

UNIVERSIDADE DE ITAÚNA
Faculdade de Direito - Programa de Pós Graduação em Direito

Alexandre Máximo Oliveira

**RECURSO NO PROCESSO COLETIVO COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
impactos do novo código de processo civil no juízo de admissibilidade**

Itaúna - MG
2016

Alexandre Máximo Oliveira

**RECURSO NO PROCESSO COLETIVO COMO DIREITO FUNDAMENTAL:
impactos do novo código de processo civil no juízo de admissibilidade**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Proteção dos Direitos Fundamentais

Linha de Pesquisa: Direito Processual Coletivo e Proteção dos Direitos Fundamentais

Orientador: Prof. Dr. Carlos Alberto Simões Tomaz.

Co-orientadora: Dra. Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz

Itaúna - MG
2016

O48r Oliveira, Alexandre Máximo.

Recurso no processo coletivo como direito fundamental: impactos do novo código de processo civil no juízo de admissibilidade / Alexandre Máximo Oliveira. -- Itaúna, MG: 2016.

152 f.; 30 cm

Bibliografias: f. 145-152.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito em Proteção dos Direitos Fundamentais, Universidade de Itaúna.

Orientador: Dr. Carlos Alberto Simões Tomaz.

Coorientadora: Dra. Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz.

1. Recurso. 2. Processo coletivo. 3. Direito fundamental. 4. Código de processo civil. 5. Juízo de admissibilidade. I. Tomaz, Carlos Alberto Simões; Orientador. II. Cruz, Luana Pedrosa de Figueiredo; Coorientadora. III. Universidade de Itaúna. IV. Título.

CDU: 347.955:342.7



Universidade de Itaúna

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MESTRADO EM PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

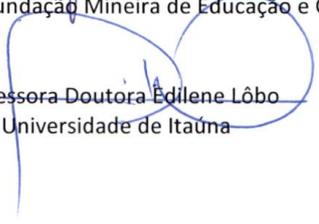
Reconhecido pela Portaria do Ministério da Educação nº 1324/2012 (DOU de 09/11/2012, Seção 1, Pag.10)

“RECURSO NO PROCESSO COLETIVO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: impactos do novo código de processo civil no juízo de admissibilidade”

Dissertação de Mestrado apresentada por **Alexandre Máximo Oliveira**, do Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais, em 24 de junho de 2016, ao Mestrado em Direito- Área De Concentração: Proteção Dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - MG, e aprovada com recomendação para publicação pela Banca Examinadora constituída pelos professores:


Professor Doutor Carlos Alberto Simões de Tomaz
Orientador – Universidade de Itaúna


Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas
Universidade Fundação Mineira de Educação e Cultura


Professora Doutora Edilene Lôbo
Universidade de Itaúna

Dedico este trabalho à minha família, por acreditarem em mim, fornecendo a necessária inspiração para mais esta empreitada na vida acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar a Deus, pelo dom da vida e pela saúde para desempenhar minhas atividades acadêmicas, profissionais e familiares.

À minha esposa Luciene Viana de Souza Máximo e ao meu filho Miguel Viana Máximo, pessoas especiais de cuja companhia tive que me privar por algum tempo, mas que nem por isso deixaram de me incentivar e estimular.

Aos meus pais, Maurício de Oliveira e Marilene Máximo, pelos exemplos de dignidade e persistência na luta por meus objetivos.

Ao professor Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz, meu orientador no mestrado, pelos ensinamentos e confiança depositada, pelos exemplos de dedicação, competência e amor pela docência.

Aos meus colegas professores de Direito e de mestrado, especialmente a Naiara e a Sabrina, pela compreensão e o companheirismo desde o primeiro contato no Programa de Mestrado em Direito na Universidade de Itaúna.

Aos Professores Dr. Luiz Manoel Gomes Júnior e a Dra. Luana Pedrosa, cujos ensinamentos sobre o processo coletivo foram decisivos para a realização da pesquisa.

À professora Dra. Susana Camargo Vieira, pelo carinho que sempre me recebeu na Universidade de Itaúna.

Aos advogados do escritório Máximo Advocacia – Sociedade de Advogados, na pessoa do meu sócio, Dr. Rainier Oliveira de Araújo, pelo companheirismo e apoio decisivo na realização das minhas atividades acadêmicas.

Ao bacharel Otávio Augusto Vieira Bomtempo pela prontidão e paciência na revisão deste trabalho.

Aos professores do Programa de Mestrado em Direito na Universidade de Itaúna, que me mostraram o caminho e me servem de inspiração.

Ao Centro Universitário de Patos de Minas, que me realiza profissionalmente e me permite pôr em prática as ideias que aqui defendo.

“Mas o que sou eu, então? Uma coisa que pensa. Que é uma coisa que pensa? É uma coisa que duvida, que afirma, que nega, que quer, que não quer, que imagina também e que sente.”

René Descartes.

RESUMO

Este estudo se propõe a compreender o direito ao recurso como direito fundamental, no campo específico do direito processual coletivo, estabelecendo quais foram as principais inovações ocorridas no âmbito do juízo de admissibilidade dos recursos, no novo Código de Processo Civil, que impactaram no processo coletivo. O aspecto inovador da pesquisa proposta consiste na realização de um estudo sistematizado e organizado sobre a temática relativa ao direito de recurso no âmbito do processo coletivo. Para alcançar as finalidades colimadas na investigação científica proposta, optou-se pela pesquisa teórica, que será desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo, a partir de material já publicado, constituído principalmente da análise de bibliografia e documentos, tais como, jurisprudências, legislação e periódicos, que versam sobre a temática delineada no presente projeto de pesquisa, com ênfase no direito constitucional, no direito processual coletivo e no direito de recurso. A elaboração de um novo Código de Processo Civil, baseado no modelo constitucional de processo, com a consagração de normas constitucionais de natureza essencialmente processual no texto legal, demonstrou uma relação recíproca entre a ciência processual e os direitos fundamentais, o que credencia vários institutos e procedimentos do processo individual para utilização no âmbito do processo coletivo. A eliminação de formalismos excessivos, que impediam o exercício do direito ao recurso, contribuiu para que o novo Código alcançasse um dos seus objetivos, o de simplificação e solução de problemas do sistema recursal que impediam o acesso dos jurisdicionados aos direitos fundamentais individuais e coletivos. O processo coletivo foi beneficiado com o aprimoramento dos pressupostos de admissibilidade do recurso no direito processual individual, sobretudo no reforço legislativo que impõe a possibilidade de participação de todos os sujeitos do processo em momento anterior da emissão do pronunciamento judicial sobre a admissibilidade do recurso, e com a possibilidade de esclarecimentos ou complementação dos requisitos necessários para assegurar o reexame da matéria impugnada.

Palavras-chave: recurso; processo coletivo; direito fundamental; novo código de processo civil; juízo de admissibilidade.

ABSTRACT

This study aims to understand the right to appeal as a fundamental right in the specific field of collective procedural law, establishing what were the main innovations occurring in the context of the resources admissibility of judgment in the new Code of Civil Procedure that impacted the collective process. The innovative aspect of the proposed research is to carry out a systematic and organized study of the issue concerning the right of appeal under the collective process. To achieve the collimated purposes of scientific research proposed, we opted for the theoretical research, which will be developed through the use of the deductive method, from already published material, consisting mainly of literature analysis and documents such as case law, legislation and periodicals that deal with the theme outlined in this research project, focusing on constitutional law, the collective procedural law and the right of appeal. The development of a new Civil Procedure Code, based on the constitutional process model, with the consecration of constitutional rules essentially procedural nature in the legal text, demonstrated a reciprocal relationship between the procedural science and fundamental rights, which accredits various institutes and procedures of the individual process for use in the collective process. The elimination of excessive formalities that prevented the exercise of the right to appeal, contributed to the new Code reached one of its objectives, simplifying and solving the appeal system problems that prevented access to the jurisdictional individual and collective fundamental rights. The collective process benefited from the improvement of admissibility assumptions of the action in individual procedural law, especially in the legislative strengthening imposing the possibility of participation of all subjects of the process in time before the issuance of the court ruling on the admissibility of the action, and with the possibility of clarification or completion of the necessary requirements to ensure the review of the contested matter.

Keywords: resource; collective process; fundamental right; new civil procedure code; admissibility of judgment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMO NOVO RAMO DO DIREITO PROCESSUAL.....	14
1.1 Compreensão hodierna do direito processual numa ótica constitucional.....	14
1.2 O direito processual coletivo como direito fundamental.....	17
1.3 O direito processual coletivo como novo ramo do direito processual.....	22
1.4 O direito processual coletivo brasileiro: comum e especial.....	25
1.5 O direito processual coletivo comum como instrumento de efetivação dos direitos sociais.....	29
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO PADRÃO HERMENÊUTICO DE APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS.....	40
2.1 A positivação de normas fundamentais da Constituição Federal no novo Código de Processo Civil.....	40
2.2 A adoção de normas fundamentais compostas de regras e princípios.....	43
2.3 Princípio da proporcionalidade como padrão hermenêutico de aplicação das normas fundamentais no novo Código de Processo Civil.....	45
3 DIREITO AO RECURSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	55
3.1 O recurso como direito fundamental.....	55
3.2 O conceito de recurso no direito processual civil brasileiro.....	60
3.3 A distinção entre o direito fundamental ao recurso e o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.....	65
3.4 A importância do recurso para unidade interpretativa do ordenamento jurídico na formação de precedentes com eficácia vinculante.....	71
4 INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS.....	75

4.1 Aplicação do sistema recursal do novo código de processo civil no microsistema de direito processual coletivo comum.....	75
4.2 Juízo de admissibilidade nos recursos.....	78
4.3 Natureza jurídica do juízo de admissibilidade no novo Código de Processo Civil.....	81
4.4 Alteração da competência para realização do juízo de admissibilidade dos recursos.....	83
4.5 Proibição de decisão surpresa e o princípio da cooperação no juízo de admissibilidade.....	88
5 PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O SEU IMPACTO NO PROCESSO COLETIVO.....	93
5.1 Pressupostos intrínsecos.....	94
5.1.1 Cabimento.....	94
5.1.2 Legitimidade.....	104
5.1.3 Interesse em recorrer.....	107
5.2 Pressupostos extrínsecos.....	111
5.2.1 Tempestividade.....	111
5.2.2 Preparo.....	117
5.2.3 Regularidade formal.....	123
5.2.4 Inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer.....	131
CONCLUSÕES.....	139
REFERÊNCIAS.....	145

INTRODUÇÃO

A construção de um modelo de processo adequado para solucionar a intensa litigiosidade existente neste novo milênio constitui preocupação de milhares de profissionais do Direito, espalhados em diversas carreiras jurídicas, na esperança de alcançarem a promessa constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O ponto de equilíbrio entre o acesso à justiça e o acesso efetivo e substancial aos direitos fundamentais, se tornou, desde o século anterior, um dos principais temas de observação dos estudiosos do Direito.

A necessidade do desenvolvimento de técnicas processuais adequadas para possibilitar a garantia e não apenas a proclamação de direitos fundamentais - constantemente minimizados pelo Estado e por particulares - tem sido encarada, dentro de um Estado Democrático de Direito, como o mais básico dos direitos humanos.¹

Pode-se identificar neste movimento de acesso à justiça substancial três ondas, que ainda estão em pleno desenvolvimento no país. A primeira é solidificada na assistência judiciária para os pobres, a segunda na representação dos interesses difusos e a terceira, mais abrangente, no acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça.²

No Brasil, esta preocupação deixou de ser meramente acadêmica e tópica, com a convocação de uma comissão de juristas, instituída pelo Presidente do Senado Federal, pelo Ato n.º 379, em setembro de 2009, que teve a responsabilidade de elaborar o Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil.³ Em 08 de junho de 2010, o Anteprojeto foi submetido ao Poder Legislativo, sendo que foi discutido por mais de quatro anos, com a realização de audiências públicas em vários Estados Brasileiros, sugestões pela internet e a participação de diversos setores da sociedade organizada. O texto do novo Código de Processo Civil foi finalmente aprovado em 17 de dezembro de 2014 no Congresso Nacional, e promulgado pela Presidente da República, com vetos, em 16 de março de 2015.

A temática proposta no projeto de pesquisa em tela – direito ao recurso no processo coletivo - mostra-se relevante a partir da concepção de que o mais essencial no

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 09.

² *Ibid.*, p. 18.

³ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

âmbito dos direitos fundamentais, evidentemente, não é a sua simples previsão formal no texto constitucional, mas sim a proteção jurídica efetiva.

Este estudo se propõe a compreender o direito ao recurso como direito fundamental, no campo específico do direito processual coletivo, estabelecendo quais foram as principais inovações ocorridas no âmbito do juízo de admissibilidade dos recursos no novo Código de Processo Civil que impactaram no processo coletivo.

Outrossim, e com igual relevância, objetiva-se traçar fundamentos teóricos para que acadêmicos, magistrados, promotores, advogados e demais profissionais do meio jurídico possam estudar a temática proposta em consonância com o princípio do Estado Constitucional, Democrático e Social de Direito.

A morosidade da prestação jurisdicional no Poder Judiciário brasileiro decorre, em parte, da inúmera quantidade de recursos que se avolumam nos Tribunais pátrios. No ano de 2014, este número chegou a 23.919.942 processos^{4 5}. A necessidade de uma legislação que contribua para a simplificação e a efetividade do direito de recurso, somada ao baixo número de trabalhos ou de doutrina sobre o tema, realçam a necessidade de se estudar melhor o assunto, que está relacionado com a efetivação dos direitos fundamentais coletivos.

Desta forma, o tema proposto decorre das novas bases científicas trazidas pelo legislador na elaboração do novo Código de Processo Civil, no que tange ao direito de recorrer e aos requisitos para o exercício deste direito no processo coletivo. A adoção de novos institutos, procedimentos e o aperfeiçoamento dos antigos exige uma busca pelos fundamentos que foram adotados pelo legislador para solucionar discussões travadas na legislação anterior.

Nesses termos, denota-se imperativo investigar a existência da técnica processual capaz de possibilitar ao Estado controlar e corrigir os vícios cometidos pelos magistrados na prestação da tutela jurisdicional, motivo pelo qual se revela necessário analisar o direito de recorrer como tema fundamental do direito processual civil coletivo comum.

O trabalho se identificou sensivelmente com o problema relativo ao acesso à justiça e a efetividade do processo no campo dos direitos coletivos, tendo em vista o possível desdobramento desse direito na seara dos direitos e garantias fundamentais consubstanciados na Constituição Federal de 1988, demonstrando que o direito constitucional de recurso deixa

⁴ O número foi encontrado no levantamento anual Justiça em Números – 2015, feito pelo Conselho Nacional de Justiça, sendo o resultado a soma dos processos em estoque e os casos novos registrados no ano de 2014, em Tribunais Superiores, 2º Grau, Turmas Recursais e Tribunais Regionais de Uniformização.

⁵ BRASIL. Ricardo Lewandowski. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014. 11. ed. Brasília, 2015.

de estar voltado apenas para a tutela individual, inclinando para o estudo no âmbito da tutela coletiva.

Sobreleva dizer, em termos gerais, que a realidade vislumbrada no Estado de Minas Gerais, que, a propósito, se assemelha com a das demais regiões do território brasileiro, revela um cenário de uma sociedade cada vez mais massificada, verificando que o direito caminha para uma perspectiva coletiva, sendo insuficiente uma tutela jurisdicional meramente individual. Tal realidade demanda do Estado-juiz uma adequada tutela jurisdicional para a proteção efetiva e preventiva dos direitos fundamentais coletivos.

Desta feita, o presente trabalho se propõe a estabelecer contornos teóricos concernentes ao direito de recurso no processo coletivo como uma técnica processual que conduz à efetivação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico.

A utilidade da investigação científica proposta é patente, uma vez que os resultados obtidos, a partir do estudo a ser realizado, serão compartilhados como orientações técnicas direcionadas aos juristas, mormente, aos magistrados, promotores e advogados.

O aspecto inovador da pesquisa proposta consiste na realização de um estudo sistematizado e organizado sobre a temática relativa ao direito de recurso no âmbito do processo coletivo. Espera-se que o assunto em voga desperte o interesse científico dos pesquisadores na área de Direito, na certeza de que produções científicas correlatas podem complementar e aprofundar o estudo proposto, aperfeiçoando-se, portanto, a ciência jurídica.

Para alcançar as finalidades colimadas na investigação científica proposta, optou-se pela pesquisa teórica, que será desenvolvida por meio da utilização do método dedutivo, a partir de material já publicado, constituído principalmente da análise de bibliografia e documentos, tais como, jurisprudências, legislação e periódicos, que versam sobre a temática delineada no presente projeto de pesquisa, com ênfase no Direito Constitucional e no Direito Processual. Nesse sentido, é certo que a investigação subsistirá em um plano geral e abstrato, almejando-se que os resultados alcançados sejam tomados em consideração nas situações particulares.

A pesquisa foi realizada na vertente jurídico-dogmática, trabalhando com elementos internos do direito, legislação, doutrina e decisões judiciais. O trabalho tem natureza interdisciplinar, aproveitando conteúdos tanto do Direito Constitucional como do Direito Processual Coletivo.

Procura-se enfrentar os problemas da pesquisa, que consistem em saber o conteúdo e a extensão do direito fundamental de recurso e quais foram as alterações promovidas pelo novo Código de Processo Civil no juízo de admissibilidade do recurso que

impactaram na tutela jurisdicional coletiva. Desta forma, foram estruturados cinco capítulos para alcançar o objetivo da pesquisa.

O primeiro capítulo inicia com uma abordagem do direito processual numa ótica constitucional, situando o direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual, com qualificação de direito fundamental e como instrumento de efetivação dos direitos sociais.

O segundo capítulo dedica-se a demonstrar que o novo Código de Processo Civil adotou opção metodológica baseada na teoria dos direitos e garantias fundamentais, abordando, no seu texto, regras e princípios existentes no arcabouço normativo da Constituição Federal, buscando dar concretude aos direitos fundamentais. Na sequência, foi analisado o princípio da proporcionalidade como padrão hermenêutico de aplicação das normas fundamentais no novo Código de Processo Civil.

O capítulo terceiro, em um primeiro momento, analisa o *status* de direito fundamental do direito de recurso, seja em decorrência de sua previsão expressa no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, seja em decorrência de tratados internacionais em que o Brasil faz parte. Em seguida, apresenta um conceito de recurso mediante a análise de dados fornecidos pelo direito positivo brasileiro. Ademais, questiona-se a existência de distinção entre o direito fundamental ao recurso e o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Dedicar-se, ainda, a entender o recurso no novo Código de Processo Civil como instrumento para contribuir com o fortalecimento do sistema de precedentes e com a unidade interpretativa do ordenamento jurídico.

O quarto capítulo examina a compatibilidade do sistema recursal do novo Código de Processo Civil com o Direito Processual Coletivo Comum. Observa as inovações recebidas no juízo de admissibilidade dos recursos e na competência para a sua realização.

Ao final, no quinto capítulo, colocam-se em análise as inovações nos requisitos de admissibilidade do recurso e seus impactos no processo coletivo. Realiza-se uma abordagem dos novos institutos e procedimentos, e do aperfeiçoamento dos antigos, com a apresentação dos fundamentos que foram adotados pelo legislador para sistematizar o sistema de recursos.

1 O DIREITO PROCESSUAL COLETIVO COMO NOVO RAMO DO DIREITO PROCESSUAL

O presente capítulo tem por objetivo demonstrar que o direito processual coletivo é um novo ramo do direito processual com status de direito fundamental, consolidado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que o estrutura em duas categorias: o direito processual coletivo comum e o direito processual coletivo especial.

1.1 Compreensão hodierna do direito processual numa ótica constitucional

A importância do estudo dos direitos fundamentais em nosso país ganhou relevo com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que demandou uma nova leitura de todos os demais ramos do direito, em razão de diversos temas do direito infraconstitucional terem sido tratados na nova ordem jurídica implementada.

No Brasil, esta ascensão científica e política do direito constitucional com os demais ramos do direito é contemporânea à reconstitucionalização do país, com a Carta de 1988⁶.

Ao verificar o panorama atual do direito processual no Brasil, constata-se que esta aproximação entre o Processo e a Constituição deve permear todo o estudo da ciência processual, pois diante da “constitucionalização do Direito”⁷ foi criado um “modelo constitucional de processo”⁸.

O “modelo constitucional de processo” está baseado em um conjunto de garantias constitucionais dispostos no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 342.

⁷ Barroso menciona que “a locução constitucionalização do Direito é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988 (LGL\1998\3)”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 357-409.

⁸ Marinoni (2008, p. 117) consigna que “o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 117.

de forma expressa, vinculando toda a atuação jurisdicional, de modo que os valores ali dispostos resem consagrados no desenvolvimento do processo judicial ou administrativo⁹.

Nery Júnior identifica o direito processual como ramo do direito público, que é regido por normas que se encontram na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. Existem, também, institutos processuais cujo âmbito de incidência e procedimento para sua aplicação se encontram na própria Constituição¹⁰.

No direito comparado, o estudo sobre esta aproximação entre o Processo e a Constituição não é recente, tendo sido considerado por Couture na primeira década do século anterior:

De la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No sólo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso, y en especial, el de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituidos por ley¹¹.

O doutrinador uruguaio demonstra que a Constituição deve ser o fundamento de validade da norma processual, que deve ser disciplinada em observância aos seus princípios.

Diante do tratamento constitucional dado ao processo na Constituição de 1988, surgiram estudos doutrinários¹² que identificavam, nas normas constitucionais, a existência de um “direito constitucional processual” e de um “direito processual constitucional”¹³.

Neste sentido Baracho, baseado em estudo de doutrinas estrangeiras, constatou que “ao mesmo tempo as expressões processo constitucional, direito processual constitucional

⁹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo Constitucional**: nova concepção de jurisdição. São Paulo: Método, 2008, p. 117.

¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

¹¹ COUTURE, Eduardo Juan. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. In: *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires, Ediar, 1946, p. 155.

¹² O estudo da jurisdição constitucional vincula-se às indagações sobre seu relacionamento com a teoria geral do processo, nos termos das doutrinas de Carnelutti, Alcalá Zamora, E. Vescovi, Mauro Cappelletti e Calamandrei. Esses autores realizaram profundos estudos sobre Constituição e processo, sendo que, na América Latina, Héctor Fix-Zamudio destaca pela sua monumental produção. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, p. 175-253. ago. 2015.

¹³ Baracho afirma que “no exame científico da relação entre Constituição e processo, que tem gerado expressões como processo constitucional ou direito processual constitucional, destaca-se a teoria do processo, pela sua importância na formulação teórica do assunto. Admite-se que o direito processual tem linhagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias. As apreciações sobre as instituições essenciais do direito processual civil levam à compreensão de sua importância, para a concretização dos direitos fundamentais”. Merece ainda destaque a sustentação de que “a constitucionalização do direito à jurisdição e a amplitude do conceito de direito à tutela jurídica efetiva leva-nos à caracterização do processo constitucional (*El proceso constitucional*), com destaque para a eficácia dos direitos humanos. Essas garantias jurisdicionais para a tutela invocam temas essenciais ao assunto ora examinado, quando tratam de controle constitucional: controle político, sistema de origem e tradição francesa; controle descentralizado ou difuso através da jurisdição comum, por via indireta; controle centralizado, por via principal (*principaliter*) ou incidental (*incidenter*), com efeitos ab-rogativos. *Ibid.*, p. 175-253.

ou direito constitucional processual passam a ser empregadas nos estudos dos institutos processuais, segundo as categorias ou bases do processo constitucional”¹⁴.

Almeida define o “direito constitucional processual” como o conjunto de normas e princípios processuais, de natureza essencialmente constitucional, estabelecido na Constituição¹⁵, para tutelar a essência e o espírito do direito processual¹⁶.

Por outro lado, afirma que o direito processual constitucional é o conjunto de disposições constitucionais que estabelecem regras sobre: a organização da estrutura jurisdicional; a competência dos órgãos jurisdicionais; o controle concentrado de constitucionalidade; a legitimação ativa para propositura de ações. E, ainda, a regulamentação de ações constitucionais, tais como: o mandado de segurança (art. 5º, LXIX e LXX da CF); a ação popular (art. 5º, LXXIII); o dissídio coletivo (art. 114, § 2º); o *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII); o mandado de injunção (art. 5º, LXXI); o *habeas data* (art. 5º, LXXII); a ação de impugnação do mandado eletivo (art. 5º, 14, §§ 10 e 11); a ação civil pública (art. 129, III); as ações diretas declaratórias de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade das leis (art. 102, I, a)¹⁷.

Esta distinção entre normas constitucionais que constituem um “direito constitucional processual” e um “direito processual constitucional” vem sendo considerada irrelevante por parte da doutrina brasileira¹⁸, que identifica um sistema homogêneo no “modelo constitucional de processo”, negando a possibilidade da distinção ser tratada como ramos novos do direito processual, embora reconhecendo seu caráter didático para compreensão e aplicação das normas constitucionais de processo¹⁹.

¹⁴ *Ibid.*, p. 175-253.

¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 33.

¹⁶ O doutrinador Almeida aponta como exemplo de dispositivos constitucionais pertencentes ao direito constitucional processual: a garantia do acesso à justiça (art. 5º, XXXV); o princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV); os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV); o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LII); o princípio da independência, como forma de exercício do poder, da função jurisdicional (art. 2º); o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI); o princípio da exigibilidade de fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX); o princípio da publicidade dos atos judiciais (art. 5º, LX). *Ibid.*, p. 33.

¹⁷ *Ibid.*, p. 35.

¹⁸ A conclusão de Sampaio Júnior é que “hodiernamente é irrelevante essa distinção justamente pelo fato de que, se a Constituição se preocupou em estabelecer garantias constitucionais processuais, como a brasileira fez, é evidente que a força destas impõe uma remodelação de todas as outras regras e princípios processuais previstos na legislação infraconstitucional, daí a ideia de modelo constitucional de processo e do próprio processo constitucional como método para análise de todos os atos normativos dessa atividade”. SAMPAIO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 129.

¹⁹ No mesmo sentido, Nery Júnior sustenta que “o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar sua compreensão e aplicação para a solução de ameaças e lesões de direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto de normas de direito processual que se encontra na

Diante dessas considerações, constata-se que surge com a Constituição Federal de 1988 um “modelo constitucional de processo”²⁰, decorrente do tratamento de princípios e de regras processuais no texto constitucional, dando ao direito processual novos paradigmas para a defesa dos direitos fundamentais.

1.2 O direito processual coletivo como direito fundamental

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, teve-se o reconhecimento de amplo leque de direitos fundamentais, constando deste rol, direitos das distintas gerações ou dimensões de direitos²¹.

Os direitos de primeira dimensão, resumidamente, podem ser classificados como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, sendo apresentados como direitos de cunho “negativo”.²²

Os direitos de segunda geração, associados à ideia de justiça social, estão intimamente ligados ao princípio da igualdade, do qual não podem se separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-lo da razão de ser que os ampara e estimula.²³

Os direitos de terceira geração destinam-se à proteção de grupos humanos. Ou seja, sua característica predominante reside em sua titularidade coletiva ou difusa. São denominados de direitos de solidariedade ou fraternidade.²⁴ Nasceram os direitos fundamentais de terceira geração da consciência da divisão do mundo entre países desenvolvidos e países

Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional que seria a reunião de princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de ramos novos do direito processual”. NERY JÚNIOR, *op. cit., loc. cit.*

²⁰ Baracho verifica que “algumas indagações procuraram situar o processo constitucional, no seu relacionamento com a Constituição e o direito processual”. Continua dizendo que “o conteúdo do processo constitucional tem ampliado, sendo que alguns temas estão presentes nos diversos sistemas de jurisdição constitucional. Assuntos como jurisdição, garantias constitucionais, instrumentos processuais de defesa do ordenamento jurídico constitucional, dos direitos fundamentais, as noções de processo e dos órgãos constitucionais, tomam a atenção de diversos estudiosos. Alguns intérpretes vêem a jurisdição constitucional como objeto essencial das investigações sobre processo constitucional”. BARACHO, *op. cit., loc. cit.*

²¹ OLIVEIRA, Alexandre Máximo; ALAMY, Naiara Cardoso Gomide da Costa. O processo coletivo: igualdade e solidariedade. In: CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos Fundamentais: Ações Coletivas e reflexos do novo Código de Processo Civil na Tutela Coletiva. Condições e Possibilidades dos Sistema Único das Ações Coletivas.** Pará de Minas: Virtualbooks, 2015, p. 143-171.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 47.

²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 564.

²⁴ SARLET, *op. cit.,* p. 48.

em desenvolvimento.²⁵ Neles estão incluídos a proteção ao meio ambiente e ao consumidor, dentre outros.

Necessário esclarecer que a expressão “direitos fundamentais” encontra variações no texto da Constituição Federal de 1988, tais como: direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, §1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, inciso IV).

Segundo Tomaz, a razão desta profusão de expressões decorre da internacionalização do direito constitucional e a constitucionalização do direito internacional:

É fato: as constituições das últimas décadas do século passado começaram a ampliar o elenco dos direitos fundamentais antes reduzido ao formalmente expresso no texto, para admitir como integrantes do sistema constitucional aqueles provenientes de normas de direito internacional. A expansão deste fenômeno tem sido conhecida como a internacionalização do direito constitucional. Realmente, não faltam nas constituições modernas referências a normas de direito internacional como os tratados e princípios.²⁶

A ausência de clareza terminológica do texto constitucional não pode permitir que a expressão “direito fundamental” seja utilizada como sinônimo das expressões “direitos humanos” e “direitos do homem”.²⁷

Assim, os direitos do homem são naturais, inatos e não positivados. Os direitos humanos e fundamentais estão positivados. Os primeiros, na ordem jurídica internacional, através de tratados e de convenções firmados entre Estados. Já os direitos fundamentais tratam da internalização dos direitos humanos na ordem jurídica de cada Estado, constituindo o catálogo de direitos fundamentais adotado pelo legislador Constituinte.

Os direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira constaram parcialmente em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, nos seus cinco

²⁵ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 569 – 570. Esclarece o autor, citando Karel Vasak, a fraternidade representa esses direitos fundamentais. Mas, ressalta, para o fato de a expressão escolhida para representar os direitos de terceira dimensão por Etirne – RMBaya, ao invés de fraternidade, é solidariedade.

²⁶ TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Constituição, Política, e a Ordem Internacional Heterárquica**: uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann. Curitiba: Crv, 2011, p. 116.

²⁷ Neste sentido manifesta Ingo Sarlet, para quem “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo ‘direitos humanos’ pode ser equiparado ao de ‘direitos naturais’ não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural”. SARLET, *op. cit.*, p. 29.

capítulos da seguinte forma: Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; Capítulo II – Dos Direitos Sociais; Capítulo III – Da Nacionalidade; Capítulo IV – Dos Direitos Políticos; Capítulos V – Dos Partidos Políticos.

Registra-se que, por força do §2º do artigo 5º da Constituição, outros direitos fundamentais ficam situados fora deste rol do título II, tais como, direito à saúde, direito à educação e o direito ao meio ambiente. Ademais, no §3º do mesmo artigo, fica consignado que os direitos e garantias expressos assegurados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.²⁸

A Constituição da República de 1988 inovou a ordem jurídica vigente ao inserir os direitos coletivos no plano da teoria dos direitos e garantias fundamentais, ficando evidenciado logo no Capítulo I, que tratou do rol “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, como sendo pertencentes à categoria do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Foi a primeira Constituição do País em que os direitos coletivos foram amplamente considerados, constando de um dos seus capítulos, o primeiro do Título II, sobre os direitos e garantias fundamentais e, certamente, é resultado da legítima atuação das formas sociais e políticas que atuavam à época no país²⁹.

Trata-se de um modelo para o mundo, vez que não se encontra no direito comparado previsão em mesmo sentido nas Constituições de outros países, tais como a Constituição norte-americana de 1787 e suas respectivas emendas, a Constituição alemã de 1949, a Constituição francesa de 1958, a Constituição italiana de 1947, a Constituição argentina de 1994 e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2002³⁰.

²⁸ Tomaz explica que “algumas Constituições destacam a prevalência das normas de direito internacional que ocupariam posição hierárquica superior a das leis. Isso significa dizer que a legislação nacional deve ajustar-se aos preceitos estabelecidos nas normas internacionais, como efetivamente disse a Constituição da Itália que ‘a ordem jurídica italiana conforma-se com as regras do Direito Internacional reconhecidas’. Note-se: afirmar que as normas de direito internacional prevalecem sobre as leis, como fazem as Constituições da Alemanha, França, Países Baixos, Itália e Paraguai, pode gerar duas ordens de conclusão: a primeira, a de que a superioridade hierárquica se daria apenas em face da legislação ordinária; e a segunda, a de que a prevalência se daria, também, em face da própria Constituição. [...] A questão, todavia, está longe de ser resolvida pelas disposições vazadas nas mais diversas Constituições. Deveras, na doutrina internacionalista está-se formando o entendimento de que a norma de direito internacional consagradora de direitos humanos têm caráter supraconstitucional” (TOMAZ, *op. cit.*, p. 121).

²⁹ ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010, cap. 10, p. 228.

³⁰ *Ibid.*, p. 228.

As espécies de direitos coletivos estão em sua natureza que pode ser estabelecida da seguinte forma: os direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, do ponto de vista subjetivo, têm como titulares uma pluralidade de pessoas e seu objeto não comporta fracionamento. Ao contrário, esta característica não se manifesta nos direitos individuais homogêneos que se caracteriza por ser divisível e disponível.³¹

Ao dispor expressamente em seu Título II que os direitos e garantias fundamentais são individuais e coletivos, a Constituição Federal do Brasil prevê que o processo também poderá ser classificado como individual ou coletivo.

Em obra dedicada ao assunto, Zavascki também ressalta o *status* de direito constitucional que foi dado ao processo coletivo, seja em razão do rol de direitos coletivos, seja em razão do tratamento dado aos instrumentos necessários para a tutela dos direitos coletivos:

Com o advento da Constituição de 1988, ficou expressamente consagrada, com a marca da sua estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 225), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216), à preservação da probidade administrativa (art. 37, § 4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). A Carta Magna também elevou à estrutura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses novos direitos. Foi alargado o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII), que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural), e conferiu-se legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III)³².

A referida conclusão de que o direito processual coletivo foi elevado ao patamar de direito fundamental constitucional pode ser extraída do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, pois situado dentro do capítulo que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, prevê o acesso à justiça nos seguintes termos: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A consagração do direito de acesso à justiça³³, no âmbito da tutela dos direitos fundamentais individuais e coletivos, não prevê somente a inafastabilidade da tutela

³¹ BARROSO, Luís Roberto. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da *classaction* norte-americana. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**. vol. 9, p. 585, Out. 2011.

³² ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos e Tutela Coletiva de Direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31.

³³ Em estudo denso a respeito do tema, Capelletti afirma que “o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estado pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 5.

jurisdicional ou um módico direito de ação, mas disciplina um modelo constitucional de processo que permite o Estado oferecer tutela jurisdicional efetiva e justa³⁴.

