoável, assegurando, ainda, os meios necessários para que tal desiderato seja alcançado. Além de medidas correicionais contra os violadores da garantia (art.198 do CPC). Já na dimensão objetiva, tem que a garantia do processo sem dilações indevidas não é uma mera declaração de intenções dirigida ao judiciário, mas sim uma autêntica norma programática, cujo mandamento deve ser cumprido por todos os Poderes do Estado. Ao Poder Legislativo, é exigida uma especial atenção ao elemento temporal no momento de elaborar a legislação processual aplicável. Ao Poder Executivo, a tarefa de articular a estrutura orgânica e material necessária para a função jurisdicional e dar apoio completo na execução dos julgados. E, finalmente, ao Poder Judiciário incumbe utilizar, de forma eficiente, os meios postos à sua disposição, bem como cumprir rigorosamente os prazos processuais. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: **Terceira etapa da reforma do código de processo civil**- estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado. Org. FREIRE, Rodrigo da Cunha; CALDEIRA, Adriano. Salvador: editora Juspodivm, 2007, p.154-155.)

²⁵¹ Assim é que, embora pareça recente a previsão expressa do princípio da celeridade no texto constitucional brasileiro, aquele já se encontrava por este abarcado, até mesmo pelo regime (Democrático e de Direito) e princípios (devido processo legal e inafastabilidade da jurisdição) por ele adotados, bem como com a ratificação do Pacto de São José, já em 1992.

²⁵² Não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, um dos maiores problemas enfrentados pelo Direito é o da excessiva morosidade dos processos. O Estado, que veda a autotutela, é incapaz de solucionar os conflitos pela via judicial dentro de um tempo razoável.

Nessa seara, Teori Albino Zavascki²⁵³ tem entendimento parecido:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa – compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos²⁵⁴.

Isso porque o direito de ação previsto constitucionalmente não se limita ao direito de provocar o Estado para obter a prestação jurisdicional, mas a garantia de que ao invocar a tutela jurisdicional, obterá de forma tempestiva e eficaz a prestação devida. É inegável que a morosidade da prestação jurisdicional vem frustrando a concretização de direitos, além de provocar o descrédito do poder público, em especial do Poder Judiciário, haja vista, o prejuízo que a demora no trâmite processual causa a quem recorre ao Judiciário.

Segundo Carmem Lúcia Antunes²⁵⁵, a jurisdição é um direito que se manifesta em três fases distintas:

O direito à jurisdição apresenta-se em três fases que se desencadeiam e se completam, a saber:

a) acesso ao poder estatal prestador da jurisdição; b) a eficiência e a prontidão da resposta

Na Itália, os processos em primeira instância, entre 1991 e 1997, duravam em média quatro anos. No Japão, antes da implantação do novo código (1998) para chegar à Suprema Corte os processos não levavam menos do que uma década. Informações retiradas de (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: Oitava Série. São Paulo: Editora Saraiva. 2004, p.2-3).

Um levantamento feito em Portugal, em 2002, revelou que uma ação de despejo leva aproximadamente onze anos para chegar ao fim no primeiro grau de jurisdição. **Anuário Estatístico da Justiça**. Disponível em: Acesso em: 02 novembro 2008.

Apesar de não haver estatísticas precisas, a situação não é diferente no Brasil: os litígios que, ressalvados os imprevistos, deveriam durar em média 131 dias, raramente chegam a termo antes de completarem o primeiro ano. (WAMBIER et al, *Op. Cit.*, 2005, p. 38.)

A lentidão no trâmite dos processos prejudica não só à administração pública, mas também, e principalmente, aos litigantes.

A demora dos processos, os processos que contam tempo, não por anos, mas por quinquênios, como já verberava Rui Barbosa, não atentam apenas contra a cidadania e uma boa política judiciária. Ferem também a pessoa, na sua estrutura de vida, de pensamentos e de emoções.

Não se faz referência aos grandes litigantes, às empresas. Nestas, o litígio não tem dimensão Pessoal. Eu me refiro aos litigantes de um processo só, às pessoas que acidentalmente têm uma questão nos tribunais. Questão em torno de um bem às vezes vital. Quantas vezes o processo, em vez de conduzir à Justiça e à libertação existencial, conduz, pela lentidão de seus caminhos, à doença e à morte. Não se pode pretender humanizar a Justiça sem enfrentar e vencer essa tragédia e essa violência que é a lerdeza dos processos. (HERKENHOFF, João Baptista. **O Direito Processual e o resgate do Humanismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2001, p. 145-146.)

²⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 64.

²⁵⁴ Em âmbito processual, pode-se afirmar que a efetividade do processo é medida pela sua capacidade de produzir, realizar os direitos legalmente previstos, a efetividade do processo é, assim, o grau de eficácia que o mesmo possui para fins de atingimento da paz social.

²⁵⁵ ANTUNES, Carmem Lúcia. **O Direito Constitucional à jurisdição**. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira. As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 33.

estatal à demanda de jurisdição; e c) a eficácia da decisão jurisdicção.

Lamentavelmente, a prestação não tem chegado em tempo de proteção ao direito que sofre risco de perecimento. Algumas vezes, para não dizer a maioria das vezes, quando a prestação jurisdicção, por mais justa que seja, é entregue ao jurisdicção, já não lhe serve tanto, pois já ficou no passado a necessidade daquela proteção.

Sem dúvida a demora da duração da relação processual é fruto de inúmeras situações de difícil superação, tais como a falta de infra-estrutura e de pessoal preparado, bem como o descumprimento dos prazos impróprios²⁵⁶ por parte dos servidores e magistrados.

Tem sido uma preocupação constante dos especialistas em direito processual a diminuição da duração da relação processual, a fim de abreviar a entrega da tutela pleiteada. Com a reforma do Judiciário tornou-se expressa a garantia da duração razoável do processo que foi elevada, no texto constitucional, à estatura de garantia fundamental do cidadão. Tudo isso com o objetivo de promover a verdadeira justiça, pois um julgamento tardio certamente perderá o seu sentido reparador.

Que a Emenda Constitucional nº 45/2004 deu o primeiro passo para o acelerar das relações processuais é inegável, mas não se pode fechar os olhos à realidade. A edição da emenda não pôs fim à morosidade processual, isso é fato. A duração razoável do processo, que podemos definir como aquela situação na qual as partes envolvidas no litígio observem, adequadamente, os prazos previstos na lei para a prática dos atos processuais, bem como aquela cujo órgão, por seus representantes, não tenha sido inerte na direção das fases do processo que lhes cabe impulsionar, impôs ao legislador infraconstitucional, bem como aos operadores do direito o compromisso de rever as regras e institutos processuais, a fim de que se extraia deles a máxima eficácia possível para a tutela jurisdicção. Pois a inclusão do referido princípio não representa uma solução mágica para a morosidade do processo judicial.

Não se pode negar que a demora do processo jurisdicção sempre foi um entrave para a efetividade do direito de acesso à justiça, pois, o tempo de duração do processo quase sempre prejudicará uma das partes e beneficiará a outra, e beneficia exatamente a parte que não tem interesse no cumprimento das normas legais. Apesar de sabermos que a "justiça" deve ser acessível a todos, a decisão proferida sem observância do princípio da duração razoável do

²⁵⁶ "No caso magistrado [...] e dos auxiliares da justiça, embora a lei preveja limites temporais para a prática de atos, anotamos que estes podem ser manifestados mesmo após a fluência do prazo, sem qualquer consequência processual de maior ou menor estatura".

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 265.

processo configura desrespeito também ao direito de acesso à justiça.

A professora Maria Tereza A. Sadek²⁵⁷ analisando a reforma do Judiciário afirma que a população brasileira está afastada dos tribunais, mas que existe uma utilização "oportunista" do Judiciário, gerando um efeito negativo, pois algumas pessoas utilizam o Judiciário quando pretendem postergar o cumprimento de obrigações, uma vez que a decisão não será obtida em intervalo de tempo razoável:

[..] o extraordinário movimento do judiciário está relacionado não com o grau de confiança em seu desempenho, mas pode resultar de uma utilização "oportunista" de suas deficiências. Isto é, a justiça estatal passa a ser procurada não para arbitrar conflitos e efetivar direitos, mas para postergar o cumprimento de obrigações.

É impossível imaginar que o direito de ir a juízo não tem como extensão imediata o direito à tempestividade da "justiça". Uma das grandes dificuldades está no fato do Estado encontrar dificuldades em estruturar-se de modo a atender a todos de forma efetiva, pois a jurisdição não serve apenas àquele que invocou a proteção estatal, mas também a todos que de alguma forma estejam, ou possam estar envolvidos no conflito de interesses narrado pelo autor. Como o julgador, antes de dar a resposta definitiva às partes, deve admitir todas as suas alegações e provas, e isto reclama tempo, muitas vezes essa tramitação da relação processual pode prejudicar aquele que ao final for reconhecido como titular do direito em litígio.

A partir de tudo que foi aqui exposto, fica patente que a razoável duração do processo depende de uma série de fatores. Tentar-se-á apresentar, em linhas gerais, alguns desses fatores que causam a morosidade do processo.

4.3.3 O problema da morosidade processual

Por inúmeros fatores - dentre os quais a insuficiência das estruturas poder judiciário, a displicência dos magistrados, o abuso das partes quanto ao seu direito ao contraditório, a chicana dos procuradores e as próprias disposições legais - o tempo em que o processo deveria tramitar, a de se garantir a efetividade do mesmo, não tem sido observado²⁵⁸.

²⁵⁷ BOTTINI, Pierpaolo & RENAULT, Sergio Rabello Tamm (coordenadores). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva 2005.

²⁵⁸ Kazuo Watanabe alerta para a necessidade de ampliação do foco dos estudos sobre a problemática, não devendo os mesmos se limitarem ao mero aspecto organizacional, sua estrutura e funcionalidade. Na sua lição,

Segundo Cruz e Tucci, as principais causas que contribuem para a demora na prestação jurisdicional podem ser agrupadas em três categorias: fatores institucionais; fatores de ordem técnica e subjetiva e fatores derivados da insuficiência material.²⁵⁹

Os fatores institucionais são aqueles que decorrem, segundo o autor, da ideologia “conservadora, mesquinha e extremamente personalista” que predomina entre os políticos brasileiros e impede uma “mobilização destemida” dos mesmos para lograr meios e alternativas visando implementar a operatividade da lei processual²⁶⁰.

