

LEI Nº 13.105/15: ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Antonio Elpidio Fagundes¹
Gustavo Kist²

Resumo: O presente trabalho debruçou-se sobre o novo Código de Processo Civil, com especial ênfase sob o aspecto principiológico, traçando também um apanhado geral da nova legislação. Para tanto, utilizou-se das doutrinas para tentar descrever e compreender a Lei nº 13.105/15, buscando-se analisar a necessidade de um novo estatuto processual em detrimento do Código atual. Destarte, fez-se uma detalhada exploração da Lei, buscando depreender as benesses trazidas pela nova legislação, bem como analisar os prejuízos processuais que abarcará o novo Código de Processo Civil. A busca pela celeridade processual foi quicá o princípio norteador para a elaboração do novo Código de Processo Civil, no afã de dar efetividade à previsão constitucional da “duração razoável do processo”. Assim, o Projeto do novo código partiu da premissa de que a legislação vigente é a responsável pela morosidade na prestação jurisdicional, ostentando mecanismos obsoletos e incapazes de solucionar as demandas. Neste viés, busca-se averiguar se o novo diploma sana tal mazela processual. Por fim, além da análise de institutos recepcionados pelo novo Código de Processo Civil, faz-se mister, outrossim, a exploração de algumas inovações processuais trazidas pela nova legislação.

Palavras-chave: Celeridade Processual. Lei 13.105/15. Morosidade Processual. Processo Civil.

Abstract: This work has focused on the new Civil Procedure Code, with special emphasis on the aspect its principles also plotting an overview of the new legislation. Therefore, we used the doctrine to try to describe and understand the Law No. 13.105/15, seeking to examine the need for a new procedural status at the expense

¹Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, ex-integrante do Grupo de Estudos em Direito da Criança, Adolescentes e Jovens – GRUPECA. E-mail: antonioelpidiofagundes@gmail.com.

²Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, ex-integrante do Grupo de Estudos em Direito da Criança, Adolescentes e Jovens – GRUPECA. E-mail: gustavokist_77@hotmail.com.

of the current Code. Thus, there was a detailed exploration of Law, seeking to deduce the blessings brought by the new legislation and to examine the procedural losses that will cover the new Civil Procedure Code. The search for speedy trial was perhaps the guiding principle for the development of the new Civil Procedure Code, the desire to give effect to the Constitutional provision of "reasonable duration of the process." Thus, the new code project started from the premise that the current legislation is responsible for the delays in adjudication, sporting obsolete and unable mechanisms to address the demands. In this bias, we seek to ascertain whether the new law sana such procedural illness. Finally, besides the institutes analysis welcomed the new Civil Procedure Code is made mister, moreover, exploitation of some procedural innovations introduced by the new legislation.

Keywords: Procedural Speed. Law 13.105/15. Procedural Delays. Civil Procedure.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sabido por todos, os tempos contemporâneos impõem por uma prestação jurisdicional cada vez mais célere, e parte desta celeridade processual pode ser alcança através de mecanismos legais aptos a acompanhar a evolução política e social de um determinado país. O Código de Processo Civil atual foi elaborado no ano de 1973, com a Lei nº 5.869, vindo com o passar dos anos, a sofrer alterações em seu texto de lei.

É absolutamente notória a morosidade brasileira em dar provimento a uma resolução de conflito dentro de um lapso de tempo considerado razoável. Assim, com o objetivo primordial de efetivar o princípio magno da "duração razoável do processo" foi sancionada a Lei nº 13.105/15.

Com a estrutura do novo código, depreende-se que o procedimento civil poderá vir a sofrer graves danos – principalmente no que concerne à segurança jurídica. Isso porque a nova legislação suprimiu, em nome da celeridade, alguns recursos, surgindo um conflito entre o princípio da segurança jurídica e da duração razoável do processo. Dessarte, o tema é deveras conflituoso, resultando em

decorrência disto, uma divisão doutrinária entre uma corrente inovadora e outra estritamente conservadora.

Cediço que, historicamente, a exigência da sociedade em relação à atividade de seus magistrados sempre foi muito ligada sob o aspecto temporal para a solução dos litígios. De tal exigência, tem-se como exemplo clássico, o discurso de Rui Barbosa como paraninfo dos doutorandos da Faculdade de Direito de São Paulo, ocorrido no distante ano de 1920. Disse Rui Barbosa que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça manifesta” (1947, p. 70).