Didier Júnior e Zaneti Júnior reforçam a ideia da existência do direito processual coletivo como direito fundamental prevista no artigo 5º, inciso XXXV, ao afirmarem:

Atualmente, vale frisar, a norma constitucional que garante o acesso à justiça garante-o tanto aos direitos individuais como aos coletivos, basta fazer uma interpretação literal do título do capítulo em que está inserido o dispositivo: “direitos e deveres individuais e coletivos”. Daí que a fórmula correta, que expressa toda a intenção da verba constitucional, pode ser traduzida em: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou afirmação de lesão a direito individual ou coletivo (art.5º, XXXV da CF/88). Não só direito individual e não só uma ação para cada direito, mas direitos coletivos e todas as ações cabíveis para assegurar a sua adequada e efetiva tutela.³⁵

Almeida sustenta que a condição de direito fundamental também pode ser fundamentada nos seguintes dispositivos:

art. 1º, que instituiu o Estado Democrático de Direito; art. 5º, XXXV, que passou a garantir o acesso amplo à justiça, seja para a tutela de direitos individuais, seja para a tutela de direitos ou interesses coletivos em sentido lato; art. 129, III, que deu dignidade constitucional à ação civil pública para a tutela de quaisquer direitos ou interesses difusos ou coletivos; e arts. 102, I, a, §§ 1º e 2º, 103 e 125, § 2º, disposições constitucionais essas referentes ao controle concentrado da constitucionalidade das leis, e que é objeto do denominado direito processual coletivo especial³⁶.

Desse modo, a garantia fundamental de acesso à justiça está consubstanciada tanto para tutela de direito fundamental individual, tanto para tutela de direito fundamental coletivo, o que enseja o enquadramento do direito processual coletivo com *status* de direito fundamental constitucional.

³⁴ Marinoni sustenta que “uma leitura mais moderna, no entanto, faz surgir a ideia 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 efeito, que a Constituição da República garante ao cidadão que pode afirmar uma lesão ou uma ameaça a direito apenas e tão somente uma resposta, independentemente de ser ela efetiva e tempestiva. Ora se o direito de acesso à justiça é um direito fundamental, porque garantidor de todos os demais, não há como imaginar que a Constituição da República proclama apenas que todos têm direito a uma mera resposta do juiz”. MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias Constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 218.

³⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 8. ed. Salvador: Juspodivum, 2013, p. 27.

³⁶ ALMEIDA, *op. cit.*, 2003, p. 37.

1.3 O direito processual coletivo como novo ramo do direito processual

As demandas coletivas são caracterizadas pela violação do direito coletivo, amplamente considerado, que pode ser classificado como difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo³⁷.

O Estado, para efetivação dos direitos coletivos violados, necessita de instrumentos processuais adequados para prestar a tutela jurisdicional dos direitos coletivos, otimizando o mandamento constitucional constante do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988³⁸.

A importância do desenvolvimento de técnicas processuais adequadas para possibilitar um acesso efetivo à justiça tem sido progressivamente encarada como o requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas, proclamar os direitos de todos³⁹.

Não teria sentido o legislador constituinte consolidar os direitos coletivos no Brasil, sem garantir no mesmo patamar um arcabouço processual próprio e adequado para sua satisfação, já que a tutela jurisdicional dos direitos coletivos não encontra guarida nos mecanismos processuais para tutela de direitos individuais, oriunda dos estados liberais burgueses, do século XVIII e XIX, vez que estruturado para atender a solução de litígios individuais.

A insuficiência do processo civil clássico para tutela dos direitos coletivos foi observada por Cappelletti no século passado, quando assinalou que:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.⁴⁰

³⁷ Gomes Júnior entende “como correta a posição de que uma Ação Coletiva assim poderá ser conceituada, se for utilizada para a defesa de uma pretensão de tal natureza (coletiva)”. GOMES JUNIOR. Luis Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 2 ed. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 15.

³⁸ Cappelletti apontava que “a partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. CAPPELLETTI; GARTH, *op. cit.*, p. 04.

³⁹ *Ibid.*, p. 5.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 19.

A necessidade de um ramo de processo adequado para a tutela coletiva foi concebida pelo supramencionado autor, como a segunda onda para melhorar o acesso à justiça, propondo o enfrentamento do problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos ou grupais, diversos daqueles dos pobres.

Nery Júnior esclarece que os institutos ortodoxos do processo civil concebidos para tutela de direitos individuais não podem ser aplicados aos direitos coletivos, pois foram notavelmente influenciados pelos princípios liberais do individualismo, indicando, por exemplo, que a codificação da legitimação para a causa, como instituto ligado ao direito material individual a ser discutido em juízo, não se pode ter esse mesmo enfoque quando se fala de direito difusos, cujo titular do direito material é indeterminável⁴¹.

Assim, o surgimento dos direitos coletivos, como decorrência do reconhecimento de direitos de segunda e terceira geração, justifica a existência de um ramo no direito processual, com regras e princípios próprios para a tutela dos direitos coletivos.

O Brasil destaca-se por ter reconhecido a necessidade de um ramo do direito processual para a tutela dos direitos coletivos, seja no âmbito constitucional, seja no âmbito infraconstitucional.

No âmbito Constitucional, diversas ações coletivas, tais como: o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXIX e LXX), o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), a ação popular (art. 5º, LXIII), a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade (art. 102, I, *a*), o dissídio coletivo (art. 114, § 1º), e a ação civil pública (art. 129, III), estão previstas na Constituição. Almeida enquadra o direito processual coletivo, quanto ao seu objeto formal, dentro do que a doutrina denomina direito processual constitucional⁴².

No âmbito infraconstitucional, antes do advento da Constituição de 1998, o Brasil já se destacava com a existência de regramento para a tutela dos direitos coletivos, no caminho das reformas preconizadas por Cappelletti e Garth, pois no início da segunda metade do século anterior o país já registrava importante diploma para proteção dos direitos coletivos, como a Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965, alterada posteriormente pela Lei n. 6.513 de 20 de dezembro de 1977, que regulamentou a Ação Popular; devendo ainda ser registrado importante avanço legislativo com a Lei n. 7.347 de 14 de julho de 1985, que regulou a Ação Civil Pública.

⁴¹ NERY JÚNIOR, *op. cit.*, p. 208.

⁴² ALMEIDA, *op. cit.*, p. 35.

O fenômeno legislativo do direito processual coletivo no âmbito infraconstitucional foi reforçado após a Constituição Federal de 1988, com o surgimento Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Em estudo pioneiro no Brasil quanto ao direito processual coletivo como novo ramo do direito processual, Almeida sustenta que:

No Brasil é até mais fácil sustentar, não só com base nas disposições do texto constitucional, mas também com fundamento na legislação infraconstitucional pertinente, a existência do direito processual coletivo, seja porque a grande maioria das formas de tutelas coletivas tem previsão constitucional, seja porque existe um microsistema de normas processuais gerais sobre o direito processual coletivo comum, decorrente da interação, legalmente expressa, entre a parte processual do Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública [...] ⁴³

Deste modo, conceitua o direito processual coletivo “como ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva e a coisa julgada coletiva”⁴⁴.

Almeida e Almeida ressaltam que o fato do direito processual coletivo ter natureza jurídica de direito processual-constitucional-social não lhe exclui da teoria geral do processo ou a unidade do direito processual, as quais estão fundamentadas no plano do direito constitucional processual⁴⁵.

O reconhecimento do direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual, com regras e princípios próprios, assume relevância com o destaque existente no ordenamento jurídico brasileiro constitucional e infraconstitucional. Desta forma, possibilita que um número considerável de pessoas possam ser beneficiadas por meio das sentenças que dele se originam, proporcionando a consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no sentido de transformação da realidade social existente, por meio da efetivação dos direitos fundamentais coletivos e, conseqüentemente, da consolidação do Estado Democrático e Social de Direito.

⁴³ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁴ ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. O Direito Processual Coletivo e a Proposta de Reforma do Sistema das Ações Coletivas no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 2, n. 3, p.11-74, set. 2012. Trimestral, p. 26.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 22.

1.4 O direito processual coletivo brasileiro: comum e especial

No que tange ao objeto formal do direito processual coletivo, foi verificado que ele se enquadra dentro do que a doutrina denomina direito processual constitucional. Já no que tange ao objeto material, o direito processual coletivo se divide em “direito processual coletivo comum” e “direito processual coletivo especial”.

O “direito processual coletivo comum” tutela a lesão ou a ameaça ao direito coletivo em decorrência de um ou vários conflitos surgidos no plano da concretude⁴⁶.

No Brasil, para evitar a lesão ou a ameaça a direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, as normas que regem o direito processual coletivo comum estão dispostas na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347 de 14 de julho de 1985) e no Código de Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Os diplomas mencionados instituíram no Brasil um completo e eficaz sistema para a proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com a finalidade de proteger os novos direitos e aqueles típicos da sociedade de massa e, ainda, viabilizar a participação, mesmo que indireta, na reinvidicação destes direitos⁴⁷.

O “direito processual coletivo comum” está baseado em um conjunto de normas processuais coletivas gerais do sistema jurídico brasileiro, formado pelo Código de Defesa do Consumidor – parte processual –, mais a Lei de Ação Civil Pública, originando a existência de um microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum⁴⁸.

Moreira constatou que “o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supra-individuais”, não sendo “a carência de meios processuais que responde pela subsistência, entre nós, de uma situação ainda largamente insatisfatória no que diz respeito à tutela daqueles interesses”⁴⁹.

Ocorre que nem todos os setores da doutrina estão satisfeitos com o microsistema de direito processual coletivo atual, formado pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública, sendo identificados movimentos para uma nova codificação do direito processual coletivo.

Para Grinover, o governo diminuiu a eficácia da Lei de Ação Civil Pública frustrando o movimento associativo, através da edição da Medida Provisória nº 1.570, de

⁴⁶ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 84.

⁴⁸ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 20.

⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A ação civil pública e a língua portuguesa**. Publicado na Revista Jurídica nº 276, p. 5. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/5.htm>>. Acesso em: 19 fev. 2016.

26.3.97 (transformada na Lei nº 9.424, de 10.9.97).⁵⁰ e da Medida Provisória nº 1.798-1, de 11.2.99⁵¹.

Registra-se ainda, a tramitação na Câmara dos Deputados do Projeto de Lei 5.139 de 2009⁵², enviado pelo Poder Executivo, que visava readequar o Sistema Único Coletivo com a transformação da Lei de Ação Civil Pública em uma norma geral do sistema, preparando caminho para aprovação de um futuro Código de Processo Coletivo.

Segundo Gomes Júnior e Fraveto, que integraram, no Ministério da Justiça, a comissão⁵³ que elaborou o Projeto de Lei 5.139 de 2009, na condição, respectivamente, de relator e presidente, “a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, são textos relevantes para a tutela dos interesses coletivos, mas atualmente insuficientes frente à necessidade de aperfeiçoamento e modernização destes mecanismos de tutela de direitos coletivos”⁵⁴.

A onda dos movimentos por uma nova codificação do direito processual coletivo comum conta ainda com manifestações da doutrina, que já elaborou um Código-modelo de processos coletivos para a Ibero-América e os três anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo, gestados: a) por professores da Universidade de São Paulo – USP; b) por

⁵⁰ Grinover sustenta que com a edição desta Lei a “coisa julgada erga omnes de abrangência nacional sofreu alguns percalços nos tribunais, que por vezes limitavam os efeitos das liminares e da sentença segundo critérios de competência.

⁵¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública refém do autoritarismo. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 10, p.1803-1815, ago. 2015. Mensal.

⁵² O Projeto de Lei foi rejeitado em 17 de março de 2010, conforme parecer do Relator, Deputado José Carlos Aleluia, aprovado pela maioria dos votos dos deputados da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sob o argumento de que a proposição não resolve os problemas do modelo atual das ações civis públicas, gera insegurança jurídica em escala inimaginável, fomenta a ida irresponsável a juízo para a defesa de interesses coletivos sem qualquer garantia de que esses interesses estejam sendo bem representados, e expõe toda a economia, toda a sociedade e todos os indivíduos ao risco de se tornarem réus numa ação em que serão tratados como párias, do começo ao seu longínquo fim. BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 5139/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

⁵³ A comissão foi instituída pela Portaria nº2.481/08, com a finalidade de apresentar uma proposta de readequação e modernização da tutela coletiva, com a seguinte composição: Rogério Favreto, Secretário de Reforma do Poder Judiciário, que a presidiu, Luiz Manoel Gomes Junior, encarregado da relatoria, Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacgy, Anizio Pires Gavião Filho, Antonio Augusto de Aras, Antonio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Haman de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Callou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Souza, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petrônio Calmon Filho, Ricardo de Barros Leonel, Ricardo Pippi Schmidt e Sérgio Cruz Arenhart.

⁵⁴ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: Principais Aspectos. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 222.

professores da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ e c) pelo Prof. Antonio Gidi⁵⁵.

Estes movimentos devem ser vistos de forma positiva, por contribuírem com o desenvolvimento do direito processual coletivo comum, vez que o microssistema, formado pelo Código de Defesa do Consumidor – parte processual – mais a Lei de Ação Civil Pública, carece de avanços em temas delicados como a legitimidade, a extensão da coisa julgada, a ação coletiva passiva⁵⁶.

O “direito processual coletivo especial” consiste na tutela do direito objetivo legítimo, no controle em abstrato da constitucionalidade, em que também são tutelados interesses coletivos em sentido amplo⁵⁷.

A Constituição Federal de 1988 é uma constituição rígida que prevê um processo especial de revisão, o que lhe confere uma superioridade hierárquica que deve ser respeitada pelos atos praticados pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

O jurista português Canotilho estabelece os contornos desta rigidez e a da superioridade da Constituição:

Ao falar-se do valor normativo da Constituição aludiu-se à Constituição com *Lex superior*, quer porque ela é fonte da produção normativa quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (superlegalidade material) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os *actos* estaduais. A ideia de superlegalidade formal (a Constituição como norma primária da produção jurídica) justifica a tendencial rigidez das leis fundamentais, traduzida na consagração, para as leis de revisão, de exigências processuais, formais e materiais, “agravadas” ou “reforçadas” relativamente às leis ordinárias. Por sua vez, a parametricidade material das normas constitucionais conduz à exigência da conformidade substancial de todos os *actos* do Estado e dos poderes públicos com as normas e princípios hierarquicamente superiores da Constituição. Da conjugação destas duas dimensões - superlegalidade material e superlegalidade formal da Constituição - deriva o princípio fundamental da constitucionalidade dos *actos* normativos⁵⁸.

O direito processual coletivo especial serve de instrumento para preservação desta superioridade da Constituição em nosso ordenamento jurídico, por meio de um controle concentrado de constitucionalidade, sendo o fenômeno denominado “Jurisdição

⁵⁵ *Ibid.*, p. 222.

⁵⁶ Diante da carência legislativa o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal vem enfrentados estes temas, conforme pode ser verificado no julgamento do Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.192.577 – RS; Recurso Especial n. 1.405.697 – MG; Recurso Especial nº 1.374.678; Agravo regimental no Agravo em Recurso Especial n. 346.501/SC; Recurso Extraordinário repetitivo n. 573.232/SC; Recurso Extraordinário n. 612.043/PR; Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.943/DF, dentre outros.

⁵⁷ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 26.

⁵⁸ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 890.

Constitucional” e instrumento potencializado de proteção do Estado Democrático de Direito⁵⁹.

A categoria de “especial” para esta espécie de direito processual coletivo se dá justamente pela situação de que a atividade jurisdicional desenvolvida não levar em consideração situações concretas de fato, incidindo sua atuação sobre o direito objetivo em abstrato.

Este modelo é oposto ao modelo de controle de constitucionalidade difuso, realizado pelo direito processual coletivo comum, estando baseado na noção de Justiça Constitucional⁶⁰ de Hans Kelsen e Charles Eisenmann, utilizada desde 1928 como garantia jurisdicional da Constituição⁶¹.

No direito processual coletivo especial, a sua principal finalidade é a de permitir que a normas constitucionais prevaleçam sobre os demais atos normativos federais, estaduais e municipais, e de afastar interpretações que possam colocar em cheque a sua supremacia hierárquica.

No Brasil, o controle de constitucionalidade abstrato dos atos normativos federais, estaduais e municipais em face da Constituição Federal é exercido pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, da Constituição Federal), e de atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, pelos Tribunais de Justiça (art. 125, § 2º, da Constituição Federal).

A semelhança do “direito processual coletivo especial” com o “direito processual coletivo comum” reside no fato de que os legitimados ativos para o controle abstrato de constitucionalidade são órgãos e entes que atuam em prol do interesse público e social, bem como, pelo fato da decisão a ser proferida na tutela do direito objetivo atingir o interesse de uma comunidade de pessoas, em semelhança do que ocorre nos limites subjetivos da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor⁶².

As ações coletivas regulamentadas no âmbito do direito processual coletivo comum não podem ser utilizadas para questionar lei em tese⁶³, considerando que este é o

⁵⁹ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 157.

⁶⁰ Para Baracho, “o sentido jurídico de Justiça Constitucional é, em última análise, o processo de garantia da repartição entre a legislação ordinária e a legislação constitucional, assegurando-se o respeito à competência do sistema de regras ou órgão supremo de ordem estatal. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 277.

⁶¹ *Ibid.*, p. 277.

⁶² ALMEIDA, *op. cit.*, p. 158.

⁶³ Neste sentido é o teor da Súmula n. 266 do Supremo Tribunal Federal: Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. O teor alcança o mandado de segurança coletivo.

objeto material do direito processual coletivo especial⁶⁴. Contudo, as sentenças proferidas em ações coletivas permitem o controle incidental de constitucionalidade, podendo, em certos casos, ter eficácia *erga omnes*. Este fenômeno pode ser identificado nas ações coletivas quando verificado que os substituídos no processo são todos os possíveis destinatários da norma cuja inconstitucionalidade serve de fundamento para o pedido⁶⁵.

A Constituição Federal de 1988, no âmbito do direito processual coletivo especial, elegeu como instrumentos para o controle abstrato de constitucionalidade das normas: a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, seja por ação ou omissão (art. 102, I, *a*, e art. 103, § 2º da Constituição Federal), a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, inciso, alínea *a* da Constituição Federal), e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º da Constituição Federal)⁶⁶.

O Brasil se destaca por ter um sistema misto de controle de constitucionalidade, aperfeiçoado pela Constituição Federal de 1988, o que permite, seja pelo direito processual coletivo comum, seja pelo direito processual coletivo especial, manter um sistema de direito hierarquizado, preservando a supremacia das normas constitucionais.

1.5 O direito processual coletivo comum como instrumento de efetivação dos direitos sociais

A efetivação dos direitos fundamentais sociais se tornou, desde o século anterior, um dos principais temas de preocupação dos profissionais do Direito.

A expressão “direitos fundamentais” é o gênero e “os direitos sociais” são a espécie. Sarlet destaca sobre o conteúdo dos direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira:

Em primeiro plano, ainda mais em se considerando que o objeto deste trabalho é justamente a análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais à luz do direito

⁶⁴ No julgamento da Reclamação n. 1.017-1, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal concluiu que a ação popular cuja causa de pedir e pedido não visa o julgamento de uma relação jurídica concreta e invade o campo de atuação de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, deve ser extinta sem julgamento de mérito. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 1.017-1**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87051>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

⁶⁵ ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 231.

⁶⁶ No âmbito do direito infraconstitucional, a Lei 9.868 de 1o de novembro de 1999, dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal; e a Lei 9.882 de 3 de dezembro de 1999, dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal.

constitucional positivo, há que levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I), os direitos sociais (Capítulo II), a nacionalidade (Capítulo III), os direitos políticos (Capítulo IV) e o regramento dos partidos políticos (Capítulo V)⁶⁷.

Na concepção de Alexy⁶⁸, os direitos fundamentais também podem ser vistos como direitos subjetivos. Para desenvolver o tema de direitos subjetivos, como espécie dos direitos fundamentais, o jurista alemão vislumbra o direito fundamental, dentro de uma tríplice divisão de posições, como direitos a algo. Os direitos a algo são divididos em: direitos a ações negativas e direitos a ações positivas.

No que concerne aos direitos fundamentais subjetivos contra o Estado, as ações negativas consistem em direitos de defesa ou direitos de liberdade. Já as ações positivas consistem em direitos a ações positivas fáticas e a ações positivas normativas⁶⁹.

Deste modo, os direitos fundamentais sociais são considerados como direitos subjetivos públicos do cidadão a ações positivas contra o Estado.⁷⁰

Os direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos contra o Estado a prestações fáticas e normativas. Estes direitos impõem ao Poder Legislativo e ao Executivo que atuem para a efetivação de direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência, à greve, à moradia, à segurança, dentre outros.

Neste sentido, baseado em Alexy, manifesta Maliska:

Os direitos à prestações em sentido estrito, também são chamados de direitos fundamentais sociais, se caracterizam como os direitos do indivíduo a algo em face do Estado que, caso tenha condições financeiras e estejam disponíveis no mercado, pode o indivíduo também obter de particulares. São típicos direitos fundamentais sociais os direitos à assistência, ao trabalho, à moradia, e à educação⁷¹.

Na perspectiva das eras de direitos fundamentais de Bobbio, os direitos fundamentais sociais estariam situados na segunda geração. É uma geração seguinte aos

⁶⁷ SARLET, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 193-203.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 203.

⁷⁰ Para Gilmar Ferreira Mendes “se considerar que os direitos fundamentais são *prima facie* direitos contra o Estado, então parece correto concluir que todos os Poderes e exercentes de funções públicas estão diretamente vinculados aos preceitos consagrados pelos direitos e garantias fundamentais”. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 171.

⁷¹ MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais sociais. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015, cap. 2, p. 274.

direitos liberais e antecessora dos direitos de solidariedade, estes conhecidos como de terceira geração.

Ocorre que os direitos fundamentais sociais, sob pena de terem a sua eficácia normativa reduzida, não podem ser vistos como meros programas dirigidos ao Poder Legislativo para implementação de políticas públicas, que serão cumpridas, segundo critérios de oportunidade e conveniência, pelo Poder Executivo.

A previsão de direitos fundamentais sociais vai muito além de fornecer mera inspiração programática para o Poder Legislativo e para o Executivo⁷². Trata-se de direitos positivos subjetivos que exigem que o Estado faça algo.

Neste passo, cabe ao Poder Legislativo e ao Executivo protegerem os direitos fundamentais sociais, tornando-os efetivos mediante a gestão de políticas públicas adequadas, conforme verificado por Leal:

As Políticas Públicas configuram-se, por sua vez, como instrumentos privilegiados para a consecução desse “projeto de proteção” referido pelo Tribunal Constitucional alemão, numa perspectiva ampla e complexa, pois elas têm a capacidade de articular, a um só tempo, ações tanto do Legislativo quanto do Executivo, além de possibilitarem e combinarem a adoção de medidas de diferentes naturezas (educativas, protetivas, inclusivas, distributivas, preventivas, repressivas, fornecimento de serviços públicos, etc.) e em diferentes níveis (articulação entre os distintos entes federados, por exemplo)⁷³.

Na constatação de ineficiência da gestão de políticas públicas pelo Poder Legislativo e pelo Executivo, faz-se necessário indagar sobre a possibilidade de o Poder Judiciário intervir, sem que sua atuação represente uma interferência indevida de função dos outros poderes institucionais, vez que a Constituição Federal em seu artigo 2º prevê que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O controle jurisdicional de políticas públicas decorre da própria ideia de constitucionalismo e da previsão de questões políticas na Constituição, que permitem ao Judiciário enfrentar qualquer questão política como sendo uma questão constitucional. Apesar de ser aparentemente contra os interesses do Parlamento, trata-se da assunção de novos papéis

⁷² SILVA, Rogério Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY; BAEZ; SILVA, *op. cit.*, p. 179-214.

⁷³ LEAL, Mônica Clarissa Hennig. A Dignidade Humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e parâmetro para o controle j. In: ALEXY; BAEZ; SILVA, *op. cit.*, p. 150.

pelo Judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais, tanto por parte da sociedade quanto por parte dos próprios atores políticos⁷⁴.

O tema referente ao controle jurisdicional de políticas públicas teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal em 21.02.14, no Recurso Extraordinário n. 684.612 decorrente de Ação Civil Pública, que discute, especificamente, os limites do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes na realização de concursos públicos, na contratação de servidores e na execução de obras que atendam ao direito social à saúde, previsto na Constituição. O recurso continua pendente de julgamento.

Krell realizou estudo no qual comparou o controle judicial de direitos fundamentais sociais no Brasil e na Alemanha, constatando:

A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado “livre espaço de conformação” [...]. Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional⁷⁵.

Para Alexy⁷⁶ os “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”, ou seja, somente ao Poder Legislativo e ao Executivo.

Apesar de a formulação e a implementação de políticas públicas não fazerem parte das funções institucionais do Poder Judiciário, as pesquisas no campo doutrinário e jurisprudencial revelam que ele deve atuar quando a proteção dos direitos fundamentais sociais tiver sido insuficiente por parte do Poder Legislativo e do Executivo.

A discussão sobre os limites do Poder Judiciário no controle jurisdicional de políticas públicas para a implementação dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal de 1988 foi, por diversas vezes, submetidas ao crivo do Supremo

⁷⁴ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito Gv*, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 59-85, jun. 2012.

⁷⁵ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 22.

⁷⁶ ALEXY, *op. cit.*, p. 446.

Tribunal Federal e dos 89 Tribunais brasileiros⁷⁷, continuando atualmente na pauta dos órgãos do Poder Judiciário⁷⁸.

A título de exemplo, na Constituição Federal do Brasil, no artigo 37, inciso VII, está previsto que os trabalhadores do setor público têm o direito de greve, que será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. A ausência de elaboração de regra pelo Poder Legislativo restringia a eficácia do mencionado dispositivo, o que motivou a intervenção do Supremo Tribunal Federal para suprir a omissão do legislador e dar efetividade ao direito social previsto na Constituição Federal.

Por se tratar a greve direito público subjetivo dos trabalhadores do setor público, o Supremo Tribunal Federal, em decisão tomada no julgamento dos Mandados de Injunção nrs. 670, 708 e 712, reconheceu a omissão legislativa quanto ao dever constitucional em editar lei que regulamente o exercício do direito de greve no setor público e, por maioria, determinou que seja aplicado ao setor, no que couber, a lei de greve vigente no setor privado (Lei nº 7.783/89).

Para Grinover, o posicionamento mais representativo do Supremo Tribunal Federal, a favor da intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, foi representado pela decisão monocrática do ministro Celso de Melo, na ADPF n. 45-9⁷⁹.

⁷⁷ Neste sentido, por amostragem, apresento diversos processos em andamento ou já julgados que comprovam a constatação. Registra-se que vários destes julgados foram analisados na disciplina a Judicialização das Políticas Públicas e o Processo para Conflitos de Interesse Público, ministrada pelas Doutoradas Ada Pellegrini Grinover e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, no programa de Mestrado da Universidade de Itaúna (UIT/MG), área de concentração Proteção dos Direitos Fundamentais. **STF**: ADPF nº 347; ADPF nº 45; ADI nº 1800-1/DF; MS nº 27652; ADI nº 5417; ADC nº 39; SL nº 47, RCL nº 18177; AC/RJ nº 3954; AgRg no RE nº 367.432/PR; AI nº 598.212/PR; RE nº 684.612; AgRg no RE nº 410.715/SP; RE nº 365299/SC; RE nº 403806/PR; AgRg na suspensão de segurança nº 2.944/PB; MC na ADI nº 1497-8/DF; ADI nº 3128-7/DF; AgRg na suspensão de liminar 47/PE Pernambuco; AgRg na suspensão de segurança nº 3.345/RN; MC na ADI nº 1931/DF. **STJ**: Resp 575.998/MG; Resp nº 840.918/DF; Resp nº 1.185.474/SC; Resp nº 656.979/RS; Resp nº 771.537/RJ; Recurso Ordinário em MS nº 24.197/PR; Resp nº 1.518.223/RJ; Resp nº 813408/RS. TJ/SP: Apelação nº 994.09.240766-4. **TJ/SP**: Apelação nº 5357.09.2008.8.26.0445; Apelação nº 994.06.045878-5; Apelação Cível nº 275.964-5/9-00. **TJ/MG**: Apelação e Reexame Necessário nº 070206326626-7; Apelação nº 1.0637.07.050.344-5/001. **TJ/RN**: Agravo de Instrumento nº 2009.008.885-0. **TJ/SC**: Apelação Cível nº 2009.238.795-4. **TJ/CE**: Agravo de Instrumento nº 38744-23.2003.8.06.0000. **TJ/RS**: Apelação Cível nº 70065635229. **TJDFT**: AGI 20140020172025. **TRF 2ª Região**: Apelação Cível nº 2003.51.06.001722-2. **TRF 5ª Região**: Remessa Ex Offício em Ação Cível nº 415646/PB; Agravo Regimental na Suspensão de Execução de Liminar nº 3613/0; Apelação Cível nº 200380000070665. **TJ/RJ**: Apelação nº 0008644-03.2009.8.19.0004.

⁷⁸ Atualmente tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário n. 684.612, que teve o tema identificado como de repercussão geral, que discute, especificamente, os limites do Poder Judiciário na intervenção de políticas públicas.

⁷⁹ O ministro Celso de Melo na mencionada decisão menciona em políticas públicas “o encargo, reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgão estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos-jurídicos que sobre eles incide, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos impregnados de estrutura constitucional, ainda que derivado de cláusulas revestidas de conteúdo programático. *In: ibid.*, p. 130-131.

O primeiro obstáculo a ser enfrentado pelo Poder Judiciário para sua intervenção na gestão de políticas públicas para satisfação dos direitos fundamentais sociais é o dogma da separação dos poderes, pois na Constituição Federal existe delegação para que o Poder Legislativo concretize o conteúdo desses direitos. Segundo Krell⁸⁰, muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da separação dos poderes⁸¹.

Neste sentido, colhe-se entendimento do acórdão do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, no exame de recurso de apelação apresentado pelo Ministério Público Federal contra sentença que julgou, em sede de Ação Civil Pública, procedente o pedido de condenação da CEF a efetuar a desocupação e a demolição do Conjunto Residencial Cruzeiro do Sul, às suas expensas, e improcedente o pedido de condenação do Município de Caucaia/CE e do Estado do Ceará na obrigação de construir moradias para as famílias que invadiram o referido conjunto residencial, ao entendimento de que o Poder Judiciário não poderia invadir a discricionariedade administrativa do Poder Executivo, a quem cabe eleger as obras públicas prioritárias, bem assim dispor sobre o seu orçamento, salvo nas excepcionais hipóteses de abuso, de ilegalidade, de desvio de finalidade, dentre outras, ou seja, apenas lhe caberia o exame da legalidade e da legitimidade do ato administrativo, em respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos poderes⁸².

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem minimizando a eficácia do princípio da separação dos poderes diante da omissão estatal na efetivação dos direitos fundamentais. Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. DETERIORAÇÃO DAS INSTALAÇÕES DE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. CONSTRUÇÃO DE NOVA ESCOLA. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA. PRECEDENTES. As duas Turmas do Supremo Tribunal Federal possuem entendimento de que é possível ao Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Poder Executivo a implementação de políticas públicas para garantir direitos constitucionalmente assegurados, a exemplo do direito ao acesso à educação básica, sem que isso implique ofensa ao princípio da separação dos Poderes. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 761127 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma,

⁸⁰ KRELL, *op. cit.*, p. 22.

⁸¹ O mencionado jurista entende, no entanto, cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

⁸² TRF-5 - AC: 200881000047310, Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano, Data de Julgamento: 10/04/2014, Terceira Turma, Data de Publicação: 23/04/2014.

julgado em 24/06/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014)

Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário. Conversão em Agravo Regimental. Administrativo 3 Constitucional. Intervenção Excepcional do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas: Possibilidade. Precedentes. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. (RE 700227 ED, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 29-05-2013 PUBLIC 31-05-2013)

Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido. (AI 708667 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 28/02/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 09-04-2012 PUBLIC 10-04-2012)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal está baseado na Constituição Federal de 1988, que no seu preâmbulo, institui um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça⁸³. No seu artigo 5º, inciso XXXV, a Constituição consta disposição segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, que pode ser individual ou coletivo. Nessa perspectiva, fica reconhecido que o modelo pátrio de Estado Constituição e Democracia atribuiu legitimidade ao Poder Judiciário, dentro das funções atribuídas aos Poderes da República, como o responsável pelo *judicial review* da gestão de implementação de políticas públicas para a satisfação dos direitos fundamentais sociais definidos pelo Poder Constituinte originário⁸⁴.

Por esta razão, a constatação de omissão ou de insuficiência dos Poderes Legislativo e Executivo de políticas públicas para efetivação dos direitos sociais, ou seja, a ausência de ações fáticas ou normativas, autoriza a intervenção do Poder Judiciário para preservar os direitos fundamentais sociais previstos pelo Poder Constituinte.

Todavia, a satisfação de direitos fundamentais sociais depende de recursos públicos disponíveis. Neste ponto entra em cena outro princípio constitucional que deve ser

⁸³ A natureza normativa do preâmbulo da Constituição Federal vem sendo reconhecida pela doutrina brasileira. Conforme defende Cíntia Garabini Lages, “a partir de uma leitura adequada do ordenamento jurídico, baseada no aspecto normativo dos princípios e, como atesta Habermas, afinada ao código binário próprio do Direito, lícito-ilícito, a natureza normativa do preâmbulo não pode ser negada”. In: LAGES, Cíntia Garabini. A natureza normativa do preâmbulo da Constituição de 1988. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010, cap. 6, p. 105-124.

⁸⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e os Estado Democrático: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, cap. 2, p. 35.

considerado pelo Poder Judiciário, ao intervir no controle de políticas públicas, que é o princípio da reserva do possível.

Os recursos financeiros do orçamento público são finitos e insuficientes para implementação simultânea de todos os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição.

A crise da efetividade vivenciada pelos direitos fundamentais sociais possui ligação com a maior ou com a menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais. A escassez dos recursos impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação pelo Poder Legislativo e pelo Executivo, o que remete à necessidade de se buscar um aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral⁸⁵.

Para Ingo⁸⁶, existe um dever constitucional de todos os órgãos estatais e agentes políticos de maximizar os recursos e de minimizar o impacto da reserva do possível, o que significa que as limitações da reserva do possível não são, em si mesmas, uma falácia. Entretanto, reconhece que, muitas vezes, a reserva do possível tem sido utilizada como argumento impeditivo da intervenção judicial e como desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

O campo no qual o Poder Judiciário pode intervir no poder discricionário, para escolhas de bens sociais que devem ser garantidos, deve ser identificado em harmonia com os princípios constitucionais da reserva do possível e da separação dos poderes.

O contraponto necessário para balizar a intervenção nos princípios constitucionais da reserva do possível e da separação dos poderes é o princípio da dignidade da pessoa humana, que reconhece o ser humano como centro e como finalidade da existência e, por conseguinte, indica que não basta que o Estado garanta a vida, sendo também necessário que garanta a vida digna⁸⁷.