Já os fatores de ordem técnica decorrem, também, segundo Cruz e Tucci, do desprestígio da sentença de primeiro grau e da ampla recorribilidade das decisões propiciada pelo sistema recursal brasileiro; enquanto os fatores de ordem subjetiva advêm do despreparo técnico e intelectual dos magistrados, descumprimento por estes dos prazos (impróprios) que lhes são impostos, em total desprezo ao papel social que desempenham²⁶¹.

Por fim, quanto aos fatores derivados da insuficiência material, o processualista em comento aponta a precariedade das instalações do Judiciário, as condições de trabalho de seus operadores, as más estruturas dos tribunais e dos órgãos de justiça em geral, comparando-os a verdadeiros labirintos kafkianos²⁶².

No mesmo sentido posiciona-se Arruda, ao afirmar que esses fatores, numa “avaliação grosseira”, podem ser separados em três distintas categorias: “os relacionados a imperfeições do ordenamento jurídico, os problemas de complexidade de um particular processo (ou da conduta das partes nele interessadas), e, finalmente, os que dizem respeito à estruturação do sistema judicial e ao acúmulo de processos.”²⁶³

Dentre tais fatores, os que mais interessam ao presente trabalho são os fatores apontados por Cruz e Tucci como “institucionais” e “de ordem técnica” e por Arruda como os “relacionados a imperfeições do ordenamento jurídico” e “acúmulo de processos”, já que o dispositivo objeto deste estudo constituiu-se numa alteração legislativa visando à implementação da

novas estratégias de tratamento dos conflitos de interesses têm sido analisadas e até mesmo postas em prática, procurando-se soluções alternativas aos meios tradicionais em uso, como juízo de conciliação, os juízos arbitrais e a participação de leigos na administração da justiça. Watanabe, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3.ed. rev. E ampliada. São Paulo: Dpj editora, 2005, p.32.

²⁵⁹ CRUZ e TUCCI, José Rogério. Ob. cit., p. 99.

²⁶⁰ CRUZ e TUCCI, José Rogério. Ob. Cit., p.100-102.

²⁶¹ CRUZ e TUCCI, José Rogério. Idem, p. 102-104.

²⁶² CRUZ e TUCCI, José Rogério. Id., p. 105-110.

²⁶³ ARRUDA, Samuel Miranda. Ob.cit., p. 273.

“operatividade da lei processual” (institucional), privilegiando a atividade jurisdicional de primeiro grau e diminuindo o tempo da marcha processual, no intuito de sanear “as imperfeições do ordenamento jurídico” e diminuir o “acúmulo de processos”.

Claro que apenas a criação de dispositivos legais objetivando diminuir a ampla recorribilidade propiciada pelo ordenamento pátrio, bem como a implementação da Improcedência *Prima facie* de mérito não solucionará a problemática da morosidade processual se não vier acompanhada de uma mudança nas estruturas do poder judiciário, na preparação dos magistrados e ainda na conduta das partes e seus procuradores²⁶⁴.

No que concerne à insuficiência das estruturas do Judiciário, não apenas na grande São Paulo, onde milita o autor e processualista (Cruz e Tucci) que a aponta como um dos principais fatores da morosidade, encontram-se instalados cartórios, gabinetes e outras estruturas que muito se assemelham às descritas por Franz Kafka em sua famosa obra “O processo”, podendo tal problemática ser constatada nas estruturas judiciárias de praticamente todo o país.

Quanto ao despreparo dos magistrados e à falta de comprometimento destes com a função que exercem é sabido que, pela própria falibilidade do sistema de avaliação dos candidatos à magistratura, estes acabem por ingressar em tal carreira — atraídos pela estabilidade, *status* e boa remuneração do cargo — sem qualquer vivência jurídica²⁶⁵ e ainda sem consciência do importante papel social que desempenham.

Tal inexperiência e descomprometimento, aliados ao despreparo técnico, muitas vezes nos

²⁶⁴ Criticando a atribuição da morosidade processual aos recursos Egas Moniz de Aragão afirma que “Os que criticam os recursos [...] apóiam-se basicamente em aspectos patológicos do funcionamento do Poder Judiciário, em que sua morosidade assume relevante importância. Todavia o combate à lentidão processual não se faz com a supressão de vias de recorrer, mas com a aceleração generalizada da marcha da máquina judiciária. Se esta, no seu todo, funciona devagar e ninguém se preocupa com o porquê, devagar continuará a funcionar, embora reduzido o número de recursos. Mesmo que se chegue à extinção absoluta, que deixará os tribunais entregues à ociosidade, perdurará a lentidão na primeira. Tenho insistido – em vão, reconheço – que é preciso diagnosticar a causa da demora para poder equacionar e solucionar adequadamente o problema em seus múltiplos aspectos. O que mais adeptos atrai, no entanto, são as soluções imediatistas, elucubradas em gabinetes, as quais, com o tempo, revelam-se muitas vezes insatisfatórias.” (ARAGÃO, Egas Moniz de. Demasiados Recursos? Revista de Processo. Ano 31, n. 136, julho de 2006, p. 20-21.)

²⁶⁵ A esse respeito insta observar que a Emenda Constitucional nº 45/2004 alterou os artigos 93 e 129 da Constituição da República, de modo a estabelecer como requisito para o acesso às carreiras da Magistratura e do Ministério Público o desempenho de atividade jurídica pelo bacharel em direito por, no mínimo, três anos. Em atendimento à referida exigência os editais dos respectivos concursos têm exigido certidões, expedida pela OAB e por cartórios, nas quais se atestam, respectivamente, quanto tempo o candidato está inscrito junto àquele órgão, bem como em quais processos atuou como procurador. No entanto, para obtenção de referida certidão junto à OAB basta que o candidato esteja inscrito neste órgão de classe há pelo menos três anos até o ingresso na carreira de magistrado ou promotor de justiça. Já o efetivo exercício da atividade jurídica será auferido através da certidão dos cartórios onde tramitam processos em que o candidato figurou como patrono de uma das partes, as quais podem ser obtidas, ainda que o candidato só tenha assinado em conjunto com outro advogado, efetivo responsável pelo “exercício da atividade jurídica”. Assim, ante a fácil burla às disposições da emenda 45, fácil também é a constatação de que a mesma pouca contribuição trouxe ao problema da insuficiência técnica e subjetiva dos juizes.

mesmos encontrados, dá ensejo a decisões desarrazoadas e equivocadas, as quais suscitam, por conseguinte, a interposição de inúmeros incidentes e recursos que em muito contribuem para a lentidão da tramitação processual.

Ademais, não se pode negar ainda a contribuição das partes e seus procuradores para demora na prestação jurisdicional, que se valem de expedientes legais, não para buscar o seu direito, mas exclusivamente para retardar o reconhecimento e efetivação do direito da parte contrária. Na sociedade coetânea os bons advogados não são os que, se valem de expedientes éticos, na defesa dos interesses de seus clientes, mas os que se valendo de escusas legais (embora da maneira com que são utilizadas, muitas vezes beirem à ilicitude) conseguem procrastinar o feito “*ad eternum*”.

Enfim, muitos são os fatores que contribuem para a demora na prestação jurisdicional, mas o que mais importa para o presente trabalho, como já apontado, é analisar acuradamente o instituto da Improcedência liminar de mérito e suas principais imbricações.

4.3.4 Tutela jurisdicional efetiva X segurança jurídica

O processo é um instituto essencialmente dinâmico e, até mesmo por uma exigência lógica, não exaure o ciclo vital em um único momento, sendo destinado a desenvolver-se no tempo. O tempo se constitui não necessário, mas imprescindível, em todo processo. Embora os atos processuais sejam realizados em determinada ocasião, normalmente não se perfazem de modo instantâneo, porém se desenrolam-se em várias etapas ou fases.

O processo, como instrumento destinado à atuação do direito material, não prescinde da aferição das reais circunstâncias da lesão ocorrida para o restabelecimento das coisas em seu *status quo ante*, até em homenagem a um elementar postulado de segurança jurídica, em razão disso, impossível que propicie prontamente tutela definitiva. O processo dura, não se pode fazer tudo de uma única vez.” É indispensável se ter paciência, semeia-se, como faz o camponês; e é preciso esperar para se colher [...]. o *slogan* da justiça rápida e segura, que anda na boca dos políticos inexperientes, contém, lamentavelmente, uma contradição *in adjecto* : se a justiça é segura não é rápida, se é rápida, não é segura”.

Por outro lado, a excessiva demora do processo, mesmo que se tenha, ao final, uma decisão segura – com a entrega do bem da vida perseguido a quem de direito – gera nas partes

litigantes, principalmente no vencedor da demanda, independentemente de fatores de compensação (juros e correção monetária), incontestemente dano moral. Trata-se de um fator depreciativo, de faceta emocional e material, do objeto que deveria ser prontamente tutelado pelo processo.

Certamente, o grande desafio do processo civil contemporâneo reside no equacionamento desses dois valores: tempo e segurança. A decisão judicial tem que compor o litígio no menor tempo possível. Mas, deve respeitar também as garantias da defesa (*due process of law*), sem as quais não haverá decisão segura. Celeridade não pode ser confundida com precipitação. Segurança não pode ser confundida com eternização²⁶⁶.

Brevidade e segurança são antagônicas que tem de conviver. Como operadores do direito, o nosso papel é mediar esse constante conflito, fazer com que essas forças se conciliem, na melhor maneira possível.

Com efeito, ao lado da efetividade do resultado, imperioso é também que a decisão do processo seja tempestiva. E inegável “que, quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença a respectiva eficácia seja proporcionalmente mais fraca e ilusória”, pois “um julgamento tardio irá perdendo seu sentido reparador, na medida em que se postergue o momento do reconhecimento judicial do direito; e, transcorrido o tempo razoável para resolver a causa, qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão.”²⁶⁷

Tudo esta a evidenciar, portanto, que o dilema de ontem entre segurança e a celeridade, hoje, deve ser repensado. Segurança, sem dúvida, é indispensável, mas, em benefício da rapidez das decisões, da prioridade que deve ser dada à celeridade dos processos, nada impede que o magistrado, utilizando-se da baliza da proporcionalidade, aplique, por exemplo, o julgamento liminar nas demandas repetitivas, instrumento hábil para a resolução de das múltiplas causas com idêntico conteúdo.

²⁶⁶ Ensina-nos Hélio Tornaghi que o órgão judicial responsável pela celeridade do processo, “mas sempre cuidando que não se mutilem as garantias, quer de observância do direito objetivo, quer de respeito aos direitos subjetivos das partes ou de terceiros. O acerto da decisão prima sobre a sua presteza. É preciso ligeireza não se converta leviandade, que a pressa não acarrete a irreflexão. O juiz deve buscar a rápida solução do litígio mas tem de evitar o açodamento, o afogadilho, a sofreguidão. Deve ser destro sem ser pior que o vagaroso. A observância rigorosa das formas e prazos legais é a melhor receita para conciliar rapidez e segurança.” (TORNAGHI, Hélio. Comentários ao código de Processo Civil. v.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.382.)