A demora na prestação jurisdicional por parte do Estado foi – quiçá – o grande responsável pela elaboração do Projeto de Lei para o novo Código de Processo Civil, haja vista que a atual legislação civil passou a ser considerada obsoleta para os padrões atuais. A Comissão, composta por notórios juristas brasileiros responsáveis pela elaboração do novo diploma processual, destacou três fatores como os principais causadores pela vagareza em o Estado dar uma resposta jurisdicional. As causas apontadas foram: excesso de formalidade; hiperlitigiosidade; o grande número de recursos.

Assim, norteados por esses três vícios processuais, a Comissão deu partida a criação do anteprojeto de um novo sistema processual, no qual preconiza por instrumentos procedimentais capazes de solucionar a exacerbada lentidão estatal, sem – contudo – abrir mão de princípios avalizadores de um procedimento civil constitucional.

Com um intuito absolutamente democrático, a Comissão proporcionou que juristas de todo o território nacional pudessem enviar sugestões para o projeto do novo código processual. Deste modo, houve dois seguimentos para o envio das sugestões, sendo criada uma página virtual e audiências públicas em pontos estratégicos. Ao total, foram mais de treze mil opiniões apresentadas a Comissão, de modo que – segundo a própria Comissão – mais de 70% (setenta por cento) das sugestões foram acolhidas.

1 MOROSIDADE PROCESSUAL

O conceito de formalismo processual está relacionado com a existência de determinados ritos que devem ser observados no decorrer do processo, delimitando os poderes e os deveres dos sujeitos da lide. O processo se dá em decorrência de, em tese, uma violação ao direito material de alguém, e o transcorrer desse processo deve necessariamente observar os preceitos legais.

Não se pode negar que o formalismo exerce papel fundamental no exercício da tutela jurisdicional, uma vez que estabelece requisitos inerentes ao processo. De outra banda, não se pode sustentar que a ausência excessiva as formas vai de encontro com o informalismo. Defende-se que não haja demasiada apegção às formas em detrimento de um procedimento rápido, eficiente e econômico. O formalismo processual encontra-se diretamente relacionado com a segurança jurídica, e essa, por sua vez, à própria noção de Estado Democrático de Direito, de modo que proteja o cidadão contra o arbítrio estatal.

Na idealização da justiça material, o bom direito deve sucumbir face à exigência instrumental. Nessa seara, destaca-se que o arcabouço pátrio assegura ao magistrado a possibilidade de apreciar com certa liberdade a lide levada a discussão. Tal questão pode ser observada no Código de Processo Civil:

Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

O artigo supracitado é absolutamente claro em destacar a “liberdade” do magistrado, em determinados casos, de esvair-se da formalidade em prol do alcance da finalidade do ato. A Constituição Federal é absolutamente garantidora, e o formalismo processual é inerente a qualquer sistema garantista. O desprezo deve haver a partir do excesso de formalidades procedimentais, e tal excesso, de *prima facie*, parece mais uma característica subjetiva de cada magistrado do que propriamente uma mazela legislativa.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi uma alavanca para uma série de desdobramentos sociais e políticos na comunidade brasileira, entre eles, a quebra do paradigma de um período ditatorial para a consolidação de um Estado Democrático. Destarte, o Neoconstitucionalismo evidencia-se a partir do princípio

Magno de acesso à justiça, o qual assegura seu acesso de maneira indiscriminada, do qual destaca-se:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Outrossim, além da previsão constitucional, a garantia ao acesso à justiça está contemplado também no Pacto de São José da Costa Rica, que diz:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Por vezes, a mera existência de um comando legal (ou seja, regra jurídica expressa) não é suficiente para eliminar a presença do conflito, isto é, da incidência de interesses simultâneos e excludentes, sobre o mesmo bem. Esse estado de litigiosidade promove a ruptura da paz social e requer uma solução apta a solucionar – de maneira eficaz – o conflito surgido (WAMBIER, 2009).

Nessa seara, como corolário lógico ao irrestrito acesso à justiça é o crescente número de litígios. Dentro de um conceito jusfilosófico, a denominada “hiperlitigiosidade” faz parte do primeiro estágio da recém concedida acesso à justiça. Isso porque a partir do momento em que se cria um novo instrumento legal, como regra geral, tal dispositivo tende a ser – num primeiro momento – demasiadamente utilizado. Gradativamente, a utilização desse determinado dispositivo vai diminuindo, e acaba estabilizando-se. Então, nesse segundo momento ocorre a transição do primeiro para o segundo estágio. No que tange ao aspecto do litígio, a segunda fase verifica-se a partir do momento em que o aspecto conciliatório das demandas, ou preventivo, seja a regra, e, o litígio – em seu sentido próprio – a exceção (DIAS, 2012).