O princípio da dignidade da pessoa humana tem íntima vinculação com os direitos fundamentais sociais. Ingo⁸⁸ revela que este princípio vem sendo considerado como fundamento de todo o sistema dos direitos fundamentais, no sentido de que estes constituem exigências, concretizações e desdobramentos da dignidade da pessoa humana e que, com base nesta, devem ser interpretados.

⁸⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 354.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 356.

⁸⁷ SILVA; MASSON, *op. cit.*, p. 180.

⁸⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 94.

Como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, surge a garantia de um patamar existencial mínimo, sendo que, na elucidação de mínimo existencial, é que se pode encontrar o fundamento para o controle jurisdicional das políticas públicas.

Na dogmática jurídica, o mínimo existencial é reconhecido como princípio constitucional, devendo ser entendido como o conjunto de condições elementares que garantem a dignidade do ser humano, de forma que a subsistência dele seja respeitada⁸⁹. Vai além do mínimo vital ou de um mínimo de sobrevivência, ou seja, constitui, para o ser humano, o direito subjetivo de existência de uma vida digna.

Seja qual for o enfoque, o mínimo existencial funciona como uma cláusula de barreira no campo das políticas públicas, que impede a discricionariedade do agente público na escolha de bens que não atendam condições dignas de existência do ser humano.

Esclarece Alexy que:

A dignidade humana tem precedência sobre as possibilidades financeiras quando o mínimo existencial não se vê garantido. Sob essa condição, o Estado é peremptoriamente obrigado a assegurar o mínimo existencial; o indivíduo tem um direito indiscutível a isso, e o tribunal constitucional se vê definitivamente obrigado a condenar o Estado se não cumprir este dever estatal. O modo como se operam as regras de mínimo existencial – igual em conteúdo e apenas distinto em estrutura – é, de fato, por subsunção. Mas as regras que se espera sejam aplicadas como forma de subsunção não são exclusivamente resultado do balanceamento, mas elas também dependem continuamente de balanceamento⁹⁰.

Neste sentido, Ingo anota sobre o entendimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da estreita ligação do mínimo existencial e do controle de políticas públicas em direitos fundamentais sociais:

Já no que diz respeito à assim chamada dimensão positiva (prestacional) do direito ao mínimo existencial, o STF tem consolidado o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, e, portanto, à dignidade da pessoa humana. Sem que se tenha aqui a pretensão de avaliar se e em que medida o STF tem julgado de modo uniforme e mesmo coerente tais questões, o fato é que pelo menos no que diz com o direito à saúde e o direito à educação (no caso do direito à moradia não se registra julgado assegurando um direito subjetivo à construção de uma moradia digna por parte do Estado) já são várias as decisões reconhecendo um dever de prestação, inclusive em caráter originário, ou seja, não necessariamente dependente de prévia política pública ou previsão legal.⁹¹

⁸⁹ SILVA; MASSON, *op. cit.*, p. 181.

⁹⁰ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. *In: ALEXY; BAEZ; SILVA, op. cit.*, p. 177.

⁹¹ SARLET, *op. cit.*, p. 322.

Não significa, contudo, que qualquer violação de direito fundamental social autoriza a intervenção do Poder Judiciário, mas a inércia estatal na promoção de prestações necessárias para a garantia do mínimo existencial reclama do Poder Judiciário, quando provocado, sua atuação para equacionar a questão em consonância com os demais princípios e com as regras constitucionais fundamentais.

A constatação de que os recursos do orçamento público são insuficientes para atender a todos os direitos sociais, impõe ao Poder Judiciário a adoção de técnicas adequadas para realização do *judicial review* da gestão de implementação de políticas públicas para a satisfação dos direitos fundamentais sociais.

A proliferação de ações individuais no campo da tutela dos direitos sociais provoca grave desequilíbrio no orçamento público, diante da alocação de recursos que atendem somente aqueles indivíduos que recorrem ao Poder Judiciário, deixando fora do alcance de efetivação aqueles que não ingressaram com uma ação.

Um exemplo desta insuficiência do processo individual para tratar com os direitos fundamentais sociais é o que ocorre no campo da saúde. No Poder Judiciário brasileiro diversas são as demandas individuais para o fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo, que tiram do orçamento da União, Estados e municípios, os recursos necessários para atender políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à saúde de milhares de pessoas.

Barroso esclarece a existência de uma lógica perversa estabelecida pelo tratamento do direito fundamental à saúde em ação individual, indicando que as controvérsias muitas vezes envolvem puramente um juízo de conflito entre direitos fundamentais – o do jurisdicionado que postula tratamento experimental, medicamento de alto custo ou outras prestações que tais, e o dos demais cidadãos que restarão em alguma medida prejudicados na proteção a esse mesmo direito à saúde pela prioridade que se estabeleceu pela decisão em favor do primeiro⁹².

No campo da proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais, o processo coletivo comum possui vantagem em comparação ao processo individual, pois os tipos de ações, procedimentos, provimentos e medidas necessárias e eficazes para a tutela jurisdicional, expressas no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, em sua combinação com o artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública, nos artigos 212 do Estatuto da

⁹² BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à constitucionalização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Temas de direito constitucional**. Tomo 4, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217-255.

Criança e do Adolescente e 82 do Estatuto do Idoso, lhe conferem eficácia de superdireito processual, oferecendo amplitude para a tutela jurisdicional⁹³.

A solução quanto à proteção e à efetivação dos direitos sociais no âmbito do processo coletivo permitirá um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações, etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discutidos⁹⁴.

A tutela jurisdicional prestada através do direito processual coletivo comum é possível resolver em um só processo um grande conflito social ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando-se, neste caso, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações que possam gerar um desequilíbrio no orçamento da Administração Pública⁹⁵.

Outro benefício da tutela jurisdicional coletiva de direitos sociais é que na sentença de procedência haverá coisa julgada *erga omnes*, no caso de direitos difusos; *ultra partes*, no caso de direitos coletivos *lato sensu*, e *erga omnes*, no caso de direitos individuais homogêneos⁹⁶, proporcionando a igualdade entre os favorecidos pelo direito social implementado pela via judicial.

⁹³ ALMEIDA; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁴ BARROSO, *op. cit.*, p. 217-255.

⁹⁵ ALMEIDA; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁶ O regime da coisa julgada nas ações coletivas é atualmente regulado pelos artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, e pelos artigos 16 da Lei de Ação Civil Pública.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COMO PADRÃO HERMENÊUTICO DE APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS

O capítulo em questão dedica-se a demonstrar que o novo Código de Processo Civil implementou, de forma expressa, normas consagradas na Constituição Federal de 1988, buscando dar concretude aos direitos fundamentais. O novo Código de Processo Civil adotou opção metodológica baseada na teoria dos direitos e garantias fundamentais, abordando no seu texto regras e princípios existentes no arcabouço normativo da Constituição Federal, o que demandou uma abordagem destas espécies de normas. A consagração de um Código, composto por princípios e regras fundamentais, exigiu que o legislador positivasse o princípio da proporcionalidade, previsto implicitamente no texto constitucional. Assim, foram analisadas as particularidades, teóricas e práticas, da positivação do princípio da proporcionalidade no novo *codex*, que não deixou claro se a utilização seria somente para as situações de colisão de princípios.

2.1 A positivação de normas fundamentais da Constituição Federal no novo Código de Processo Civil

A elaboração do novo Código de Processo Civil foi baseada no modelo constitucional de processo estabelecido pela Carta de 1988, o que legitima formal e materialmente as disposições legais do código.

Cumpra esclarecer que, independente de qualquer previsão expressa, o sistema processual encontra seu fundamento no direito constitucional processual, ou seja, em normas de índole constitucional que garantem o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, a fundamentação das decisões judiciais e a publicidade dos atos processuais.

A evolução empreendida pelo legislador - de consagrar as normas constitucionais de natureza essencialmente processual no texto do Código - decorre do fenômeno da constitucionalização do direito, tardiamente reconhecido no nosso país, que passa atribuir às normas constitucionais força normativa.

Embora o grau hierárquico das normas constitucionais dispensasse a repetição em normas infraconstitucionais, sem dúvida a contaminação exercida pelos direitos fundamentais

passou a alcançar os novos textos legislativos em todos os ramos do Direito, inclusive o processual.

A existência de uma relação recíproca entre a Constituição e o Direito Processual motivou o legislador a adotar critérios metodológicos com base na teoria dos direitos e das garantias fundamentais, os quais compõe o núcleo central de uma Constituição em um Estado Democrático de Direito. Deste modo, o Direito Processual, no âmbito do novo Código de Processo Civil, passa a ser um legítimo mecanismo democrático de proteção e de efetivação dos direitos fundamentais⁹⁷.

Barroso defende que:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas⁹⁸.

Uma possível vantagem da incorporação de normas fundamentais ao novo Código de Processo Civil situa-se na vinculação não somente do Estado, mas de todos aqueles que participam do processo, que passam a ter sua conduta norteadas em valores constitucionais.

A atividade jurisdicional do Estado, por meio do processo, passa a ser vista na perspectiva de uma comunidade de trabalho, policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo, vez que os valores constitucionais adotados impõem uma convivência de poderes diretivos e gerenciais do juiz e a autonomia privada das partes e dos advogados, mediante o contraditório, como garantia de influência, e na fundamentação estruturada que fomenta o melhor debate para a construção da norma jurídica para o caso concreto⁹⁹.

A ideia de ordem objetiva de valores das normas fundamentais também é defendida por Pedrosa:

Essa dimensão reconhece a existência de valores coletivos que vinculam toda a sociedade. Com isso não apenas o Estado, mas toda a coletividade deve se abster de violar tais direitos, assim como devem promover o seu respeito e fruição. Desta

⁹⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Um novo Código de Processo Civil para o Brasil**: Análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal. Rio de Janeiro: Gz, 2012, p. 97.

⁹⁸ BARROSO, *op. cit.*, p. 366.

⁹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC - Fundamentos e Sitematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 80.

forma, busca-se proteger o ser humano de constantes atos de opressão praticados por agentes não estatais, cujo poder muitas vezes supera o de muitos Estados¹⁰⁰.

Esta aproximação dos direitos fundamentais na leitura das normas do Código de Processo Civil demonstra o desapego da fase em que se pregava uma completa autonomia das normas processuais e materiais, passando o processo, em modelo constitucionalizado, a ser considerado como instrumento ligado à realização efetiva dos direitos fundamentais.

A Comissão de Juristas, instituída pelo Presidente do Senado Federal, pelo Ato n. 379, em setembro de 2009, que elaborou o Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil, constou na sua exposição de motivos que era necessário “deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais”¹⁰¹.

A opção legislativa por um Código com um sistema aberto de valores está expressa no primeiro artigo, ao anunciar que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil.

O novo Código de Processo Civil estruturou o seu primeiro capítulo para abarcar normas fundamentais constitucionais do processo que servirão para compreensão de todas as demais normas processuais. São regras e princípios que demonstram um relacionamento explícito das normas processuais com as normas constitucionais, embora o rol não seja exaustivo, pois não contempla todas as normas fundamentais constitucionais de processo, que também foram abordadas ao longo dos demais dispositivos do Código.

De forma expressa, o primeiro capítulo do Código dispõe de normas fundamentais que contemplam o acesso à justiça (artigo 3º), a razoável duração do processo (artigos 4º e 6º), a boa-fé (artigo 5º), a igualdade (artigo 6º), a dignidade da pessoa humana (artigo 8º), a proporcionalidade (artigo 8º), a razoabilidade (artigo 8º), a legalidade (artigo 8º), a publicidade (artigos 8º e 11), a eficiência (artigos 8º e 12), e o contraditório (artigos 9º e 10).

Os benefícios da opção realizada pelo legislador, por um modelo constitucional de processo, já eram apontados por Sampaio Júnior antes da apresentação do anteprojeto para o novo Código de Processo Civil:

¹⁰⁰ PEDROSA, Laurício. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; BARRETO, Ricardo Menna. **Teoria crítica dos direitos fundamentais**. Salvador: Dois de Julho, 2015. Cap. 1. p. 21.

¹⁰¹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

[...] o conjunto de garantias constitucionais referentes ao processo dispostos no rol de direitos e garantias fundamentais e que, de forma expressa, vinculam toda a atuação jurisdicional, impondo uma releitura de todas as normas processuais, de modo que os valores ali dispostos restem consagrados em todas as situações fáticas submetidas a um processo judicial e algumas delas até mesmo em processo administrativo¹⁰².

Assim, o primeiro Código publicado em regime democrático inova ao positivar normas com valores superiores que serviram de parâmetro hermenêutico para interpretação e aplicação da legislação.

2.2 A adoção de normas fundamentais compostas de regras e princípios

Aproximar o Direito Processual da Constituição Federal foi estratégia do legislador para tornar o processo mais eficiente e efetivo, com vistas a orientá-lo para assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil é composta por normas fundamentais constituídas de regras e princípios. O critério qualitativo adotado por Alexy¹⁰³ é o que melhor distingue as espécies de normas constitucionais de direitos fundamentais.

Na concepção do doutrinador alemão, princípios são mandamentos de otimização, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes¹⁰⁴. Já as regras são determinações que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos¹⁰⁵.

No capítulo destinado às normas fundamentais do processo do novo Código de Processo Civil, o legislador utilizou-se tanto de princípios¹⁰⁶ como de regras¹⁰⁷, seguindo a tradição dos direitos fundamentais¹⁰⁸ hodiernos.

¹⁰² SAMPAIO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 117.

¹⁰³ ALEXY, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 90.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 91.

¹⁰⁶ O artigo 8º do novo Código de Processo Civil constata a adoção expressa de diversos princípios constitucionais. O texto legal prevê que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

¹⁰⁷ As regras principiológicas também estão dentro do capítulo destinados as normas fundamentais. No artigo 10, o legislador contempla o princípio do contraditório ao dispor que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

¹⁰⁸ A doutrina vem enxergando que as regras interpretativas da primazia do julgamento do mérito e do máximo aproveitamento processual, encampada desde o art. 4º do novo CPC e perpassando toda a redação da nova

Trata-se de uma opção metodológica adotada pelo novo Código de Processo Civil, que foi orientada pela teoria dos direitos e das garantias fundamentais e por sua multifuncionalidade no sistema, que passa a ser parâmetro para a aplicação do direito processual, trazendo normas que destacam, dentre outros, os seguintes aspectos: a) a interpretação aberta e flexível; b) a aplicabilidade imediata; c) a flexibilização da técnica processual para atender as necessidades do direito material¹⁰⁹; d) a possibilidade do acesso à prova, tendo em vista o direito constitucional a um resultado adequado para a prestação jurisdicional.¹¹⁰

Na exposição de motivos do anteprojeto¹¹¹ foi destacada a preocupação de harmonizar a lei ordinária em relação à Constituição Federal, o que demandou a inclusão expressa dos princípios constitucionais, na sua versão processual no texto do novo Código de Processo Civil. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento com contraditório e com produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a personalidade da pessoa jurídica¹¹².

A positivação de princípios e regras fundamentais decorre do reconhecimento pelo legislador ordinário de valores e de necessidades reconhecidos pelo Poder Constituinte. Este fenômeno foi identificado por Sarlet:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.¹¹³

legislação, fundam um novo formalismo (democrático), abandonando a antiquíssima premissa ritual. THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁹ O artigo 139, inciso V do novo Código de Processo Civil prevê que o juiz pode “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. O dispositivo permite o juiz na execução de pronunciamento judicial com obrigação de pagar quantia certa possa utilizar de medidas coercitivas atípicas para a satisfação do comando da norma jurídica do caso concreto, flexibilizando a atuação/invasão forçada do Estado sob o patrimônio do cidadão em prol de uma tutela jurisdicional justa e efetiva. obrigações pecuniárias, quebrando o dogma proveniente do Estado Liberal de Direito.

¹¹⁰ ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 128.

¹¹¹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.

¹¹² Neste sentido o artigo 135 do Código prevê que “instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

¹¹³ SARLET, *op. cit.*, p. 47.

Pode-se afirmar que o novo Código de Processo Civil, ao dispor expressamente de princípios e regras da Constituição Federal, impõe um novo modo de estudar e de aplicar o direito processual, tendo como paradigmas as diretrizes que estão sendo estabelecidas pelo pós-positivismo jurídico e pelo neoconstitucionalismo¹¹⁴.

O novo Código torna o direito processual civil uma instituição Constitucional e sua interpretação e aplicação devem possuir a teoria dos direitos e das garantias fundamentais como guia condutora¹¹⁵.

A opção metodológica utilizada pelo legislador estabelece uma maior concretude ao Direito Constitucional Processual, pois as alterações promovidas com a adoção expressa ou implícita, mediante princípios ou regras, de normas fundamentais, possibilitou que diversos valores constitucionais fossem assegurados no novo Código de Processo Civil.

2.3 Princípio da proporcionalidade como padrão hermenêutico de aplicação das normas fundamentais no novo Código de Processo Civil

No neoconstitucionalismo afigura-se como normal a colisão entre normas fundamentais, sendo que o aplicador do direito deve solucioná-las por meio de uma fundamentação racional que legitime sua opção.

Barroso já identificava a questão, mencionando:

A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural - até porque inevitável - no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto¹¹⁶.

Neste passo, revela-se insuficiente para a solução de colisão entre princípios fundamentais os critérios tradicionais, tais como o hierárquico, o cronológico e o da especialização, embora estes possam ser utilizados satisfatoriamente no conflito entre regras.

¹¹⁴ ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 97.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 125.

¹¹⁶ BARROSO, *op. cit.*, p. 364.

Para Ronald Dworkin, citado por Oliveira¹¹⁷, há uma única resposta correta para os casos difíceis e não apenas respostas diferentes. Casos difíceis seriam, na discussão anglo-americana, situações de aplicação em que não haveria uma regra específica ou clara a reger, em princípio, um caso concreto submetido à apreciação judicial.

Percebe-se, portanto, que os critérios para solução de conflito entre regras aponta para uma decisão sobre a validade, o que não se coaduna na tensão entre princípios, que parte de uma situação em que todos os princípios colidentes são válidos, sendo que um deverá ser restringido para que outro possa atuar.

Assim, “a colisão entre princípios, ao contrário do caráter binário das distinções ‘validade/invalidade’ e ‘satisfação/não satisfação’(ou ‘cumprimento/não cumprimento’) das regras, implica uma questão de determinar qual o princípio tem precedência em face do outro”.¹¹⁸

O problema referente à colisão de princípios válidos foi trabalhado exaustivamente por Alexy, que advertia:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro é permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorrer é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.¹¹⁹

Este artigo não é o espaço adequado para resolver o problema decorrente da terminologia utilizada para definir a proporcionalidade dentro das análises realizadas em estudos desenvolvidos em nosso país, ora tratada como técnica¹²⁰, regra¹²¹, máxima, princípio¹²² ou metarregra¹²³. Com a positivação no Código de Processo Civil, a denominação

¹¹⁷ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 165.

¹¹⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2014, p. 65.

¹¹⁹ ALEXY, *op. cit.*, p. 93-94.

¹²⁰ BARROSO, *op. cit.*, p. 359.

¹²¹ SILVA, Vírgilio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, n. 91, p. 24.

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217-219.

¹²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 171.

de regra ganha precisão terminológica, embora sua base de princípio constitucional implícito, permita ainda sua denominação como princípio.

A análise do princípio da proporcionalidade, como suporte para a solução de tensão entre princípios constitucionais, foi realizada com rigor por Alexy com base na jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional Alemão:

Já se deu a entender que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. Essa conexão não poderia ser mais estreita: a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento de sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível da mesma¹²⁴.

Ocorre que a utilização do princípio da proporcionalidade, sem critérios claros, pode trazer consequências desastrosas para a intervenção do Poder Judiciário em princípios constitucionais em rota de colisão, pois a decisão judicial pode padecer de legitimidade democrática e tornar fonte de ativismo judicial, prática hermenêutica negativa e que deve ser evitada no Estado Democrático de Direito.

Sarmiento registra o perigo do decisionismo judicial na solução de conflitos de princípios:

E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do "oba-oba". Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta "euforia" com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras "varinhas de condão": com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiosincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.¹²⁵

¹²⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 116-117.

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel I (Org.) **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris. p. 144.

A princípio da proporcionalidade estudado por Robert Alexy tem uma estrutura racionalmente definida, com máximas que devem ser aplicadas de forma sucessiva em busca de uma fundamentação racional para solução da tensão entre princípios. No âmbito do Poder Judiciário, deve ser evitada a hermenêutica negativa do decisionismo judicial¹²⁶, em que o magistrado decide por intuição e rejeita os valores consubstanciados pelas opções do legislador.

Para evitar uma hermenêutica negativa, a máxima da proporcionalidade abordada por Robert Alexy necessita seguir uma ordem sucessiva de sub-regras para sua aplicação, trazendo segurança jurídica ao jurisdicionado na interpretação criativa do juiz, na construção da norma jurídica para o caso concreto. Neste sentido salienta Silva:

Se simplesmente as enumeramos, independentemente de qualquer ordem, pode-se ter a impressão de que tanto faz, por exemplo, se a necessidade do ato estatal é, no caso concreto, questionada antes ou depois da análise da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Não é o caso. A análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito. A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve sempre proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com a subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito.¹²⁷

A partir da observância desta rigorosa concatenação de sub-regras (máximas), a aplicação do princípio da proporcionalidade não se torna fruto de ativismo judicial, prática que deve ser repugnada por se tratar de uma hermenêutica negativa dentro do Estado Democrático de Direito.

¹²⁶ A expressão aqui utilizada tem sentido de noticiar o movimento denominado ativismo judicial, em que juízes passam impor as suas próprias concepções de justiça na solução dos conflitos de interesses, abandonando as normas jurídicas aplicáveis, invadindo a competência legislativa, trazendo insegurança jurídica para o Estado Democrático de Direito. Não se pode confundir a expressão com as ideias de decisionismo de Carl Schmitte de norma hipotética fundamental em Hans Kelsen, que demonstram que o direito ao menos quanto ao fim a que se destina, é algo diverso do poder.

¹²⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 30.

Verificou-se que a regra da proporcionalidade possui três sub-regras parciais, sendo que mais importante que a terminologia sobre este princípio, é a correta compreensão das máximas parciais que estruturam a forma de aplicação da proporcionalidade para solucionar a colisão de direitos fundamentais.

Na sub-regra da adequação, aborda-se se a intervenção em um direito fundamental é apta a efetivar um fim constitucionalmente legítimo, ou seja, a análise entre o meio e o fim. A sub-regra da necessidade averigua se existe meios alternativos que possam realizar igualmente o fim desejado, sem a necessidade de restrição de outros direitos fundamentais. Por fim, a sub-regra da proporcionalidade em sentido estrito “exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais”.¹²⁸

Neste sentido, Grinover dispõe sobre as sub-regras da proporcionalidade:

Sobre o tema, José Joaquim Gomes Canotilho sustentou que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo comporta subprincípios constitutivos: a) princípio da conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*), que impõe que a medida seja adequada ao fim; b) princípio da exigibilidade ou da necessidade (*Erforderlichkeit*) ou princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, que impõe a ideia de menor desvantagem possível ao cidadão; c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*) importando na justa medida entre os meios e fins¹²⁹.

Assim, uma vez identificadas as sub-regras que compõe o princípio da proporcionalidade, passaremos a analisar a máxima da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil.

O legislador, atento quanto à possibilidade do juiz ter a necessidade de solucionar conflitos jurídicos decorrentes da colisão de normas fundamentais, seja na interpretação das normas do Código, seja na aplicação ou interpretação do ordenamento jurídico em vigor, constituído por regras e princípios, realizou opção pelo princípio da proporcionalidade.

Dentro do capítulo em que aborda as normas fundamentais do Código, no artigo 8º, o legislador preconiza que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

A leitura do mencionado dispositivo evidencia que “a ‘metodologia da proporcionalidade’ será empregada pelo Judiciário nos casos de aplicação de princípio”¹³⁰.

¹²⁸ ÁVILA, *op. cit.*, p. 185.

¹²⁹ GRINOVER, *op. cit.*, p. 133.

¹³⁰ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *op. cit.*, p. 61.

Em análise ao mencionado dispositivo, Carneiro entende que “a razoabilidade e a proporcionalidade são expressões próximas e muitas vezes utilizadas no mesmo sentido, aliás, é assim que devem ser tratadas no novo Código, ou seja, como normas de ponderação [...]”¹³¹.

O princípio da proporcionalidade, reconhecido pela doutrina constitucionalista como princípio implícito, teve sua inclusão expressa no Novo CPC, devendo nortear toda a atividade jurisdicional. Santana reconhece a adoção expressa da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil, apontando que:

[...] no caso de haver aparente conflito entre princípios/direitos previstos constitucionais (e também previstos no novo CPC), o operador do direito poderá socorrer-se dos critérios de ponderação (Robert Alexy), como o fim de buscar qual deverá ser aplicado, solução que poderá ser efetivada pelo exame da preponderância de cada direito e eventual cedência a ser aplicada no caso concreto.¹³²

A imposição expressa de observância do princípio da proporcionalidade acompanha a opção realizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹³³ para a solução de colisão de princípios constitucionais, baseada no intenso esforço de Robert Alexy na análise da jurisprudência dominante do Tribunal Constitucional Federal.

Os juristas Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron comentam a opção do legislador:

Tal procedimento teórico é na realidade uma construção alçada a partir de uma teoria da argumentação jurídica, que se seguida conduziria a decisões dotadas sempre de racionalidade. Nesse prisma, então, temos de acentuar que para Alexy a racionalidade de uma decisão se dá a partir de uma perspectiva formal, ou seja, se forem observados a sub-regras do método de proporcionalidade, independentemente do conteúdo concreto da decisão, esta deverá ser considerada racional¹³⁴.

A opção do legislador pelo princípio da proporcionalidade para solução de conflitos de normas fundamentais, com base em uma teoria da argumentação jurídica que possa fornecer legitimação ao provimento jurisdicional, também é identificada no artigo 489,

¹³¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 76.

¹³² SANTANA, Alexandre Ávalo. Os princípios do novo CPC e a tutela eficiente em tempo razoável. In: FUX, Luiz *et al.* **Novas Tendências do Processo Civil**: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 23-24.

¹³³ Dentre vários julgados do Supremo Tribunal Federal que utilizaram da máxima da proporcionalidade, destacamos a Intervenção Federal n. 2.915-5 e a Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 29. O primeiro caso envolve o pedido de Intervenção Federal no Estado de São Paulo, por não pagamento de precatório alimentício. O segundo caso, sobre o reconhecimento da validade jurídica da aplicação de hipóteses de inelegibilidade instituídas pela Lei Complementar n.º 135/10 aos casos em que os atos ou fatos passíveis de enquadramento tenha ocorrido anteriormente à edição da lei em comento.

¹³⁴ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *op. cit.*, p. 58.

parágrafo 2º, que exige que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

A adoção do legislador pelo princípio da proporcionalidade no novo Código de Processo Civil é registrada por Marinoni:

O novo Código menciona expressamente três postulados normativos: proporcionalidade, razoabilidade e ponderação. A proporcionalidade é um postulado que visa a estruturar a aplicação de duas normas que se encontram em uma relação de meio e fim. O objetivo é preservar o máximo possível do princípio da liberdade, restringindo-se a esfera jurídica de determinada pessoa apenas naquilo que for necessário para a consecução do fim que deve ponderar.¹³⁵

O jurista Lenio Luiz Streck critica a opção do legislador, por adotar a proporcionalidade para solucionar conflitos de normas, já que a máxima adotada por Alexy era para a solução de princípios e não de regras:

Surpreende, portanto, que o novo CPC incorpore algo que não deu certo. Pior: não satisfeito em falar da ponderação, foi mais longe na tropelia epistêmica: fala em colisão entre normas (seria um abalo hermenêutico?) o que vai trazer maiores problemas ainda, pela simples razão de que, na linguagem jurídica, regras e princípios são... normas. E são. Já ninguém duvida disso. Logo, o que vai haver de “ponderação de regras” não tem limite. Ou seja, sem exageros, penso que o legislador cometeu um equívoco. Ou as tais “normas-que-entram-em-colisão” seriam os tais “postulados”, “meta-normas” pelas quais se faz qualquer coisa com o direito? Isso tem nome: risco de estado de natureza hermenêutico, eis o espectro que ronda, no mau sentido, o direito brasileiro. [...] Assim, o ponto central sobre a relação entre Direito e Moral em Alexy se dá a partir da incorporação de direitos fundamentais ao sistema jurídico, uma vez que se trata de enunciados com uma vagueza semântica maior que a das meras regras jurídicas. Desenvolve, assim, uma teoria dos direitos fundamentais que tem como uma de suas características centrais a noção de que nos casos em que o litígio jurídico pode ser resolvido pela mera previsão de uma regra, aplica-se a técnica da subsunção (casos fáceis); no entanto, devido à abertura semântica das normas de direitos fundamentais, o autor acrescentará a noção de que estes se tratam de princípios com natureza de mandamentos de otimização, tendo em vista que podem entrar em colisão e, para resolver o conflito, deve o intérprete recorrer a uma ponderação (nos casos difíceis). O sopesamento (ponderação), através do que Alexy chamará de máxima da proporcionalidade, será o modo que o autor encontrará para resolver os conflitos jurídicos em que há colisão de princípios [atenção, juristas de Pindorama: é colisão de princípios e não, genericamente, de normas sendo um procedimento composto por três etapas [...]]¹³⁶

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 448.

¹³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! **Consultor Jurídico**. São Paulo, p. 1-10. 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 14 ago. 2015.

Merece guarida a posição do mencionado jurista, no aspecto de que o princípio da proporcionalidade abordado por Robert Alexy foi concebido para solucionar a colisão entre princípios válidos dentro de um ordenamento jurídico. A regra, por ser definitiva e completa, não comportaria sopesamento. No sopesamento existe “a adoção do critério da proporcionalidade em sentido estrito, pois somente um dos princípios poderá ser realizado in concreto, sendo imperioso determinar qual deles o será, por ter o maior peso relativo”¹³⁷.

Ocorre que os princípios, conforme demonstrado em tópico anterior, também possuem força normativa. Portanto, o fato de o legislador ter optado pela utilização da máxima da proporcionalidade para solucionar a colisão entre normas, não aumenta, obrigatoriamente, o espectro de aplicabilidade do princípio da proporcionalidade para a solução de conflitos de regras, vez que os princípios também possuem força normativa¹³⁸.

Agora, se a opção do legislador foi por estender o princípio da proporcionalidade para a colisão de regras, esta também encontra amparo para solução de casos em que as regras são incompletas, possuindo caráter principiológico, o que indica que a aplicação de uma poderá restringir outra.

No entendimento de Marcelo Neves, Robert Alexy deixou uma brecha em sua teoria para permitir que o princípio da proporcionalidade também possa ser utilizado para solucionar colisão de regras principiológicas. Neste sentido:

Daí por que as críticas acima feitas a Dworkin por ele negar uma dimensão de peso às regras também valem, de certa maneira, para Alexy. Embora a regra na sua formulação definitiva e completa, como fundamento imediato de uma norma de decisão, só possa ser aplicada binariamente, ela é *prima facie* suscetível de comportar uma dimensão de peso e, portanto, de submeter-se a critérios de ponderação em um caso concreto. Sem dúvida, isso se relaciona com a existência de exceções, mas não só. Nesse sentido, Alexy deixa uma brecha quando admite a possibilidade referida acima, de que uma regra não possa ser aplicável “independentemente de sopesamentos”, afirmando que ela, nesse caso, é incompleta como regra. Acrescenta porém: “Na medida em que ela é incompleta nesse sentido, a decisão constitucional pressupõe um recurso a nível de princípios, com todas as incertezas que estão a eles vinculada”. Mas a questão que permanece diz respeito ao problema de definir quando uma regra se torna completa e se duas regras incompletas não podem colidir, sem que necessariamente se deva recorrer ao plano dos princípios.¹³⁹

¹³⁷ GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 691-712, ago. 2011.

¹³⁸ Segundo Barroso, a distinção que se fazia entre norma e princípio já se encontra superada. A Constituição Federal é um sistema de normas jurídicas, composta por princípios e regras. BARROSO, *op. cit.*, p. 155.

¹³⁹ NEVES, *op. cit.*, p. 65.

O doutrinador demonstra exemplos de conflitos de regras principiológicas constitucionais em nosso ordenamento, que podem demandar a utilização da máxima da proporcionalidade para sua solução:

Se considerarmos, por exemplo, o artigo 37, inciso X, da Constituição Federal, que assegura a “revisão geral anual” da remuneração dos serviços públicos, a que se atribui uma regra cuja determinação tem sido entendida no sentido da exigência de recuperar a perda de valor decorrente da inflação, pode confrontá-la com regras constitucionais que exigem uma destinação e o desenvolvimento do ensino nas três esferas federativas (art. 212 da CF). [...] O equivalente ocorre na relação entre a regra do art. 19 da Lei da Responsabilidade Fiscal fundada no art. 160 da Constituição Federal, conforme a qual “a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida” de 50% na União e 60% nos Estados e Municípios, e a regra construída jurisprudencialmente pelo STJ, atribuída ao texto constitucional mediante interpretação extensiva do disposto no art. 37, incisos III e IV, do texto constitucional, segundo a qual, dentro das vagas estabelecidas no edital de concurso, os classificados devem ser, na ordem, nomeados.¹⁴⁰

Do mesmo modo, Ávila afirma que “a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto”¹⁴¹.

O legislador, ao positivar a possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade para solucionar colisão de normas, sejam elas princípios ou regras, utilizou-se da brecha deixada por Alexy, e, ainda, foi atento aos problemas da dogmática dos direitos fundamentais, em que o legislador se utiliza também de regras principiológicas, que são incompletas e dependem da proporcionalidade para sua aplicação quando colidem com outras da mesma natureza.

De outro modo, correta é a preocupação da doutrina quanto à utilização do princípio da proporcionalidade, especialmente para que as soluções que utilizem a máxima não se tornem fonte de decisionismo judicial intuitivo do juiz. Assim, necessário empreender esforços para que ocorra uma hermenêutica positiva para legitimar as decisões judiciais, o que é possível mediante uma argumentação jurídica idônea e constitucional, conforme assevera Sampaio Júnior:

Comprovou-se que no cenário atual é inadmissível pensar em Constituição que não tenha necessariamente força normativa e como os seus valores devem restar consagrados em toda a atividade judicante, inclusive com a certeza de que toda a interpretação, integração, e aplicação de normas se baseiam na Carta Magna, ou,

¹⁴⁰ NEVES, *op. cit.*, p. 78-80.