²⁶⁷ TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: TUCCI, José Rogério Cruz e. (org.) garantias constitucionais do processo civil, homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.235-236.

4.4 LEGITIMIDADE DO PROCEDIMENTO OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E ISONOMIA- APLICAÇÃO DA MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

4.4.1 Devido Processo Legal

Entre as garantias constitucionais tradicionais, avulta a do devido processo legal, considerado o mais abrangente dos princípios²⁶⁸.

O princípio do devido processo legal é expresso em inglês, língua da qual se originou, como *procedural due process of law*. A par desta terminologia utiliza-se também o *Due process Clause e Due Process right*.

No dizer de Lídia Elizabeth Peñaloza Jaramilho Gama²⁶⁹ a locução da língua inglesa não foi devidamente traduzida para a língua portuguesa pelos nossos juristas que em sua esmagadora maioria, a verteu como devido processo legal.

Há também alguns juristas que a traduzem como processo razoavelmente estruturado, processo legal justo, o qual permite atingir bens como a vida, a liberdade e a propriedade, estes bens encontram-se sob a proteção de princípios bem conhecidos e bem definidos e que não podem ser prescindidos.

O princípio do devido processo legal deve ser tomado também como direito que a lei seja razoável, justa e contida nos limites constitucionais.

Além disso, é preciso acentuar que a relação do magistrado com as partes deve revelar-se justa, a ponto de reconhecer tal igualdade ou repugnar a desigualdade em qualquer uma das suas modalidades.

A cláusula *procedural due process of law* é a possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível.

²⁶⁸ Na lição de Lídia Elizabeth Peñaloza Jaramilho Gama (2005, p.15) cumpre salientar que inicialmente, o princípio do devido processo legal, quando instituído pela *Law of the land*, manifesta-se apenas no âmbito do processo penal. Nos dias atuais, entretanto, o princípio do devido processo legal esta consagrado não só na seara do processo civil, como também em outros ramos do Direito processual e material e principalmente na ordem Constitucional.

²⁶⁹ GAMA, Lídia Elizabeth Peñaloza Jamarilho. **O devido processo Legal**. São Paulo: Editora de Direito, 2005,p.19.

Trata-se de um postulado essencial do Processo. Configurando-se como uma norma fundamental, um princípio basilar do qual emanam os demais.

Figura como garantia constitucional que deverá ser implementada durante todo o desenvolvimento do processo judicial, de sorte que ninguém tenha os seus direitos violados.

Conforme preleciona Fredie Didier Junior²⁷⁰ aplica-se o princípio do devido processo legal genericamente a tudo que disser respeito à vida, ao patrimônio e à liberdade, na criação das leis, inclusive.

A sua primeira previsão legal foi esculpida na Carta Magna de João sem terra, de 1215. O termo consagrado foi utilizado em lei inglesa de 1254.

Concebida originariamente como freio ao poder real, e para servir de estatuto de convivência política e econômica entre as elites dominantes na Inglaterra do século XIII, culminou por constituir segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁷¹ elemento fundamental do Estado democrático de direito.

Evoluindo o seu pensamento, continua o autor supramencionado ao dizer que para além das garantias correspondentes ao órgão judicial e do caráter fundamental da garantia de acesso à jurisdição, do ponto de vista estritamente processual, o conceito de devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento, permitindo tendencialmente aos litigantes as garantias de publicidade, contato direto do juiz com as partes e tramitação rápida do expediente.

Todavia, é conhecido que o processo não se resume a uma simples sequência ordenada de atos, restando claro que o princípio não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo também a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem por meio do contraditório na formação do convencimento do juiz.

Dessa forma, o devido processo legal deve ser analisado não apenas no seu aspecto formal, ou seja, o direito de ser processado e processar em conformidade com as normas estabelecidas previamente para tanto, mas, principalmente, em seu aspecto substancial.

Fredie Didier Júnior²⁷² declina com maestria, que as decisões jurídicas hão de ser,

²⁷⁰ DIDIER JR, Fredie. **Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005, p.28.

²⁷¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.85.

²⁷²DIDIER JR, Fredie. **Op. Cit.**, p.30.

substancialmente adequadas. Não basta a sua regularidade formal; faz-se necessário que uma decisão seja substancialmente razoável e correta.

É da noção do devido processo legal substancial (*Due process of law substantive*) que se depreende o princípio da proporcionalidade.

O devido processo legal substancial diz respeito à limitação ao exercício do poder e autoriza o julgador a questionar a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, estabelecendo o controle material da constitucionalidade e da proporcionalidade.

Conforme ensinamento de Raquel Denize Stumm²⁷³ a fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucional do devido processo legal²⁷⁴. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação latente com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados.

Serve a proporcionalidade de critério orientador na ponderação de bens, interesses e valores e na proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Constitui, portanto, um verdadeiro vetor para o intérprete constitucional que se coaduna com a ideia de um devido processo legal substantivo ou substancial.

Convém destacar, que a proporcionalidade antes de ser o princípio dos princípios, é um valor superior do ordenamento jurídico que se concretiza como princípio constitucional implícito. É um princípio que orienta e baliza a hermenêutica constitucional e que tem como fim a solução mais justa e equânime ao caso concreto.

Alguns autores brasileiros defendem a tese da origem do princípio da proporcionalidade de outras fontes normativas. É sabido, porém, que na doutrina e jurisprudência nacionais majoritárias, o princípio da proporcionalidade /razoabilidade está conectado indissociavelmente, com o princípio do devido processo legal substancial²⁷⁵.

²⁷³ STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p.58.

²⁷⁴ Vale destacar que há uma grande dificuldade em conceituar o devido processo legal e estabelecer a sua real extensão e aplicação. Por isso, é uma expressão um tanto vaga e de difícil determinação. Podemos, em linhas simples conceituá-lo como: A matriz-constitucional de garantias superiores voltadas a tutelar os direitos e porque não dizer, pessoas. Tutela os direitos e as garantias típicas ou atípicas que emergem da ordem jurídica, desde que fundadas nas colunas democráticas eleitas pela nação e com o fim último de oferecer oportunidades efetivas equilibradas ao processo.

²⁷⁵ A cláusula do devido processo legal é aberta, logo, deverá ser interpretada de forma elástica. Deve ser encarada como uma garantia de acesso à ordem jurídica justa, consubstanciada na prestação de uma tutela jurisdicional eficaz.

Seguindo esta linha de pensamento, Carlos Roberto Siqueira Castro²⁷⁶ vaticina que resta indubitado que o postulado da razoabilidade das leis e, ainda, da proporcionalidade, promanam forçosamente da aplicação do caráter “substantivo” da cláusula do devido processo legal, a ser empreendida com a criatividade e senso de justiça pelos órgãos da salvaguarda da supremacia da constituição, em especial por aqueles integrantes do Poder Judiciário.

A nosso ver, só pode-o ser extraído, da norma consubstanciada no art. 5º, LIV da carta Magna, qual seja, o devido processo legal, bem como pode facilmente visualizado no parágrafo segundo do art. 5º e em diversos dispositivos constitucionais que exemplificam os direitos e as garantias fundamentais.

Assim, ele constitui uma garantia conferida pela Carta Magna, tem que como objetivo a consecução dos direitos denominados fundamentais através da efetivação do direito ao processo, materializado num procedimento regularmente desenvolvido, com a imprescindível concretização de todos os seus respectivos corolários, e num prazo razoável.

Como corolário de todos os princípios anteriormente enfrentados, é também alegado que o art. 285-A estaria a ofender o princípio do devido processo legal (*due process of law*), que é princípio-maior do processo.

E, até mesmo por essa condição de “liderança” conferida ao princípio do devido processo legal, e diante de tudo o que foi anteriormente analisado, percebe-se que tal princípio não está sendo violado pela norma do art. 285-A, do CPC.

Em seu sentido estrito, o aludido princípio assegura o dever de efetivo cumprimento das normas processuais previstas em lei. E o que se tem na hipótese é exatamente isso, pois o art. 285-A é uma norma processual, devidamente estabelecida em lei e que, por evidente, precisa ser respeitada. O seu desrespeito é que poderia gerar afronta ao princípio do *due process of law*.

4.4.2 Contraditório

O processo é nitidamente um instrumento de pacificação social que se realiza sob o contraditório, sendo ele inerente ao processo. Trata-se de princípio que pode ser decomposto

²⁷⁶ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.409.

em duas garantias: participação e a possibilidade de influência na decisão.

Ademais, o princípio do contraditório é contemplado em nossa constituição no art. 5º, inciso LV, cujo dispositivo expressamente assegura a sua indispensabilidade tanto nos âmbitos judicial, administrativo e negocial.

Alexandre Freitas Câmara²⁷⁷ ao falar da essencialidade do princípio *in comento* assevera que seu entendimento mais completo é obtido através de uma análise que compreenda dois enfoques: um jurídico e outro político.

Ainda que o princípio do contraditório esteja no rol dos princípios pertencentes ao Direito Processual, há que se lembrar a justificada necessidade de direcionar o olhar para um viés político contido neste princípio, haja vista, ser o Direito ciência que não existe nem subsiste apartada da realidade que é, pois, política, encenada pelos homens (seres políticos), além de ser o próprio Direito Processual pertencente ao ramo do Direito Público, que “[...] nesta qualidade, examina atividades estatais, as quais – notoriamente – são regidas por finalidades políticas.”²⁷⁸

Sob um viés estritamente jurídico tem-se o princípio do contraditório [...] como a garantia de ciência bilateral dos atos e termos do processo com a conseqüente possibilidade de manifestação sobre os mesmos.”²⁷⁹, o que significa dizer que, os sujeitos-partes no processo devam estar cientes de todos os fatos ocorridos durante o processo, sendo concedida a oportunidade de manifestação de ambas as partes em face destes fatos.

Por seu turno Luiz Rodrigues Wambier demonstra a íntima relação entre o princípio do contraditório e outros dois princípios: o da ampla defesa (assegurada no mesmo dispositivo constitucional que contempla o contraditório) e o do duplo grau de jurisdição, “[...] em respeito ao qual se deve evitar a hipótese de falta de controle das decisões judiciais, pela parte (por meio de recursos) e pelo próprio Poder Judiciário (pelo provimento ou improvimento dos recursos)”²⁸⁰.