A tese supra ratifica-se com o exemplo dos Estados Unidos da América e do Brasil. O Estado norte-americano possui uma democracia desde 1828, com o Presidente Andrew Jackson, tendo atualmente a Suprema Corte America menos de 100 (cem) recursos anuais para ser julgados. O Brasil, como já explanado, é recente sua história democrática, de modo que se podem sentir seus reflexos dessa chamada hiperlitigiosidade, tendo seus Tribunais Superiores mais de 250.000 (duzentos e cinquenta mil) recursos aguardando julgamento.

A conclusão que se chega, ainda que de forma parcial, é que o excesso de litigiosidade é o curso natural de um recém formado Estado Democrático. A consequência esperada doravante é a paulatina mudança de conceitos que mobilizam a busca pelo Poder Judiciário, no sentido de que esse passe a conciliar mais do que propriamente julgar.

O terceiro ponto considerado responsável por contribuir com a lentidão processual é o número excessivo de recursos existentes no processo civil. O art. 496 do Código de Processo Civil elenca o rol de recursos cíveis, sendo eles: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e extraordinário.

Os recursos são meios de impugnação às decisões judiciais, podendo ser manejados pelas partes, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, com a perspectiva de viabilizar – dentro da mesma relação jurídico-processual – a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial atacada (MEDINA, 2013).

A grande crítica existente aos recursos diz respeito a eles serem utilizados como um subterfúgio à procrastinação processual. Existe previsão para punição a recursos meramente protelatórios, como por exemplo, a multa prevista no parágrafo único do art. 538, da legislação processual civil, que diz:

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Assim, a penalidade, se vier, estará, por certo, muito aquém da obrigação a ser cumprida pelo sucumbente, circunstância que encoraja esse comportamento desleal. Destarte, o litigante de má-fé manipula o sistema jurisdicional e posterga o término do processo o máximo possível, mesmo sabendo ser absolutamente inviável a reversão do desfecho da lide, com o uso do recurso interposto.

Deste modo, a nova legislação, no afã de buscar a celeridade processual, modificou e suprimiu alguns recursos. Apesar disso, o agravo retido e os embargos infringentes foram excluídos do novo Código de Processo Civil, ao passo que os recursos remanescentes sofreram algumas mudanças. Por sua vez, o agravo interno – pertinente aos casos em que se busca recorrer de decisões monocráticas, com o intuito não de alterar o mérito da decisão, e sim, que o recurso seja julgado pela Turma de desembargadores – passará a ser processado conforme o regimento interno de cada Tribunal.

Outrossim, com exceção dos embargos de declaração, os recursos passam a ter um prazo homogêneo de quinze dias. Ainda, a sucumbência recursal far-se-á presente aos recursos que não vencem o crivo da admissibilidade, ou então, aos que – frente sua análise meritória – forem rejeitados de forma unânime. A intenção legislativa é absolutamente clara em atentar para a diminuição do número de recursos, seja pela extinção do número deles, seja pelo viés sucumbencial.

Noutra seara, a corrente conservadora parte da premissa de que a extinção de determinados recursos pode afetar a estrutura garantista do sistema atual, ao passo que, ante a inexistência instrumental, tende a propiciar a impossibilidade de correção de decisões eventualmente incorretas.

Consabido, existem outras variantes que contribuem para a lentidão jurisdicional, não ficando as causas restritas àquelas apontadas pela Comissão. Entre elas, é possível fazer uma dicotomia entre causas internas e externas. Às internas, são aquelas cujo enfrentamento as soluções encontram-se do Poder Judiciário. Ao passo que as externas, são aquelas que para a solução da lentidão processual prescindem de decisões fora do campo de alçada do Judiciário. Dentre as causas externas, estão contemplados o grande número de litígios e o formalismo, matéria já abordada.