¹⁴¹ ÁVILA, *op. cit.*, p. 58-59.

dito de outro modo, toda a hermenêutica hoje é constitucional, a fundamentação é imprescindível para que essas linhas sejam materializadas e que a atuação do Poder Judiciário seja legítima, principalmente quando se impõe políticas públicas a serem realizadas pelos outros poderes.¹⁴²

No entanto, para atender a uma fundamentação racional, em caso de colisão de normas de direitos fundamentais, Lorenzetti alerta para o encargo que o juiz possui em fornecer uma argumentação na utilização do princípio da proporcionalidade, em favor da legitimidade da decisão judicial, que resolva a colisão de direitos fundamentais:

Isso significa que quem quiser limitar ou restringir um direito fundamental tem o ônus de dar as razões para fazê-lo, seja na elaboração da lei ou no julgamento judicial. Dele foram deduzidas algumas regras de interpretação que são, sempre, derivações desse princípio do encargo argumentativo: - partir da premissa básica sustentada nos direitos fundamentais; - os direitos fundamentais são regras que permitem distribuir os encargos da argumentação: quem quiser limitar ou restringir um direito fundamental tem o encargo de dar as razões para fazê-lo, seja na elaboração da lei ou no julgamento judicial; - existindo um direito fundamental, é necessário dar um argumento razoável a racional para limitá-lo; - no caso de dúvida, deve-se optar pela solução mais permissiva no sentido do favorecimento da autonomia pessoal e da liberdade; - os direitos fundamentais são limitados pela existência de outros direitos igualmente defensáveis, conforme um modelo hipotético de contrato social; - os direitos fundamentais são reconhecidos sob a condição do seu exercício compatível com outros direitos fundamentais e bens coletivos.¹⁴³

A preocupação com a necessidade de uma argumentação racional para legitimar uma decisão judicial, que resolve uma colisão de normas fundamentais, exigiu que o legislador demonstrasse que fundamentações genéricas não seriam suficientes em um modelo constitucional de processo. Neste passo, o legislador, no parágrafo 1º, do artigo 489 do novo Código, trouxe um exaustivo rol de situações em que a decisão judicial não apresenta uma fundamentação idônea.

Esta iniciativa do legislador em fomentar uma fundamentação idônea para as decisões judiciais fortalece a utilização do princípio da proporcionalidade, cujo controle de legitimidade será realizado através do conhecimento do raciocínio e da argumentação¹⁴⁴ desenvolvidos na decisão.

¹⁴²SAMPAIO JÚNIOR, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴³LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial**: Fundamentos de direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 221.

¹⁴⁴O jurista Robert Alexy desenvolveu uma teoria da argumentação. O esforço do jurista alemão consistiu em definir critérios para identificar se a argumentação e raciocínio é racionalmente justificável. Seu estudo foi exposto na obra *Teoria da argumentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

3 DIREITO AO RECURSO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O capítulo em questão dedica-se a demonstrar que o direito ao recurso possui *status* de direito fundamental, seja em decorrência de sua previsão expressa no rol de direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988, seja em decorrência de tratados internacionais em que o Brasil é parte. Em seguida, será apresentado o conceito de recurso mediante a análise de dados fornecidos pelo direito positivo brasileiro. Ademais, será analisada a existência de distinção entre o direito fundamental ao recurso e o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição. Dedicar-se, ainda, a entender o recurso no novo Código de Processo Civil como instrumento para contribuir com o fortalecimento do sistema de precedentes e unidade interpretativa do ordenamento jurídico.

3.1 O recurso como direito fundamental

A importância do recurso para o ordenamento jurídico foi percebida pelo legislador constituinte, que o edificou na condição de direito fundamental, inserindo-o no plano da teoria dos direitos e garantias fundamentais, o que acarreta evidentes benefícios para a tutela dos direitos individuais e coletivos.

A expressão “direito fundamental” não pode ser utilizada como sinônimo das expressões “direitos humanos” e “direitos do homem”.¹⁴⁵

Assim, os direitos do homem são naturais, inatos e não positivados. Os direitos humanos e fundamentais estão positivados. Os primeiros, na ordem jurídica internacional, através de tratados e de convenções firmados entre Estados. Já os direitos fundamentais tratam da internalização dos direitos humanos na ordem jurídica de cada Estado, constituindo o catálogo de direitos fundamentais adotado pelo legislador constituinte.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, situado dentro do título dos direitos e garantias fundamentais, aponta que “aos litigantes, em processo

¹⁴⁵ Neste sentido manifesta Ingo Sarlet, para quem “o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo ‘direitos humanos’ pode ser equiparado ao de ‘direitos naturais’ não nos parece correta, uma vez que a própria positivação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da ideia de um direito natural”. SARLET, *op. cit.*, p. 29.

judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Verifica-se que os recursos estão situados no catálogo de direitos fundamentais acolhidos pelo legislador constituinte. Sua ligação com o direito fundamental de ampla defesa é umbilical. O legislador definiu que, pela ampla defesa, as partes, no processo judicial ou administrativo, têm a possibilidade de interpor recursos quando sobrevier decisão adversa¹⁴⁶.

Em outro estudo sobre os princípios constitucionais do processo, foi considerado que a “expressão recurso, no caso, haverá de ser entendida como sendo recurso no campo do processo. Se, de outra parte, se diz inerente, quer-se com isto significar que a hipótese haverá de comportar sempre a possibilidade de interposição de recurso”.¹⁴⁷

Igualmente, Brito, Fabretti e Lima, ao comentarem sobre o texto do artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1998, criticam aqueles que acreditam que o legislador constituinte desconhecia do vernáculo e utilizou de sinônimos na norma constitucional:

Pela redação nota-se evidente intenção legislativa de garantir os recursos como parcela da ampla defesa e do contraditório. Se a redação *in fine* do inciso contém a expressão “meios e recursos” inerentes à ampla defesa e ao contraditório, não nos parece que o constituinte originário possa ser tomado por incompetente e desconhecedor do vernáculo, de forma a utilizar duas palavras - meios e recursos - como sinônimos. Assim, parece evidente que meios são instrumentos, e recursos são, de fato recursos processuais, sob pena de se dar, ao dispositivo, interpretação que excluiria a palavra do texto por redundância¹⁴⁸.

Portanto, o texto normativo do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal não indica, como manifestação do princípio da ampla defesa, somente o direito de oferecer e produzir provas de suas alegações, de igualdade de tratamento e oportunidade para as partes no curso do processo, mas indica também a possibilidade de utilização de recursos contra as decisões proferidas no processo¹⁴⁹.

¹⁴⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 259-260.

¹⁴⁷ ALVIM, Angélica Arruda. Princípios constitucionais do processo. **Revista do Processo**. São Paulo, v. 74, n. 1, p. 20-39, abr. 1994.

¹⁴⁸ BRITO, Alexis Couto de; FABRETTI, Humbertho Barrionuevo; LIMA, Marco Antonio Ferreira. O duplo grau de jurisdição e juiz natural na APN 470/MG. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 933, jul. 2013, p. 94.

¹⁴⁹ Registra-se a existência de doutrina que não considera o recurso como direito fundamental. Neste sentido Barbi entende que “a ampla defesa é uma decorrência do princípio do contraditório, porque de nada serviria ouvir sempre a parte se não se lhe desse oportunidade de se defender amplamente. Essa amplitude inclui tanto o poder de discutir como o de provar. (BARBI, Celso Agrícola. Garantias constitucionais processuais. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.821-829, nov. 2011.)

Jorge aponta que “no plano constitucional, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LV, ao cuidar do devido processo legal, erigiu os recursos ao patamar constitucional e colocou-os como elemento essencial para a garantia das partes”.¹⁵⁰

A condição de direito fundamental do recurso também pode ser extraída da Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada de Pacto de São José da Costa Rica, ratificada pelo Brasil em novembro de 1992. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 5º, §3º, dispõe que os direitos e garantias expressos assegurados no catálogo de direitos fundamentais da Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.¹⁵¹

A Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8º, que trata sobre as garantias judiciais, no item 2, alínea *h*, dispõe que, durante o processo penal, toda pessoa tem direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

O Supremo Tribunal Federal, através de sua 1ª Turma, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 88.420-PR, consignou em votação unânime, em 17/04/2007, que “o acesso a instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema de pátrio de direitos e garantias fundamentais”¹⁵².

Tanto a legislação de direito internacional, quanto o precedente apresentado apontam o direito de recurso como direito fundamental, no âmbito do processo penal, cujo bem jurídico tutelado é a liberdade. Ocorre que o patrimônio também é um direito fundamental de primeira geração, como o direito fundamental de liberdade, o que impede tratamento diverso do direito de recurso no âmbito do direito processual civil¹⁵³.

No artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República Federativa do Brasil, não existe qualquer restrição para que o direito fundamental ao recurso seja considerado somente

¹⁵⁰ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47.

¹⁵¹ Tomaz demonstra que “as constituições, de um modo geral, se abriram para recepcionar os preceitos de direito internacional consagradores de direitos humanos ao fito de imprimir-lhes, como normas de direito interno, maior grau de eficácia. Esta expansão do fenômeno da internacionalização do direito constitucional propicia um espaço mais amplo para a fundamentabilidade dos direitos humanos, que não se limitariam apenas aos direitos positivados expressamente na constituição, mas também aqueles que estivessem previstos em tratados ou princípios de direito internacional. Essa ideia apenas pode ser concebida, com efeito, se se considerar a constituição também como um sistema aberto de normas e princípios. De modo contrário, reduzindo-a ao texto expresso, não se terá como admitir que um direito previsto num tratado, por exemplo, integre-se, como norma constitucional, o elenco de direitos dos indivíduos.” (TOMAZ, *op. cit.*, p. 116-117).

¹⁵² Votaram os ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski.

¹⁵³ Importante a lição de Baracho, para quem “a proteção constitucional dos direitos e liberdades tem sido preocupação do constitucionalismo contemporâneo. O mesmo não ocorria nas proclamações de fidelidade aos direitos constantes das declarações, como a de 1789, que não previa mecanismo jurisdicional para assegurar a proteção”. BARACHO, *op. cit.*, p. 454.

em processo penal. Ao contrário, o direito fundamental ao recurso é conferido a todos os litigantes, seja em processo judicial ou administrativo¹⁵⁴.

A condição de direito fundamental do recurso impõe a sua observância em todo o procedimento judicial e administrativo, sem, contudo, garantir à parte o direito de dualidade de jurisdições, decorrente direito ao duplo grau de jurisdição.

O novo Código de Processo Civil, no seu artigo 1.022, ao disciplinar o recurso de embargos de declaração contra qualquer decisão judicial, contempla que este direito fundamental ao recurso incide no processo civil.

Embora o recurso de embargos de declaração tenha sido disciplinado com a finalidade de sanar vícios de obscuridade, contradição e omissão, o novo Código de Processo Civil, no artigo 1.023, §2º, passou a contemplar a possibilidade da utilização do recurso para modificar a decisão recorrida e o resultado do julgamento.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já vinha admitindo antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil “a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração, caso a modificação do julgado se demonstre uma consequência necessária do suprimento de uma premissa fática equivocada”.¹⁵⁵

Monteiro Neto, em análise de acórdão de recurso de embargos de declaração n. EDcl no AgIn 573.739/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 19/05/2015, após trazer à colação diversos julgamentos de recursos de embargos de declaração nas Cortes Superiores, observa a utilização frequente do recurso para modificar a decisão embargada, mencionando que:

É incorreto, já agora, afirmar que o recurso de embargos de declaração só tem cabimento nas hipóteses previstas em lei. O intérprete ou o aplicador do direito, hoje em dia, quase sempre consegue identificar certo caso, não enumerado no Código, em que é conveniente ou necessário o manejo de embargos, em razão da economia processual, ou por inexistir outro recurso, para o julgamento justo.¹⁵⁶

A possibilidade do recurso de embargos de declaração servir para um amplo reexame nos Tribunais não foi questão isolada no julgamento do EDcl no AgIn 573.739/RS. Monteiro Neto cita recentes pronunciamentos dos Tribunais Superiores (STJ e STF), em que

¹⁵⁴ Para Nery Júnior a incidência do recurso na esfera administrativa “tem como consequência o direito de o administrado/contribuinte/jurisdicionado recorrer pagando apenas as despesas do próprio recurso (preparo), quando for o caso. A lei não pode exigir o depósito prévio de parte ou da integralidade dos valores controvertidos, porque tal exigência é ofensiva a garantia constitucional de ampla defesa. (NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 266-267.).

¹⁵⁵ AgRg no REsp 902.361/RJ, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJe 22/02/2010.

¹⁵⁶ MONTEIRO, Nelson. Segundos embargos de declaração em virtude da mudança de orientação do STF: Padrão de cabimento do recurso. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 251, n. 41, jan. 2016. Mensal, p. 317.

o julgador, nos embargos, reformou a decisão por ele mesmo proferida, em hipótese não prevista no Código.¹⁵⁷

O argumento de que o direito fundamental ao recurso não incidiria em ações de competência originária do Tribunais não é verdadeiro, uma vez que o recurso de embargos de declaração permite um novo exame da matéria em qualquer grau de jurisdição, contra toda decisão proferida em processo civil.

O direito fundamental ao recurso não conduz sempre ao direito de duplo grau de jurisdição, mas sim ao direito de reexame da decisão impugnada, ainda que seja pelo mesmo órgão jurisdicional que prolatou o pronunciamento judicial. A previsão da existência de recursos que permitam o reexame da matéria pelo mesmo órgão prolator da decisão recorrida já satisfaz integralmente o direito fundamental ao recurso¹⁵⁸.

O direito fundamental ao recurso não pode ser exercido com abuso pelos legitimados, sob pena de ficar configurado ilícito processual capaz de enquadrá-los nas sanções de litigância de má-fé, com a consequente condenação à indenização da parte contrária dos prejuízos que sofreu, inclusive aos honorários advocatícios¹⁵⁹.

Jorge entende que:

Tais situações fazem-nos concluir que é forçoso demais defender que as partes possam, sempre, recorrer contra todas e qualquer decisão prolatada em juízo, sendo permitido a elas um exame de toda a matéria. De melhor alvitre se torna entender que a disposição constitucional relativa aos ‘recursos’ deve ser vista em relação ao regular devido processo legal, de modo que não sejam permitidos abusos ou mesmo que se impossibilite às partes o controle das decisões judiciais, garantindo-se assim o direito à ampla defesa.¹⁶⁰

O relator pode, segundo o artigo 932 do Código de Processo Civil, julgar monocraticamente o recurso de competência do órgão colegiado para não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida. Outrossim, pode julgar monocraticamente o mérito recursal, negando provimento a recurso que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do

¹⁵⁷ Dentre eles: STJ, EDcl no AgRg no REsp 1.491.032, 2ª Turma, 28.04.15, Rel. Min. Humberto Martins (Dje 06.05.2015); STF, EDcl no AgRg na AO 1.764, 1ª Turma, 28.04.15, Rel. Min. Luiz Fux (Dje13.05.2015); STF, EDcl no RE 713.240, 2ª Turma, pronunciamento monocrático de 18.05.2015, Rel. Min. Teori Zavascki (Dje 02.06.2015). *Ibid.*, p. 317.

¹⁵⁸ JORGE, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁹ O Código de Processo Civil impõe o dever fundamental da parte comportar-se de acordo coma com a boa – fé no seu artigo 5º. Do mesmo modo, considera litigante de má-fé aquele que interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (artigo 80, inciso VII), que será condenado ao pagamento de multa, superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, e a indenização da parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e com os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou (artigo 81).

¹⁶⁰ JORGE, *op. cit.*, p. 51.

Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

O direito fundamental ao recurso encontra óbice quando exercido com abuso, o que permite ao juiz singular, quando julgar os embargos de declaração, ao relator ou ao órgão colegiado deixarem de conhecer de recurso manifestamente inadmissível, com intuito protelatório, sem excluir a possibilidade de aplicação de multa por litigância de má-fé e a condenação por dano processual.

3.2 O conceito de recurso no direito processual civil brasileiro

A inegável tendência do ser humano em não concordar com uma primeira deliberação negativa de sua pretensão não ocorre exclusivamente no processo judicial. Exemplos mezinhos do cotidiano, como a atitude de crianças, permitem enxergar esta inquietação natural do ser humano. Para exemplificar, utilizo da gratificante experiência de ser pai do Miguel. Este, atualmente com dois anos, quando me solicita a compra de um chocolate e obtém uma resposta negativa, não vacila e submete a questão para deliberação de sua mãe que, por analogia aos institutos do processo, é um órgão de hierarquia superior¹⁶¹.

Uma outra razão para a existência de recursos também decorre da falibilidade dos juízes no julgamento dos casos que lhe são submetidos. A condição de seres humanos comuns dos magistrados implica na possibilidade de errarem nas suas decisões, as quais poderão ser corrigidas mediante a interposição de recurso.

A possibilidade de dolo ou de má-fé do juiz contribui para existência de recursos no ordenamento jurídico, considerando que nem sempre a parte consegue caracterizar a existência de algum vício típico de imparcialidade para afastar o julgador da causa.

No magistério de Nery Júnior, o sentido etimológico da palavra recurso “é proveniente do latim (*recursos, us*), e nos dá a ideia de repetição de um caminho já utilizado”¹⁶².

¹⁶¹ Neste sentido, Jorge explica que “a necessidade de meios para se impugnam as decisões decorre da própria personalidade humana, de não se conformar com o julgamento desfavorável. (*Ibid.*, p. 38.)

¹⁶² NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 198.

A abordagem do conceito de recurso neste trabalho tem como ponto de partida a tese empreendida por Barbosa Moreira no concurso para docência livre na Faculdade Direito do Estado da Guanabara¹⁶³.

Barbosa Moreira afirma que, para o jurista brasileiro, a definição de recurso deve ser aquela que o direito brasileiro considera como recurso e como tal disciplina, sendo que a resposta para uma conceituação exige a demarcação prévia e nítida das características traçadas na legislação¹⁶⁴.

O processualista indica que as discrepâncias existentes entre o que é recurso em nosso ordenamento jurídico e o que é considerado recurso em outros países são normais e frequentes, pois a sua delimitação decorre do contexto histórico que preparou a cristalização de cada um dos sistemas.

Deste modo, faz-se mister a identificação do conceito de recurso mediante a análise do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, com os dados fornecidos pelo direito positivo.

O novo Código de Processo Civil, seguindo a tradição encapada nos códigos nacionais de 1939¹⁶⁵ e 1973¹⁶⁶, não trouxe no seu texto um conceito de recurso, limitando-se a enumerar em seu artigo 994 as espécies de recursos cabíveis contra decisões judiciais no âmbito dos procedimentos por ele regulados: apelação; agravo de instrumento; agravo interno; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário; agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência.

Os recursos disciplinados pelo legislador no Código descartam outros meios de impugnação de decisão judicial, dentre eles o mandado de segurança,¹⁶⁷ ¹⁶⁸ a ação

¹⁶³ Atualmente Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

¹⁶⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 19, 1968, p. 77.

¹⁶⁵ No Código de Processo Civil de 1939, as espécies de recursos admissíveis eram apelação, embargos de nulidade ou infringentes do julgado, agravo, revista, embargos de declaração, recurso extraordinário.

¹⁶⁶ O Código de Processo Civil de 1973, instituído pela Lei 5.869 de 1973, na sua redação original, regulamentou o recurso de apelação, de agravo de instrumento, de embargos infringentes, de embargos de declaração e o recurso extraordinário. Antes de sua revogação pela Lei 13.105 de 2015, trazia em seu texto as seguintes espécies de recursos: apelação; agravo retido; agravo de instrumento; agravo interno; embargos infringentes; embargos de declaração; recurso ordinário; recurso especial; recurso extraordinário; e embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

¹⁶⁷ A Lei n. 12.016 de 2009 permite a utilização do mandado de segurança para questionar decisão judicial. Entretanto, o artigo 5º veda sua utilização quando se tratar de ato do qual caiba recurso administrativo com efeito suspensivo, independentemente de caução; de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito suspensivo; e de decisão judicial transitada em julgado.

¹⁶⁸ O enunciado nº 202 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça prevê que “a impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona a interposição de recurso”.

rescisória,¹⁶⁹ a reclamação,¹⁷⁰ o incidente de suspensão de liminar na Ação Civil Pública e a suspensão de segurança no Mandado de Segurança.

Sobre o incidente de suspensão de liminar, previsto no §1º do artigo 12 da Lei de Ação Civil Pública, Gregório entende que “trata-se de mero incidente, mesmo que diferenciado, de controle sobre a eficácia de decisões judiciais. Seria uma espécie de sucedâneo ou substitutivo recursal”¹⁷¹. No mesmo sentido, menciona sobre a suspensão de segurança, atualmente prevista no artigo 15 da Lei do Mandado de Segurança¹⁷².

Ocorre que, por opção do legislador brasileiro, não é considerado recurso todo e qualquer meio processual que provoca o reexame de uma decisão judicial.

A primeira característica para identificação do conceito de recurso em nosso ordenamento é que a sua utilização não dê ensejo a um novo processo. O recurso é apresentado, processado e julgado na mesma relação jurídica processual que foi prolatado o pronunciamento judicial impugnado.

A ausência da necessidade de uma nova relação jurídica processual diferencia o recurso de outros meios processuais aptos para impugnação de decisão judicial, que demandam processo autônomo, como é o caso do mandado de segurança, da ação rescisória¹⁷³ e da reclamação.

Diante desta constatação é possível afirmar que os meios de impugnação de decisões judiciais em nosso ordenamento jurídico são divididos em recursos, que não demandam a instauração de um processo autônomo, mas prolongam o procedimento, instaurando uma fase recursal, e em ações impugnativas autônomas¹⁷⁴, em que a própria denominação indica a necessidade de um novo processo, com citação da parte demandada¹⁷⁵.

¹⁶⁹ A ação rescisória no novo Código de Processo Civil é admitida para questionar decisão de mérito, na hipótese dela se enquadrar em qualquer dos vícios apontados no artigo 966, seja ela interlocutória, sentença, decisão monocrática ou acórdão. Também admite o legislador a utilização da ação rescisória para impugnar decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça a nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente.

¹⁷⁰ O Código de Processo Civil de 2015 inovou a regulamentar o procedimento da reclamação em seu bojo. A legislação, na esteira do entendimento firmado no enunciado nº 734 da súmula do Supremo Tribunal Federal positivou ser inadmissível a reclamação proposta após o trânsito em julgado da decisão.

¹⁷¹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: del Rey, 2007, p. 184.

¹⁷² *Ibid.*, p. 566.

¹⁷³ Os recursos retardam a formação da coisa julgada, permitindo que a matéria da decisão impugnada possa voltar a ser discutida no mesmo processo em que ela foi prolatada. Já a ação rescisória permite a desconstituição da coisa julgada, permitindo, excepcionalmente, uma nova discussão da matéria em novo processo.

¹⁷⁴ Diferente da terminologia utilizada neste trabalho, parte da doutrina também aponta a existência de “sucedâneos recursais”, para designar remédios que, embora não sejam considerados recursos pela legislação, possuem a finalidade de reforma ou à invalidação de decisão judicial. A lista dos sucedâneos recursais incluem a correção parcial, o mandado de segurança, a remessa obrigatória, o pedido de reconsideração, o *habeas corpus*, o mandado de segurança, os embargos de terceiro, a arguição de relevância, a ação rescisória e a cautelar inominada. Neste sentido: ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

O estudo de Barbosa Moreira, realizado na égide do Código de 1939, revela que a ausência de processo autônomo para o processamento e julgamento do recurso não é uma novidade do Código de Processo Civil de 2015. Barbosa Moreira, no século anterior, já tinha constatado que a parte ao interpor um recurso não necessita promover a “citação do recorrido, ao contrário do que deveria suceder se estivesse a inaugurar outra instância”. Ademais, apontava que “nem é necessária a outorga de novo mandato: já no sistema do Código, a procuração *ad judicium*, que habilitava o procurador a praticar todos os atos do processo, habilitava-se inclusive a interpor qualquer do recurso utilizáveis”. Assim, o recurso¹⁷⁶ não faz “surgir processos distintos, mas simplesmente provoca a extensão do mesmo processo em que se proferiu a decisão recorrida”¹⁷⁷.

Outra característica importante do recurso é a sua finalidade. O recurso é o meio apto a provocar um novo exame do pronunciamento judicial proferido pelo órgão que conheceu originariamente da matéria, visando avaliar a existência de vícios no pronunciamento impugnado, sejam eles decorrentes de atividade (*error in procedendo*) ou do julgamento efetuado (*error in judicando*), mediante uma nova decisão que possa reformar¹⁷⁸, anular¹⁷⁹, esclarecer ou suprir a decisão anterior.

Assim, Barbosa Moreira, com base nas características do Código de Processo Civil de 1939, conceitua recurso como o “remédio tendente a provocar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial”.

2015, p. 95-96; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

¹⁷⁵ Neste sentido Jorge em estudo realizado a respeito do conceito de recurso arremata que “o recurso é o principal meio utilizado para impugnação das decisões judiciais. Apesar das semelhanças marcantes com as ações autônomas de impugnação, com elas não se confundem. Os recursos possuem uma característica essencial. Não dão origem à formação de nova relação processual, inserindo-se na própria relação jurídica onde foi proferida a decisão de que se socorre” (JORGE, *op. cit.*, p. 38.)

¹⁷⁶ A doutrina espanhola, capitaneada por Jaime Guasp, diversamente da opção legislativa brasileira, sustenta que “ningún proceso de impugnación se identifica con el proceso principal en el que se emite la sentencia recorrida, sino que todos los procesos de impugnación son independientes y distintos, aunque conexos y ligados funcionalmente al proceso principal de que parten” (MOREIRA, *op. cit.*, p. 79/80).

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 79.

¹⁷⁸ A reforma da decisão impugnada é a solução quando se constata um *error in judicando*, “resultante da má apreciação da questão de direito (v.g., entendeu-se aplicável norma jurídica impertinente ao caso) ou de fato (v.g., passou despercebido um documento, interpretou-se mal o depoimento de uma testemunha), ou de ambas, pedindo-se em consequência a reforma da decisão, acoimada de injusta, de forma que o objeto do juízo de mérito no recurso identifica-se com o objeto da atividade cognitiva no grau inferior da jurisdição” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 267)

¹⁷⁹ A possibilidade de anulação da decisão impugnada decorre da constatação de *error in procedendo*, ou seja, “implica em vício de atividade (v.g., defeitos de estrutura formal da decisão, julgamento que se distancia do que foi pedido pela parte, impedimento do juiz, incompetência absoluta) e por isso se pleiteia neste caso a invalidação da decisão, averbada de ilegal, e o objeto do juízo de mérito no recurso é o próprio julgamento proferido no grau inferior”. (*Ibid.*, p. 267)

O sistema recursal brasileiro admite que o órgão jurisdicional com competência recursal seja o mesmo que conheceu originariamente a matéria, como ocorre no caso dos embargos de declaração¹⁸⁰ e nos embargos de divergência em recurso especial ou extraordinário¹⁸¹. Esta advertência se mostra necessária para esclarecer que “não faz parte da essência do conceito de recurso que o seu julgamento seja realizado por um órgão de hierarquia superior e distinta daquele que proferiu a decisão recorrida”¹⁸².

Verifica-se em estudos recentes, que o conceito de recurso passou a incluir os legitimados para o exercício do direito de recorrer. Jorge afirma que o “recurso é um remédio dentro da mesma relação jurídica processual que dispõe as partes, o Ministério Público e os terceiros prejudicados, para obter a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de uma decisão judicial”¹⁸³. Do mesmo modo, Medina e Wambier optaram por incluir no conceito de recurso os legitimados para o exercício do direito¹⁸⁴.

Aproveitando o que a literatura processual ofertou até o presente momento sobre o conceito de recurso, a escola mineira de processo¹⁸⁵ também obteve avanço no seu desenvolvimento, incluindo em seu bojo a perspectiva de contraditório como influência para o reexame da decisão, compreendendo tal instituto como:

[...] forma legal utilizada no mesmo procedimento em contraditório de irrisignação voluntária da parte, manifestada para uma determinada espécie de decisão, salvo as hipóteses de dúvida objetiva, visando a reanálise da questão pelo mesmo órgão prolator (para os recursos com efeito regressivo) e/ou transferência do conteúdo da decisão para órgão diverso do seu prolator (para os recursos com efeitos devolutivo), visando o exame ou reexame das questões suscitadas pelo recurso com anulação, reforma, integração ou esclarecimento da decisão impugnada.¹⁸⁶

¹⁸⁰ O embargos de declaração são julgados pelo mesmo órgão jurisdicional que prolatou a decisão recorrida.

¹⁸¹ Os embargos de divergência em recurso especial ou extraordinário são julgados no mesmo Tribunal Superior que julgou o recurso especial ou o recurso extraordinário. A divergência, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é aquela verificada entre entendimento das Turmas da mesma Seção ou de Seções Diversas, e ainda entre Turma e outra Seção ou com o Órgão Especial. O regimento internos dos Tribunais superiores transferem o julgamento para um órgão interno de competência hierarquicamente superior.

¹⁸² JORGE, *op. cit.*, p. 41-42.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 41.

¹⁸⁴ Na visão dos doutrinadores “os recursos são meios de impugnação às decisões judiciais previsto em Lei, que podem ser manejados pelas partes, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público, com o intuito de viabilizar, dentro da mesma relação jurídico-processual, a anulação, a reforma, a integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada”. (MEDINA; WAMBIER, *op. cit.*, p. 36).

¹⁸⁵ Considerado com o percussor da escola mineira de processo, Leal define recurso como “instituto de garantia revisional exercitável na estrutura procedimental, como meio de alongar ou ampliar o processo pela impugnação das decisões nele proferidas e não meio de dar continuidade ao exercício do direito de ação que se exaure, em cada caso, com a propositura do procedimento”. (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 233).

¹⁸⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reforma processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 109.

O conceito está em consonância com o princípio da cooperação, listado nas normas fundamentais do novo Código de Processo Civil. Ocorre que, ao entender que o recurso somente poder ser julgado pelo mesmo órgão prolator nos casos em que o meio possui efeito regressivo, exclui de seu alcance o recurso de embargos de declaração e o recurso de embargos de divergência em recurso especial e extraordinário, consolidados no ordenamento jurídico processual vigente.

Os avanços obtidos pela doutrina e pela legislação que instituiu o novo Código de Processo Civil permitem afirmar que o recurso é um direito fundamental que permite à parte, ao Ministério Público e ao terceiro prejudicado promoverem um controle jurisdicional do pronunciamento judicial, por meio de um procedimento em contraditório, dentro da mesma relação jurídica processual, mediante o seu reexame pelo órgão jurisdicional de competência originária ou por outro órgão que possui competência recursal, na hierarquia vertical ou horizontal, visando o saneamento de vícios do pronunciamento através de sua reforma, anulação, esclarecimento ou suprimento.

3.3 A distinção entre o direito fundamental ao recurso e o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição

A grande preocupação em conceber o recurso como direito fundamental reside no equívoco de considerar que sua incidência conduziria ao fato de que todo pronunciamento judicial impugnado seria submetido a um duplo grau de jurisdição.

Tal entendimento esbarraria na opção do legislador constituinte, que atribui competência originária aos Tribunais superiores, retirando a incidência do duplo grau de jurisdição de certas causas.

Não se está aqui a afirmar que o duplo grau de jurisdição não possua ligação com o direito fundamental ao recurso. De certo, o duplo grau de jurisdição relaciona-se diretamente com as razões justificadoras da existência de recursos nos sistemas processuais, sendo imperiosa a necessidade de reexame das decisões judiciais para atender o próprio Estado Democrático de Direito. Mas é importante não confundir o direito fundamental ao recurso com o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, visto que, por mais que exista uma aproximação muito grande entre eles, um não pressupõe o outro.¹⁸⁷

¹⁸⁷ JORGE, *op. cit.*, p. 260-261.

Jorge assevera que “é perfeitamente possível a existência de recursos sem duplo grau de jurisdição. Não faz parte da essência do conceito do recurso o exame da questão por um órgão hierarquicamente superior”.¹⁸⁸

Ademais, o instituto do duplo grau de jurisdição possui ligações com outros institutos diversos ao direito de recurso, como é o caso da remessa necessária, prevista no artigo 496 do novo Código de Processo Civil, que impõe o duplo grau de jurisdição obrigatório para que as sentenças proferidas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público possam produzir efeitos. Outrossim, os sucedâneos recursais, tais como o incidente de suspensão de liminar, previsto no §1º do artigo 12 da Lei de Ação Civil Pública, dirigido ao presidente do Tribunal que compete o conhecimento do recurso, e a suspensão de segurança, atualmente prevista no artigo 15 da Lei do Mandado de Segurança, são meios destinados ao controle da eficácia da decisão judicial liminar proferida em primeiro grau de jurisdição, por meio de um duplo grau de jurisdição.

O que justifica o direito ao duplo grau de jurisdição não é a qualidade da sua decisão - que é colegiada - ou de seus julgadores - experientes e com notável saber jurídico - mas a possibilidade de reexame por magistrados distintos daqueles que efetuaram a primeira análise da matéria, que terão isenção para confirmar ou não o acerto da decisão¹⁸⁹.

Existe também a constatação de que a possibilidade de reexame, por outros magistrados, influencia psicologicamente o julgador de competência originária, que busca o acerto na solução para evitar a anulação ou a reforma de sua decisão¹⁹⁰.

Além disso, o princípio do duplo grau de jurisdição atende também à preocupação do jurisdicionado em evitar a possibilidade de abuso de poder pelo magistrado, o que ocorreria se sua decisão não estivesse sujeita à revisão por outro órgão jurisdicional.¹⁹¹

Neste cenário, contata-se a existência de imprecisão terminológica na expressão “duplo grau de jurisdição”, pois leva ao falso entendimento da existência de uma dualidade de jurisdições. Entretanto, a jurisdição é una, sendo que a dualidade se refere à quantidade de exames sobre a mesma matéria, que pode ser realizada amplamente por órgãos de diferentes hierarquias na organização do Poder Judiciário.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 263.

¹⁸⁹ Neste sentido Nery Júnior não ignora “o fato de que a segunda decisão, proveniente de um recurso vitorioso no segundo grau de jurisdição, possa estar errada ou injusta, sendo que a correta seria aquela anulada ou reformada. (NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 58).

¹⁹⁰ ASSIS, *op. cit.*, p. 85.

¹⁹¹ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 60.

Para Assis, a questão terminológica do duplo grau de jurisdição revela-se imprópria e falseia a existência de pluralidade de jurisdições. Nesse passo, alerta:

Todo cuidado é pouco na questão terminológica inserida na clássica expressão “duplo grau”. Entre nós, a jurisdição se revela imune a graus. O direito brasileiro adotou o princípio da unidade jurisdicional. A separação baseia-se na hierarquia, e não na qualidade intrínseca do corpo julgador. Neste sentido, a consagrada nomenclatura - duplo grau -, induzindo a ideia de pluralidade de jurisdições, revela-se imprópria.¹⁹²

Os processualistas brasileiros também possuem intensa divergência sobre o conteúdo do duplo grau de jurisdição, especialmente no que tange à necessidade do reexame ser realizado ou não por órgão distinto e de hierarquia superior¹⁹³.

Nery Júnior, ao comentar sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, afirma que o reexame não necessita ser realizado por órgão distinto e de hierarquia superior. Nesse passo, discorre:

[...] Consiste em estabelecer a possibilidade de a sentença definitiva ser reapreciada por órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior à daquele que a proferiu, o que se faz de ordinário pela interposição de recurso. Não é necessário que o segundo julgamento seja conferido a órgão diverso ou de categoria hierárquica superior à daquele que realizou o primeiro exame¹⁹⁴.

Medina e Wambier preconizam em sentido contrário, afirmando que “a rigor, duplo grau só haverá quando houver reexame da decisão por órgão hierarquicamente superior àquele que proferiu a decisão recorrida”¹⁹⁵. Este também é o entendimento de Jorge, para quem o duplo grau de jurisdição implica na revisão das decisões judiciais por órgão hierarquicamente superior¹⁹⁶.