Vale ressaltar que a possibilidade de manifestação ante aos acontecimentos não se limita a comentar o ocorrido puramente, e sim, de realizar contraprova com relação à matéria alegada

²⁷⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 60.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 50.

²⁷⁹ FAZZALARI *apud* CÂMARA *op. cit.*, p. 50.

²⁸⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. Coord. Luiz Rodrigues Wambier. **Curso Avançado de Processo Civil**. 7. ed. rev. atual, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 73.

pela parte adversa, tal possibilidade de provar o contrário do que foi alegado deve, obviamente, ser concedida a ambas as partes, sob pena de se configurar cerceamento de defesa da parte que não possuiu tal oportunidade.

Por fim, faz-se mister pontuar que ainda que dotado de um caráter de observância obrigatória no processo, sua incidência e efeitos é distinto para cada um dos atores desta relação jurídico-processual, assim é que, deve ser garantido o direito ao contraditório a todo momento às partes, contudo, estas podem ou não se utilizar desta faculdade de realização de sua defesa, no entanto, ao juiz não há facultatividade em observá-lo, deve sempre conduzir o processo respeitando este princípio, evitando que o processo, como já foi dito, seja passível de nulidade.

Tal nulidade, ensejada pelo juiz, somente será reconhecida se as partes declararem a sua presença no processo em tempo hábil e ainda “Diante da renúncia, tácita ou expressa, o direito da parte ao contraditório, *in concreto*, isto é, quanto ao seu efeito prático, não escapa à preclusão.”²⁸¹

A singularidade do contraditório reside, pois, nas lições de Humberto Theodoro, na sua natureza absoluta, distintamente dos demais princípios que comportam uma exceção, o contraditório será sempre absoluto, de observância obrigatória no processo sob pena de revestir-se de nulidade, e ainda, sua abrangência não se restringe às partes, sujeita igualmente ao juiz “[...] mesmo naquelas hipóteses em que procede a exame e deliberação de ofício acerca de certas questões que envolvem matéria de ordem pública”²⁸²

Este caráter absoluto não significa dizer que o contraditório exerça supremacia sobre os demais princípios, pelo contrário, deve buscar harmonizar-se aos demais para efetivamente integrar o sistema de princípios dispostos, dessa maneira, há momentos em que ao contraditório recai a imposição de ceder frente [...] a medidas indispensáveis à eficácia e efetividade da garantia de acesso ao processo justo.”²⁸³, tais medidas podem ser traduzidas nos pedidos de medidas antecipatórias ou cautelares concedidas em sede de liminares, em que:

[...] a providência judicial é deferida a uma das partes antes da defesa da outra. Isto se admite porque, sem essa atuação imediata da proteção do interesse da parte, a eficácia do processo se

²⁸¹ Ibidem, p. 30.

²⁸² Código de Processo Civil francês *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento, 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 29.

²⁸³ Ibidem, p. 30.

anularia, e a garantia máxima de *acesso à tutela da justiça* restaria frustrada.²⁸⁴

Este aparente tratamento não isonômico é meramente momentâneo, haja vista, a liminar funcionar como ferramenta utilizada em situações de extrema urgência, por isso, logo que esta situação de urgência se resolva se concede o direito ao contraditório a parte adversa, podendo nesta oportunidade pedir a revisão da liminar anteriormente concedida.

Uma parcela da doutrina entende que a aplicação do julgamento imediato de mérito aludido no art. 285-A ofende o contraditório, uma vez que o dispositivo dispensa a citação do réu.

Daniel Mitidiero²⁸⁵, por sua vez, ao sustentar haver afronta ao princípio do contraditório, o faz sob outro ângulo, com enfoque no direito do contraditório que estaria sendo suprimido do autor, e não do réu.

Eis o posicionamento do aludido autor:

É lugar-comum observar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Dessa comezinha, mas extraordinária impostação ressaí que o direito fundamental ao contraditório não se cinge mais a *garantir* tão-somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial. É o que vem se consagrando na doutrina, paulatinamente, como a dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório, consagrada à vista do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, constatação hoje igualmente corrente, e da complexidade do ordenamento jurídico atual.

Nessa perspectiva, o contraditório deixa de ser um direito fundamental que se cifra à esfera jurídica do demandado, logrando pertinência a ambas as partes, abarcando, portanto e evidentemente, inclusive, o demandante. A nosso juízo, o art. 285-A, CPC, está a ferir, justamente, o contraditório do autor, e não o do réu.

Todavia, inobstante a profundidade dos argumentos acima mencionados, os mesmos não parecem dar a melhor solução para a questão que ora se analisa, mostrando-se com razão aqueles que sustentam inexistir qualquer afronta ao princípio do contraditório na norma do art. 285-A, do CPC.

Neste trabalho segue-se a posição de Fredie Didier Júnior²⁸⁶ o qual destaca que não há qualquer violação à garantia do contraditório na aplicação do art. 285-A, tendo em vista que se trata de um julgamento pela improcedência. O réu não precisa ser ouvido para sair vitorioso. Não há qualquer prejuízo para o réu decorrente da prolação de uma decisão que lhe favoreça.

²⁸⁴ Ibidem, p. 30.

²⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.37.

²⁸⁶ DIDIER JR, Fredie; et. al. Op. Cit., p.58.

4.4.3 Isonomia

Este princípio encontra expressa previsão no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que consigna a igualdade de todos perante a lei. Trata-se de derivação do princípio do devido processo legal, como consignamos acima.

A isonomia (ou igualdade) está intimamente ligada à idéia de processo justo – isto é, de devido processo legal -, eis que este exige necessariamente um tratamento equilibrado entre seus sujeitos. Por esta razão, aliás, dispõe o art. 125, I, do CPC, que é dever do juiz assegurar às partes um tratamento isonômico.²⁸⁷

Entretanto não basta aos magistrados meramente assegurar um estrito tratamento igualitário entre as partes, ou seja, a igualdade a ser verificada não pode ser a meramente formal. Neste sentido grande observação é feita pelo ilustre professor Alexandre Freitas Câmara. Vejamos:

A falsa idéia de que todos são iguais e, por isso, merecem o mesmo tratamento é contrária à adequada aplicação do princípio da isonomia. As diversidades existentes entre todas as pessoas devem ser respeitadas para que a garantia da igualdade, mais do que meramente formal, seja uma garantia substancial. Assim é que, mais do que nunca, deve-se obedecer aqui à regra que determina tratamento igual às pessoas iguais, e tratamento desigual às pessoas desiguais.²⁸⁸

Cabe ao magistrado criar um equilíbrio processual entre as partes, para que possam litigar em mesmo nível, evitando situações que favoreçam a qualquer dos lados. Deve-se equilibrar a balança da justiça.

Grande exemplo de tratamento diferenciado que visa equilibrar dois lados dispares de uma lide é a possibilidade trazida pela Lei 8.078/90, que, em seu art. 6º, VIII, faculta ao juiz inverter o ônus da prova em favor do consumidor, para que consumidor e fornecedor, este normalmente mais forte, possam litigar em pé de igualdade.

Outra face do princípio da isonomia transcende as barreiras da lide para integrar toda a atividade do Estado-juiz. Não basta, para atender ao princípio em apreço, a igualdade processual de litigantes em um determinado processo, deve-se conferir, na medida do possível, igualdade de tratamento a todos os litigantes, ou melhor, a todos os litígios levados ao Estado-juiz.

Neste sentido, também, deve-se verificar a incidência do Princípio da Isonomia, buscando, o Poder Judiciário, conferir uma estabilidade na aplicação do Direito, conferindo mesmo

²⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil (vol. 1)**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 31-32.

²⁸⁸ CÂMARA. Op. cit. p. 40

tratamento a todos que busquem uma tutela jurisdicional.

Dentro dessa linha concorda o ilustre doutrinador Cassio Scarpinella Bueno, ao afirmar que:

[...]seja aplicada à *mesma* questão jurídica a *mesma* resposta jurisdicional, providência que, analisada deste ponto de vista, só pode merecer os melhores aplausos porque assegura, reconhecida a *identidade de situações*, uma esmerada aplicação do princípio da isonomia que, ocioso até dizer, move também a atuação do Estado-juiz, é dizer, é parte integrante do “modelo constitucional do processo civil”.²⁸⁹

Daí chega-se à conclusão que o multicitado artigo 285-A não ofende a garantia da isonomia, ao contrário, fomenta-a, contribuindo, ainda para a efetivação do direito e da existência de processos céleres.

4.4.4 Princípio da Proporcionalidade

Faz-se mister, prefacialmente, destacar que o enquadramento do princípio da proporcionalidade no Direito Processual Civil brasileiro permeia, sobretudo, a discussão sobre o escopo da jurisdição. Para tanto, faz-se necessário mergulhar no amplo debate das correntes dualista e unitária que pretendem explicar o processo civil.

No direcionamento do dualismo, tese clássica, defende que a posição do magistrado é em prol da atuação da vontade concreta do direito; por outro lado, a unitária pretende encontrar a unidade do ordenamento não a partir da separação entre o momento de criação da lei e o momento de aplicação da lei pelo Poder judiciário, porquanto considera que somente com a jurisdição é que se completa e vivifica o sistema jurídico.

A razão primordial da inserção da proporcionalidade, no diploma processual civil, está na verdadeira realização do acesso à justiça, vale destacar, acesso à ordem jurídica justa, ou seja, obtenção de uma justiça substancial.

No particular, bem expõe Gisele Góes: O acesso à justiça não se esgota somente com a propositura da ação no Poder Judiciário, porque, se a tutela jurisdicional não tiver meios de fazer cumprir suas decisões, não adiantará o ingresso com a ação, tendo em vista a

²⁸⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. Comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7-2-2006, 11.277 de 7-12-2006, e 11.280, de 16-2-2006. vol. 2, 2 ed, rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.p.58.

inefetividade desse acesso à justiça²⁹⁰.

A inserção do princípio da Proporcionalidade²⁹¹, no Direito Processual civil, é motivada não só pelo acesso à justiça, como também pela instrumentalidade do processo e pela sua efetividade.

É a proporcionalidade, um princípio jurídico cujas origens, já brevemente ventiladas, radicam na afirmação concreta dos direitos fundamentais.

É um princípio construído no bojo de um novo constitucionalismo, já ascende no ordenamento jurídico brasileiro desde a promulgação da carta magna de 1988.

De acordo com Gisele Góes, “O princípio da proporcionalidade representa uma realidade incontestável para o processo civil brasileiro”²⁹²

É ele é uma realidade presente no Direito Brasileiro e estrangeiro²⁹³. No Brasil, verifica-se, ainda, o princípio da proporcionalidade expressamente mencionado no artigo 2º da nº. 9.784/99²⁹⁴ – Lei de processo administrativo disciplinar.