A ineficácia no desempenho de determinada atividade, principalmente naquelas que dependem de providências estritamente burocráticas, merece ser examinada sob a égide do planejamento. Sabe-se, as organizações privadas há muito tempo se valem de ensinamentos da Administração – enquanto ciência – na busca de melhores resultados para suas atividades-fim. E dentre os ensinamentos da administração, por oportuno destacar o planejamento como um princípio básico de atuação (STUMPF, 2009).

As atividades que o Poder Judiciário desenvolve, todavia, pouco se valem dos ditames da Administração para o enfrentamento as questões de ordem organizacional. O planejamento, apanágio da iniciativa privada, muitas vezes não se faz presente na administração pública, em especial nas gestões dos tribunais. Consoante Stumpf:

essa circunstância, somada ao fato de que a administração do Poder Judiciário cabe aos próprios juízes, explica pelo menos em parte as dificuldades existentes que acabam gerando no final do processo a morosidade da prestação jurisdicional. Isto porque os critérios da administração em muito influenciam as atividades-meio inseridas no sistema de prestação da justiça e em toda a organização estrutural do Poder Judiciário, que sabemos devem ser voltados e organizados para a eficiência e eficácia da sua atividade-fim.

A ausência de recursos humanos, por sua vez, deve também ser apontada como um grande contribuinte, senão o maior, pela morosidade na prestação jurisdicional. A insuficiência do número de juízes, e de modo geral de outros servidores, acaba inflamando as atividades dos demais servidores, gerando por consequência lógica, uma sobrecarga em suas funções, prejudicando tanto sob quantitativo quanto qualitativo das demandas.

Ausência de material humano influencia diretamente a morosidade processual, e indiretamente ao desprestígio da justiça brasileira. Considerando a existência inúmeros vetores que comportam uma parcela pela lentidão na prestação jurisdicional, buscou-se aqui – nas ditas causas internas – eleger aqueles pontos considerados de maior relevância, qual seja, desorganização administrativa e insuficiência de recursos humanos.

2 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo regramento processual civil abarca os princípios fundamentais contidos na Constituição Federal, haja vista que somente com o respeito a esses princípios é que se pode alcançar um processo civil democrático. O art. 1º do Código revela o claro propósito de acolhimento da teoria do direito processual constitucional, ao dizer que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais”.

Ressalte-se, somente um processo justo pode levar à obtenção de um julgamento justo. O direito a um procedimento probo é condição necessária – em que pese não suficiente – para a prolação de uma sentença o mais justa possível. Nesse diapasão, o processo civil deve ser interpretado de modo a garantir a aplicação dos direitos fundamentais, de sorte que, somente assim, poder-se-á falar em Estado Democrático de Direito. A lei 13.105/15, entre os artigos primeiro e décimo segundo, traz alguns dos princípios que regerão o novo Código, de modo que será feita uma análise sintética daqueles considerados de maior relevância.

O Princípio Dispositivo vem expresso no artigo segundo, o qual consubstancia que a jurisdição atua somente quando provocada, e que o andamento processual dá-se por impulso oficial, *verbi gratia* “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

Segundo tal princípio, o magistrado deve julgar a lide com base nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a busca por fatos não alegados e cuja prova não tenha sido requerida por qualquer uma das partes. As partes delimitam o objeto do processo, não podendo o juiz ir além ou aquém do que fora postulado.

O impulso oficial, por sua vez, revela a ideia de que o processo deve caminhar sempre ao seu fim. Uma vez proposto uma demanda processual, cabe ao juiz à missão de impulsionar o feito, administrando os atos processuais subsequentes, vislumbrando sempre o fim do processo, sem – contudo – abrir mão dos princípios garantidores do processo civil.

A estrutura constitucional pátria assegura – de forma explícita – desde a Constituição de 1946 (art. 141, § 4º), que a lei não excluirá da apreciação da justiça

lesão ou ameaça a direito. O texto magno é deveras claro em afirmar que qualquer ameaça ou lesão a direito pode ser levada ao judiciário, consagrando uma tutela judicial efetiva (MENDES, 2012).

Junto com essa garantia geral, o texto constitucional consagra garantias específicas, como o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, como mecanismo destinado, respectivamente, à defesa do direito de ir e vir, direito de autodeterminação sobre dados, proteção a direito líquido e certo e proteção a direitos de caráter positivo em face de eventual lesão decorrente de omissão legislativa.

Na recém aprovada Lei nº 13.105/15 (novo Código de Processo Civil) o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional encontra-se previsto no art. 3º, tendo em sua primeira parte texto idêntico ao previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que em seu fragmento final, acrescenta “ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.”

A Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe ao ordenamento jurídico um novo princípio processual, o da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII). Assim, inaugurou-se no arcabouço pátrio uma nova era pela busca de uma prestação jurisdicional eficiente e célere. Aqui, merece citação, as sábias palavras Mendes (2012, p. 450):

o assunto envolve temas complexos e pretensões variadas, como a modernização e simplificação do sistema processual, a criação de órgãos judiciais em número adequado e a própria modernização e controle da prestação jurisdicional e de questões relacionadas à efetividade do acesso à justiça.

O art. 4º do novo diploma processual prescreve que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. A celeridade processual deve guardar proporção com a segurança jurídica, de modo que deve haver um equilíbrio entre esses dois fatores.

O princípio da Boa-fé é oriundo da palavra *bona fides*, boa-fé, boa confiança, é a convicção de que as partes envolvidas estão agindo de acordo com a lei, na omissão ou prática de determinado ato. A boa-fé, por sua vez, é um dever processual consagrado no art. 5º, da Lei nº 13.105/15, que prevê: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Princípio pelo qual as partes se obrigam a agir com probidade e dignidade durante o processo, circunstância que tende a proporcionar maior credibilidade às decisões judiciais. Nas palavras do jurista Espanhol e professor da Facultad de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, Jesús González Pérez (1999, p. 71-72):

el principio general de la buena fé seguiría siendo un principio general del Derecho. Y, precisamente por constituir la base misma del Ordenamiento, no es concebible una norma legal que lo contravenga. La contradicción, como dice el profesor DE CASTRO, sólo concebible en momentos de crisis del Estado, origina la condenación del Ordenamiento jurídico y terminaría con un reajustamiento del mismo, al desaparecer las causas que lo produjeran. El hecho de su consagración en una norma legal no suponía que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa hubiera perdido tal carácter. Pues si los principios generales del Derecho, por su propia naturaleza, existen con independencia de su consagración en una norma jurídica positiva, como tales subsistirán cuando en un Ordenamiento jurídico se recogen en un precepto positivo, con objeto de que no quepa dudas de su pleno reconocimiento.

O art. 6º, por sua vez, apresenta uma inovação em relação ao Código de 1973, ao passo que cria no procedimento civil – de forma explícita – o princípio da cooperação. Segundo o texto da lei: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Dito princípio, pode-se dizer que, é uma derivação do princípio da boa fé e da lealdade processual. Dentre os princípios processuais, o da cooperação é digno de maior aplicabilidade nos tempos contemporâneos, uma vez que o jurisdicionado tem de receber, de forma primorosa, a prestação jurisdicional.

Este princípio vem sendo largamente utilizado em alguns países, justamente por sua eficiência em prol da busca por uma justiça célere. Juniot, *verbi gratia* (2006, p. 75):

atualmente, prestigia-se no Direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal – e, já com algumas repercussões na doutrina brasileira 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 a de um mero fiscal de regras.

A cooperação em discussão materializa-se no sentido de guiar os litigantes a um caminho regrado pela contribuição mútua e pelo equilíbrio entre o que deve ser demandado e o que pode ser acordado.

O art. 9º inaugura a ideia de contraditório participativo, buscando a máxima dialética entre as partes, encontrando a partir daí, sintonia com o devido processo legal. Deste modo, o processo deve ser o campo de plena participação dos personagens da demanda, reforçando valores decorrentes do Estado Democrático de Direito e ofertando idênticas oportunidades de manifestação. O texto de lei prevê:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

O artigo supracitado, entretanto, faz menção a três exceções. Havendo hipóteses tutela provisória de urgência (que se equipara a antecipação de tutela), tutela de evidência (que substitui as medidas cautelares) ou ainda, referente à ação monitória, em que o direito do autor resta evidente, o dito contraditório participativo não se aplica. Noutra viés, entretanto, o fato de a parte prejudicada não ser previamente ouvida não significa necessariamente que ela não poderá valer-se do chamado contraditório diferido, que de forma resumida, trata-se de uma defesa processual postergada.