O estudo efetuado por Assis aponta que a base técnica do princípio do duplo grau de jurisdição consiste na necessidade da “nova apreciação do ato decisório por um órgão superior da hierarquia judiciária, no chamado duplo grau vertical, ou por outro órgão de mesma hierarquia, mas de composição diversa, no chamado duplo grau horizontal”¹⁹⁷.

¹⁹² ASSIS, *op. cit.*, p. 83.

¹⁹³ A questão de hierarquia não deve ser vista como eventual autoridade dos órgãos superiores sobre os inferiores, mas no sentido de que prevalecerá a decisão proferida no recurso. Neste sentido: MEDINA; WAMBIER, *op. cit.*, p. 52 e 54.

¹⁹⁴ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 63.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 63.

¹⁹⁶ JORGE, *op. cit.*, p. 265.

¹⁹⁷ ASSIS, *op. cit.*, p. 89.

Esta concepção da existência do princípio do duplo grau de jurisdição no aspecto vertical ou horizontal, mas com julgamento do recurso sempre por outro órgão distinto daquele que proferiu a decisão recorrida, independentemente da existência de hierarquia na organização judiciária, é a compreensão que mais se aproxima do sistema recursal estabelecido pelo legislador pátrio no novo Código de Processo Civil.

O sistema recursal, estabelecido pelo legislador, disciplina meios recursais com o duplo grau de jurisdição vertical: na apelação, no agravo de instrumento, no recurso ordinário constitucional, no agravo em recurso especial ou extraordinário, no recurso especial e no recurso extraordinário, como também disciplina meios recursais com o duplo grau de jurisdição horizontal: no agravo interno e nos embargos de divergência¹⁹⁸.

Ocorre que, no sistema recursal brasileiro, verifica-se recurso que não está sujeito ao duplo grau de jurisdição, seja ele vertical ou horizontal, mas a um duplo exame. É o caso dos embargos de declaração, que são examinados pelo mesmo órgão prolator da decisão recorrida.

O direito ao duplo grau de jurisdição foi erigido à categoria de direito fundamental de boa justiça, tendo lugar de destaque em toda ordem jurídica, sendo uma tendência sua previsão nos ordenamentos jurídicos modernos dos povos ocidentais, especialmente em suas Constituições¹⁹⁹.

A previsão do princípio do duplo grau de jurisdição na Constituição Federal de 1988 pode ser extraída das disposições que estabelecem que os tribunais do país terão competência para julgar causa originariamente e em grau de recurso²⁰⁰. A título de exemplo, o artigo 102 da Constituição Federal, ao regulamentar a competência do Supremo Tribunal Federal, em seus incisos II e III, estabelece a competência para julgamento de recurso ordinário constitucional e do recurso extraordinário. Da mesma forma, o artigo 105 da Carta Maior, ao regulamentar a competência do Superior Tribunal de Justiça, em seus incisos II e III, estabelece a competência para julgamento de recurso ordinário constitucional e do recurso especial.

¹⁹⁸ Na legislação infraconstitucional foi verificada a existência de outros recursos com o duplo grau de jurisdição horizontal, tais como, o recurso inominado interposto contra sentença nos Juizados Especiais, disciplinado pelo artigo 41 da Lei n. 9.099/95 e o recurso de embargos infringentes contra sentença proferida em embargos de pequeno valor na execução fiscal, disciplinado pelo artigo 34 da Lei n. 6830/80.

¹⁹⁹ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 60.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 61.

Sobre o tema, Jorge esclarece que “apesar de não constar expressamente da CF/1988, pensamos que a sua presença está nela implícita. Não quer isso dizer, que qualquer supressão do duplo grau de jurisdição configuraria afronta à ordem constitucional”.²⁰¹

O próprio legislador constituinte indica que o princípio pode ser restringido, ao disciplinar a competência originária aos Tribunais para o julgamento de ações, suprimindo nestes casos o duplo grau de jurisdição.

Nestes casos de competência originária dos tribunais, quando cabível eventual recurso, este não é apto para provocar o exercício pleno do duplo grau vertical ou horizontal. Seriam as hipóteses do recurso especial, do recurso extraordinário e dos embargos de divergência, que permitem somente a revisão de matéria de direito.

Assim, embora o direito ao duplo grau de jurisdição tenha natureza jurídica de princípio constitucional fundamental implícito, ele pode ter sua incidência restringida pelo legislador infraconstitucional, vez que não se trata de um princípio de observância obrigatória, equivalente ao do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade, dentre outros.

Assis, analisando a possibilidade de restrição do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, afirma que:

No entanto, prevalece o entendimento que autoriza o legislador ordinário, ponderando outros princípios constitucionais, tão relevantes quanto o duplo grau de jurisdição, a exemplo da efetividade e da duração razoável do processo, a estabelecer barreiras ao duplo grau. O que não significa, por óbvio, o legislador ordinário suprimir em bloco todos os tribunais e os próprios recursos. Em tal caso, mostrar-se-ia impossível viabilizar o recurso extraordinário e o recurso ordinário, remédios previstos na CF/1988, e insuscetíveis de restrições²⁰².

Portanto, o patamar de princípio fundamental constitucional do duplo grau de jurisdição não permite qualquer tipo de restrição pelo legislador infraconstitucional, que somente poderá ocorrer quando este estiver em situação de colisão com outro princípio fundamental que, em um juízo de ponderação, deva prevalecer.

Neste contexto, não pode ser aproveitada, para o processo civil pátrio, a previsão de observância ilimitada ao duplo grau de jurisdição em processo penal, constante da Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8º, item 2, alínea *h*, o qual impõe que toda pessoa tem direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Ocorre que este posicionamento de um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição no processo penal de forma absoluta também não foi acolhido pelo Supremo

²⁰¹ JORGE, *op. cit.*, p. 263.

²⁰² ASSIS, *op. cit.*, p. 88.

Tribunal Federal, conforme o julgamento da Ação Penal n. 470/MG²⁰³, conhecido como “mensalão”.

Em decorrência da suposta violação provocada pelo Supremo Tribunal Federal à Convenção Americana de Direitos Humanos, os réus Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane, denunciaram o julgamento à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos.

Em síntese, o direito fundamental ao recurso garante à parte vencida no processo um novo exame da decisão impugnada, ainda que seja pelo mesmo órgão prolator da decisão recorrida, como ocorre no caso dos embargos de declaração. Já o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição impõe que este novo exame se realize em órgão jurisdicional distinto, que pode ser de mesma hierarquia, no duplo grau de jurisdição horizontal, ou de hierarquia superior, no duplo grau de jurisdição vertical.

O direito ao recurso e o direito ao duplo grau de jurisdição possuem *status* de direito fundamental constitucional, sendo que o modelo recursal do novo Código de Processo Civil disciplina vários recursos em que incide o direito ao duplo grau de jurisdição. Ocorre que este modelo também trabalha com recurso que não possui a incidência do duplo grau de jurisdição, como o recurso de embargos de declaração, passível de ser interposto contra qualquer pronunciamento judicial decisório.

Logo, o direito fundamental ao recurso e o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição não podem ser tratados como se tivessem o mesmo conteúdo, vez que o direito ao recurso não conduz sempre ao direito de duplo grau de jurisdição, mas sim ao direito de reexame da decisão impugnada. O direito fundamental ao duplo grau de jurisdição impõe que este exame seja realizado por órgão diferente daquele que examinou originariamente a demanda, seja de mesma hierarquia ou de hierarquia superior.

Em todo caso, no julgamento do recurso que incida ou não o duplo grau de jurisdição, a decisão que prevalece é a decisão do recurso, em decorrência do efeito substitutivo previsto no artigo 1.008, do novo Código de Processo Civil, o qual estabelece que o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso.

²⁰³ Diversas são as críticas doutrinárias sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal adotado na AP470/MG, quando deixou de desmembrar o processo referente aos réus que não possuíam foro privilegiado, impedindo que eles tivessem acesso ao duplo grau de jurisdição, violando a Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em novembro de 1992, que integrou catálogo de direitos fundamentais da Constituição. Neste sentido: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por desrespeito à regra do duplo grau de jurisdição. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 455, n. 1, p.933-945, jul. 2013. BRITO; FABRETTI; LIMA, *op. cit.*, p. 94.

3.4. A importância do recurso para unidade interpretativa do ordenamento jurídico e na formação de precedentes com eficácia vinculante

O novo Código de Processo Civil ressalta a importância do recurso como instrumento para contribuir com o fortalecimento do sistema de precedentes, tanto para a tutela de direitos individuais, como para tutela de direitos coletivos.

Com isso, seria um equívoco imaginar que os recursos seriam regulamentados por normas de cunho exclusivamente privatistas, voltadas e destinadas unicamente ao interesse subjetivos das partes que, insatisfeitas com a decisão que lhe foi contrária, resolvem contra ela insurgir.²⁰⁴

Os recursos, embora sejam voltados para a proteção do direito subjetivo das partes, cuja discussão gira em torno de matéria de fato, realizam no seu julgamento uma análise do direito objetivo a ser aplicável, o que permite o Poder Judiciário controlar a interpretação do ordenamento jurídico.

Ademais, não é nenhuma novidade a regulamentação, pelo legislador, de recursos cujo objetivo imediato é a tutela do direito objetivo, com a finalidade de uniformizar a interpretação das normas jurídicas²⁰⁵.

As espécies de recursos são classificadas pela doutrina em “ordinários” e “extraordinários”²⁰⁶. Esta classificação leva em conta o objetivo imediato tutelado pelo recurso. Os recursos “ordinários” visam proteger o direito subjetivo dos recorrentes e os recursos “extraordinários” tutelam o direito objetivo²⁰⁷.

Nesta senda, são apontados como recursos “ordinários”: o recurso de apelação, o agravo de instrumento e o recurso ordinário constitucional. Eles permitem uma ampla revisão da decisão impugnada, seja referente à matéria de fato ou à matéria de direito.

Já as espécies classificadas como recursos “extraordinários” são: o recurso extraordinário, o recurso especial e o recurso de embargos de divergência. O caráter

²⁰⁴ JORGE, *op. cit.*, p. 45.

²⁰⁵ Jorge aponta que “o próprio Estado muitas vezes cria recursos voltados unicamente para o próprio aperfeiçoamento da aplicação das leis, de modo que prevaleça a melhor interpretação da norma controvertida, tais como o recurso especial (art. 105, III, da CF/1988), o recurso extraordinário (art. 102, III, da CF/1988) e os embargos de divergência (art. 1.043 do CPC/2015). O direito subjetivo, em tais casos, é colocado em plano secundário, dando-se importância somente ao direito objetivo previsto em nosso sistema. (*Ibid.*, p. 45.)

²⁰⁶ As expressões “ordinários” e “extraordinários” foram colocadas entre aspas para que não ocorra uma confusão com as espécies de recurso que possuem a mesma denominação da classificação, como é o caso do recurso ordinário constitucional e do recurso extraordinário.

²⁰⁷ JORGE, *op. cit.*, p. 53.

“extraordinário” destes recursos é que a pretensão recursal tutela imediatamente o direito objetivo, sendo que o interesse particular do recorrente é secundário ou objetivo mediato. Tais recursos permitem somente a revisão de matéria de direito²⁰⁸.

De toda sorte, os recursos proporcionam benefícios para toda a sociedade, pois, com a uniformização da interpretação do direito objetivo dada pelos Tribunais no julgamento dos recursos, é estabelecido um tratamento igualitário a casos idênticos ou semelhantes, respeitando o postulado constitucional de igualdade.

A preocupação do legislador em resolver e em estabelecer padrões de decisões decorre da realidade enfrentada pelo Poder Judiciário do nosso país, conforme apontado por Theodoro Júnior, Nunes, Bahia:

Especialmente em face da ampliação da agenda do sistema jurisdicional brasileiro, sabe-se que não é possível, na atualidade, esquecer que a ciência jurídica (e processual) precisa lidar, de modo a viabilizar uma aplicação legítima e eficiente, com três tipos de litigiosidade: (a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo e dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões e ameaças a direito isoladas; (b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do Ministério Público, Associações representativas etc.); e (c) em massa ou de alta intensidade: que dá margem a propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.²⁰⁹

O legislador, diante da constatação da importância dos recursos para o restabelecimento de uma unidade interpretativa decorrente da multiplicidade de entendimento que podem surgir diante da incidência de uma norma jurídica, reconheceu ao recurso um novo papel no ordenamento jurídico, qual seja, o de ser instrumento para viabilizar padrões decisórios.

Para que o recurso pudesse desempenhar este papel de formação de padrões decisórios, reforçando a importância dos precedentes como fonte da aplicação do direito, o novo Código de Processo Civil, na regra disposta no artigo 927, reconheceu como dever dos Tribunais o de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente²¹⁰.

²⁰⁸ Os enunciados nº 7 e 279, respectivamente, da jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, vedam a utilização de recurso especial e extraordinário para o reexame de prova.

²⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dirle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 189, out. 2010, p. 22.

²¹⁰ O dever de integridade e coerência “se ligam umbilicalmente à concepção teórica de Ronald Dworkin, que ensinou que o intérprete deve analisar o Direito como um romance em cadeia, atento às virtudes da integridade e coerência, de modo a decidir o novo caso diante de si, como parte de um complexo empreendimento em cadeia do qual os capítulos passados (julgados passados e entendimentos doutrinários) devem ser levados em consideração para que se escreva um novo capítulo, em continuidade, que o respeite ou o supere, com coerência.

A importância do recurso no sistema de precedente é destacada por Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron ao sustentarem que “uma de nossas características peculiares é a que permite, mediante a técnica recursal, o julgamento para a formação de precedentes”²¹¹. Apontam que “esta dimensão dos recursos ganha nova importância no atual contexto de convergência dos modelos de *common law* e *civil law* no Brasil, em que assistimos paulatinamente o reforço da importância dos ‘precedentes’ como fonte de aplicação do direito”²¹².

A relevância dos recursos para o fortalecimento do sistema de precedentes fez com que o legislador desse a *ratio decidendi* – fundamento normativo da solução dada para o julgamento de determinados recursos – eficácia vinculante em relação aos casos supervenientes que vierem a ser julgados pelos Poder Judiciário.

O artigo 927 do Código de Processo Civil, ao estabelecer quais são os precedentes que deverão obrigatoriamente ser considerados pelos magistrados em suas decisões, incluem procedimentos cujo julgamento de recursos serão determinantes para o estabelecimento de padrões decisórios, tais como: a) os enunciados de súmula vinculante surgidos do julgamento de recurso extraordinário; b) os acórdãos de julgamento de recurso especial e extraordinário decorrentes do incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas; c) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, surgidos no julgamento de recurso especial e extraordinário; d) as orientações do plenário ou do órgão especial no julgamento de recursos que lhe competirem²¹³.

Theodoro Júnior, Nunes e Bahia explicam que a inovação estabelecida pelo legislador decorre de experiências anteriores na tentativa de estabelecer uma padronização decisória viável para o nosso sistema judiciário. Nesse ponto, mostra-se oportuna a transcrição do raciocínio construído pelos processualistas:

Desde já algum tempo as reformas têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência a todo custo. O suposto é que seja possível estabelecer “standards

É dizer, para ele a interpretação do Direito é construtiva: a decisão, ao mesmo tempo em que foi uma resposta aos postulantes elaborada por um grupo em certo período, é também produto de várias mãos e dá continuidade (sem ruptura) àquela construção referida. (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *op. cit.*, p. 351-352)

²¹¹ *Ibid.*, p. 346.

²¹² *Ibid.*, p. 332.

²¹³ O enunciado 327 do Fórum de Processualistas estabeleceu que “os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual. O V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, ocorreu nos dias 01, 02 e 03 de maio de 2015, sob a coordenação de Fredie Didier Jr. (coordenação geral) e Rodrigo Mazzei (coordenação local).

interpretativos” a partir do julgamento de alguns casos: um Tribunal de “maior hierarquia”, diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tomando-lhes apenas o “tema” a “tese” subjacente. Definida a tese, todos os demais casos serão julgados com base no que foi pré-determinado; para isso, as especificidades destes novos casos também serão desconsideradas para que se concentre apenas na “tese” que lhes torna idênticos aos anteriores.²¹⁴

Desta forma, o sistema vinculante de precedentes judiciais, mediante pronunciamentos judiciais oriundos do julgamento de recursos, adotado pelo novo Código de Processo Civil, veio para aprimorar a interpretação do ordenamento jurídico, trazendo segurança jurídica, celeridade processual, uniformização das decisões para casos análogos e estabilidade, através de decisões íntegras e coerentes, proferida em contraditório cooperativo.

²¹⁴ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA, *op. cit.*, p. 22.

4 INOVAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS

O capítulo em questão tem por objetivo verificar a compatibilidade do sistema recursal do novo Código de Processo Civil com o Direito Processual Coletivo Comum. Dedicar-se, ainda, a trazer as inovações recebidas no direito de recurso em decorrência da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2016, que instituiu um novo Código de Processo Civil, no sistema de admissibilidade dos recursos. Desta feita, serão analisados os aspectos inovadores sobre o juízo de admissibilidade dos recursos e sobre a competência para sua realização.

4.1 Aplicação do sistema recursal do novo Código de Processo Civil no microsistema de direito processual coletivo comum

O direito processual coletivo comum é informado pela Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e, ainda, por outros diplomas reservados à garantia de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) e a Lei do Mandado de Segurança (Lei n.º 12.016/09).

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública estabelecem normas de superdireito processual coletivo comum. Estes dois diplomas formam um microsistema normativo integrado de direito processual coletivo comum, que é fundamental para a tutela jurisdicional coletiva.²¹⁵

A integração de normas processuais que formam o microsistema de direito processual coletivo comum decorre do artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública²¹⁶.

Almeida comenta sobre a incompatibilidade das normas do processo civil individual com o processo coletivo:

A filosofia que constitui os referidos diplomas legais é totalmente incompatível com o fenômeno denominado de coletivização do processo.

²¹⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**: Um novo ramo do direito processual. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 582-584.

²¹⁶ O artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor prevê que “aplicam-se às ações previstas neste título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições. Já o artigo 20 da Lei de Ação Civil Pública reporta a aplicação no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, para defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais.

Em razão disso, foram criadas formas próprias e específicas de tutela jurisdicional coletiva, visando justamente resolver os conflitos coletivos em relação aos quais o CPC era impróprio, como ainda o é.²¹⁷

No âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também existe o reconhecimento de que o artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública e o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor possibilitaram o surgimento do denominado microssistema ou minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso.²¹⁸

A ausência de uma codificação da legislação de direito processual coletivo comum permite que todas as normas que disciplinam a aplicação de direitos coletivos formem um único sistema interligado de proteção dessas espécies de direitos (difusos, coletivos e individuais homogêneos).²¹⁹

Ocorre que a legislação de normas processuais do direito processual coletivo comum carece de um modelo recursal próprio, diferente daquele estabelecido no Código de Processo Civil. Isto não significa que estes diplomas vedem a utilização de recursos em face das decisões proferidas dentro do processo coletivo, vez que a opção do legislador foi de utilizar o sistema recursal referente à solução dos conflitos individuais.

Assim, o microssistema de direito processual coletivo adota o modelo recursal estabelecido no Código de Processo Civil, pois existe, neste aspecto, o atendimento da exigência da compatibilidade necessária para a aplicação subsidiária das normas do aludido *codex* ao processo coletivo:

Todavia, tanto a LACP (art. 19), quanto o CDC (art. 90) preveem a aplicabilidade subsidiária do CPC. Entretanto, para que isso ocorra, deve existir dupla compatibilidade, formal (inexistência de disposição legal sobre a matéria no direito processual civil coletivo comum) e material (a regra do CPC só será aplicável se não ferir o espírito do direito processual coletivo comum) e, portanto, não colocar em risco a efetivação da tutela jurisdicional coletiva adequada. Se colocar em risco a efetividade do respectivo direito coletivo tutelado, essa aplicabilidade deverá ser rechaçada pelo operador do direito. Com efeito, observa-se que a aplicabilidade subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum é limitada.²²⁰

A título de exemplo de quando esta incompatibilidade material afasta a aplicação das disposições do sistema recursal do processo individual no processo coletivo, há o artigo

²¹⁷ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 583.

²¹⁸ REsp 1098669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 04/11/2010, **DJe** 12 nov. 2010.

²¹⁹ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: Principais Aspectos. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010, p. 220.

²²⁰ ALMEIDA, *op. cit.*, p. 583.

14 da Lei de Ação Civil Pública, o artigo 85 do Estatuto do Idoso e o artigo 198, VI, do Estatuto da Criança e do Adolescente, que estabelecem como regra que, nas ações coletivas, os recursos não terão efeito suspensivo automático, ou seja, decorrente da mera interposição, mas somente quando ficar constatada a probabilidade de ocorrência de dano irreparável à parte.

Embora o novo Código também tenha adotado esta regra no artigo 995 para o sistema recursal, no caso do recurso de apelação o efeito suspensivo é *ope legis*, o que não se compatibiliza com a tutela jurisdicional coletiva. Neste ponto, a orientação do processo individual para o recurso de apelação contra sentença proferida em processo coletivo fica afastada.

Os recursos cabíveis, seus pressupostos de admissibilidade, o procedimento para processamento e julgamento, bem como outros aspectos inerentes ao exercício do duplo grau de jurisdição não constam do microssistema de direito processual coletivo comum que disciplina a tutela coletiva em nosso ordenamento jurídico.

A opção do legislador também é registrada por Zavaski ao mencionar que “quanto aos múltiplos aspectos não disciplinados no procedimento especial da ação coletiva, eles devem ser colmatados pela aplicação da lei geral, o Código de Processo Civil, o que, aliás, também está determinado pelo art. 19 da Lei 7.347/85 e pelo art. 90 da Lei 8.078/90”²²¹.

Assim, com base no art. 90 do Código de Defesa do Consumidor e no art. 19 da Lei de Ação Civil Pública, aplica-se ao processo coletivo, em linhas gerais, o sistema recursal do Código de Processo Civil²²².

Quanto à aplicabilidade do sistema de recursos do Código de Processo Civil ao processo coletivo, preleciona Mazzilli:

Ora, nas ações civis públicas ou coletivas, os recursos serão os do Código de Processo Civil, sendo que, para recorrer, é preciso ter interesse e legitimidade. Registre-se que o prazo especial de 10 dias, previsto no art. 198, II, ECA, só se aplica aos procedimentos dos arts. 152 e 197 do mesmo estatuto, mas não às ações civis públicas para defesa de direitos relacionados com a proteção de crianças e adolescentes, porque, quanto a estas, os recursos e os prazos também são aqueles da lei processual civil em geral (ECA, art. 212, §1º). [...] Não é, porém, em tudo que o sistema recursal do Código de Processo Civil se aplica, quando se cuide de ações civis públicas ou coletivas. Algumas peculiaridades existem e devem ser levadas em conta, e são por expresse indicadas na LACP, como a disciplina do agravo contra

²²¹ ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 178.

²²² GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Curso de Direito Processual Civil Coletivo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 203.

decisão liminar, ou o efeito suspensivo que pode ser concedido pelo próprio juiz a qualquer recurso interposto em ação civil pública ou coletiva.²²³

Do mesmo modo, leciona Leonel ao apontar que “o processo coletivo se vale da sistemática recursal do Código de Processo Civil, com pequenas modificações da legislação específica”²²⁴.

O diploma processual para solução de conflitos individuais foi modificado pela Lei n.º 13.105 de 16/03/15, instituidora do novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor no dia 18/03/16²²⁵. Verifica-se que o novo Código de Processo Civil apresenta diversas modificações nos pressupostos e no juízo de admissibilidade dos recursos, que influenciarão diretamente no processo coletivo.

Logo, faz-se necessário verificar a compatibilidade das alterações promovidas no sistema recursal do novo Código de Processo Civil com o processo coletivo, especialmente no que tange aos pressupostos e ao juízo de admissibilidade.

4.2 Juízo de admissibilidade nos recursos

O recurso, conforme tratado no capítulo anterior, permite um novo exame da matéria tratada em uma decisão judicial, dentro da mesma relação jurídica processual em que esta for prolatada.

Para que o Poder Judiciário possa realizar este novo exame da matéria envolvida na decisão judicial impugnada, é preciso que o legitimado exerça regularmente o direito de recorrer, na forma estabelecida pelo legislador.

No recurso existe uma dualidade de perspectivas, conforme orienta Moreira:

(a) em relação ao seu *fundamento*, determinante do *sentido* em que o órgão *ad quem* proferirá a nova decisão sobre a matéria; (b) em relação a própria idoneidade para legitimar, na instância subsequente, o pleno exercício da atividade judicial. À perspectiva (a) corresponde o juízo de mérito; à perspectiva (b), o juízo de admissibilidade, preliminar àquele.²²⁶

²²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo:** meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 553-554

²²⁴ LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 394.

²²⁵. O texto do novo Código de Processo Civil foi finalmente aprovado no Congresso Nacional em 17 dez. 2014, e promulgado pela Presidente da República, com vetos, em 16 mar. 2015.

²²⁶ MOREIRA, *op. cit.*, p. 107-108.

O exercício do direito de recurso possui semelhança com o exercício do direito de ação. Em ambas as situações, existe um pedido de prestação de tutela jurisdicional. Se no exercício do direito de ação a parte não observar as condições estabelecidas pelo legislador, tais como legitimidade e interesse, o juiz fica impedido de analisar o mérito da ação. No recurso, se também não ficar comprovada a presença dos pressupostos previstos pelo legislador para o seu regular exercício, o Tribunal não poderá reexaminar a decisão impugnada, não sendo analisado o mérito do recurso.

Wambier, em obra destinada ao assunto, prescreve:

Sem medo de errar, pode-se fazer uma analogia entre o mecanismo que há entre os pressupostos de admissibilidade do julgamento da lide (que são especificamente, os pressupostos processuais e as condições da ação) e o mérito da ação, e as condições de admissibilidade de um recurso e o mérito de um recurso²²⁷.

A mencionada comparação não ocorre por acaso. Jorge explica que “sendo o recurso o prolongamento do direito de ação e defesa, não há como deixar de reconhecer a correlação existente entre as condições da ação e os requisitos de admissibilidade do recurso”.²²⁸

No recurso, as condições impostas pelo legislador para que possa ocorrer o reexame da decisão judicial impugnada recebe a denominação de requisitos de admissibilidade.²²⁹

A partir dessas considerações, podemos visualizar que no julgamento do recurso não ocorre somente o reexame da matéria impugnada na decisão, vez que é necessário também uma análise quanto à presença dos requisitos de admissibilidade do recurso.

Moreira, referindo-se ao juízo de admissibilidade e ao juízo de mérito do recurso, explica que o julgamento do recurso ocorre em dois níveis distintos:

Assim, a atividade cognitiva do órgão judicial, com referência ao recurso, igualmente se vê solicitada em dois níveis distintos: um em que se situa a controvérsia de fundo – coincidente ou não com a agitada na instância inferior -, e outro em que se apura a existência ou inexistência dos requisitos necessários para a apreciação da mencionada controvérsia. Este plano é, ao menos logicamente, anterior àquele, e há sempre a possibilidade de que o conhecimento se detenha ao primeiro crivo, sem passar ao segundo; tal como se alude ao princípio da

²²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.150.

²²⁸ JORGE, *op. cit.*, p. 74.

²²⁹ Existem diversas variações a respeito da terminologia dos requisitos legais para o exercício do direito de recorrer, contudo, ela não altera a compreensão do seu conteúdo. A denominação “requisitos de admissibilidade” é acolhida por: JORGE, *op. cit.*, p. 75; NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 265. Entendendo se tratar de “condições de admissibilidade”: ASSIS, *op. cit.*, p. 149; WAMBIER, *op. cit.*, p. 150. Tratando como “requisitos de admissibilidade” e “pressupostos de admissibilidade”: MOREIRA, *op. cit.*, p. 100-113.

inadmissibilidade das ações inviáveis, pode-se aqui aludir ao princípio da inadmissibilidade dos recursos inviáveis.²³⁰

Somente com o preenchimento de todos os requisitos de admissibilidade do recurso, o órgão *ad quem* pode realizar um juízo de mérito recursal, analisando os vícios impugnados pelo recorrente na decisão judicial.

Na praxe forense, desenvolveu-se nomenclatura para identificação do resultado verificado no julgamento ocorrido no juízo de admissibilidade e no juízo de mérito. O juízo de admissibilidade positivo do recurso permite o seu “conhecimento” pelo órgão que possui competência recursal. A constatação da ausência de um ou de mais requisitos de admissibilidade impede o órgão recursal de analisar a impugnação, indicando o “não conhecimento” do recurso.

Já no juízo de mérito, o acolhimento da pretensão recursal indicará que o recurso foi “provido”, que a finalidade pretendida pela parte com o recurso foi atingida. Entretanto, se a parte não consegue reformar, invalidar, integrar ou esclarecer a decisão judicial, o seu recurso será considerado “não provido” ou “improvido”.

Deste modo, verifica-se que “o juízo de admissibilidade dos recursos antecede lógica e cronologicamente o exame do mérito. É formado por questões prévias. Estas questões prévias são aquelas que devem ser examinadas necessariamente antes do mérito”.²³¹

As questões prévias em matéria de processo são o gênero que engloba as prejudiciais e as preliminares. As questões preliminares, ao contrário das prejudiciais, não têm o condão de influenciar no próprio julgamento da questão prejudicada. A solução das questões preliminares limita-se a tornar admissível ou não o julgamento da questão seguinte.²³²

Neste ponto, oportuna a transcrição do raciocínio construído por Jorge:

O juízo positivo de admissibilidade não influencia em nada o julgamento do mérito desse recurso; apenas propicia a sua apreciação. Tal assertiva vale para todos os requisitos de admissibilidade. Veja-se, por exemplo, que quando no juízo de admissibilidade declara-se que o recurso é tempestivo, ou que o recorrente possui legitimidade para recorrer, essa decisão não influencia no acolhimento e julgamento das razões expostas nesse mesmo recurso.²³³

²³⁰ MOREIRA, *op. cit.*, p. 99.

²³¹ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 239.

²³² JORGE, *op. cit.*, p. 76.

²³³ *Ibid.*, p. 77.

Os requisitos de admissibilidade do recurso são questões prévias da espécie “preliminares”, que devem ser analisadas e julgadas antes do mérito, sendo que a consequência da constatação da ausência de um ou de mais requisitos de admissibilidade é o impedimento do órgão recursal para a análise da irresignação apresentada pelo recorrente. Ao contrário, se for positiva a análise dos requisitos de admissibilidade, o julgamento da impugnação apresentada por meio do recurso será realizado pelo órgão *ad quem*.

4.3 Natureza jurídica do juízo de admissibilidade no novo Código de Processo Civil

A verificação da natureza jurídica da decisão que realiza o juízo de admissibilidade dos recursos é de extrema importância para se identificar o momento em que transitou em julgado a decisão impugnada e, conseqüentemente, qual será o termo inicial para a contagem do prazo para a propositura de eventual ação rescisória, especialmente quando o juízo de admissibilidade for negativo.

Na doutrina pátria não existe consenso quanto à natureza jurídica do provimento jurisdicional que analisa os requisitos de admissibilidade do recurso, conforme foi identificado por Paiva:

[...] para a maioria, tratar-se-ia de um juízo declaratório, tanto no caso de ser positiva a admissibilidade, quanto no caso de ser negativa, com o conseqüente efeito *ex tunc* típico de pronunciamentos dessa natureza; para minguada, mas nem por isso menos autorizada doutrina, o juízo de admissibilidade positivo seria declaratório (aqui, portanto, concordam com a doutrina majoritária) e o juízo de admissibilidade negativo seria constitutivo negativo, com o conseqüente efeito *ex tunc* daí decorrente.²³⁴

A corrente majoritária²³⁵ firmou entendimento²³⁶ segundo o qual o juízo de admissibilidade dos recursos tem natureza declaratória e, como regra, eficácia *ex tunc*:

O juízo de admissibilidade, seja ele positivo ou negativo, tem natureza declaratória. Quando o juiz ou o tribunal declara admissível ou inadmissível um recurso, nada mais faz do que afirmar situação preexistente. Não o conhecendo porque interposto além do prazo fixado na lei, o tribunal afirma que, quando o recorrente interpôs, já havia decorrido o prazo para fazê-lo. E isto ocorre com qualquer dos pressupostos de admissibilidade do recurso. A decisão sobre a admissibilidade, seja positiva ou

²³⁴ PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. Juízo de Admissibilidade recursal: natureza e efeitos. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 37, n. 210, p. 57-80, ago. 2012, p. 59.

²³⁵ Esta corrente é influenciada pelos estudos de José Carlos Barbosa Moreira em tese para o concurso de livre-docência para então Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara.

²³⁶ MOREIRA, *op. cit.*, p. 195.

negativa, tem eficácia *ex tunc*. Na hipótese de o juízo de admissibilidade ser negativo, essa decisão retroage à data do fato que ocasionou o não conhecimento.²³⁷

Ocorre que o entendimento majoritário depõe contra o jurisdicionado, que pode ficar anos aguardando pelo juízo de admissibilidade que, caso tenha natureza declaratória e efeito *ex tunc*²³⁸, retroagirá à data que escoou o prazo para interposição do recurso inadmitido, podendo ficar a parte impedida de ajuizar a competente ação rescisória se o juízo negativo de admissibilidade tiver superado o prazo bienal de decadência.

Medina e Wambier apresentam fundamentos contrários à corrente identificada como majoritária, explicando que:

Esta, contudo, não é nossa opinião. Segundo nosso entendimento, o prazo para ajuizamento de ação rescisória não tem curso enquanto não julgado o recurso interposto – ainda que este recurso, ao final, não seja conhecido -, pois, enquanto tramitar o recurso, haverá litispendência. Para aqueles que sustentam opinião segundo a qual a coisa julgada ocorre no momento em que foi proferida a decisão, cujo recurso não foi admitido, cria-se situação iníqua, pois a parte está de mãos atadas enquanto tramita o recurso. Fosse adotada essa tese, se a tramitação do recurso durar mais de dois anos, quando sobrevier a decisão de inadmissibilidade, o prazo para a ação rescisória já se terá escoado, pois só neste momento é que se virá a saber que, na verdade, terá sido a decisão recorrida que transitou em julgado.²³⁹

No mesmo sentido, sustenta Jorge:

No entanto, apesar de não deixarmos de reconhecer a natureza declaratória do juízo de admissibilidade do recurso, não podemos simplesmente concordar que o mesmo sempre possui efeito *ex tunc*. [...] A realidade brasileira não permite a aplicação pura e simples do efeito *ex tunc* ao juízo de admissibilidade dos recursos. Assim, mesmo que não venha a ser admitido, a simples interposição do recurso terá o condão de evitar o trânsito em julgado da sentença, em razão do efeito *ex nunc* que deverá ser atribuído à decisão de inadmissibilidade.²⁴⁰

O entendimento doutrinário identificado como minoritário teve acolhimento pelo Superior Tribunal de Justiça²⁴¹, originando o enunciado nº 401 de sua jurisprudência

²³⁷ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p.260-261.