Para bem entender a proporcionalidade Paulo Bonavides²⁹⁵ assegura que:

Ele entra na categoria de princípios, os quais são mais fáceis de compreender do que definir.

²⁹⁰ GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.111.

²⁹¹ Adilson Josemar Puhl (2005, p.60) explica que o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade é instrumento para proteção de direitos fundamentais do homem. E a hodiernamente, é dividido em três subprincípios ou elementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação traduz uma exigência de compatibilidade entre o fim pretendido pela norma e os meios por ela enunciados para sua consecução. Trata-se do exame de uma relação de causalidade. A necessidade diz respeito ao fato de ser a medida restrita de direitos indispensáveis à preservação do próprio direito por ela restringido ou a outro, em igual ou superior patamar de importância. Em outras palavras, a necessidade atua na procura do meio menos nocivo capaz de produzir o fim propugnado pela norma em questão.

A proporcionalidade em sentido estrito diz respeito a um sistema de valorização, na medida em que se garante um direito muitas vezes e preciso restringir outro, situação juridicamente aceitável somente após um estudo teleológico, no qual se conclua que o direito juridicamente protegido por determinada norma apresenta conteúdo valorativamente superior ao restringido.

O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma. (PUHL, Adilson Josemar. **O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade: como instrumento assegurador dos direitos e garantias fundamentais e o conflito de valores no caso concreto**. São Paulo: Pílares, 2005.)

²⁹² GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.17.

²⁹³ A constituição Portuguesa, por exemplo, tem previsão no seu artigo 18º(cf. Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, p. 411 e 423, e Willis Santiago Guerra Filho, Processo Constitucional e direitos fundamentais, p. 61).

²⁹⁴ “A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

²⁹⁵ BOVAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.358.

É preciso esclarecer que, a despeito de não haver, no Brasil, norma constitucional a consagrando expressamente, afigura-se inarredável sua presença “descoberta” no ordenamento jurídico Brasileiro, justamente por ter o Brasil feito à escolha política do Estado Democrático de Direito, onde a proteção dos direitos fundamentais se desloca para o centro de gravidade da ordem jurídica.

O novo juiz, exigido pela sociedade nos dias de hoje, portanto, pode tomar consciência da sua maior responsabilidade diante da sociedade porque, a partir de agora tem maior gama de poder.

O jurista espanhol, Ernesto Pedraz Penalva²⁹⁶, está de pleno acordo com Helenilson, ao dispor que a:

Proporcionalidad es pues algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica e asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas; constituye un principio inherente al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad en cuanto su exigida utilización se presenta como una de las garantías básicas que han de observarse en todo caso en el que puedan verse lesionados los Derechos y Libertades fundamentales.

Esse é o paradigma do juiz vinculado ao princípio da proporcionalidade na análise do Direito Processual Civil, porque, perante situações complexas, age fora do modelo da subsunção tradicional, comprometendo-se com a prestação jurisdicional efetiva e de justos resultados.

Nesse contexto, o princípio da proporcionalidade²⁹⁷ visa auxiliar na conformação de princípios no caso concreto, pela doutrina alemã é considerado um postulado, tendo em vista que, não traz norma específica, de vasto conteúdo material. Estabelece, por sua vez, um estado de coisas que precisa ser preservado.

Atende ele à ponderação de valores, auxiliando o aplicador do direito a estender ou diminuir a interpretação da norma à luz do caso concreto.

4.4.4.1 O julgamento liminar de mérito e sua consonância com os princípios constitucionais

²⁹⁶ PENALVA, Ernesto Pedraz. **Constitución, jurisdicción y proceso**. Madrid: Editora Akal, 1990,p.289.

²⁹⁷ O princípio constitucional da proporcionalidade (art.5º, LIV, da CF) consagrado pelo Supremo Tribunal Federal e dirigido também ao Poder Legislativo (RE 200844 AgR/PR – Paraná ADI 1922 MC/DF). Destarte, a lei deverá observar uma relação de proporcionalidade entre meios e fins. Isto é, para se alcançar a finalidade pública ou o interesse coletivo dever ser previsto na lei um meio necessário e adequado para tanto. Nem uma medida que transborde o necessário, causando gravame excessivo ao particular, nem uma que se mostre a quem do indispensável.

Os princípios basilares do processo, acima referidos, como o contraditório, a isonomia, ampla defesa e o devido processo legal foram instituídos em benefício da parte para evitar que ela sofra prejuízo. No entanto, se nenhum prejuízo advier à parte, nada há a reclamar. Eis o que acontece quando o mérito é julgado a favor do réu na aplicação da Improcedência liminar de mérito.

E não resta dúvida de que as garantias constitucionais não foram retiradas das partes diante da regra do art. 285-A. O autor continua tendo intacto o seu direito de provocar o Poder Judiciário, para que receba deste uma sentença rápida e justa, que apreciará o tema de modo “idêntico” ao que já ocorrera em outras situações perante o mesmo juízo. O réu, por sua vez, diante da aplicação do art. 285-A sairá integralmente vencedor da demanda, mesmo que para tal não tenha sido inicialmente citado – citação esta, frise-se, que ocorrerá na hipótese de ser interposta apelação pelo autor, garantindo ao réu o direito de defender-se das alegações da parte contrária.

A aplicação do art. 285-A, embora exija certa cautela (adotando-se como paradigma posicionamento que seja majoritário nos tribunais), pode acarretar uma rápida e considerável redução do volume de processos — desencorajando aqueles que pretendiam valer-se da mesma “aventura” e, simultaneamente, permitindo melhores condições de julgamento das questões que realmente mostrarem-se como controversas.

5 CONCLUSÃO

Diante de todas as abordagens de que se ocupou esta obra, é chegada a hora de se apontarem as principais conclusões extraídas desse estudo, as quais podem ser assim sintetizadas:

No intuito de solucionar, ou, ao menos, minorar os problemas oriundos nos anacronismos processuais e das conseqüentes lentidão e inoperância do sistema processual no Brasil, vem se optando, há muito, por intervenções no Código de Processo Civil.

1. Com o advento da Lei 11.277/2006 o direito pátrio teve aumentado o número de hipóteses nas quais o juiz pode liminarmente julgar o mérito, de forma negativa o pedido do autor, sem a oitiva do réu;

2. Essa regra decorreu do Projeto de Lei 4.728 de 2004, integrante do denominado “pacote republicano” que foi encaminhado ao Congresso Nacional pelo Poder Executivo com a finalidade racionalizar e conferir celeridade à prestação jurisdicional, conforme a exposição de motivos que acompanhou a proposta legislativa.

3. Tal lei, conforme está previsto no Projeto, pretendeu racionalizar o julgamento de processos repetitivos. O art.285-A é um importante mecanismo de racionalização do exercício da jurisdição e acompanha a tendência de valorização dos poderes do juiz de primeiro grau.

4. O artigo 285-A do CPC se insere na busca da criação de técnicas processuais voltadas a dar maior celeridade ao processo, concretizando o disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, pelo que prevê o direito fundamental a razoável duração do processo, devendo o legislador infra-constitucional assegurar meios que garantam a celeridade da tramitação processual;

5. Imperioso ressaltar que a improcedência *prima facie* não corresponde a uma temática inédita na sistemática processual.

6. É possível citar três exemplos de improcedência *prima facie* previstos na legislação brasileira: o indeferimento em razão da prescrição ou decadência (artigos 219, parágrafo 5º, 267, I, 269, IV e 295, IV, CPC), o julgamento imediato de causas repetitivas (artigo 285-A, CPC) e a rejeição liminar dos embargos à execução manifestamente protelatórios (artigo 739,III, Código de Processo Civil).

7. Alguns requisitos despontam como necessários para que se tenha a aplicação do julgamento de mérito lastreado em “casos repetitivos”;

8. O primeiro requisito é que a matéria alegada na petição inicial, e que, por evidente, será apreciada pelo julgador, seja unicamente de direito. Tal requisito significa que, para a aplicação do dispositivo legal em apreço, a causa deve envolver matéria fática que possa ser comprovada pela prova documental.

9. O segundo requisito é a exigência de que a “tese jurídica” ventilada na ação em curso tenha sido exatamente a mesma de outra ação — evidentemente, envolvendo partes distintas —, em que se tenha julgado improcedente o pedido. Assim, por óbvio, não há que se ter “ações idênticas”, pois tal situação acarretaria o fenômeno da coisa julgada (ou litispendência, caso a “ação paradigma” ainda estivesse em andamento) e, conseqüentemente, daria ensejo à extinção do processo sem a resolução do mérito.

10. O que se exige é que os “casos” sejam idênticos. E que sejam idênticos quanto ao direito, pois os fatos, em tal situação, não influenciarão o julgamento final, posto que irrelevantes para a convicção do julgador. Em outras palavras: ainda que os fatos tenham ocorrido da forma narrada pelo autor, o convencimento do juiz já estará devidamente formado quanto às “conseqüências jurídicas” dos mesmos.

11. O artigo 285-A erige como um dos requisitos para sua aplicação, que já tenha sido proferida, no juízo, sentença de total improcedência em outros casos idênticos.

12. Outro requisito necessário para que se possa aplicar a regra do art. 285-A está a necessidade de que não apenas um, mas pelo menos dois “casos idênticos” tenham sido julgados anteriormente, sendo certo que tais processos servirão como paradigma para a ação que agora será julgada.

13. O termo “juízo” não se confunde com o “juiz”, pessoa física.

14. Por fim, a sentença do julgador, para permitir a extinção liminar e com julgamento do mérito, precisará ser de improcedência e jamais de procedência. Mas frise-se: tal improcedência precisa ser total, de modo que a eventual improcedência parcial não permite a solução da ação sem que se tenha a citação do réu. E isso se dá por uma razão muito simples: a “improcedência parcial” significa, em verdade, a “procedência parcial”, o que, para acontecer, exige, por evidente, tenha o réu sido citado para apresentar a sua resposta ao pedido do autor.

15. Reza o artigo em comento, que o juiz, conforme estejam ou não presentes certos requisitos exigidos, deve julgar a causa de plano.