A redação do art. 10, da nova legislação processual, apresenta uma inovação no ordenamento brasileiro, pois preconiza a necessidade da oitiva bilateral como condição inafastável para a prolação de uma decisão, ainda que se trate de questão que deva ser decidida *ex officio*. Consoante o texto de lei:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

A redação supra remete o processo civil a uma nova concepção de contraditório, transcendendo aquele conceito tradicional para um de viés de participação entre as partes durante os atos processuais. Nunes traz uma breve conceituação sobre o princípio do contraditório, em sua acepção tradicional, descrevendo-o como “entendido tão somente como um direito de bilateralidade da audiência” (2011, p. 81).

Por outro lado, Nelson Nery Junior afirma: “garantir-se o contraditório significa a realização da obrigação de noticiar e da obrigação de informar que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações” (2009, p. 206).

Pode-se afirmar que a inovação trazida pelo artigo supra diz respeito a sua parte final, especificamente quando diz “ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.” Aqui, então, tem-se uma nova concepção de contraditório, pois, sob o aspecto teleológico, a ideia que se traz é que a decisão – em seu sentido lato – não enseje surpresa às partes, uma vez que a matéria decidida, necessariamente, terá sido objeto de discussão entre os agentes do processo.

2.1 Inovações processuais

O novo Código de Processo Civil foi elaborado com objetivo capital de simplificar o sistema – para – proporcionar ao direito processual sua função social, que é o de promover, da maneira mais otimizada possível, a efetivação do direito material assegurado pelo arcabouço jurídico. Como corolário lógico da substituição de um sistema processual por outro, em tese, mais sofisticado, é a adoção de mecanismos inovadores, capazes de solucionarem de forma ainda mais eficaz algumas carências existenciais (FUX, 2011).

Assim, então, nos itens imediatamente subsequentes, será feita uma análise aos institutos do *amicus curiae*, Tutela de Urgência e Tutela da Evidência.

2.2 Amicus Curiae

Amicus curiae, ou Amigo da Corte, é um sujeito que pode atuar cooperar o judiciário com a resolução de um conflito. O *amicus curiae* não faz parte da relação jurídica, e – quando chamado – atua de forma semelhante a um perito, ou ainda como fiscal da lei, em que pese não sujeito à exceção de impedimento ou de suspeição, nem, tampouco, faz jus a honorários profissionais. Pode dizer que no Brasil esse instituto incorporou-se à ordem processual a partir de 1976, quando foi criada a Lei nº 6.385/76 (Comissão de Valores Mobiliários), com a missão de, entre

outras, servir de ponte entre o mercado e o Poder Judiciário, auxiliando este a definir os litígios que possa repercutir nas relações das companhias abertas (FUX, 2010).

A atuação do *amicus curiae* na nova legislação processual civil justifica-se por propiciar ao magistrado elementos e informações que permitirão a este ter condições efetivas de exercer sua função. Tal instituto encontra-se previsto no art. 138, que, por sua vez, está posicionado dentro do Título III, denominado DA INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. O texto de lei diz:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

A redação retro não especifica o momento em que a figura do *amicus curiae* pode intervir. Deste modo, é de se presumir sua admissão a qualquer momento processual, desde que seja oportunizado o contraditório a ambas as partes. Em que pese não haja obstrução legal, sua intervenção não se demonstra útil na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução, haja vista a ausência de decisão mais profunda sob o aspecto qualitativo.

A intervenção está diretamente relacionada com a matéria discutida e com sua perspectiva de contribuir para a solução do conflito. Deste modo, pode o magistrado ou qualquer um dos litigantes invocar o *amicus curiae* no processo, passando seu efetivo chamamento ao crivo de sua real necessidade.

2.3 Tutela de Urgência

A tutela cautelar faz parte do gênero tutela preventiva e tem por finalidade dar proteção a um direito subjetivo ou a outros interesses reconhecidos pelo arcabouço jurídico como legítimos, mas que não se identificam com os denominados direitos

subjetivos. Então, portanto, o que justifica a tutela cautelar é a urgência, ante a qual as formas convencionais de tutela jurisdicional tornar-se-iam insuficientes, de forma a impedir que o Estado cumpra seu dever de proteção do direito de seus jurisdicionados (SILVA, 1998).