²³⁸ Segundo Nery Júnior, “o recurso não conhecido, por lhe faltar alguma das condições de admissibilidade, faz com que se tenha a decisão impugnada como transitada em julgado no momento em que se verificou a causa do não conhecimento do recurso (eficácia *ex tunc*), e não no momento em que o tribunal *ad quem* proferiu o juízo negativo de admissibilidade. (*Ibid.*, p. 260-261.)

²³⁹ MEDINA; WAMBIER, *op. cit.*, p. 79-81.

²⁴⁰ JORGE, *op. cit.*, p. 83.

²⁴¹ AgRg da AR 3.799-RN (3ª S, 27.08.2008 – DJe 19.09.2008); AgRg no Ag 980.985-RJ (5ª T, 21.08.2008 – DJe 15.09.2008); AR 1.337-GO (3ª S, 22.10.2008 – DJe 17.02.2009); AR 3.378-SP (1ª S, 13.08.2008 – DJe 08.09.2008); EREsp 341.655-PR (CE, 21.05.2008 – DJe 04.08.2008); EREsp 404.777-DF (CE, 03.12.2003 – DJ 11.04.2005); EREsp 441.252-CE (CE, 29.06.2005 – DJ 18.12.2006); REsp 543.368-RJ (2ª T, 04.05.2006 – DJ 02.06.2006); REsp 639.233-DF (1ª T, 06.12.2005 – DJ 14.09.2006); REsp 765.823-PR (2ª T, 27.03.2007 –

sumulada, indicando que o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

A posição infirmada pela doutrina consolidada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inspirou o legislador que positivou, no artigo 975, que o direito para propor ação rescisória decai em dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.²⁴²

Com a inovação perpetrada pelo Código de Processo Civil, podemos afirmar que “a decisão acerca do juízo de admissibilidade tem natureza declaratória. Entretanto, no direito brasileiro, os respectivos efeitos operam *ex nunc*. E isso para não comprometer a nitidez e precisão do termo inicial do prazo da rescisória”.²⁴³

4.4 Alteração da competência para realização do juízo de admissibilidade dos recursos

No novo Código de Processo Civil, o juízo de admissibilidade e de mérito é realizado somente pelo órgão que possui competência recursal. No Código de 1973, o juízo de admissibilidade dos recursos, em regra, era realizado pelo órgão prolator da decisão recorrida (*a quo*) e pelo órgão com competência recursal (*ad quem*)²⁴⁴.

Não foi simplesmente o fato do recurso ser interposto no órgão prolator da decisão recorrida que levou o legislador no passado a autorizar o órgão *a quo* a realizar o juízo de admissibilidade do recurso. Segundo Barbosa Moreira, o que orientava o legislador a atribuir o juízo de admissibilidade dos recursos no órgão *a quo* era a busca pela economia processual, que dispensava o Tribunal de examinar casos em que o recurso era manifestamente inadmissível:

[...] à evidente vantagem que existe em evitar-se, mediante controle prévio, o funcionamento vão das camadas superiores do aparelho judiciário. Se o pedido de novo julgamento se reveste de características tais que tornem manifestamente impraticável o reexame da decisão impugnada, tudo aconselha a que se corte na raiz a pretendida extensão do processo.²⁴⁵

DJ 10.09.2007); REsp 841.592-DF (1ª T, 07.05.2009 – DJe 25.05.2009); REsp 968.227-BA (2ª T, 16.06.2009 – DJe 29.06.2009).

²⁴² O *caput* do artigo 975 do novo Código de Processo Civil, *in verbis*: “O direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo.”

²⁴³ ASSIS, *op. cit.*, p. 132.

²⁴⁴ O artigo 518 do Código de 1973 regulamentava no recurso de apelação que o juiz realizaria a admissibilidade no momento que tomasse conhecimento do recurso, e outro seria realizado após o recorrido oferecer sua resposta. Sendo positivo este exame de admissibilidade, ele seria realizado pelo relator, que caso levasse a matéria ao órgão colegiado, este realizaria um novo juízo de admissibilidade.

²⁴⁵ MOREIRA, *op. cit.*, p. 77.

Nery Júnior, admitindo que o Código de 1973 regulamentava a análise da admissibilidade pelo órgão *a quo*, manifestava entendimento de que a competência já era do órgão *ad quem*:

A competência para o juízo de admissibilidade dos recursos é do órgão *ad quem*. Ao tribunal destinatário cabe, portanto, o exame definitivo sobre a admissibilidade do recurso. Ocorre que, para facilitar os trâmites procedimentais, em atendimento ao princípio da economia processual, o juízo de admissibilidade é normalmente diferido ao juízo *a quo* para, num primeiro momento, decidir provisoriamente sobre a admissibilidade do recurso. De qualquer sorte, essa decisão do juízo *a quo* poderá ser modificada pelo tribunal, a quem compete, definitivamente, proferir o juízo de admissibilidade recursal, não se lhe podendo retirar esta competência.²⁴⁶

O posicionamento do processualista não encontra amparo nem no Código de Processo Civil de 1973 e nem no Código de 2015. Primeiro, porque no Código de 1973, caso o juízo de admissibilidade fosse negativo e a parte não oferecesse recurso de agravo de instrumento ou este não fosse admitido, o juízo definitivo de admissibilidade era realizado no órgão *a quo*. Segundo, porque o Código de Processo Civil de 2015 eliminou, como regra, o juízo de admissibilidade do órgão *a quo*, passando ele a ser realizado somente no órgão *ad quem*.

Necessário admitir que a doutrina entende da mesma forma que Nery Júnior²⁴⁷, no sentido de que o juízo de admissibilidade do órgão *a quo* sempre seria provisório. O entendimento era de que a admissibilidade definitiva seria sempre realizada pelo órgão *ad quem*²⁴⁸, que ficava livre para apreciar os requisitos de admissibilidade, o que ocorreria se fosse positivo o juízo de admissibilidade realizado pelo órgão *a quo* - situação em que poderia confirmar ou revogar a decisão de admissibilidade -, ou mediante recurso de agravo de instrumento que possibilitaria o reexame da decisão que realizou juízo de admissibilidade negativo na instância inferior.

A confusão da doutrina majoritária reside na compreensão equivocada da tese de Moreira, para quem “em relação a qualquer recurso, pelo menos a questão da admissibilidade não pode jamais ser subtraída à apreciação do órgão *ad quem*”.²⁴⁹

O que indicava Moreira era que a decisão de admissibilidade realizada pelo órgão *a quo*, como ocorria com os demais pronunciamentos judiciais sujeitos a recurso, era sempre passível de controle por outro órgão. A título de exemplo, o fato de uma sentença que julga o

²⁴⁶ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 241.

²⁴⁷ ASSIS, *op. cit.*, p. 133. JORGE, *op. cit.*, p. 83.

²⁴⁸ JORGE, *op. cit.*, p. 80.

²⁴⁹ MOREIRA, *op. cit.*, p. 184.

mérito de uma ação ser passível de recurso não lhe retira o caráter de definitiva, pois poderia incidir a preclusão para sua discussão caso ela não fosse submetida a recurso, ou se fosse submetida a recurso que não fosse conhecido.

Contudo, a nova legislação de processo rompeu com o sistema de admissibilidade no órgão *a quo* praticado pelo Código de 1973, atribuindo a admissibilidade dos recursos ao órgão que possui competência para reexaminar a decisão. O órgão *a quo* ficou somente com o dever de receber a petição do recurso e facultar à parte contrária a possibilidade de apresentação de resposta, sendo o recurso encaminhado para o órgão *ad quem* para realização do juízo de admissibilidade e juízo de mérito.

O que nos autoriza a afirmar a existência de um rompimento é a constatação efetuada por Moreira que a admissibilidade perante o órgão *a quo* já era assim no processo Romano e nas Ordenações Filipinas.²⁵⁰

A inovação promovida na competência para realização do juízo de admissibilidade é comentada por Mello:

O CPC/2015 inova ao extinguir o duplo juízo de admissibilidade a que se submete o recurso de apelação no regime do CPC/1973. Com efeito, em face do que literalmente dispõe o § 3º do art. 1.010 sob análise, a apelação será remetida ao Tribunal independentemente de juízo de admissibilidade realizado pelo órgão de primeiro grau, ao qual incumbirá, apenas, o recebimento da apelação, a intimação da parte recorrida para apresentação de contrarrazões e a remessa dos autos ao órgão recursal²⁵¹.

Constata-se que o novo Código estabeleceu, como regra geral, a admissibilidade do recurso pelo órgão que possui competência recursal, já que esta opção está evidenciada no recurso de apelação²⁵², de agravo de instrumento²⁵³, de agravo interno²⁵⁴, no recurso ordinário²⁵⁵, nos embargos de declaração²⁵⁶ e no agravo em recurso especial e extraordinário.²⁵⁷

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 182.

²⁵¹ MELLO, Rogério Licastro Torres de. Da apelação. *In*: WAMBIER, *op. cit.*, p. 2239.

²⁵² CPC/2015 Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterá: [...] § 3º Após as formalidades previstas nos §§ 1º e 2º, os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

²⁵³ CPC/2015 Art. 1.017. [...] § 3º Na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único.

²⁵⁴ CPC/2015 Art. 1.021. Contra decisão proferida pelo relator caberá agravo interno para o respectivo órgão colegiado, observadas, quanto ao processamento, as regras do regimento interno do tribunal [...] § 2º O agravo será dirigido ao relator, que intimará o agravado para manifestar-se sobre o recurso no prazo de 15 (quinze) dias, ao final do qual, não havendo retratação, o relator levá-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta.

²⁵⁵ Art. 1.028 [...] § 3º Findo o prazo referido no § 2o, os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior, independentemente de juízo de admissibilidade.

Verificou-se que, quando a admissibilidade era realizada no órgão *a quo*, o legislador observava o princípio da economia processual. No Código de 2015, a opção do legislador foi pelo princípio da razoável duração do processo, por dois motivos: a) evitar que o recurso interposto fique paralisado no órgão prolator da decisão recorrida, aguardando análise da admissibilidade; b) evitar a interposição de novo recurso contra a decisão do órgão *a quo* que realiza juízo negativo de admissibilidade.

Para Jorge, a economia processual preconizada pelo legislador no Código anterior era artificial, vez que o recorrente que tinha o seu recurso inadmitido pelo órgão prolator da decisão recorrida apresentaria um novo recurso para o órgão com competência recursal:

A circunstância de a parte sempre ter à sua disposição um recurso contra a decisão de inadmissão proferida pelo órgão *a quo*, bem com a inexistência de vinculação do órgão *ad quem* à decisão proferida pelo *a quo*, colocava em dúvida a pretendia economia processual – afinal o recorrente interporia o agravo e o tribunal poderia provê-lo, determinando o processamento da causa. Com a possibilidade de interposição do agravo e a liberdade conferida ao órgão *ad quem* de reformar a decisão de inadmissão do recurso haveria uma ‘falsa’ economia processual.²⁵⁸

Assis também identificou avanços na competência do juízo de admissibilidade realizado pelo órgão que possui competência recursal, contudo, também identificou inconveniência a ser suportada pelo recorrido nesta nova sistemática, que terá que aguardar a remessa do recurso para o tribunal inadmiti-lo, anotando que:

O projeto do novo CPC pretende consagrar novidade importante, prevendo a interposição e processamento da apelação no primeiro grau, mas reservando o juízo de admissibilidade para o segundo grau, o que elimina eventual agravo de instrumento contra o juízo negativo de admissibilidade proferido no primeiro grau, mas implica grave desperdício da atividade processual desenvolvida pelo recorrido. Nenhuma solução é isenta de inconvenientes.²⁵⁹

Ocorre que a admissibilidade dos recursos exclusivamente no órgão *ad quem* não agradou a todos os setores do Poder Judiciário. Em razão da insatisfação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 414/2015, apresentado pelo Senador Blairo Maggi, em 01/07/15, que

²⁵⁶ CPC/2015 Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias. § 1º Nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto, e, não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído em pauta automaticamente.

²⁵⁷ CPC/2015 Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos. [...] § 4º Após o prazo de resposta, não havendo retratação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente.

²⁵⁸ JORGE, *op. cit.*, p. 80.

²⁵⁹ ASSIS, *op. cit.*, p. 133.

provocou a alteração do novo Código de Processo Civil ainda na *vacatio legis*²⁶⁰, mantendo a admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário no órgão *a quo* e no órgão *ad quem*.²⁶¹

A justificativa apresentada no Projeto de Lei n.º 414/2015 levou em consideração a diminuição da carga de trabalho que o sistema do Código de 1973 possibilitava às cortes superiores:

É que a Lei 13.105/2015 foi promulgada retirando-se o filtro recursal que até então era realizado pela Presidência ou pela Vice-Presidência dos tribunais regionais federais e dos tribunais de justiça para o processamento do recurso especial ou extraordinário. Sabe-se que significativo número de processos que acabaram não subindo em razão deste juízo prévio de admissibilidade. Importante notar os dados estatísticos apurados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 2014/2015, que em um período aproximado de 16 meses foram proferidas aproximadamente 26 mil decisões negando seguimento aos recursos extremos. Dessas decisões, somente 17 mil foram objeto de agravo para os Tribunais Superiores, ocasião em que mais de 1/3 do volume de trabalho que seria destinado aos tribunais superiores foram estancados na origem, por opção da parte²⁶².

Para Jorge, a constatação do legislador é decorrente de sua própria falha durante a elaboração do novo Código de Processo Civil:

Era imprescindível, portanto, saber de antemão qual o percentual de recorribilidade dessas decisões, pois, dependendo da resposta – caso não seja muito acentuado – corre-se o risco real e concreto de os tribunais superiores terem a sua carga de trabalho ainda mais aumentada. Por outras palavras, o CPC/2015 poderá implicar em grande aumento na quantidade de recursos nos tribunais superiores.²⁶³

O legislador rapidamente percebeu que a missão institucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, atribuída pela Carta Magna de 1988, ficaria comprometida pela imposição da análise de admissibilidade de milhares de recursos excepcionais, tornando letra morta os filtros criados desde a emenda Constitucional 45/2004, furtando dos Ministros a energia que deve ser despendida para análise de violações e interpretações do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.

²⁶⁰ A Lei n.º 13.256 foi publicada no Diário Oficial da União em 05/02/16, entrando em vigor no dia 18/03/16, mesma data em que a Lei n.º 13.105, de 16/03/15, que institui o novo Código de Processo Civil entrou em vigor.

²⁶¹ A redação primitiva do novo Código, no *caput* do artigo 1.030, previa que “recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior”. O parágrafo único reforçava a existência do juízo de admissibilidade do recurso especial e extraordinário somente no órgão *ad quem* ao prever que “a remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade”.

²⁶² BRASIL. SENADO FEDERAL. PLS - Projeto de Lei do Senado nº 414 de 2015. 2015. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=122069>. Acesso em: 17 jul. 2015.

²⁶³ JORGE, *op. cit.*, p. 81.

Se é certo que a sistemática de juízo de admissibilidade exclusivo no órgão *ad quem* beneficia a celeridade²⁶⁴ nos recursos classificados como ordinários²⁶⁵, o mesmo não se pode dizer em razão dos recursos classificados como extraordinários²⁶⁶, pois carecem as Cortes Superiores de material humano suficiente para analisar de admissibilidade de todos os recursos interpostos em vinte e seis estados da federação e no Distrito Federal, incluindo processos da justiça comum, especializada e federal.

Deste modo, foi positiva a correção efetuada pelo legislador na admissibilidade do recurso especial e extraordinário, antes de entrar em vigor o novo Código de Processo Civil.

4.5 Proibição de decisão surpresa e o princípio da cooperação no juízo de admissibilidade

A imposição, pelo legislador, da observância de requisitos para o exercício do direito de recorrer os colocam no patamar de matéria de ordem pública, que pode ser conhecida mesmo sem qualquer manifestação das partes, em decorrência do interesse público que envolve a matéria.

O novo Código de Processo Civil trouxe importante inovação, prevendo que o conhecimento de matéria de ordem pública de ofício não pode preceder a manifestação de todos os sujeitos do processo a respeito da questão. O artigo 10 dispõe que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

O artigo 10 fica situado dentro das normas fundamentais do Código, tendo seus efeitos alcançado as disposições específicas do sistema recursal. No artigo 933, situado dentro do livro que trata dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais, o legislador atribui ao relator ou ao órgão colegiado a necessidade de intimação das partes toda vez que for constatada a existência de questão apreciável de ofício.²⁶⁷

²⁶⁴ Segundo a Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil, sua elaboração orientou precipuamente por cinco objetivos, dentre eles, simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal.

²⁶⁵ São apontados como recursos “ordinários” o recurso de apelação, o agravo de instrumento e o recurso ordinário constitucional. Eles permitem uma ampla revisão da decisão impugnada, seja referente a matéria de fato ou de direito.

²⁶⁶ As espécies de recursos classificados como “extraordinários” são: o recurso extraordinário, o recurso especial e o recurso de embargos de divergência.

²⁶⁷ Neste sentido, dispõe o Artigo 933: “Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias. § 1º Se a

Nery Junior, antes mesmo da consagração da regra no novo Código de Processo Civil, já entendia ser dever do juiz oportunizar às partes a possibilidade de manifestação antes de decidir questões examináveis de ofício em decorrência da garantia constitucional do contraditório. Neste sentido:

A proibição de haver *decisão-surpresa* no processo, decorrência da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de “terceira via”.²⁶⁸

O novo Código traz regra expressa que alcançou o sistema recursal “no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório”²⁶⁹.

O Brasil, ao aprimorar o exercício do contraditório no processo civil brasileiro, com a proibição de decisão surpresa, posiciona-se ao lado de outras legislações ocidentais, que buscam a legitimação dos pronunciamentos judiciais através da participação das partes na sua construção.^{270 271}

constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente. § 2º Se a constatação se der em vista dos autos, deverá o juiz que a solicitou encaminhá-los ao relator, que tomará as providências previstas no caput e, em seguida, solicitará a inclusão do feito em pauta para prosseguimento do julgamento, com submissão integral da nova questão aos julgadores”.

²⁶⁸ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 248.

²⁶⁹ Brasil. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010, p. 15.

²⁷⁰ Neste sentido, o *Codice di Procedura Civile Italiano*, em seu artigo 101 prevê que “*Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*”. (ITÁLIA. Regio Decreto nº 59, de 1940. **Codice di Procedura Civile**. Comma aggiunto dal comma 13 dell’art. 45, L. 18 giugno 2009, n. 69, con i limiti di applicabilità previsti dalle disposizioni transitorie di cui all’art. 58 della stessa legge. Disponível em: <<http://www.ipsoa.it/codici/cpc/11/t4>>. Acesso em: 01 maio 2016.

²⁷¹ Na mesma esteira da inovação legislativa brasileira, verificamos o aprimoramento do princípio do contraditório no Código de Processo Civil Português, que no seu artigo 3º, dispõe que “1 - O tribunal não pode resolver o conflito de interesses que a Ação pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição. 2 - Só nos casos excepcionais previstos na lei se podem tomar providências contra determinada pessoa sem que esta seja previamente ouvida. 3 - O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. (PORTUGAL. Lei nº 41, de 2013. **Código de Processo Civil Português**. p. 3518-3665. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 01 maio 2016).

Ademais, o artigo 6º do novo Código de Processo Civil consagrou o princípio da cooperação prevendo que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.²⁷²

Em decorrência do princípio da cooperação, adotado expressamente pelo novo *codex* processual, o relator, antes de considerar inadmissível o recurso, concederá o prazo de cinco dias ao recorrente, para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível.²⁷³

Neste passo, “existindo irregularidade no processo, capaz de ocasionar juízo negativo de admissibilidade do recurso, o recorrente tem o direito subjetivo de ser intimado pela relator para sanar a irregularidade, se sanável for”.²⁷⁴

O princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil é destacado por Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron:

Isso induz à assunção do processo como um *locus* normativamente condutor de uma comunidade de trabalho, na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação.²⁷⁵

A contaminação do texto do novo Código pelo princípio da cooperação repercutiu diretamente no sistema recursal, vinculando, inclusive o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do recurso especial e extraordinário, devem desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.²⁷⁶

Verifica-se que esta ideia de processo “comp participativo”²⁷⁷ impactou diretamente o direito de recorrer, ao possibilitar que deficiências técnicas decorrentes da defesa das partes, que impedem o juízo de mérito dos recursos, possam ser corrigidas por iniciativa do juiz.

²⁷² Nery Júnior verifica que o princípio da cooperação no novo Código de Processo Civil não é um ônus, mas um dever de todos aqueles que incidem no processo. O doutrinador registra que “a redação final deste dispositivo procurou explicitar a cooperação como princípio processual. E não se trata de colaboração no sentido de fornecer informações ou simplesmente não atuar com má-fé: todos – juízes e demais operadores do direito, auxiliares da justiça e partes – devem estar atentos para efetivamente atuarem de forma colaborativa uns com os outros, para que o processo alcance seu objetivo”. (NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 208).

²⁷³ O artigo 932, parágrafo único, preconiza que “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 5 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

²⁷⁴ NERY JÚNIOR; NERY, *op. cit.*, p. 1853.

²⁷⁵ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *op. cit.*, p. 70.

²⁷⁶ No artigo 1.029, § 3º existe previsão para que “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

²⁷⁷ Expressão adotada por Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron para denominar o princípio da cooperação/colaboração estabelecido no artigo 6º do novo Código de Processo Civil.

Segundo Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron, os processos alemão e italiano já colhiam os frutos da adoção do princípio da cooperação:

O poder do juiz de interrogar a parte para esclarecimento de questões de fato e de direito relevantes para a decisão cumpre dupla função no processo alemão e no italiano: (i) a de facilitar a obtenção de elementos de convencimento; e (ii) a de proporcionar uma assistência à parte débil, por meio do suprimento de uma eventual defesa deficiente. Como isso, melhor defesa para as razões do litigante débil, o que, em última análise, cumpre a técnica do “processo com finalidade social”, e promove aquilo que se costuma qualificar com “paridade real de armas”.²⁷⁸

A adoção do princípio da cooperação pelo novo Código de Processo Civil implica em benefícios para a tutela coletiva de direito, conforme anota Paulo Cezar Pinheiro Carneiro:

O princípio da cooperação não se limita aos participantes tradicionais do processo: autor e réu. Deve o juiz, sempre que necessário, especialmente nos processos cujo resultado possa alcançar um grande número de pessoas, permitir a intervenção de pessoas, órgãos ou entidades com interesse, ainda que indireto, na controvérsia.²⁷⁹

Com a adoção do princípio da cooperação no sistema recursal o novo Código, também fulmina a nefasta prática de jurisprudência defensiva, que visava diminuir o acervo de processos dos Tribunais, com a inadmissão de recursos por excesso de formalismo.

Para a doutrina, a criação pelos Tribunais de entendimentos rígidos para admissibilidade do recurso (jurisprudência defensiva) impedia que as partes pudessem usufruir de direitos fundamentais, o que é uma prática abominável no Estado Democrático de Direito. Nesse ponto, Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron estudaram o tema e constataram:

Exemplos nefastos como o da “jurisprudência defensiva” no campo recursal, rigor quase ‘ritual’ na análise de requisitos procedimentais, foram amplamente combatidos no Novo CPC, uma vez que tal modo de interpretar o sistema processual promove o impedimento da fruição plena de direitos (muitas vezes, fundamentais) e esvaziam o papel garantístico que o processo deve desempenhar na atualidade. O uso de tais expedientes com o único objetivo de diminuir a carga de processos pode até possuir uma justificativa instrumental, mas não se conforma aos ditames do modelo constitucional de processo próprio ao Estado Democrático de Direito. Para a diminuição do número de ações (ou seu peso sobre o bom funcionamento do Judiciário) o Novo CPC quer se valer de procedimentos democráticos e expostos ao contraditório, como o uso de precedentes ou o incidente de resolução de demandas repetitivas.²⁸⁰

²⁷⁸ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *op. cit.*, p. 84.

²⁷⁹ WAMBIER *et al.*, *op. cit.*, 2015, p. 71.

²⁸⁰ THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *op. cit.*, p. 84.

Freire também destaca o fato de o novo Código de Processo ter atacado a nefasta prática de “jurisprudência defensiva” adotada no Superior Tribunal de Justiça para impedir o conhecimento de recurso e, conseqüentemente, privar a parte do exercício de direito fundamental:

Vale, ainda, acrescentar que o Código de 2015 também ataca a jurisprudência defensiva de forma especificada, proibindo que o recurso não seja conhecido de plano quando, por exemplo: houver erro quanto ao preenchimento da guia do preparo; faltar o preparo (o recorrente poderá pagar o dobro e o recurso não será deserto); faltar alguma peça que deva acompanhar o agravo de instrumento; o recurso for interposto antes da abertura do prazo (chamado, ao tempo do Código de 1973, de “recurso prematuro”); e o recurso for interposto antes da publicação da decisão dos embargos de declaração (a Súmula 418 do STJ está superada pelo CPC de 2015).²⁸¹

O legislador, com as inovações promovidas, fortalece o princípio do contraditório, não como uma mera garantia formal de informação e de possibilidade de reação contra o julgamento de decisões, mas como uma garantia substancial de participação efetiva das partes, concomitantemente com o juiz, na construção dos provimentos jurisdicionais e da solução de mérito do conflito. Do mesmo modo, complementando o raciocínio até então desenvolvido, o legislador buscou também pela adoção do princípio da primazia da análise do mérito.

Esta possibilidade de participação de todos os sujeitos processuais na decisão que analisa a admissibilidade do recurso, decorrente de provocação pelo juiz das partes no processamento do recurso, contribui para evitar outros recursos sobre a questão diante da consideração prévia dos argumentos das partes no pronunciamento judicial.

A inovação também garante a plenitude do exercício do contraditório no processo, permitindo que todos os sujeitos do processo possam participar na construção dos pronunciamentos judiciais, dando legitimidade à tutela jurisdicional.

²⁸¹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Da ordem dos processos no Tribunal. In: WAMBIER *et al.*, *op. cit.*, p. 2090.

5 PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O SEU IMPACTO NO PROCESSO COLETIVO

Conforme verificado, no recurso, as condições impostas pelo legislador para que possa ocorrer o reexame da decisão judicial impugnada, recebem a denominação de “requisitos de admissibilidade”.²⁸²

Para a apresentação das modificações nos requisitos de admissibilidade do recurso no novo Código de Processo Civil e, conseqüentemente, de seus impactos no processo coletivo, será utilizada a classificação proposta por Moreira²⁸³, que divide os requisitos de admissibilidade do recurso em: pressupostos intrínsecos e pressupostos extrínsecos²⁸⁴.

Nery Júnior, levando em consideração a decisão judicial, esclarece o significado da classificação, uma vez que Moreira não trouxe, em sua obra, a explicação sobre o ponto de referência daqueles adjetivos:

Os pressupostos intrínsecos são aqueles que dizem respeito à decisão recorrida em si mesma considerada. Para serem aferidos, leva-se em consideração o conteúdo e a forma da decisão impugnada. De tal modo que, para proferir-se o juízo de admissibilidade, toma-se o ato judicial impugnado no momento e da maneira como foi prolatado. São eles o cabimento, a legitimação para recorrer e o interesse em recorrer. [...] Os pressupostos extrínsecos respeitam aos fatores externos à decisão judicial que se pretende impugnar, sendo normalmente posteriores a ela. Neste sentido, para serem aferidos não são relevantes dados que compõem o conteúdo da decisão recorrida, mas sim fatos a ela supervenientes. Deles fazem parte a tempestividade, a regularidade formal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e o preparo.²⁸⁵

Diferentemente de Moreira, Nery Júnior situou a inexistência de fato impeditivo ou extintivo como pressuposto extrínseco, vez que fatores como a renúncia, aquiescência ou desistência nada têm a ver com a decisão recorrida em si mesmo considerada.²⁸⁶ A opção não modifica o conteúdo do requisito de admissibilidade, apenas o verifica em ângulo diferente na classificação dos requisitos de admissibilidade em intrínsecos e extrínsecos.

²⁸² Existem diversas variações a respeito da terminologia dos requisitos legais para o exercício do direito de recorrer, contudo, ela não altera a compreensão do seu conteúdo. A denominação “requisitos de admissibilidade” é acolhida por: JORGE, *op. cit.*, p. 75; NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 265. Entendendo se tratar de “condições de admissibilidade”: ASSIS, *op. cit.*, p. 149; WAMBIER, *op. cit.*, p. 150. Tratando como “requisitos de admissibilidade” e “pressupostos de admissibilidade”: MOREIRA, *op. cit.*, p. 100-113.

²⁸³ MOREIRA, *op. cit.*, p. 113.

²⁸⁴ Esta classificação é adotada pela maioria dos estudiosos do sistema recursal brasileiro. Dentre eles: ASSIS, *op. cit.*, p. 149-150. DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivum, 2016, p. 107. JORGE, *op. cit.*, p. 111. MEDINA; WAMBIER, *op. cit.*, p. 91. NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 266.

²⁸⁵ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 266.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 366.

Assim, na classificação de Moreira, com a alteração proposta por Nery Júnior, os pressupostos intrínsecos consistem no cabimento, na legitimidade e no interesse em recorrer, e os pressupostos extrínsecos, na tempestividade, no preparo, na regularidade formal e na inexistência de fatos extintivo ou impeditivo do direito de recorrer.

Assim, esta classificação proposta por Nery Júnior possibilitará a abordagem dos novos institutos e procedimentos, e do aperfeiçoamento dos antigos, exigindo uma busca pelos fundamentos que foram adotados pelo legislador para sistematizar o sistema de recursos.

5.1 Pressupostos intrínsecos

5.1.1 Cabimento

Diante de um pronunciamento judicial decisório, a parte necessita identificar qual é o recurso previsto no ordenamento jurídico para promover sua impugnação. Esta relação entre o tipo de pronunciamento judicial e o tipo de recurso para a sua impugnação é denominada cabimento.

O pressuposto pode ser extraído dos princípios da taxatividade, adequação e unicidade, que orientam o nosso ordenamento jurídico. O recurso cabível é aquele previsto em lei (taxatividade), destinado (adequação) para impugnação (unicidade) do pronunciamento judicial.

Nery Júnior explica a relação que existe entre a recorribilidade e a adequação:

Quanto ao primeiro pressuposto, o *cabimento*, impende observar que o recurso precisa estar previsto na lei processual contra determinada decisão judicial, e, ainda, que seja o adequado para aquela espécie. Este dois fatores, a *recorribilidade*, de um lado, e a *adequação*, de outro, compõem o requisito de *cabimento* para a admissibilidade do recurso.²⁸⁷

As espécies de recursos cabíveis no novo Código de Processo Civil constam do rol do artigo 994²⁸⁸. O rol legal é taxativo, prevendo: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência.

²⁸⁷ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 267.

²⁸⁸ CPC/2015. Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.

Cada recurso serve para impugnação de uma determinada decisão ou vício. A utilização do recurso errado indica que a parte não preencheu o pressuposto de cabimento, o que acarreta o não conhecimento do recurso.

No sistema recursal brasileiro, para que a parte possa identificar qual é o recurso cabível será necessário verificar a natureza do pronunciamento judicial. É o que assevera Nery Júnior:

Para saber qual o recurso correto para atacar determinada decisão judicial deve-se levar em conta a *natureza* do ato que se pretende impugnar. A nossa lei empresta relevância somente ao conteúdo do ato, para fixar-lhe a natureza. É indiferente, pois, que se dê ao ato uma forma ou um nome determinado: se tiver conteúdo diverso daquela forma ou daquele nome, prevalece o conteúdo para a classificação do ato. Se o juiz, por exemplo denominou de “sentença” determinado pronunciamento, declarando no início “Vistos, etc.” e, no final, a usual expressão “declaro por sentença...”, mas, substancialmente, indeferiu uma prova pericial, este ato será decisão interlocutória, pois não colocou termo ao processo.²⁸⁹

A identificação da natureza jurídica do pronunciamento judicial sofreu um aprimoramento no novo Código, pois o legislador, desde a Lei n.º 11.232/05 vem tentando qualificar os atos decisórios pelo conteúdo e finalidade²⁹⁰.

O relevo desta identificação da natureza do pronunciamento judicial será determinante para que o sujeito possa identificar o recurso cabível. Por exemplo, se o pronunciamento tiver natureza de sentença, o recurso cabível é a apelação (artigo 1.009). Se tiver natureza de decisão interlocutória e esta estiver no rol do artigo 1.015, o recurso é o agravo de instrumento. E assim por diante²⁹¹.

Em comparação ao Código de 1973, o legislador excluiu das espécies recursais, o recurso de agravo retido e os embargos infringentes.

As decisões judiciais passíveis de questionamento por agravo retido passaram a ser impugnadas nas razões ou contrarrazões do recurso de apelação²⁹², flexibilizando o

²⁸⁹ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 272.

²⁹⁰ Segundo o artigo 203, §1º do novo Código, “sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. No §2º, o legislador indicou que decisão interlocutória “é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º”. O acórdão é indicado como “o julgamento colegiado proferido pelos tribunais”(artigo 204).

²⁹¹ Souza verifica que “é importantíssimo distinguir/definir cada um desses pronunciamentos judiciais. Antes de mais nada, porque o nosso direito processual permite, à parte que se sinta prejudicada com o pronunciamento judicial, interpor um recurso, em regra, a instâncias superiores. Os recursos, todavia, são diversos, a depender do tipo de decisão proferida”. (SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Dos pronunciamentos do juiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 623.)

²⁹² CPC/2015. Art. 1.009. Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser

legislador o sistema de preclusão rígida do Código anterior, que exigia a interposição de recurso a cada decisão interlocutória prolatada, sob pena de ocorrer a preclusão em torno da matéria decidida.

Agora a regra, no processo de conhecimento, é que as decisões interlocutórias não possuem preclusão imediata²⁹³. A preclusão para discussão das interlocutórias no processo de conhecimento ocorrerá somente se a parte não impugná-las nas razões ou contrarrazões do recurso de apelação, criando o legislador uma preclusão diferida para estas decisões.²⁹⁴

Araújo, embora entenda que o legislador não primou por uma boa técnica de redação, registrou em estudo a modificação no regime de preclusão das decisões interlocutórias:

É mister destacar, por oportuno, que o Código de Processo Civil de 2015 atinge o regime de preclusão temporal tendo em vista que, à exceção das hipóteses expressamente previstas no art. 1015, as interlocutórias não serão recorríveis imediato, mas apenas como um capítulo preliminar do recurso de apelação interposto contra sentença nas razões ou contrarrazões recursais. Aliás, vale fazer uma crítica em relação a redação do art. 1009 do CPC/2015, tendo em vista que, ao invés de *não estar coberta pela preclusão*, o correto é entender que o novo diploma processual apenas *adia a sua ocorrência*, para o momento da interposição da apelação ou a apresentação das contrarrazões.²⁹⁵

No modelo adotado pelo novo Código, em que é possível impugnar por meio de apelação a decisão interlocutória nas contrarrazões, o legislador trouxe a hipótese de “um recuso de apelação do vencedor no bojo das contrarrazões, ficando, em regra, subordinada a sua apreciação ao resultado do julgamento do recurso do vencido (apelação subordinada)”²⁹⁶.