16. Há nítida relação entre o artigo 285-A e o artigo 330, do código de Processo Civil, o qual cuida do julgamento antecipado da lide.
17. O magistrado, ao aplicar o art.285-A, estará proferindo uma decisão com base em uma decisão anterior;
18. O artigo 285-A possibilita que o juiz utilize motivação *per aliunde*;
19. Interpretando-se textualmente o dispositivo 285-A, extrai-se o entendimento de que a sentença por ele tratada tem natureza de sentença de mérito, enquadrando-se no disposto no artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil: “Haverá resolução de mérito: I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor”;
20. O § 1º traz a possibilidade de retratação do magistrado em que, interposta apelação pelo autor, o juiz poderá reformar a sentença e determinar o prosseguimento do feito. Trata-se da mesma possibilidade do artigo 296 do Código de Processo Civil: “Indeferida a petição inicial, o autor poderá apelar, facultando ao juiz, no prazo de quarenta e oito horas, reformar sua decisão”;
21. A diferença entre os dispositivos é o prazo, já que o §1º do art. 285-A estabelece o prazo de 5 (cinco) dias, e não de quarenta e oito horas como o previsto no artigo 296 do CPC;
22. Não há controvérsias quanto à natureza da sentença prevista no artigo 285-A. Considerando-se que a sentença que indefere o pedido seja sentença de mérito, a apelação deverá versar sobre o mérito da demanda;
23. Desta apelação cabe juízo de retratação no prazo de cinco dias;
24. Não havendo retratação o réu vai ser citado para contrarazoar o recurso do autor;
25. As contrarrazões do réu terão conteúdo muito semelhante ao de uma contestação, por conta de ser a sua primeira manifestação no processo. E, além disso, o réu defenderá a sentença, reforçando a argumentação do magistrado.
26. Decidindo com fundamento no artigo 285-A, o juiz emite, então, pronunciamento de rejeição do pedido. Logo, não havendo apelação a sentença faz coisa julgada material
27. O Código permite ao juiz conceder ao autor (e, portanto, contra o réu) liminar de mérito. É o que se verifica na antecipação de tutela e nas liminares em geral, *ex vi* da ação possessória, do mandado de segurança, da ação civil pública etc., concedidas *inaudita altera pars*.

28. A reforma processual implementada pela lei 11.276/06 caminha no mesmo sentido do multicitado art. 285-A.

29. A evolução histórica da legislação processual brasileira tem demonstrado um crescimento na importância dos precedentes, enunciados, prejudgados ou súmulas (impeditivas ou vinculantes);

30. A adoção de tais institutos justifica-se sob argumentos de que os mesmos trazem estabilidade e segurança ao ordenamento jurídico, além de contribuírem para a uniformização jurisprudencial e para a observância dos princípios da Isonomia e Celeridade processual, bem como racionalidade do processo;

31. Como forma de viabilizar uma perfeita aplicação do referido artigo, em consonância com “modelo constitucional de processo”, importante ser feita uma interpretação sistemática da norma legal, para que a mesma seja aplicada também de acordo com o que dispõe o art. 518, §1º, do CPC;

32. O §1º do art. 518 do CPC encontra relação com o artigo 285-A do CPC, visto que ambos visam contribuir para a celeridade e racionalidade processual, diminuindo as demandas repetitivas e recursos com pouca probabilidade de êxito;

33. A definição de sentença como o “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo”, conforme previsto, originariamente, no artigo 162, § 1º do CPC de 1973, era alvo de inúmeras críticas, haja vista que a sentença não era capaz de, por si própria, extinguir o processo;

34. Ademais, as reformas processuais, iniciadas com a Lei n. 8.952/1994, passando pela Lei n. 10.444/2002 e culminando com a Lei n. 11.232/2005, esvaziaram por completo tal conceituação de sentença;

35. Atento a essa circunstância, o legislador pátrio alterou substancialmente o conceito de sentença, passando a defini-la como “o ato do juiz que implica algumas das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei”;

36. Com isso, abandonou-se o critério dos efeitos produzidos, para adotar o critério do conteúdo na definição da sentença;

37. Nada obstante o novo conceito de sentença trazido pela Lei n. 11.232/2005 tenha encerrado a discussão acerca do fato de a sentença extinguir o processo, a sua nova definição trouxe uma série de implicações não previstas pelo legislador pátrio;

38. Considerando que um dos pedidos pode ser julgado liminarmente, pelo artigo 285-A do CPC, pode o juiz encerrar o processo em relação à ele (art. 269, inc. I, CPC), prosseguindo em relação ao outro;

39. Nas chamadas demandas de massa, os fatos são repetidos em cada uma das demandas. Os autores passaram pela mesma ou semelhante situação, no caso anterior. Tal situação afigura-se indiscutível, já demonstrada documentalmente. A discussão, em todos esses casos, é apenas de direito: discute-se se a norma é aplicável ou não, se é válida ou não, se é constitucional ou não. Nestas situações o julgamento liminar de mérito ganha relevo inquestionável;

40. O processo civil brasileiro há muito clama por uma maior efetividade na busca constante por um “processo justo”. E as reformas recentemente introduzidas no Código de Processo Civil estão voltadas exatamente para esse aspecto;

41. Referidas reformas conduziram à previsão expressa e constitucional do princípio da brevidade processual, através da aprovação de EC 45/2004, o que se constituiu numa medida salutar, visando o aperfeiçoamento do texto constitucional;

42. A Constituição constitui-se na matriz da qual surgem princípios e institutos de direito processual, devendo este sempre se orientar pelas prescrições daquela;

43. Ao legislador compete a tarefa de criação, através das leis, de instrumentos (processuais) capazes de efetivamente possibilitarem a observância pragmática dos postulados constitucionais, devendo tais instrumentos ser sempre orientados pelos princípios inseridos na Constituição;

44. Para se concluir pela constitucionalidade das inovações legislativas em âmbito processual, estas devem ser sempre analisadas à luz da Magna Carta e dos princípios que a orientam;

45. O processo é um instituto dinâmico que se desenvolve no tempo, sendo composto por atos (processuais) que devem ser realizados através de um procedimento célere, conciliando-se presteza com segurança;

46. O acesso a uma justiça célere, tempestiva e eficaz, no Estado Contemporâneo, constitui-se num direito correlato ao da própria dignidade humana – já que esta só pode ser alcançada dentro de um sistema que possibilite ao cidadão que, uma vez violados seus direitos, estes recebam a respectiva tutela do Estado dentro de um tempo razoável.

47. A inobservância no processo da cronologia previamente fixada ao seu procedimento implica não apenas desrespeito aos prazos processuais (próprios ou impróprios), mas a própria negação ao acesso à justiça, a qual pressupõe a prestação adequada, eficaz e tempestiva da tutela jurisdicional;

48. Além de ligada à noção de acesso à justiça, a tempestividade da tutela jurisdicional está arraigada à noção de efetividade do processo, o qual só pode ser reputado efetivo quando cumpre os fins a que se presta, que muitas vezes não são alcançados em razão da morosidade processual;

49. As principais causas que contribuem para a demora na prestação jurisdicional podem ser agrupadas em três categorias: fatores institucionais; fatores de ordem técnica e subjetiva e fatores derivados da insuficiência material;

50. Os fatores institucionais são aqueles que decorrem da ideologia mesquinha e egoísta dos políticos brasileiros, a impedir que estes se mobilizem para lograr meios e alternativas visando implementar a operatividade da lei processual;

51. Já os fatores de ordem técnica advêm do desprestígio da sentença de primeiro grau e da ampla recorribilidade das decisões propiciadas pelo sistema recursal brasileiro; enquanto os fatores de ordem subjetiva advêm do despreparo técnico e intelectual dos magistrados e do descumprimento por estes dos prazos (impróprios) que lhes são impostos;

52. Os fatores derivados da insuficiência material resultam da precariedade das instalações do Judiciário, das condições de trabalho de seus operadores, das más estruturas dos tribunais e dos órgãos de justiça em geral;

53. Além desses fatores, a falta de lisura processual das partes e seus procuradores, utilizando-se dos recursos e outros expedientes processuais apenas para fins procrastinatórios, também se constitui num importante fator a contribuir para a lentidão processual;

54. Não se pode olvidar que o novo dispositivo legal em estudo não é a panacéia para todos os males que causam a morosidade da prestação jurisdicional, tendo em vista que seu objetivo se restringe à aceleração do julgamento em primeiro grau, nada regendo a respeito dos processos repetitivos nas instâncias superiores;

55. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal – ADIN n.º 3695, contra a íntegra da Lei Federal 11.277/06. Segundo a OAB, o artigo 285-A macula os princípios

constitucionais regentes do processo civil: isonomia e segurança jurídica (art. 5^a, caput); direito de ação (art. 5^o, XXXV), devido processo legal (art. 5^o, LIV) e contraditório (art. 5^o, LIV).

56. A defesa inconstitucionalidade do dispositivo se pauta em suma em:

1- A isonomia constitucional, pois os entendimentos diversos dos vários juízos acarretarão processos com curso normal e outros com curso abreviado (para as varas onde haja entendimento consolidado pela improcedência do pedido);

2- A segurança jurídica, porque a repetição da sentença dada em outro caso- da qual terceiros não tem ciência dos argumentos e da analogia com caso que é apresentado- torna ilegítima a atuação jurisdicional;

3- O direito da ação preterido pelo subido bloqueio da regular formação da relação jurídica processual;

4- O contraditório, já que o requerido não poderá debater e convencer o juiz do acerto de sua tese; E, por fim:

5- O devido processo legal, visto como o feixe de direitos e garantias condutoras do processo do seu começo ao fim.

57. Por sua vez, o Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP- requereu sua intervenção nos autos da aludida ADIN na qualidade de *amicus curiae*. Para o IBDP, não há, no art. 285-A do Código de Processo Civil, nenhuma das inconstitucionalidades apontadas na petição inicial da ADIN. Segundo o Instituto, o dispositivo realiza adequadamente o “modelo constitucional do processo civil brasileiro”, bem combinado as eficácias dos diversos princípios regentes da atuação jurisdicional em busca de um processo civil mais justo, mais equânime e mais racional. Não havendo assim, qualquer agressão aos princípios constitucionais do processo civil.

58. Conclui-se, entretanto, nesse trabalho que não há violação constitucional haja vista que:

1- À isonomia constitucional, pois de qualquer forma efetuado o julgamento liminar das ações repetitivas, eventuais divergências de entendimento entre os juízes de varas distintas serão solucionadas pelas instâncias superiores;

2- A segurança jurídica, pois o magistrado, para aplicar o 285-A, do CPC deverá demonstrar fundamentadamente a similitude do caso em apreço com outro julgado anteriormente, cabendo recurso contra a má aplicação do dispositivo;

3- Ao direito constitucional de ação (na verdade petição), pois este já é exercitado com o simples acesso ao Judiciário, e o autor terá sua pretensão analisada fundamentadamente;

4- Ao contraditório, pois não há lesão ao vencedor da ação pelo fato de não ter podido convencer o juiz, quando ele próprio já está convencido através da prévia apreciação de casos similares, de que o réu não citado já tem razão; quando o réu- pretensamente lesionado pela falta de citação- sai vencedor da ação;

5- Ao devido processo legal, pois, além da edição do art. 285-A ter sido precedida de regular processo legislativo a aplicação do dispositivo por estar em conformidade com o novo princípio da tempestividade da tutela jurisdicional (art. 5º LVXXXVIII, da CF/88), vem ao encontro dos anseios por justiça célere que é uma das facetas do princípio acoimado de violado (conformação da regra às aspirações sociais e proporcionalidade).