A tutela de urgência será concedida aos casos em que se evidenciar *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, que trazendo para o vernáculo, é situação em o direito resta claro e que a demora na resposta do judiciário pode trazer riscos ao processo. As palavras do professor Ovídio Araújo Baptista da Silva merecem destaque (1998, p. 102):

para quem se limite, no entanto, a observar a realidade do que acontece na prática forense, procurando comparar a atividade desenvolvida pelo juiz e pelas partes, no procedimento cautelar, constatará facilmente a existência de uma profunda analogia entre um processo cautelar e um processo de conhecimento, a não ser por um pequeno mas importantíssimo detalhe em que essas duas atividades jurisdicionais se distinguem: enquanto este último tem por função a composição definitiva da lide, [...] o que somente se obtém com uma sentença baseada num juízo de certeza, no processo cautelar, ao contrário, dada a existência de uma situação de urgência – que lhe é inerente – a reclamar uma resposta jurisdicional imediata, o magistrado deve renunciar a segurança que lhe daria o Processo de Conhecimento [...], para julgar apoiado num juízo de simples verossimilhança da existência do direito invocado pelo requerente.

O art. 300 e os dois seguintes tratam da Tutela de Urgência, que, de imediato passa-se a citação ao texto da lei:

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

Art. 302. Independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se:

I - a sentença lhe for desfavorável;

II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias;

III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal;

IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor.

Os pressupostos para a concessão da tutela de urgência é a notoriedade do direito almejado e a perspectiva de prejuízo na demora da prestação jurisdicional, e consoante o art. 294, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil, tal medida pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Pode-se dizer que a tutela de urgência substitui o processo cautelar, e que, fazendo-se uma análise quanto a esse último, a tutela de urgência tem as seguintes características: autonomia, acessoriedade, instrumentalidade, preventividade, provisoriedade, sumariedade, cognição não exauriente e revogabilidade (WAMBIER, 2007).

2.4 Tutela da Evidência

Partindo-se de uma análise etimológica, *évidence*, do francês, ou *evidence*, do inglês, significam prova. Esse instituto processual revela-se útil na medida em que a prova produzida por si só seja capaz evidenciar o direito pretendido. Nas palavras do Ministro Luiz Fux (FUX, 2010, 80):

(a) direito demonstrável *prima facie* através de prova documental que o consubstancie líquido e certo; (b) direito baseado em fatos incontroversos ou notórios, que independem de prova; (c) direito a coibir uma conduta *contra legem* que, segundo alegação do autor, o réu praticou ou vem praticando; (d) o direito, cuja a existência o juiz precisa definir apenas com base em questões jurídicas, pois, de regra, o direito objetivo não precisa de prova; (e) o direito em favor do qual milite uma presunção *jure et de iure*; (f) o direito baseado em prova emprestada, obtida em outro processo; (g) o direito decorrente de decadência ou prescrição (sendo, nesse caso, uma evidência que pode favorecer o réu) etc. – grifo original

O art. 311, do novo Código de Processo Civil, explana sobre o instituto da “tutela da evidência”, prevendo que esta poderá ser concedida ainda que ausente à demonstração de perigo à parte. Noutra viés, entretanto, a concessão de tal medida fica restrita ao rol de seu artigo, que dispõe:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

- III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
- IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

O inciso primeiro reproduz o art. 273, II, do Código Processual vigente, no qual a classe jurídica já conceituava como sendo tutela antecipada não urgente, atuando também como uma penalização ao agente desleal. E a explicação é bastante simples, parte alguma postergaria uma decisão judicial do qual julgue ser o detentor desse direito, assim, sua atuação protelatória seja quiçá uma confissão de ausência de mérito na lide (FUX, 2010).

O inciso subsequente, por sua vez, trata daqueles casos em que a matéria de fato somente possa ser demonstrada por prova documental, culminada – ainda – com tese firmada (que pode ser súmulas não-vinculantes, jurisprudência etc) ou de súmula vinculante. Tal normativa segue a esteira da celeridade processual, que, para casos em que a matéria somente possa ser provada via documental, aliada ao fato de já haver posicionamento e ou súmulas vinculantes, acaba por “engessar” o sistema, inclinando o juiz para a tese já consolidada sobre uma determinada questão.

No terceiro inciso, trata da matéria específica do contrato de depósito, desde que haja prova documental adequada do contrato de depósito, circunstância que será decretada a entrega do objeto pretendido, sob cominação de multa. Aqui, se tem a figura do depositário infiel, em que este retém a resobjeto da futura demanda.