Mello entende não tratar de apelação subordinada, afirmando que:

As contrarrazões nas quais se impugna decisão interlocutória funcionam, neste pormenor, com autêntico recurso, *ex vi* do §1º do art. 1009 ora analisado, e neste aspecto não guardam dependência com o recurso principal, como se recurso adesivo fosse. Imagine-se, por exemplo, a seguinte hipótese: a sentença é de parcial procedência da ação, sendo autor e réu sucumbentes em parte; no curso do processo, em decisão interlocutória, foi afastada, preliminar de ilegitimidade ativa suscitada

suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões. § 2º Se as questões referidas no § 1º forem suscitadas em contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas. [...]

²⁹³ As decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário serão impugnadas por meio de agravo de instrumento.

²⁹⁴ O §1º do artigo 1.009 do novo Código de Processo Civil prevê que “as questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

²⁹⁵ ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, n. 1, jan. 2016, p. 209.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 212-213.

pelo réu; apenas o autor apela da sentença, o réu apresenta contrarrazões e nestas suscita a impugnação à decisão interlocutória que rejeitou sua preliminar de ilegitimidade ativa. Nestas condições, ainda que por alguma razão o apelante desista de seu recurso, ou este seja inadmitido, parece-nos evidente que remanesce o interesse recursal do apelado relativamente à impugnação que veiculou em suas contrarrazões acerca da rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa, pois este capítulo de suas contrarrazões, muito distintamente de mera resistência, perfaz impugnação recursal de decisão interlocutória que lhe pode gerar, se acolhida tal impugnação, situação jurídica melhor, mais vantajosa, consistente em decisão que não o condene e que decida pela ilegitimidade ativa.

Ocorre que Mello não foi preciso na constatação de que o recurso de apelação do vencedor, interposto nas contrarrazões de apelação, não poderia ser um recurso subordinado. Primeiro, partiu de premissa equivocada de que o recurso subordinado seria o mesmo que recurso adesivo. O recurso subordinado é gênero, e o sistema passa a ter duas espécies, o adesivo e a apelação do vencedor. Ao lado do recurso adesivo, passa existir também a apelação subordinada interposta pelo vencedor²⁹⁷. Segundo, o seu exemplo é situação em que houve sucumbência recíproca, sendo que ambas as partes seriam vencedoras e vencidas, assim, o recurso interposto nas contrarrazões do mencionado exemplo não foi interposto pela parte vencedora, mas pela parte vencida, que tinha interesse configurado para impugnar a interlocutória para melhorar sua situação no processo para excluir a condenação.

A apelação do vencedor contra decisão interlocutória pode ser interposta de forma autônoma ou nas contrarrazões do recurso interposto pela parte vencida. Em ambas as situações, a apelação do vencedor será um recurso subordinado, que decorre do fato de que o seu interesse recursal somente surge com o possível provimento da apelação do vencido.²⁹⁸

As consequências do modelo adotado pelo legislador, consistente na possibilidade de impugnar todas as questões decididas no curso do processo de conhecimento somente no recurso de apelação poderá não contribuir para efetividade do processo. Constata-se a possibilidade da opção trazer tumulto à marcha do processo, provocando o retorno dos autos para primeira instância após a análise da apelação, para correção de vícios que somente foram apontados no recurso contra sentença, podendo, inclusive, eventual litigante agir com má-fé para poder procrastinar a prestação jurisdicional, vez que diante de um ato processual viciado, ficará silente para o seu apontamento ao final da tramitação em primeira instância, nas razões ou contrarrazões de apelação, provocando enormes danos para a prestação jurisdicional.

A situação causada pela inovação decorrente da exclusão da recorribilidade imediata das decisões interlocutórias no processo de conhecimento pode ser mitigada com a

²⁹⁷ DIDIER JUNIOR; CUNHA, *op. cit.*, p. 170.

²⁹⁸ DIDIER JUNIOR; CUNHA, *loc. cit.*

possibilidade de saneamento de atos processuais causado por decisões interlocutórias viciadas no tribunal quando do julgamento do recurso que, em conformidade com o artigo 938, §§ 1º e 3º do novo Código de Processo Civil, suspende o julgamento, para que seja realizado ou renovado o ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, prosseguindo posteriormente no julgamento do recurso.

Côrtes comenta a possibilidade de determinação de prática de atos processuais durante o julgamento do recurso, para saneamento de nulidades ou para produção de provas, evitando a anulação da sentença e o retorno dos autos para nova marcha processual em primeiro grau:

O Novo CPC, sempre na linha da celeridade processual, autoriza expressamente a determinação de diligências para sanar vícios e relacionadas à produção de prova de ofício. As partes podem requerer, mas o relator tem o poder de determinar de ofício diligências e também que vícios sejam sanados. O relator pode agir diretamente e, no caso de não agir, o colegiado competente para o julgamento do recurso pode determinar a realização de diligências, determinar que vícios sejam sanados e a produção de provas necessárias para julgamento.²⁹⁹

Permaneceu no novo Código a possibilidade de utilização do recurso de agravo de instrumento para questionamento de algumas decisões interlocutórias que retratam situações em que a parte não pode aguardar o advento da sentença para o seu reexame. Neste ponto, não houve alteração do sistema de preclusão, sendo que a ausência de utilização do recurso de agravo de instrumento no momento oportuno impede a rediscussão da matéria tratada na decisão.

As decisões que não permitem o questionamento quando da utilização do recurso de apelação, impondo a necessidade de interposição de recurso de agravo de instrumento, sob pena de preclusão, estão elencadas no artigo 1.015 do novo *Codex*³⁰⁰, optando o legislador por um modelo casuístico, com hipóteses taxativas de utilização do recurso.

²⁹⁹ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Da ordem dos processos no Tribunal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2098-2099.

³⁰⁰ CPC/2015. Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Ressalta-se que este modelo casuístico não constava da redação original do anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas, instituída para elaborar o Anteprojeto de um Novo Código de Processo Civil³⁰¹.

As críticas ao modelo casuístico estabelecido para o recurso de agravo de instrumento no novo Código são oriundas, inclusive, de membros que participaram da comissão de elaboração do novo Código de Processo Civil:

Ademais, já se teve oportunidade de demonstrar os riscos da opção casuística, desde o anteprojeto, diante da percepção de que a mudança proposta não traria quase nenhuma diminuição do atual número desses recursos em trâmite e poderá gerar idas e vindas para as interlocutórias de reanálise diferida junto à apelação, em face da supressão no Senado da figura do protesto (para aquelas decisões que não caberiam o recurso em sua modalidade de instrumento), técnica prevista na redação final do projeto no CPC da Câmara dos Deputados³⁰².

O legislador, em outras tentativas de diminuir a utilização do recurso de agravo de instrumento, realizadas através das reformas promovidas no Código de Buzaid³⁰³ pelas Leis n.º 10.352/2001 e n.º 11.187/2005, não conseguiu trazer resultados concretos e efetivos para a prestação jurisdicional. Conforme já apontava Wambier, “a solução estabelecida pela Lei 10.352/2001 não conduziu a resultados satisfatórios, já que a decisão que determinava a conversão do agravo de instrumento em retido era recorrível”³⁰⁴. Do mesmo modo, no que tange à Lei n.º 11.187/2005, menciona a doutrinadora que “se é certo que a intenção do legislador é a de reduzir, significativamente, os casos em que o agravo deve seguir o regime de instrumento, a solução normativa não deve ensejar resultados absurdos ou contraproducentes”³⁰⁵.

Ignorou, ainda, o legislador estudo realizado pela Universidade Federal da Bahia e pela Universidade Federal do Estado de Minas Gerais, nos respectivos Tribunais Estaduais, com a participação de diversos professores, dentre eles, Miracy Gustin, Fernando Jayme, Dierle Nunes e Fredie Didier Júnior que, em 2013, apontavam que as hipóteses taxativas para o agravo de instrumento em nada contribuiriam para a simplificação e a aceleração do procedimento:

³⁰¹ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Código de Processo Civil**: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. p. 381

³⁰² THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *op. cit.*, p. 32.

³⁰³ Denominação dada ao Código de Processo Civil de 1973 em homenagem ao jurista Alfredo Buzaid, um dos principais elaboradores da legislação e ministro da justiça quando o Código foi aprovado e publicado.

³⁰⁴ WAMBIER, *op. cit.*, p.86.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 458.

A dicotomia entre os dois modelos, o vigente e o do Projeto, no que tange à recorribilidade ou irrecorribilidade das decisões interlocutórias, é apenas aparente. Pois, à luz dos dados estatísticos levantados perante o TJ-BA, constata-se, com relativa clareza, que as hipóteses de irrecorribilidade do Projeto representam pouco menos de 12% dos agravos de instrumento interpostos naquele Tribunal. Ou seja, como serão mantidas as hipóteses de cabimento relativas à urgência, à execução civil, dentre outras previstas em lei, a inovação legislativa constante do NCPC vai alterar muito pouco a quantidade de recursos de agravo de instrumento existentes no TJ-BA. [...] Tendo em vista os resultados da pesquisa, a inovação proposta poderá trazer mais problemas do que soluções, sobretudo por não se harmonizar com a própria sistemática do NCPC. Isso porque, no particular, o Projeto distancia o sistema recursal de impugnação das interlocutórias da lógica que regerá o processo de conhecimento³⁰⁶.

A inovação consistente na ausência de recorribilidade imediata das interlocutórias também possibilitará a utilização de mandado de segurança para atacar decisão interlocutória viciada quando a parte estiver diante de uma situação que lhe cause dano grave ou irreparável, sem possibilidade de impugnação.

Jorge defende a utilização do mandado de segurança para garantir o exercício da ampla defesa à parte que litiga em processo judicial que não disponibiliza o direito de recurso imediato contra decisão interlocutória, como ocorre no sistema processual dos Juizados Especiais, da Justiça do Trabalho e na Justiça Eleitoral:

Em muitas hipóteses, os jurisdicionados são diretamente atingidos em sua esfera jurídica por decisões interlocutórias, causando prejuízos e repercussões indesejadas, sendo algumas manifestamente ilegais. Quando isso ocorre, diante da inexistência de recurso, as partes ficam numa situação extremamente desconfortável, não tendo a seu dispor qualquer modalidade recursal que possa impedir a consumação de uma lesão a seu direito. É exatamente aí que aparece com grande utilidade o mandado de segurança contra essa decisão interlocutória causadora de efeitos prejudiciais à parte e impossível de ser atacada por qualquer recurso. O mandado de segurança, por essa razão, já se encontra consagrado nesses sistemas processuais.³⁰⁷

Nos mesmos moldes, sustenta Araújo:

Não tenho dúvida em afirmar que a retirada da irrecorribilidade imediata das interlocutórias que não estejam elencadas no rol do art. 1.015 irá ser um novo ponto de análise em relação ao cabimento do mandado de segurança contra ato judicial, tendo em vista o fenômeno da irrecorribilidade imediata e eventuais danos causados às partes. Deve o impetrante, para o manejo do remédio heroico, demonstrar a presença dos demais requisitos, especialmente a teratologia da decisão e a violação do direito líquido e certo. No futuro, talvez a irrecorribilidade imediata se transforme em um ponto de estrangulamento do novo sistema, a ser debatido pelos

³⁰⁶ BRASIL. SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. **Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 77/78.

³⁰⁷ JORGE, *op. cit.*, p. 288.

estudiosos do direito processual, inclusive com a ampliação do rol das situações jurídicas previstas no art. 1.015 do CPC/2015.³⁰⁸

A despeito da possibilidade de interposição de mandado de segurança contra as decisões interlocutórias que não comportarem o recurso de agravo de instrumento, a experiência em processos da Justiça do Trabalho e dos Juizados Especiais demonstram a ausência de estrangulamento do sistema processual. Contudo, a exclusão de recurso imediato contra decisões interlocutórias pouco contribui para que o processo possa ter uma duração razoável, já que o agravo de instrumento, em regra, não obstava a continuidade da prática de atos processuais em primeira instância.

Neste cenário, não andou bem o legislador ao criar um sistema casuístico para o recurso de agravo de instrumento, cujas hipóteses de irrecorribilidade produzirão impactos inexpressivos na celeridade da tramitação do feito e, ainda, privilegiando um sistema mitigado de preclusão das decisões interlocutórias, que permitirá uma ampla revisão destas no recurso de apelação, tornando complexo o processamento do recurso contra sentença e abrindo margem para retorno dos autos à primeira instância para correção de vícios identificados durante a tramitação no primeiro grau de jurisdição.³⁰⁹

Ocorreu a supressão do cabimento do recurso de embargos infringentes no sistema recursal do novo Código de Processo Civil, por meio da implementação de uma técnica de julgamento, que prevê o prosseguimento do julgamento, com a ampliação do número de julgadores, toda vez que o resultado do julgamento da apelação for não unânime, podendo, eventualmente, ocorrer sua utilização na ação rescisória que rescindir a coisa julgada e no agravo de instrumento que questionar decisão de mérito³¹⁰.

³⁰⁸ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 223-224.

³⁰⁹ O novo Código de Processo Civil repete regra consagrada no sistema anterior que pode abrandar a possibilidade de anulação da sentença para correção de vício em decisão interlocutória, dispensando o retorno dos autos para a primeira instância. Segundo o §§1º e 3º do artigo 838, constatada a ocorrência de vício sanável, o tribunal determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, podendo também, reconhecida a necessidade de produção de prova, converter o julgamento em diligência, sendo que em ambos os casos suspenderá o processamento ou o julgamento, decidindo-se o recurso após a renovação do ato processual viciado ou a conclusão da instrução.

³¹⁰ CPC/2015. Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura compoñham o órgão colegiado. § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento. § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em: I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito. § 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento: I - do incidente de

Segundo Lamy, o recurso de embargos infringentes continuará fazendo parte do sistema como técnica de julgamento, contribuindo de forma inteligente para a segurança e o acerto das decisões colegiadas:

O texto deixa clara a intenção de manter, portanto, o procedimento correspondente aos embargos infringentes sem, contudo, resguardá-lo no sistema como um recurso. Perde-se um recurso, que é ônus da parte. Por outro lado, se ganha um incidente, uma técnica de complementação de julgamento cujo processamento se dá por determinação legal.³¹¹

O novo Código, além da transformação a respeito da natureza do procedimento e do recurso de embargos infringentes, proporcionou também uma extensão das hipóteses de cabimento desta técnica, figura peculiar ao direito luso-brasileiro, que foi abolido pelo Código de Processo Civil Português em 1939³¹².

Mais uma vez foi desatento o legislador, uma vez que, no regime processual anterior, a utilização dos embargos infringentes ficava restrita a quando o acórdão não unânime houvesse reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houvesse julgado procedente a ação rescisória³¹³.

A exclusão do recurso de embargos infringentes no novo Código e a inclusão da nova técnica de julgamento de recursos permitirá que todos os julgamentos de recursos de apelação ou de agravo de instrumento que trate sobre o mérito, com resultado não unânime, independentemente de reformar a decisão de mérito, ensejem, automaticamente, uma nova apreciação pelo Tribunal, com a ampliação do número de julgadores. E o que é mais grave é que todo o recurso de apelação com julgamento não unânime, que trate de matéria processual, também será submetido à nova técnica.

Assim, a alteração, ao invés de eliminar a complexidade e a morosidade do sistema recursal, fez com que o tempo de tramitação do recurso de apelação no Tribunal fosse aumentado e o seu julgamento estendido toda vez que ele fosse não unânime.

A alteração não passou despercebida pela crítica doutrinária de Lanes:

assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas; II - da remessa necessária; III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

³¹¹ LAMY, Eduardo de Avelar. A transformação dos embargos infringentes em técnica de julgamento: ampliação das hipóteses. In: FUX, Luiz et al. **Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivum, 2014. p. 378.

³¹² LAMY, *op. cit.*, p. 373.

³¹³ A redação do artigo 530 do Código de Processo Civil anterior limitava o cabimento dos embargos infringentes, dispondo que: “Art. 530. Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

Vê-se retrocesso, pois de certo modo, foi em parte desenterrado o antigo art. 530, legitimador dos embargos infringentes quando detectado julgamento não unânime em apelação e em ação rescisória, ou seja, aquele anterior às sensíveis modificações que advieram pela Lei 10.352/2001. Agora, como antes da indicada lei, os dois votos contrários ao entendimento minoritário, não necessitam estar reformando a decisão meritória de primeiro grau, para que assim seja desafiada a presença de outros julgadores que permitam a reversão do resultado que ficou suspenso³¹⁴.

Do mesmo modo, também se manifestaram contrariamente à inovação a Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, a Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE e a Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – ANAMATRA, que expediram ofício à Presidente da República, pugnando pelo veto de vários artigos do novo Código de Processo Civil, dentre eles o artigo 942, que trata da técnica de julgamento de apelações não resolvidas por unanimidade³¹⁵.

A substituição do recurso de embargos infringentes por uma técnica de julgamento de recurso, que aumenta o volume de julgamento dos Tribunais, foi inadequada e sem um real diagnóstico da situação fática e da quantidade de recursos julgados em cada Tribunal do país.³¹⁶

Mostra-se oportuna a transcrição do raciocínio construído por Nery Júnior, para quem a técnica de novo julgamento para o recurso de apelação não unânime incidirá somente quando a sentença for de mérito:

A divergência que justifica a instauração do procedimento deve ser ligada a sentença de mérito. A sentença fundamentada no CPC 485 não está sujeita a ele. Muito embora o CPC 942 não consigne expressamente essa exigência, como fazia o CPC/1973 530, ela é dedutível do contexto, porquanto admite a instauração do procedimento em caso de agravo de instrumento, quando a decisão interlocutória houver parcialmente decidido o mérito e for reformada.³¹⁷

Marinoni, em sentido contrário, entende que a técnica de julgamento não será aplicada somente em questões de mérito, bem como que incidirá na fase de liquidação de sentença e no cumprimento de sentença quando do recurso contra julgamento da impugnação. Deste modo, assevera:

³¹⁴ LANES, Júlio César Goulart. Da ordem dos processos no Tribunal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2102.

³¹⁵ SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. **As associações de magistrados e o veto do NCPC no tocante ao contraditório e ao dever de fundamentação – O que está em Jogo?** 2015. ISSN 2446-7405. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/as-associacoes-de-magistrados-e-o-veto-do-ncpc-no-tocante-ao-contraditorio-e-ao-dever-de-fundamentacao-o-que-esta-em-jogo-diego-crevelin-de-sousa-e-lucio-delfino/>>.

Acesso em: 14 jul. 2015

³¹⁶ ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 200-201.

³¹⁷ NERY JÚNIOR; NERY, *op. cit.*, p. 1870.

O art. 942 do CPC não circunscreve a ampliação do julgamento apenas às questões de mérito. Qualquer julgamento não unânime – quer verse questões de direito material – quer verse questões de direito processual, pode ser subjetivamente ampliado. Cabe ampliação não unânime na apelação, na ação rescisória e no agravo de instrumento que reforma a decisão que antecipa parcialmente o mérito. Analogicamente ao art. 942, § 3º, II, do CPC, deve caber semelhante ampliação no julgamento interposto a agravo de instrumento interposto contra decisão que reforma o julgamento de improcedência liminar parcial, a liquidação de sentença e contra decisão que reforma o não acolhimento da impugnação. O elemento que permite a analogia é o caráter final de todas essas decisões – nada obstante impugnáveis por agravo de instrumento.³¹⁸

Verifica-se que o legislador não foi coerente no regramento da técnica de novo julgamento e ampliação do número de julgadores, pois quando a interlocutória for questionada por meio de recurso de apelação, ocorrerá a aplicação da técnica independentemente se a questão tratar de direito processual ou de direito material. Ocorre que, quando a decisão interlocutória for passível de impugnação por meio de agravo de instrumento, a técnica de ampliação do julgamento incidirá somente se a questão for de mérito.

Prevalendo o entendimento de que a aplicação da técnica de julgamento prevista para o recurso de apelação, com resultado não unânime, incidiria somente naqueles casos em que a sentença for de mérito, seria minimizado o impacto negativo da inovação concebida pelo legislador.

A exclusão de espécies recursais, sem a devida análise ou promoção de dados estatísticos para a constatação dos verdadeiros pontos de estrangulamento do sistema recursal no processo individual ou coletivo, faz com que as inovações do Código tenham risco de promover retrocesso ou até mesmo de problemas que poderão ser gerados por elas. A nossa experiência no plano do Direito Processual Civil remonta de implantação de um sistema vicioso de reformas das próprias reformas.³¹⁹

5.1.2 Legitimidade

A legitimidade para recorrer consiste na identificação dos sujeitos que podem se utilizar do direito de recurso no ordenamento jurídico. Segundo o Código, em seu artigo 996, estão legitimados para a interposição de recursos as partes, o Ministério Público, na condição de parte ou de fiscal da ordem jurídica, e o terceiro prejudicado.

³¹⁸ MARINONI, *op. cit.*, p. 564.

³¹⁹ ALMEIDA; GOMES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 145.

A lei parte da premissa que, normalmente, pode existir, nas partes, no Ministério Público e no terceiro prejudicado, um interesse na impugnação bem mais intenso de que em outras pessoas que participem do processo.³²⁰

Jorge explica que a legitimidade para recorrer corresponde à legitimidade *ad causam* em grau de recurso, tendo como requisito a finalidade de qualificar determinadas pessoas para a utilização dos recursos de forma legítima, em razão da presumível relevância que a decisão possa ter para elas.³²¹

A parte, para fins de recurso, é o sujeito que figura no polo ativo ou passivo da lide, independentemente se ele teve considerada ou não sua legitimidade *ad causam*. Aqueles sujeitos que intervieram no processo em decorrência de alguma figura típica de intervenção de terceiro, tais como o chamamento ao processo, a denúncia à lide, a desconsideração da personalidade jurídica, o *amicus curiae*³²², o assistente simples³²³ e o assistente litisconsorcial³²⁴, também estão incluídos no alcance de legitimação de parte para interposição de recurso.

O Ministério Público, na condição de parte ou de fiscal da ordem jurídica, não possui qualquer limitação para o exercício do direito de recorrer, não dependendo, para configuração de sua legitimidade, a interposição de recurso por qualquer das partes que participem do processo.³²⁵

A legitimação do terceiro prejudicado está condicionada à demonstração de interesse jurídico na solução do litígio para que este possa intervir em um processo no qual ele não integra a relação jurídica processual.

³²⁰ MOREIRA, *op. cit.*, p. 119.

³²¹ JORGE, *op. cit.*, p. 114.

³²² A legitimidade para interposição de recursos pelo *amicus curiae*, conforme o artigo 138 §1º do novo Código, está restrita à decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. Conforme anota Jorge, esse impedimento não é capaz de fulminar a utilização do recurso contra a decisão que indefere o próprio pedido de ingresso do *amicus curiae*. (*Ibid.*, p. 83.)

³²³ O assistente simples possui legitimidade expressa prevista pelo artigo 121 do novo Código de Processo Civil, que indica este exercer os mesmos poderes e sujeitar-se-á aos mesmos ônus processuais que o assistido. Contudo, o mesmo dispositivo indica que o assistente simples atuará como auxiliar da parte principal, o que indica que não poderá recorrer contra o interesse do assistido, sob pena de não conhecimento do seu recurso, por falta de interesse deste.

³²⁴ O assistente litisconsorcial, segundo o artigo 124 do novo Código, é considerado litisconsorte da parte principal, portanto, não podendo ele sofrer qualquer limitação no direito de recorrer durante a sua participação no processo.

³²⁵ Neste sentido, reza o enunciado n.º 99 da jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça: “O Ministério Público tem legitimidade para recorrer no processo em que oficiou como fiscal da lei, ainda que não haja recurso da parte”.

O terceiro prejudicado não faz parte do processo, mas comparece diante de uma decisão judicial proferida que atingirá reflexamente aquela de que faz parte, ligada àquela que está sendo discutida em juízo.³²⁶

O novo Código aprimorou o regramento do recurso interposto pelo terceiro prejudicado:

[...] em sintonia com o próprio sistema processual que condiciona o interesse jurídico como fundamental para se intervir em uma relação jurídica processual [...] estendendo-a a hipóteses não somente relativas a um terceiro prejudicado como titular do direito, como também a um possível substituto processual do referido “terceiro prejudicado” apto a participar da demanda enquanto tal, conforme se observa em situações triviais – v.g., sindicatos, partidos políticos etc.³²⁷.

Aquele que recorre na condição de terceiro prejudicado utiliza dos mesmos recursos conferidos às partes ou ao Ministério Público, buscando reverter os efeitos de decisão judicial proferida contra o interesse de alguma das partes do processo, cujo êxito poderá trazer-lhe benefício.

A possibilidade de recurso de terceiro prejudicado no processo coletivo é latente, pois o interesse material nele objetivado é transindividual, tendo, pois, vários colegitimados para a sua tutela.³²⁸

O Código de 2015 nada esclarece quanto à condição de legitimidade do terceiro prejudicado no processo coletivo, cuja definição e alcance continuam sendo regulamentados por legislação especial. Nas legislações que disciplinam aspectos processuais da tutela coletiva temos vários dispositivos prevendo a atuação de terceiros nas ações coletivas: artigo 5º, § 2º, da Lei de Ação Civil Pública, que utiliza a expressão “[...] habilitar-se como litisconsorte [...]”; artigo 94 do Código do Consumidor e artigo 6º, §5º, da Lei de Ação Popular, que menciona tanto a atuação como litisconsorte quanto assistente.³²⁹

A legitimidade para recurso do colegitimado, na condição de terceiro prejudicado, segue o que está disciplinado para assistência no processo coletivo, ressaltando Didier Júnior e Zaneti Júnior os seguintes aspectos:

³²⁶ JORGE, *op. cit.*, p. 121.

³²⁷ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Teoria Geral dos Recursos: Breve Análise e Atualizações à Luz do PL 8.046/2010. **Revista do Processo**. São Paulo, v. 228, n. 1, fev. 2014. p.207-237.

³²⁸ Disciplina o artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública têm legitimidade para propor a ação civil pública: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação.

³²⁹ GOMES JUNIOR, *op. cit.*, p. 147.

a) nas causas coletivas, não cabe recurso de terceiro interposto por particular, excepcionando-se o caso do cidadão-eleitor, em demandas que versem tema típico de ação popular; cabe, nestas causas, recurso de terceiro interposto por colegitimado, até aquele momento estranho ao feito, que, a partir de então, passa a figurar no processo na condição de assistente litisconsorcial; b) na ação popular, cabe recurso do cidadão-eleitor, até então estranho ao litígio, na qualidade de terceiro, submetendo-se, a partir do seu ingresso, ao regime da assistência litisconsorcial; cabe recurso de terceiro por quem não é cidadão (associação civil, Ministério Público etc.), na ação popular, se esta tiver por objeto tema que poderia ter sido objeto de ação civil pública, desde que o recorrente tenha legitimidade para tanto; c) cabe recurso do particular-prejudicado-substituído, até aquele momento estranho ao feito, na qualidade de terceiro, nas ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos, passando a intervir como assistente litisconsorcial.³³⁰

Deste modo, no processo coletivo, a legitimação para interposição de recurso na condição de terceiro prejudicado resta configurada para os demais colegitimados que não tenham ainda ingressado no feito por meio da condição de assistente litisconsorcial.

5.1.3 Interesse em recorrer

O interesse em recorrer não passou por qualquer transformação no novo Código, ficando configurado quando o legitimado tenha sofrido uma sucumbência no processo, seja ela formal ou material.

A sucumbência formal é caracterizada no confronto do teor da decisão com aquilo que havia sido pedido pela parte. Está ligada com a noção de prejuízo. O acolhimento do pedido significa a inexistência de prejuízo, enquanto a sua rejeição ou o acolhimento parcial configura a existência de prejuízo e, conseqüentemente, a caracterização do requisito de interesse em recorrer.

O novo Código optou por positivar o interesse recursal baseado no critério de sucumbência formal, ao dispor no artigo 996, *caput*, que “o recurso pode ser interposto pela parte vencida”.

Ocorre que o critério da sucumbência formal não é suficiente para identificar em todas as situações, especialmente quando se leva em consideração a configuração do interesse para o Ministério Público e para o terceiro prejudicado. O primeiro, quando atua como fiscal da ordem jurídica, não sai vencido, e o segundo, como não participou da relação jurídica processual, não deduziu pretensão ou defesa, não teve requerimento indeferido.

Jorge explica que “a sucumbência formal não é, portanto, o único elemento identificador do interesse em recorrer. A sua presença pode, mas não necessariamente revela a

³³⁰ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *op. cit.*, p. 379.

existência do interesse em recorrer”.³³¹ Logo, a sua insuficiência para caracterizar outras situações em que restaria configurado o interesse em recorrer, fez com que os cientistas do direito processual buscassem outros critérios para sua configuração, como a sucumbência material, a utilidade e a necessidade.

A sucumbência material não está ligada com a existência de prejuízo, pois o pedido da parte não foi acolhido, mas também não foi rejeitado, porém a solução dada à questão não foi a mais vantajosa. Por exemplo, o pedido do autor não foi julgado improcedente, mas o processo foi extinto sem resolução de mérito. Para o autor ou para o réu, seria mais vantajosa a análise do mérito, com julgamento de procedência, para o caso do autor, e com o de improcedência para o caso do réu, com a solução definitiva da questão. A caracterização da sucumbência material reside na possibilidade de se buscar situação mais vantajosa para a parte, ainda que a decisão não tenha provocado um prejuízo imediato.

O critério de sucumbência material não está atrelado somente ao prejuízo. Ele busca verificar se o recurso pode possibilitar à parte uma situação mais favorável em relação àquela obtida com a decisão objurgada.

Moreira entende que a questão da sucumbência formal seria um primeiro ponto de aproximação para configuração do interesse, mas que o critério seria insuficiente, vez que ligado somente à questão de eventual prejuízo que o legitimado tenha sofrido.³³² Registra-se que Moreira, neste aspecto, entendia que não seria somente a sucumbência formal que configuraria o interesse para recorrer.

O interesse em recorrer reside no aspecto da “utilidade” ou do “proveito” que o novo julgamento da matéria poderia provocar. A verificação do interesse seria configurada quando a interposição do recurso abrisse para o legitimado uma situação mais favorável do que aquela que lhe adveio da decisão impugnada, quer esse nível ideal coincida, quer não, com aquele em que anteriormente se encontrava.³³³

As preocupações de Moreira indicavam no sentido de que, ao lado da sucumbência, outros fatores também são determinantes para a configuração do interesse em recorrer.

Assis argumenta que “o interesse em impugnar os atos decisórios acudirá ao recorrente quando visar à obtenção de situação mais favorável do que a plasmada no ato

³³¹ JORGE, *op. cit.*, p. 141.

³³² MOREIRA, *op. cit.*, p. 137-138.

³³³ *Ibid.*, p. 141-142.

sujeito ao recurso e, para atingir semelhante finalidade, a via recursal se mostrar caminho necessário”.³³⁴

O interesse em recorrer, para que reste conformado, exige também que o recurso seja o mecanismo “necessário” para possibilitar ao recorrente uma situação mais favorável.³³⁵

Outrossim, a configuração do interesse em recorrer depende da identificação de “sucumbência” no pronunciamento judicial, seja ela formal ou material, de “utilidade” e de “necessidade” na utilizado da espécie recursal.

Situação criada com o novo Código, que exige maior esforço para consideração do interesse em recorrer, é quando o “vencedor” do processo em razão de prolação de sentença interpõe recurso de apelação contra decisão interlocutória proferida no curso do processo, por meio das contrarrazões ao recurso interposto pela parte “vencida”, na forma estabelecida pelo artigo 1.009, §1º.

A verificação da “sucumbência” nesta situação não está diante da sentença que lhe foi favorável, mas diante da decisão interlocutória que lhe causou um “prejuízo”. Entretanto, nota-se que este prejuízo foi insuficiente para impedir um provimento de mérito favorável. Logo, a “utilidade” do recurso fica subordinada ao resultado favorável do recurso interposto pela outra parte contra a sentença, pois sem este “prejuízo”, o recurso subordinado não traz qualquer proveito para o recorrente “vencedor” em primeiro grau. A “necessidade” está caracterizada pelo fato do recorrente “vencedor” não ter outro mecanismo, na hipótese de provimento do recurso interposto pelo “vencido” para poder melhorar sua situação e conseguir reverter o êxito obtido pela parte contrária com o recurso de apelação contra a sentença.

No processo coletivo, a configuração do interesse em recorrer ganha contornos diferenciados em decorrência da adoção do regime de coisa julgada *secundum eventus litis vel probationis*. O artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública prevê que “se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”.³³⁶

Neste caso, o demandado na ação coletiva, tendo obtido sentença de improcedência por insuficiência de provas, portanto, vencedor da demanda, pode entender

³³⁴ ASSIS, *op. cit.*, p. 175.

³³⁵ *Ibid.*, p. 183.

³³⁶ Mazzilli conclui a contrário sensu que “a improcedência por qualquer motivo que não a falta de provas terá, conforme o caso, a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, a impedir o ajuizamento de outro processo coletivo com o mesmo objeto (segundo o sistema do CDC, a imutabilidade será *ultra partes*, quando a sentença deva se estender ao grupo, classe ou categoria de lesados determináveis, reunidos de maneira indivisível pela mesma relação jurídica básica, será *erga omnes* nos demais casos). (MAZZILLI, *op. cit.*, p. 602)

que houve erro no julgamento, buscando alterar sua fundamentação para o sentido de ausência de amparo jurídico da pretensão deduzida, o que atrairia a coisa julgada *erga omnes* ou *ultra pars*, conforme o caso, para a solução de mérito, impedindo nova discussão, ficando, neste ponto, demonstrada a configuração do interesse recursal, diante da utilidade e da necessidade do recurso para obtenção de situação mais vantajosa.

Didier Júnior e Zaneti Júnior manifestam entendimento sobre a configuração do interesse em recorrer no processo coletivo em decorrência das diferenças que existem entre os regimes de produção da coisa julgada individual e coletiva:

O interesse recursal nas demandas coletivas merece uma reflexão mais demorada, em razão das diferenças que existem entre os regimes de produção da coisa julgada individual e coletiva. Este regime diferenciado de coisa julgada repercute, sem dúvida, no sistema recursal do Código de Processo Civil, notadamente no que diz respeito ao interesse recursal. [...] Com as demandas coletivas, em que a coisa julgada é *secundum eventum probationis*. Nesses casos, não há coisa julgada se o juízo de improcedência se fundamentar na falta de prova; se a improcedência fundar-se na inexistência de direito, há coisa julgada material. Assim, há interesse recursal do réu, por exemplo, em impugnar o fundamento de uma decisão, mesmo concordando com a conclusão de improcedência: ele pode desejar que a improcedência seja por inexistência de direito, e não por falta de prova, por que isso lhe traria o benefício da coisa julgada material.³³⁷

Outra situação peculiar de configuração do interesse em recorrer seria quando o terceiro colegitimado, que não participou do processo coletivo, não concordar com a sentença de homologação de acordo judicial em ação coletiva.³³⁸ Nesta situação também não se verifica a situação de vencido do terceiro prejudicado, que nem participava do processo.