59. A concepção contemporânea do princípio do *due process of law* abrange mais do que um direito ao processo (*procedural due process*), constituindo-se num direito no processo (*substantive process*), à regularidade deste, com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas pela lei ao consumidor da justiça, em um breve (e justo) espaço de tempo;

60. A se pensar hoje em devido processo legal, deve-se pensar num processo que se constitua num instrumento efetivo à parte para fins de uma tutela rápida, adequada e eficaz, à medida que um processo somente pode ser reputado como “devido” se cumpriu os fins para que se presta;

61. O princípio do contraditório compreende o conhecimento e participação das partes acerca dos atos processuais, tendo sido instituído para fins de limitação do arbítrio do julgador e a imposição desleal da parte insuficiente;

62. Os Princípios (constitucionais) do Devido Processo Legal e do Acesso à Justiça estão intimamente atrelados à noção de efetividade processual, daí que institutos que visem imprimir tal característica (efetividade) ao processo, tal como o visa o julgamento liminar de mérito, não podem ser imputados como violadores do sistema constitucional;

63. Ademais, não deve ser olvidado que o contraditório, na questão em apreço, não foi desprezado. Como pode ser facilmente constatado pela redação dos §§ 1º e 2º do art. 285-A, continua garantida ao autor a interposição do recurso de apelação, ocasião em que poderá o juiz retratar-se, determinando a imediata citação do réu. E, ainda que a sentença seja mantida, o réu será igualmente citado para responder ao recurso interposto pelo autor, mantendo-se

assim a possibilidade de se travar o diálogo e a cooperação, em perfeita atenção ao princípio do contraditório.

64. Ter-se-á, com isso, a garantia do debate no processo, com ambas as partes podendo influenciar na formação do convencimento final do julgador — ainda que tal debate se dê num momento posterior ao que normalmente ocorre. Isso deixa claro que o contraditório — seja sob a ótica do réu, seja em sua dimensão ativa — estará sendo perfeitamente respeitado, só que de forma postergada. Tem-se, na hipótese, o “contraditório diferido”(que, aliás, está presente em tantas outras hipóteses do nosso sistema processual, como, por exemplo, nas tutelas de urgência, e sempre mereceu aplausos da grande maioria da doutrina e da jurisprudência).

65. Nesses casos não há sequer espaço para pensar em agressão ao direito de defesa, mas apenas em violação a direito de ação, ai compreendido com o direito de influir sobre o convencimento do juiz. Para se evitar violação ao direito de influir, confere-se ao autor o direito de interpor recurso de apelação, mostrando as dessemelhanças entre a sua situação concreta e a que foi definida na sentença que julgou o caso com idêntico.

66. Com relação ao aspecto da oportunidade da medida, pode se dizer que ela é mais que oportuna. Já haveria de existir há muito tempo. Em um país como o nosso, em que o processo e seu procedimento se alongam por muitos anos, sem que se chegue à efetividade da tutela jurisdicional em tempo razoável, nada mais normal que se procure eliminar procedimento inútil, para analisar os outros presumivelmente úteis.

De todas essas conclusões parciais, pode-se extrair uma última conclusão, no sentido de que as críticas contra a constitucionalidade do Julgamento liminar de mérito das causas repetitivas não parecem se sustentar. No entanto, os elogios que se fazem ao instituto, especialmente no sentido de que o mesmo se constitui numa importante medida de aceleração do processo, devem ser feitos com certa cautela, visto que, a proporcionalidade deve ser o seu norte.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, José Mariano de. **Julgamento liminar definitivo nas ações repetitivas e a intervenção do ministério público**. Disponível em: <www.mp.mt.gov.br>. Acesso em: 12 out. 2006.

_____. **Julgamento liminar definitivo nas ações repetitivas e a intervenção do Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/18384/public/18384-18385-1PB.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2010.

ALVIM, José Manoel Arruda. **Manual de direito processual civil – Parte Geral**. v. 1.7.ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. _____. 8.ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

ANTUNES, Carmem Lúcia. O Direito Constitucional à jurisdição. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira. (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 33.

ANUÁRIO da Justiça de Portugal. Disponível em: <<http://www.gplp.mj.pt/estjustica/CD2002/Anuário%20Estatístico%20da%20Justiça%20CDROM/Dados%20Estatísticos/PDF/I%20Capitulo/3.3.%20A.%20Just%20civel.pdf>> Acesso em: 2 nov. 2008.

ARAGÃO, Egas Moniz de. Demasiados Recursos? **Revista de Processo**. Ano 31, n. 136, jul. 2006, p.9-31.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/06. Observações e críticas. **Revista Dialética de direito processual**. n.37, São Paulo: Dialética, 2006, p. 69-79.

_____. Súmula impeditiva de recursos. Uma Visão sobre o Atual Quadro Processual Brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 39. Junho-2006, p.86-92.

ARRUDA, Samuel Miranda. **Direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ASSIS, Araken. Duração Razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: NERY JR, Nelson; FUX, Luiz; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coordenadores). **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 195-204.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ATAÍDE JR., Vicente de Paula. A resolução antecipada do mérito em ações repetitivas (Lei 11.277/2006). **Revista de Processo**, São Paulo: RT, nº 141, ano 31. p. 121, nov. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 7. ed.

Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. O direito fundamental à razoável duração do processo e a reforma do poder judiciário: uma desmistificação. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, Saulo José Casali (Coords.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. **Direito e processo**- Influência do direito material sobre o processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERARDI, Luciana Accorsi. **Devido processo legal**: Do processo devido à garantia constitucional. Disponível em: <www.direitonet.com.br/textos>. Acesso em: 06 maio 2006.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz Bottini. **Lula sanciona lei que cria Súmula Impeditiva de Recursos**. Disponível em: <www.estadao.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2006.

_____; RENAULT, Sergio Rabello Tamm (Coords.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.org.br>. Acesso em: 30 abr. 2007.

_____. **Constituição Federal**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Código de Processo Civil**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Código de Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula n. 523**. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 01 jul. 2006.

_____. _____. **RE 426.147-AgR**. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 05/05/06. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2006.

_____. _____. **REsp 640860 / RJ** – Ministro Fernando Gonçalves – 4ª T. – DJ 05.09.2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 14 set. 2006.

_____. _____. **MI 715**. Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04/03/05. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2006.

_____. _____. **AI 185.669-AgR**. Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 29/11/96, em “A Constituição e o Supremo”. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2006.

_____. _____. **ADI 1.511-MC**. Voto do Min. Carlos Velloso, DJ 06/06/03, em “A Constituição e o Supremo”. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2006.

_____. _____. **RE 260.776**. Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 16/09/05. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 set. 2006

_____. Superior Tribunal de Justiça. **HC 18267**. 6ª Turma do STJ, rel. Min. HAMILTON CARVALHO, j. 10.09.2002, DJ 23.06.2003. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 01 set. 2006

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **AMS n. 49932**. 5ª Turma, relator Desembargador Federal André Nekatschalow, DJ 21.8.2006. p.867. Disponível em: <www.trt3.gov.br>. Acesso em: 30 ago. 2006.

BUENO, Cassio Scarpinela. **A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil**. Comentários sistemáticos às Leis n. 11.276, de 7-2-2006, 11.277 de 7-12-2006, e 11.280, de 16-2-2006. v. 2. 2. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós os advogados**. São Paulo: Livraria Clássica, 2000.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito processual civil**. v 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005.

_____. _____. v. I. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

CAMBI, Eduardo; CAMBI, Gustavo Salomão. Disciplina e o princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988. **Revista de Processo**, ano 31, n. 131, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n.6, fev.2007, p.1-44. Disponível em: <www.panoptica.org>. Acesso em: 15 fev. 2010.

_____. **Julgamento *prima facie* (imediato) pela técnica do artigo 285-A do CPC**.

Disponível em:

<http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/manaus/hermeneutica_eduardo_augusto_s_c_ambi.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2010.

CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lôbo. **Todas as constituições do Brasil**. Compilações de texto, notas, revisão e índices. São Paulo: Atlas, 1971.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

_____. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e processo**. Napoli: Morano, 1958.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações acerca da improcedência liminar nas ações repetitivas: um estudo sobre a compatibilidade do art. 285-A do código de Processo Civil com o sistema processual vigente. . In: CAVALCANTI, Bruno; ELALI, André; VAREJÃO, José Ricardo. (Coordenadores) **Novos temas de Processo Civil**. São Paulo: MP editora, 2007, p. 157-173.

CHEIM JORGE, Flávio; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Comentários às leis n. 11.187 e 11232, de 2005; 11.277 e 11.288, de 2006**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CINTRA, Ângela Carboni Martinhoni. Garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Acesso à justiça e o problema da efetividade do processo. **Revista do programa de Pós-graduação em direito da Universidade Federal do Espírito Santo- Cadernos de Direito Processual**. ano 1, n. 1. Vitória: UFES, 2006.

CONGRESSO NACIONAL. **Exposição de motivos da lei 11.277 de 2006. Senado Federal PLC 101/2005**. (Número na Câmara 4.728/2004). PROCESSOS REPETITIVOS. Autor: Poder Executivo. Relator na Câmara: João Almeida (PSDB-BA). Relator no Senado: Sen. Aloísio Merdadante. Disponível em: <www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em: 20 jul. 2006.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (1978), LA. Disponível em: <www.tribunalconstitucional.es/CONSTITUCION.htm>. Acesso em: 20 jul. 2006.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA (1976), A. Disponível em: <www.cidadevirtual.pt/asjp/leis/crp.html>. Acesso em: 20 jul. 2006.

CONSTITUCION DE 1958, França. Disponível em: <www.conseilconstitutionnel.fr/textes/constit.htm#Preambule>. Acesso em: 20 jul. 2006.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITO HUMANOS (1969). **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <www.pge.sp.gov/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em:

20 jul. 2006.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia do processo sem dilações indevidas. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos de Constituição Federal de 1988**. São Paulo: RT, 1999.