Por fim, o inciso IV, dispõe que a tutela poderá ser concedida quando a peça inaugural for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor e que o agente passivo não oponha contraprova capaz de gerar dúvida. Apesar da omissão normativa, a prova do réu capaz de “gerar dúvida razoável” também deve ser documental e pré-constituída, sob pena de se esvaziar o próprio propósito da tutela. Este inciso tem o mesmo intuito da ação monitória, que é o de propiciar ao autor, em razão da alta probabilidade de procedência de sua ação, um rápido acesso ao bem da vida a que provavelmente tem direito (FUX, 2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Traçar um posicionamento definitivo quanto ao novo Código de Processo Civil é tarefa demasiadamente complexa, haja vista a ausência de experimentação da legislação no campo empírico. Entretanto, partindo-se da premissa contida no Anteprojeto do novo *Códex*, evidencia-se que houve – em alguns aspectos – um certo distanciamento quanto a proposta inicial.

O Anteprojeto destacou como causadores da morosidade processual, como visto algures, o excesso do número de recursos. Todavia, não se pode olvidar que houve a supressão de somente dois recursos, sendo eles o agravo retido e os embargos infringentes. No que toca ao formalismo, trata-se de um tema absolutamente complexo, eis que exige que determinados atos processuais aperfeiçoados, tornando o procedimento célere, sem – contudo – esvair-se do respeito à segurança jurídica.

Quanto ao grande número de litígios no Brasil, transparece a ideia de que trata-se um caminho natural de um Estado Democrático recente, e que, com o passar dos anos, a busca pela tutela jurisdicional ao longo dos anos tende a diminuir, ao passo que o exaurimento jurisdicional seja reservados aos casos de absoluta necessidade, de modo em que dever-se-á dar maior ênfase as conciliações e mediações.

O novo Código de Processo Civil vem sofrendo críticas antes mesmo de sua publicação, basicamente desde o momento da criação de seu Anteprojeto. Assim, a doutrina dividiu-se e dois campos, entre uma corrente de ideologias inovadoras para o processo, e outra, arraigava na questão referente a segurança jurídica. Conforme depreende-se implicitamente no decorrer do trabalho, a posição que se traça aqui é de absoluto repúdio a nova Carta Processual, uma vez que tende abolir alguns institutos que funcionam razoavelmente bem, e também, pela elaboração de institutos novos que, por si só, parecem incapazes de solucionar a questão envolvendo as mazelas processuais contemporâneas.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Rio de Janeiro: Organizações Simões. 1947.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2011.

BRASIL, Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 18.03.2015.

_____. Presidência da República. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em 18.03.2015.

_____. Presidência da República. *Lei nº 13.105*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 18.03.2015.

_____. Presidência da República. *Lei nº 5.869*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Acesso em 19.03.2015.

_____. Presidência da República. *Emenda Constitucional nº 45*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em 18.03.2015.

DIAS, Felipe da Veiga. *Grupo de Estudos em Direitos de Crianças, Adolescentes e Jovens*. Reunião 16/08/2012.

FUX, Luiz. *Novo Processo Civil Brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral e Processo de Conhecimento*. V.1. São Paulo: Saraiva. 11 ed. 2014.

_____. *Novo Curso de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento e Procedimentos Especiais*. V.2. São Paulo: Saraiva. 8 ed. 2012.

_____. *Novo Curso de Direito Processual Civil. Execução e Processo Cautelar*. V.3. São Paulo: Saraiva. 5 ed. 2012.

JUNIOR, Fredie Didier. *Revista de Processo*. 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

NUNES, Dierle; *et al.* *Curso de Direito Processual Civil: fundamentação e aplicação*. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 6 ed. 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3 ed. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 7 ed. 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva. 3 ed. 2009.

PACTO DE JOSÉ DA COSTA RICA. Disponível em:
<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.
Acesso em 11.03.2015.

PÉREZ, Jesús González. *El principio general de La buena fé em El Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas, 1999.

PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em:
<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=84496>. Acesso em
16.03.2015.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de Processo Civil*. V.3. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2 ed. 1998.

STUMPF, Juliano da Costa. Poder Judiciário: morosidade e inovação. Coleção Administração Judiciária. V. 3. Porto Alegre. 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMANI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo de Conhecimento*. V.1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 10 ed. 2009.

_____. *Curso Avançado de Processo Civil. Execução*. V. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 10 ed. 2009.

_____. *Curso Avançado de Processo Civil. Processo Cautelar e Procedimentos Especiais*. V.3. São Paulo: Revista dos Tribunais. 9 ed. 2009.