_____. **Precedente judicial como fonte de direito**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Tempo e processo**. São Paulo: RT, 1997.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Primeiras impressões sobre o art. 285-A do CPC (Julgamento imediato de processos repetitivos: uma racionalização para as demandas de massa). **Revista Dialética de Direito Processual**. n.39. São Paulo: Dialética editora, 2006, p.93-112.

DERGINT, Augusto do Amaral. **Aspecto material do devido processo legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DIDIER JR, Fredie. **Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada**: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>>. Acesso em: 14 fev. 2010.

_____. **Curso de direito processual civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 11.ed. Salvador: editora Juspodivm, 2009.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7.ed. Salvador: edições Juspodivm, 2007.

_____. **Direito Processual Civil: tutela jurisdicional individual e coletiva**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

_____. **Leituras Complementares de Processo Civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

_____. Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. Ano 27.n. 108. São Paulo: Revista dos Tribunais, out.-dez. 2002.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do Processo**. 7. ed. São Paulo Malheiros, 1999.

_____. **A reforma do Código de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2002.

_____. _____. v. 1. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. _____. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DONOSO, Denis. Matéria controvertida unicamente de direito, casos idênticos, dispensa de citação e seus efeitos- primeiras impressões sobre a Lei 11.277/06. **Revista Dialética de Direito Processual**. n. 38, São Paulo: Dialética editora, 2006, p.43-49.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. **Direito Constitucional Tributário e o “due process of law”**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA, Reinaldo Alves. **Do julgamento liminar de improcedência. Comentários à lei n.º 11.277/2006**. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 20 set. 2006.

FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Comentários ao código de processo civil (Arts. 270 a 331)**. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. In: FREIRE, Rodrigo da Cunha;

CALDEIRA, Adriano. (Orgs.). **Terceira etapa da reforma do código de processo civil**. Estudos em homenagem ao ministro José Augusto Delgado. Salvador: editora Juspodivm, 2007, p.147-178.

_____. O princípio constitucional da Tutela Jurisdicional sem Dilações Indevidas e o Julgamento Antecipado das Ações Repetitivas. **Revista de Processo**. n. 141. Nov./2006, p. 150-179.

_____. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GAMA, Lídia Elizabeth Penaloza Jamarillo. **O devido processo legal**. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As garantias constitucionais do direito de ação**. São Paulo: Ltr, 1973.

_____. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos arts 249 e 251 do Código Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual**. N.40. Porto Alegre: Síntese, 2006.

_____. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: Bushatsky,

1975.

HEIDEGGER, M. **Ser e tempo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2006.

HERKENHOFF, João Baptista. **O Direito Processual e o resgate do Humanismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2001.

HOFFMAN, Susy Gomes. **Teoria da prova no Direito Tributário**. Campinas: Copola, 1999.

JAPIASSU, H.; MARCONDES, D. **Dicionário básico de filosofia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1993.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

_____. Breve análise sobre alguns aspectos polêmicos da sentença liminar de improcedência (artigo 285-A do CPC). **Revista Dialética de direito processual**. n.41, São Paulo: Dialética editora, 2006, p.70-76.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LAURIA TUCCI, Rogério e CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

LEHMANN, Heinrich. Tratado de derecho civil. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, s/a, v. 1, parte general.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Devido Processo Legal Substancial**. In: Fredie Didier Jr (org.) Leituras Complementares de Processo Civil. 3.ed. rev. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 1-21.

_____. Sentença e liquidação no CPC. Lei 11.232/2005. In: **Processo e Constituição**. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária**. Ano 55, n. 354, 2007, p. 1-10.

_____. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.

_____. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 21 jul. 2006.

_____. **O julgamento liminar das ações repetitivas e a súmula impeditiva de recurso (Leis 11.276 e 11.277, de 8.2.06)**. Disponível em: <www.professormarinoni.com.br>. Acesso em: 02 abr. 2006.

_____. **Tutela Antecipatória e Julgamento Antecipado**: Parte incontroversa da demanda. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Tutela cautelar e tutela antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. **Questões do Novo Direito Processual Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 1999.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual de processo do conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. v. II. Campinas: Bookseller, 1998.

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. de. Considerações sobre o deferimento, a emenda e o indeferimento liminar da petição inicial, e o que as leis 11.277/2006 e 11.280/2006 introduziram de novidade quanto ao tema. **Revista de Processo**. n. 136, ano 31. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 130-149, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: RT, 1981.

MELO, Gustavo de Medeiros. O julgamento liminar de improcedência- uma leitura sistemática da Lei 11.277/06. **Revista Brasileira de Direito Processual**, ano 16, n.63, 2008, p.140-167.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Primeiras impressões a respeito do artigo 285-A. A criação do processo entre o autor e magistrado. **Revista do advogado**, V.85, São Paulo: AASP, 2006, p.188-196.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das Leis**. Tradução e notas Pedro Vieira Mota. São Paulo: Editora Saraiva, 1973.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 7. ed. São Paulo: Forense, 1998.

_____. Dimensiones sociales del proceso civil. In: **Temas de direito processual. 4ª série.** São Paulo: Saraiva, 1989, p. _-_.

_____. **Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo.** Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **Tendências contemporâneas do direito.** São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. **Revista de processo.** Jul./set. São Paulo, 1983, p.199-209.

_____. **Temas de Direito Processual.** 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Temas de Direito Processual: Oitava Série.** São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

_____. **O novo processo civil brasileiro.** 21. Ed. Rio de Janeiro:Forense, 2001.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 21. São Paulo: Revista dos tribunais, 2006.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de proceso civil comentado.** 9.ed. São Paulo: RT, 2006.

NEVES, Antônio Castanheira. **Questão de facto, questão de direito ou o problema metodológico da juridicidade.** Coimbra: Almedina, 1967.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Recurso contra a sentença de improcedência liminar (art.285-A do CPC) e o juízo de retratação. **Revista Dialética de Direito Processual,** n.70, São Paulo: Dialética editora, 2009, p.47-55.

_____. Julgamento liminar de improcedência e o recurso de apelação.**Revista de Processo.** Ano 32, n. 152, 2007, p.207-228.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do formalismo no processo civil.** 2.ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

PALHARINI JÚNIOR, Sidney. Celeridade processual – garantida constitucional preexistente à EC n. 45 – alcance da “nova” norma (art.5º, LXXXVIII, da CF). **Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil (Arts. 270 a 331).** 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v.3.

_____. **Comentários aos Códigos de Processo Civil.** v. III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **O devido processo e o duplo grau de jurisdição**. v. 277. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1975

PENALVA, Ernesto Pedraz. **Constitución, jurisdicción y proceso**. Madrid: Editora Akal, 1990.

PETIÇÃO de intervenção do IBDP como *amicus curie* na ADIN 3695. Disponível em: <www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em: 30 abr. 2006.

PETIÇÃO inicial da adin 3695 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <www.direitoprocessual.org.br>. Acesso em: 20 mar. 2006.

PISSURNO, Marco Antônio Ribas. **Primeiras impressões sobre o novo art. 285-a do CPC (Lei nº 11.277/06): alguns aspectos práticos da sentença de improcedência liminar em “processos repetitivos”**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 993, 21 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8128>>. Acesso em: 18 set. 2006.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Campinas: Millennium, 2003.

PUHL, Adilson Josemar. **O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade: como instrumento assegurador dos direitos e garantias fundamentais e o conflito de valores no caso concreto**. São Paulo: Pilares, 2005.

RAMOS, Glauco Gumerato; NEVES, Daniel Amorim Assumpção; FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima; MAZZEI, Rodrigo. **A reforma do CPC. Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação cível nº 70015362072**. Comarca de Porto Alegre. 22ª câmara cível. Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 01 out. 2006.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. v. I. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RONCONI, Roger Faiçal. Breves Comentários sobre a súmula impeditiva: análise a partir das Leis 11.276/06 e 11/277/06. in: NOGUEIRA, Gustavo Santana. (Coordenador). **A Nova Reforma Processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____; PIMENTA, Harold. Reflexões sobre a art.285-A do código de processo civil. **Revista de Processo**. Ano 31. n. 133. Coordenadora: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Revista dos Tribunais, 2006, p.136-149.

SANT’ANNA, Paulo Afonso de Souza. Ações repetitivas e julgamento liminar (art. 285-A do CPC). **Revista Dialética de Direito Processual**. n.70, São Paulo: editora Dialética, 2006, p.102-112.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice – O social e o político na pós-modernidade**. 9.ed. São Paulo: Coretez, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **As reformas de 2005 e 2006 do Código de Processo Civil, de acordo com as leis n. 11.187 e 11.232, de 2005, e 11.276, 11.277 e 11.280, de 2006**. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, J.M.; XAVIER, J.T.N. **Reforma processual civil**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. Vol 1. 5.ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2000.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SOUZA, Gelson Amaro de. Sentença de mérito sem citação do réu. **Revista dialética de direito processual**. n.41, São Paulo: Dialética editora, 2006, p.39-52.

SOUZA, Wilson Alves de. **Sentença Civil Imotivada-** Caracterização da sentença civil imotivada no Direito Brasileiro. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

SOUZA, Wilson Alves. **Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: Comparativo entre o Direito Brasileiro e o direito Português**. Trabalho de Pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **(Mais) um passo atrás no direito brasileiro. Quem vai cuidar do guarda da esquina?** Disponível em: <www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: 05 abr. 2006.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer:** e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A, CDC, art.84). 2.ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TARUFFO, Michele. **La motivazione della sentenza civile**. Padova: Cedam, 1975.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Elementos para uma teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 1993.

THEODORO JR, Humberto. **As novas reformas do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. v. 7, n.41. Porto Alegre: Síntese, 2006.

_____. **Curso de direito processual civil**. v. I. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. _____. v. III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. _____. Teoria Geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 43. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. v. 3. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TROCKER, NICOLÒ. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*, Dott. A. Milano: Giuffrè Editore, 1974.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ZAGANELLI, Margareth Vetis; COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. Acesso à justiça e o problema da efetividade do processo. **Cadernos de Direito Processual**. Ano 1, n 1. Vitória: 2006, p.1-10.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. _____. São Paulo: Saraiva, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Anotações sobre o julgamento de processos repetitivos**. Disponível em:
<www.fagundesjunior.org.br/amapar/.../wambier_annotacoes.doc> Acesso em: 22 fev. 2010.

_____; _____. MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2005.

_____; _____. _____. **Breves comentários à nova sistemática processual civil 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Reforma do Judiciário**: Primeiras reflexões sobre a emenda constitucional n.45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição do processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.