No entendimento de Gomes Júnior, o interesse jurídico do colegitimado seria presumido, já que este possui expressa autorização legal para ingressar com a demanda já ajuizada³³⁹, o que evidencia a sua possibilidade de interpor recurso na condição de terceiro prejudicado.

Mas o interesse em recorrer do terceiro colegitimado surge da utilidade de voltar a discutir a questão por meio de recurso, sob pena de formação de coisa julgada *erga omnes* ou *ultra pars* e, ainda, pela necessidade de poder melhorar a tutela do direito coletivo em jogo na homologação de transação em processo coletivo, com o julgamento do recurso.

³³⁷ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *op. cit.*, p. 380-381.

³³⁸ Didier Júnior e Zaneti Júnior mencionam que “havendo homologação de acordo judicial em ação coletiva, haverá a produção da coisa julgada *erga omnes*, impedindo a repositura da demanda por qualquer dos colegitimados, inclusive por aqueles que não participaram da celebração do negócio jurídico. O acordo firmado não produz efeitos apenas em relação aos acordantes, pois seu objeto é transindividual”. (*Ibid.*, p. 370.)

³³⁹ GOMES JUNIOR, *op. cit.*, p. 149.

Manifesta Mazzilli entendimento de que há a configuração do interesse em recorrer do terceiro prejudicado colegitimado que não participou do processo coletivo se a discordância à transação se verificar depois de ser esta homologada judicialmente, podendo os legitimados apelar, visando elidir a eficácia da transação e sua homologação.³⁴⁰

5.2 Pressupostos extrínsecos

5.2.1 Tempestividade

O recurso atende o requisito de tempestividade quando a irresignação da parte com o pronunciamento judicial tenha sido manifestada dentro do prazo estabelecido na legislação de regência para sua apresentação.

No novo Código, prevaleceu a tese de que o início do prazo para recorrer se verifica quando a parte ou o Ministério Público tomou ciência do pronunciamento judicial³⁴¹, sendo que o recurso interposto antes da intimação é válido e tempestivo, conforme §4º, do artigo 218.³⁴² Assim, o recurso somente será considerado intempestivo se interposto após a fluência do prazo legal, ficando abandonada a tese consagrada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que o recurso prematuro³⁴³ seria intempestivo.³⁴⁴

Ficou superado com o novo Código o enunciado nº 418 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe ser inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação, seja em decorrência da disposição constante do artigo 218, §4º, que considera tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo, seja em razão da regra prevista no artigo 1.024, §5º, que indica que o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação, se os

³⁴⁰ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 446.

³⁴¹ Segundo Jorge, “muitas vezes o prazo recursal começa a ser contado, sem que tenha deflagrado o procedimento intimatório. As partes, em decorrência de atitudes tomadas acabam tendo conhecimento da decisão, independentemente de serem devidamente intimadas. Esse tipo de situação é extremamente corriqueira nos meios forenses. A praxe forense é repleta de situações onde a parte tem acesso à decisão que lhe prejudica, antes mesmo de ser intimada pelo Judiciário de sua existência”. (JORGE, *op. cit.*, p. 174)

³⁴² O §4º do artigo 218 do novo Código de Processo Civil prevê que “será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”.

³⁴³ O recurso era considerado prematuro quando interposto antes da publicação da decisão recorrida, ou seja, antes da parte ser intimada, ela interpõe o recurso, pois já faz tempo em que a informática e da internet alcançaram o Poder Judiciário brasileiro, permitindo ao advogado acompanhar o conteúdo das decisões judiciais que são disponibilizadas na internet, em algumas situações, mesmo antes da parte ser intimada oficialmente.

³⁴⁴ De acordo com o texto: ASSIS, *op. cit.*, p. 204. JORGE, *op. cit.*, p. 174; MEDINA; WAMBIER, *op. cit.*, p. 101.

embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior.

Contudo, embora o legislador admita a possibilidade de interposição do recurso antes de registrada a intimação da parte, esta foi erigida pelo legislador como o termo inicial para a contagem do prazo recursal. Trata-se, a intimação, de ato processual que é documentado no processo e que afasta dúvidas quanto ao início da fluência do prazo para interposição do recurso.

Segundo o artigo 1.003, o “prazo para interposição de recurso conta-se da data em que os advogados, a sociedade de advogados, a Advocacia Pública, a Defensoria Pública ou o Ministério Público são intimados da decisão”. O Código também considera que esta intimação é realizada quando a decisão é proferida em audiência.

Neste ponto, a inovação reside na possibilidade da intimação ser realizada na pessoa da sociedade de advogados. Jorge manifesta que “a alteração atende à segurança das relações processuais, porque é cada vez mais comum a união de advogados através da constituição de sociedades”.³⁴⁵

Necessário alertar que a presença das partes na sessão de julgamento do recurso não induz a configuração de intimação. As partes, no momento do julgamento do recurso, ou logo após a sua finalização, ainda não possuem acesso ao acórdão, que será lavrado oportunamente pelo juiz condutor do voto vencedor e publicado no órgão oficial para ciência das partes.³⁴⁶

O novo diploma processual também manteve regra que influencia diretamente a marcha do processo coletivo, vez que alguns legitimados possuem o direito de serem intimados pessoalmente, como é o caso do Ministério Público (artigo 180), da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das autarquias, das fundações de direito público (artigo 183), e da Defensoria Pública (artigo 186, §1º).

Para a doutrina, não somente a intimação, mas a “ciência inequívoca” pode também ser considerada como marco inicial da contagem do prazo para interposição do recurso, especialmente para aqueles que possuem o benefício da intimação pessoal. Jorge alerta que:

³⁴⁵ JORGE, *op. cit.*, p. 165.

³⁴⁶ O entendimento não é aplicado aos julgamentos colegiados promovidos pelas Turmas Recursais, conforme o enunciado 85 do Fonaje - Fórum Nacional de Juizados Especiais, que orienta que “o prazo para recorrer da decisão de Turma Recursal fluirá da data do julgamento (XIV Encontro – São Luis/MA)”.

É oportuno ressaltar que a ciência inequívoca constitui inegavelmente uma exceção à clássica regra de direito processual, em que, mesmo não tendo havido regular procedimento de intimação, o prazo recursal começa a fluir. Essa excepcionalidade exige uma análise sempre cuidadosa e restritiva, que permita caracterização da ciência inequívoca apenas quando exista certeza absoluta, imune de qualquer dúvida, de que a parte recorrente teve efetivo e integral conhecimento do teor da decisão recorrida.³⁴⁷

A “ciência inequívoca” de uma decisão judicial suficiente para deflagrar o início da contagem do prazo para o recurso ocorre quando o advogado faz carga dos autos, ficando esta informação registrada nos autos após a prolação da decisão judicial e antes da intimação para o seu conhecimento.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial repetitivo n.º 1.383.500 – SP³⁴⁸, efetuado pela Corte Especial daquele órgão, ao analisar o artigo 525, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973, que exigia a juntada de cópia da certidão de intimação da decisão recorrida, considerou que a concessão de vista pessoal, documentada por certidão de concessão de vistas dos autos, é considerada elemento suficiente à demonstração da tempestividade do agravo de instrumento, admitindo a “ciência inequívoca” como ato para iniciar a fluência do prazo para o recurso.

O legislador também adotou, ao lado da intimação, a ciência inequívoca como ato processual para iniciar a contagem do prazo para interposição do recurso, quando regulamentou, no artigo 1.017 do novo Código, que para a aferição da tempestividade do recurso de agravo de instrumento a parte juntará cópia da certidão da respectiva intimação ou outro documento oficial que comprove a tempestividade.

Alteração significativa no requisito de tempestividade foi a unificação dos prazos das espécies recursais, para o prazo de 15 dias³⁴⁹. A exceção está reservada aos embargos de declaração, cujo prazo permaneceu em 05 dias³⁵⁰.

O prazo em dobro para recorrer, antes previsto no Código de Processo Civil somente para o Ministério Público, para Fazenda Pública e para os litisconsortes representados por diferentes procuradores, foi também regulamentado para a Defensoria Pública e para os escritórios de prática jurídica de instituições de ensino³⁵¹.

³⁴⁷ JORGE, *op. cit.*, p. 166.

³⁴⁸ Recurso Especial 1.383.500/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Corte Especial, julgado em 17 fev. 2016, DJe 26 fev. 2016.

³⁴⁹ CPC/2015. Art. 1.003. [...] § 5º Excetuados os embargos de declaração, o prazo para interpor os recursos e para responder-lhes é de 15 (quinze) dias.

³⁵⁰ CPC/2015. Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.

³⁵¹ CPC/2015. Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais. [...] § 3º O disposto no *caput* aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito

No novo Código de Processo Civil, a prerrogativa do prazo em dobro para os litisconsortes com procuradores diferentes somente é concedida quando o processo for físico e os advogados forem de escritórios distintos. Na hipótese de processo eletrônico, ou de litisconsórcio passivo com apenas duas partes, em que a defesa é oferecida por apenas um deles, a legislação afasta o benefício do prazo em dobro.

Ocorre que tais benefícios não se coadunam com a promessa de prestar a atividade jurisdicional em um prazo razoável, conforme crítica de Edilton Meireles:

Observem a contradição. Para se assegurar a duração razoável do processo, a lei prevê que o particular litigante se manifeste nos autos num prazo razoável (de 15 dias para contestar, por exemplo). Contudo, contraditoriamente, de quem mais se exige a realização de atos para celeridade processual, a lei concede o prazo em dobro em relação àquele assegurado ao particular. Ora, na realidade, fosse para se conceder prazos distintos, ao particular deveria ser assegurado maior prazo em relação àquele concedido ao Poder Público. Isso porque ao Estado (Fazenda Pública) cumpre agir de forma a não retardar a prestação jurisdicional, mesmo nos atos praticados enquanto parte no processo³⁵².

Em relação ao prazo em dobro concedido ao particular assistido pela Defensoria Pública, a crítica é de violação ao princípio da igualdade:

Esse dispositivo em comento, antes mesmo de se violar a cláusula da duração razoável do processo, infringe o princípio da igualdade. Isso porque concede a um particular assistido pela Defensoria Pública o direito de se manifestar em prazo diverso daquele que é concedido ao particular que é patrocinado por advogado privado³⁵³.

É inegável que nos dias atuais não se afigura mais justificável a adoção pelo legislador de benefícios para a atuação do Ministério Público, Fazenda Pública, Defensoria Pública e escritórios de prática jurídica, sendo que a prática de concessão de prazos em dobro para manifestação, inclusive para recorrer, constitui uma nítida violação ao princípio da razoável duração do processo e ao princípio da igualdade, que deveria ter sido corrigida pelo legislador, especialmente por se tratar de um Código que foi elaborado com a finalidade de simplificação, celeridade e efetividade.

Ademais, o novo Código traz inovação que já estende o prazo para prática dos atos processuais das partes, que é a contagem dos prazos em dias úteis, segundo consta do

reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.

³⁵² MEIRELES, Edilton. Duração razoável do processo e os prazos processuais no projeto do Código de Processo Civil. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 207, n. 1, maio 2012, p. 200.

³⁵³ *Ibid.*, p. 201.

artigo 219³⁵⁴, o que, por si só, dispensaria a necessidade de prazo em dobro para alguns sujeitos processuais.

Ao menos, verificou-se que o legislador estabeleceu ressalva que beneficia o processo coletivo, quando trouxe disposição no sentido de que quando a lei estabelecer prazo próprio, de forma expressa, desaparece a prerrogativa do prazo em dobro concedida ao Ministério Público, à Fazenda Pública, à Defensoria Pública e aos escritórios de prática jurídica de instituições de ensino³⁵⁵.

A título de exemplo, em que a exceção estabelecida pelo legislador pode beneficiar o processo coletivo, podemos citar o artigo 198, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁵⁶, que estabelece o prazo de 10 dias para apresentação de qualquer recurso, com exceção dos embargos de declaração. Por se tratar de prazo expresso e próprio para o Ministério Público e para defesa, desaparece o benefício do prazo em dobro.

O novo Código também contemplou situações de interrupção ou de suspensão do prazo recursal.

A interrupção do prazo do recurso se dá quando, após iniciado o prazo, ocorrer um evento previsto na lei que leva a que o prazo comece a fluir novamente, por inteiro. Na suspensão, após a ocorrência do evento legal que motivou a paralisação, o prazo começará a correr a partir do ponto que parou, não recuperando, o recorrente, o lapso decorrido.³⁵⁷

³⁵⁴ Para Meireles “tal dispositivo proposto, data venia, caminha também no sentido da inconstitucionalidade, já que, além de alongar a duração do processo de forma despropositada, dispõe de modo a atentar contra o avanço social, ao estabelecer regra menos favorável ao jurisdicionado tendo em vista sua situação jurídica em face do Estado no estágio atual”. É que a legislação revogada disciplinava “que a contagem do prazo é contínuo, não se interrompendo nos feriados (art. 178 do CPC (LGL\1973\5)), ainda que sua contagem se inicie em dia útil e se encerre em dia de igual natureza. Pois bem. Quando o legislador propõe que apenas se conte os dias úteis (prazo não contínuo) ele acaba por retroceder na situação jurídica do jurisdicionado que hoje pode exigir que o prazo seja contado de forma contínua. Há, aqui, um retrocesso social, pois pelas regras atuais o jurisdicionado dispõe de um instrumento legal para exigir a prestação jurisdicional em prazo mais curto do que aquele previsto no Projeto do novo CPC (LGL\1973\5). Não fosse isso, nada justifica o aumento real do prazo para prática dos atos judiciais ao se excluir a contagem dos dias não úteis. Basta exemplificar que, se a contagem se iniciar numa segunda-feira, o prazo para a contestação somente se encerrará 19 dias depois, excluindo, tão somente, os sábados e domingos, quando atualmente, nesta mesma hipótese, o prazo se encerraria nos exatos 15 dias. Neste exemplo, há um aumento de 26% na duração do prazo!” (MEIRELES, *op. cit.*, p. 204).

³⁵⁵ CPC/2015. Art. 180. [...] § 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o Ministério Público. Art. 183. [...] § 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público. Art. 186. [...] § 4º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para a Defensoria Pública.

³⁵⁶ ECA. Art. 198. Nos procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução das medidas socioeducativas, adotar-se-á o sistema recursal da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), com as seguintes adaptações: [...] II - em todos os recursos, salvo nos embargos de declaração, o prazo para o Ministério Público e para a defesa será sempre de 10 (dez) dias; (Redação dada pela Lei nº 12.594, de 2012)

³⁵⁷ JORGE, *op. cit.*, p. 177.

O artigo 1.004 do novo Código de Processo Civil retrata situação de interrupção do prazo para interposição do recurso quando “durante o prazo para a interposição do recurso, sobrevier o falecimento da parte ou de seu advogado ou ocorrer motivo de força maior que suspenda o curso do processo”. Na verificação de qualquer dos fatos apontado no artigo, após o início da contagem do prazo, este será restituído em proveito da parte, começando a correr novamente depois da intimação que reconhecer o evento.

Ressalta-se que a morte da parte ou de seu advogado e o motivo de força maior³⁵⁸ são considerados também pelo novo Código como causa suspensiva dos prazos, no artigo 313, incisos I e VI. Contudo, na sistemática dos recursos, estes fatos jurídicos são considerados causas interruptivas do prazo para recorrer.

A causa interruptiva baseada na morte da parte ou de seu advogado e no motivo de força maior somente incide se já iniciada a contagem do prazo. Se a contagem ainda não foi iniciada, ou seja, se a parte ainda não foi intimada ou não teve ciência inequívoca da decisão, os fatos ensejariam a suspensão do processo na forma do artigo 313, incisos I e VI.

Consiste também em causa interruptiva do prazo recursal a interposição de recurso de embargos de declaração por qualquer do legitimados, conforme preceitua o artigo 1.026, *caput*, do novo Código. Caso tenha sido interposto recurso antes do julgamento do recurso de embargos de declaração, que sejam rejeitados ou não alterem a conclusão do julgamento anterior, ele será considerado válido, independentemente de ratificação (artigo 1.024, §5º). Se o julgamento dos embargos tiver modificado a decisão embargada, o recorrente tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração (artigo 1.024, §4º).

O novo Código não traz qualquer regulamentação especial para o sistema recursal referente à suspensão dos prazos recursais. Assim, aplica-se o disposto nos artigos 220, 221 e 313, incisos I e VI, da Parte Geral do Código, que incidem nos recursos em consonância com o artigo 1.004.

Deste modo, o prazo do recurso será suspenso, devendo ser restituído por tempo igual ao que faltava para sua complementação, quando forem verificadas as situações de morte da parte ou de seu advogado, ou de motivo de força maior³⁵⁹, nos dias compreendidos

³⁵⁸ Fato jurídico de natureza transindividual, exterior ao processo, que a condição humana não pode resistir.

³⁵⁹ Nestes eventos, se o curso do prazo já tiver sido iniciado a situação é de interrupção e não suspensão do prazo, conforme já explicado anteriormente.

entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, e durante a execução de programa instituído pelo Poder Judiciário para promover a autocomposição.

Jorge chama atenção para o fato de que “nosso sistema processual, corretamente, não empresta relevância à vontade das partes, para suspender ou interromper o curso do prazo recursal, estando, rigorosamente, fora da disponibilidade das partes”.³⁶⁰ É que a tempestividade nos recursos constitui um requisito de admissibilidade, portanto, matéria de ordem pública que foge aos negócios processuais admitidos pela nova legislação processual.

A possibilidade de o recorrente promover o suprimento de pressupostos processuais que não foram configurados no ato da interposição, prevista no artigo 932, parágrafo único, do Código, não alcança o requisito de tempestividade. Tal situação coloca o novo Código na contramão de uma tendência mundial de flexibilização dos pressupostos de admissibilidade do recurso. A título de exemplo, o Código de Processo Civil Português³⁶¹ permite que o apelante possa interpor o recurso até três dias depois do prazo, sob o pagamento de multa progressiva³⁶².

5.2.2 Preparo

O preparo consiste na comprovação do pagamento das despesas com o processamento do recurso no ato de sua interposição, sendo possível a sua complementação quando verificado que o valor recolhido foi insuficiente ou o recolhimento do valor em dobro, quando o pagamento não tiver sido comprovado no ato da interposição³⁶³.

³⁶⁰ JORGE, *op. cit.*, p. 192.

³⁶¹ PORTUGAL. Lei nº 41, de 2013. **Código de Processo Civil Português**. p. 3518-3665. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 01 maio 2016

³⁶² O artigo 145.5 do Código de Processo Civil Português disciplina que “independentemente de justo impedimento, pode o ato ser praticado dentro dos três primeiros dias úteis subsequentes ao termo do prazo, ficando a sua validade dependente do pagamento imediato de uma multa, fixada nos seguintes termos: a) Se o ato for praticado no primeiro dia, a multa é fixada em 10 % da taxa de justiça correspondente ao processo ou ato, com o limite máximo de meia UC; b) Se o ato for praticado no segundo dia, a multa é fixada em 25 % da taxa de justiça correspondente ao processo ou ato, com o limite máximo de três UC; c) Se o ato for praticado no terceiro dia, a multa é fixada em 40 % da taxa de justiça correspondente ao processo ou ato, com o limite máximo de sete UC. (PORTUGAL, *loc cit.*)

³⁶³ CPC/2015. Art. 1.007. No ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção. § 1º São dispensados de preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, os recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal. § 2º A insuficiência no valor do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, implicará deserção se o recorrente, intimado na pessoa de seu advogado, não vier a supri-lo no prazo de 5 (cinco) dias. § 3º É dispensado o recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos. § 4º O recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena

A ausência da realização do preparo, após concedida oportunidade para que seja complementado ou recolhido o valor em dobro, conduz à aplicação da pena de deserção e, conseqüentemente, ao não conhecimento do recurso.

A pena de deserção é a sanção para a falta de preparo no prazo legal, sendo um tipo especial de juízo negativo de admissibilidade, por ser puramente objetiva, prescindindo de qualquer indagação sobre se a causa de sua aplicação foi ato intencional ou descuido, como ocorre no caso de não interposição do recurso no prazo devido.³⁶⁴

O preparo (espécie) é considerado uma despesa processual (gênero), compreendendo as custas processuais para o processamento do recurso e o valor do porte de remessa e retorno do autos para o Tribunal.³⁶⁵ A regra estabelecida pelo legislador na parte geral do Código, no sentido de que as partes devem prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, foi seguida na parte especial.

O novo Código manteve a possibilidade, já permitida na legislação anterior, em que o recorrente tem oportunidade após a interposição do recurso de complementar o valor recolhido a título de preparo, quando este tiver sido considerado insuficiente. A parte terá o prazo de 05 (cinco) dias para efetuar a complementação após a intimação da decisão que verificou a insuficiência do valor (artigo, 1007, §2º).

Mas a inovação em matéria de preparo no processo brasileiro surgiu da possibilidade da parte realizá-lo após a interposição do recurso. Trata-se de situação em que não foi verificado o recolhimento de qualquer valor a título de preparo no momento da interposição do recurso. O legislador, neste caso, autoriza que “o recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção” (artigo 1.007, §4)º.³⁶⁶

de deserção. § 5º É vedada a complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, no recolhimento realizado na forma do § 4º. § 6º Provando o recorrente justo impedimento, o relator relevará a pena de deserção, por decisão irrecurável, fixando-lhe prazo de 5 (cinco) dias para efetuar o preparo. § 7º O equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias.

³⁶⁴ MOREIRA, *op. cit.*, p. 174-175.

³⁶⁵ No mesmo sentido do texto: NERY JÚNIOR; NERY, *op. cit.*, p. 2039. Entendendo que o porte de remessa e retorno dos autos é uma espécie distinta do preparo mas sujeito ao mesmo gênero: JORGE, *op. cit.*, p. 210.

³⁶⁶ Antes da inovação perpetrada pelo legislador Assis constatou que “do ponto de vista sistemático, o preparo e a estigmatizante sanção por sua falta - a deserção tizna a reputação profissional do advogado do recorrente, apesar de os estagiários do escritório, em regra, realizarem o ato fastidioso - não se harmonizam com os princípios informadores do processo moderno. Uma quantia depositada no momento oportuno poderia satisfazer as despesas”. (ASSIS, *op. cit.*, p. 229-230)

A inovação não significa que o recorrente esteja dispensado de realizar o preparo no ato da interposição do recurso, mas que o deslize cometido pelo recorrente não o impeça de ter reexaminado o pronunciamento impugnado.

Contudo, a sanção para o recorrente que deixa de realizar o preparo no momento da interposição foi severa - recolhimento em dobro - sendo que o legislador deveria ter estabelecido uma forma progressiva de penalização, como fez o Código de Processo Civil Português em seu artigo 145.5 ao aplicar o pagamento de multa para o recurso interposto fora do prazo.³⁶⁷

Deste modo, a penalização progressiva que sugerimos para a parte que não realizar preparo no ato da interposição do recurso poderia ser: se o preparo fosse praticado até o primeiro dia após a interposição do recurso, o recorrente arcaria com o valor do preparo acrescido de 10% (dez por cento) do seu valor; se o preparo fosse praticado até o segundo dia após a interposição do recurso, o recorrente arcaria com o valor do preparo acrescido de 25% (vinte cinco por cento) do seu valor; se o preparo fosse praticado até o terceiro dia após a interposição do recurso, o recorrente arcaria com o valor do preparo acrescido de 40% (quarenta por cento) do seu valor; se o preparo fosse praticado posteriormente terceiro dia após a interposição do recurso, o recorrente arcaria com o valor do preparo acrescido de 100% (cem por cento) do seu valor. Esta seria uma sistematização que não penalizaria excessivamente a parte que não efetuou o preparo, harmonizando o intento do legislador de penalizar o deslize cometido e a voracidade arrecadadora do Estado.

Em matéria de preparo, o novo Código também enfrentou a jurisprudência defensiva do Superior Tribunal de Justiça³⁶⁸, que entendia “não há tratar como erro escusável o preenchimento equivocado do código de recolhimento na guia de preparo, uma vez que inviabiliza a aferição da veracidade do recolhimento correspondente ao processo”³⁶⁹. Foi disciplinado que o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará na aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de 5 (cinco) dias (artigo 1.007, §7º).

³⁶⁷ PORTUGAL. Lei nº 41, de 2013. **Código de Processo Civil Português**. p. 3518-3665. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 01 maio 2016

³⁶⁸ AgRg no AREsp 238.764/RJ, 2ª Turma, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 01/07/2013; AgRg no REsp 1357549/SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 18/03/2013; AgRg no AREsp 231.460/RJ, 1ª Turma, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 22/11/2012; AgRg no AREsp 167.800/PA, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 22/08/2012; EREsp 820.539/ES, Corte Especial, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 23/08/2010.

³⁶⁹ AgRg no REsp 1466288/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/10/2014, DJe 28/10/2014.

Caso o recorrente seja intimado para manifestar sobre o erro e consiga evidenciar que o equívoco no preenchimento da guia não impediu que o recolhimento fosse efetuado, ficará isento de qualquer sanção ante a ausência de prejuízo ao erário. Por outro lado, se o erro foi capaz de impedir o recolhimento do valor devido a título de preparo, este deverá ser intimado para proceder ao recolhimento do valor em dobro.³⁷⁰

Se em certo momento enfrentou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em outro, acertadamente, elevou para o patamar da legislação ordinária a disposição do artigo 6º de sua Resolução de n.º 4 de 2013, que dispensava o porte de remessa e retorno dos autos quando se tratar de recursos encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça e por ele devolvidos por via eletrônica aos tribunais de origem. A regra agora foi ampliada para todos os recursos do Código, sendo que o recorrente está dispensado do recolhimento do porte de remessa e de retorno no processo em autos eletrônicos (artigo 1.007, §3º).

Em boa hora, o legislador se atentou que a rigidez, consistente na percepção do preparo e na aplicação da sanção em decorrência de sua ausência ou insuficiência, não se coadunava com o modelo constitucional de processo, em que o recurso é visto como instrumento para realização dos direitos fundamentais previsto no ordenamento.

A pena de deserção passou a ser afastada também quando o recorrente não efetua o preparo no ato da interposição do recurso em decorrência de um justo impedimento, situação que o relator fixará prazo de 05 (cinco) dias para que seja efetuado o preparo (artigo 1.007, §6º). O justo impedimento é visto como um “evento de tal porte que, qualquer advogado, na mesma situação, não seria capaz de efetuar o pagamento do preparo.”³⁷¹

O Superior Tribunal de Justiça, antes do advento do novo Código, editou o enunciado de n.º 484³⁷² em que reconhece a existência de justo impedimento para ausência de preparo, quando o recurso é protocolizado durante o expediente forense, mas após cessado o expediente bancário. A súmula prevê que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente. Com o novo Código, a parte poderá alegar e comprovar o justo impedimento, sendo que depois da decisão que reconhecê-lo, a parte será intimada para efetuar o preparo no prazo de 05 (cinco) dias. A vantagem do reconhecimento do justo impedimento consiste em afastar a pena de recolhimento do valor em dobro, para a situação em que o justo impedimento não é reconhecido para ausência de preparo no ato da interposição do recurso.

³⁷⁰ JORGE, *op. cit.*, p. 217.

³⁷¹ JORGE, Flávio Cheim. Dos recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2234.

³⁷² O enunciado da súmula nº 484 do Superior Tribunal de Justiça indica que “admite-se que o preparo seja efetuado no primeiro dia útil subsequente, quando a interposição do recurso ocorrer após o encerramento do expediente bancário”.

O novo Código também dispensou da realização do preparo nos recursos interpostos pelo Ministério Público, pela União, pelo Distrito Federal, pelos Estados, pelos Municípios, e respectivas autarquias, e pelos que gozam de isenção legal (artigo 1.007, §1º).

No processo coletivo, o artigo 18 da Lei de Ação Civil Pública (n.º 7.347/85), dispensa o adiantamento de custas, emolumentos e quaisquer outras despesas nas Ações Coletivas³⁷³. Sendo o preparo uma espécie de despesa processual, os recursos interpostos no processo coletivo também estão dispensados do preparo.

Mazzilli entende que a dispensa alcança tão somente os colegitimados ativos da ação civil pública ou coletiva:

Não haverá adiantamento de custas e outras despesas processuais pelos autores da ação civil pública, quaisquer que sejam. A regra não se aplica aos lesados, em suas ações individuais, ainda que baseadas em título constituído no processo coletivo. Mas, a *contrario sensu*, os réus serão obrigados a custear antecipadamente as despesas processuais a que eles próprios derem causa nas ações civis públicas ou coletivas. Essa diferença de tratamento explica-se porque foi evidente o intuito do legislador facilitar a defesa dos interesses transindividuais em juízo, de forma que tal só atende os legitimados ativos relacionados no art. 5º da LACP ou no art. 82 do CDC. É descabido que pessoas físicas, como os réus em ação civil pública ou coletiva, queiram beneficiar-se do estímulo que o legislador, por meio da ação civil pública, quis dar à sociedade civil para a defesa do patrimônio público e de interesses transindividuais.³⁷⁴

Deste modo, a isenção do adiantamento de custas e outras despesas processuais, o que inclui o preparo, não alcança aqueles que figuram no polo passivo, conforme entendimento doutrinário³⁷⁵ e jurisprudencial³⁷⁶ dominante sobre o tema.

Contudo, não nos parece que este seria o entendimento correto. Não se extrai em momento algum do dispositivo que a dispensa do adiantamento de despesas processuais estaria restrito somente aos colegitimados ativos. Ao contrário, o dispositivo é amplo ao mencionar que o adiantamento não será exigido nas ações de que trata a Lei de Ação Civil

³⁷³ LACP. Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990)

³⁷⁴ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 628.

³⁷⁵ No mesmo sentido: GOMES JUNIOR, *op. cit.*, 260.

³⁷⁶ No Superior Tribunal de Justiça, colhemos os seguintes arestos: AgRg no AREsp 610.654/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 09/06/2015, DJe 06/08/2015; AgRg no AREsp 434.851/MG, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada Do Trf 4ª Região), Primeira Turma, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015; AgRg no AREsp 450.222/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/04/2014, DJe 18/06/2014; AgRg no AREsp 15.730/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 02/05/2013, DJe 10/05/2013; REsp 1229847/MS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 06/12/2012, DJe 04/02/2013; AgRg nos EAg 1173621/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 12/05/2011, DJe 22/06/2011.

Pública, não sendo indicada qualquer restrição aos sujeitos que atuam no polo ativo ou no polo passivo.³⁷⁷

O entendimento dominante não leva em consideração que a dispensa é quanto ao adiantamento e não quanto ao recolhimento, que deverá ser realizado ao final, caso o legitimado que figure no polo passivo seja sucumbente.

Aliás, o único caso de isenção ao pagamento das despesas processuais, estabelecido pelo legislador, seria quando a associação autora, embora sucumbente, não tivesse agido de má-fé. Ocorre que sem qualquer critério interpretativo válido, os Tribunais vêm estendendo a isenção aos demais colegitimados para propositura da Ação Civil Pública ou Coletiva.³⁷⁸

Para Leonel, a isenção de adiantamento das despesas processuais beneficia todos os colegitimados, mas no caso de sucumbência, a isenção alcançará somente as associações, o Ministério Público e os entes públicos despersonalizados:

Deste quadro, a melhor solução é de que o Ministério Público e os entes públicos despersonalizados, por analogia ao tratamento das associações, estejam isentos, a princípio, se vencidos, da sucumbência. Só será viável a condenação quanto a estes legitimados se a demanda, como ocorre com as associações, for ajuizada manifestamente infundada. Aí então os encargos serão carreados ao Estado. A situação das pessoas jurídicas de direito público ou privado da administração direta e indireta é diversa. A única diferença de tratamento quanto a elas refere-se ao não adiantamento de despesas processuais, não havendo isenção de sucumbência.³⁷⁹

Diferente é a regulamentação do preparo no processo coletivo que esteja tramitando sob a jurisdição de Vara da Infância e Juventude, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) em seu artigo 198, inciso I, prevê expressamente que os recursos estão dispensados de preparo. Aqui não se trata de isenção do adiantamento do preparo, mas de isenção do preparo para interposição de recursos.

Do mesmo modo, na Ação Popular as partes estão isentas do adiantamento de custas e do preparo, que serão pagos somente ao final. Ainda sim, “improcedente o pedido, o autor só estará sujeito a ônus sucumbenciais em caso de ficar reconhecida ‘lide manifestamente temerária’, caso em que será condenado ‘ao pagamento do décuplo das custas’ (art.13)”.³⁸⁰

³⁷⁷ Da mesma forma, o artigo 88 do Estatuto do Idoso, prevê a isenção do adiantamento de despesas processuais, o que inclui o preparo, não estabelecendo qualquer restrição quanto aos sujeitos que são alcançados pela isenção do adiantamento.

³⁷⁸ O entendimento de que a condenação da parte autora da ação civil pública ao pagamento de despesas processuais não alcança somente associações foi manifestado recentemente nos seguintes acórdãos: AgRg no REsp 1544177/DF, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, julgado em 15/03/2016, DJe 06/04/2016; AgRg no REsp 1100516/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 12/05/2015.

³⁷⁹ LEONEL, *op. cit.*, p. 438-439.

³⁸⁰ ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 91.

No âmbito do novo Código de Processo Civil, independente da celeuma existente no processo coletivo sobre sua comprovação no ato de interposição do recurso, o legislador dispensou da realização do preparo nos recursos de embargos de declaração (artigo 1.023) e de agravo em recurso especial ou extraordinário (artigo 1.042, §2º).

5.2.3 Regularidade formal

Os recursos, como os atos processuais em geral, dependem, para atingirem sua finalidade, da observância de determinados preceitos de forma. O legislador ordinário exige que eles sejam apresentados por meio de petição e motivados, para que o órgão *ad quem* possa contrastar, no julgamento do recurso, os fundamentos opostos à decisão judicial e os fundamentos do órgão *a quo* que apoiaram o pronunciamento.³⁸¹

O requisito de regularidade formal está ligado com a forma de apresentação do recurso. No novo Código, todo recurso deve ser apresentado por meio de petição (forma escrita), com as razões de impugnação que identificam os vícios da decisão agravada (motivação) e com o pedido de nova decisão.

No Código anterior, além da apresentação de recurso por meio de petição, era prevista a interposição de recurso de forma oral, cujas razões e o pedido eram reduzidos a termo, como era o caso do recurso de agravo retido contra decisão interlocutória proferida em audiência de instrução e julgamento.³⁸² Registra-se que ainda existe a possibilidade de interposição de recurso de forma oral no ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, restrito ao procedimento disciplinado para os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.³⁸³

Com a extinção do recurso de agravo retido, podemos afirmar, sem exceção, que no sistema recursal decorrente do novo Código de Processo Civil todos os recursos são apresentados por petição (forma escrita), devendo ser acompanhados das razões fundamentadas para reforma (motivação) da decisão impugnada e do pedido de nova decisão.

A importância da motivação do recurso é destacada pela doutrina como meio de possibilitar a participação dos demais sujeitos processuais no seu processamento e como

³⁸¹ MOREIRA, *op. cit.*, p. 169-170.

³⁸² O § 3º, do artigo 523 do Código revogado disciplinava que “das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante”.

³⁸³ A Lei 9.009/95 dispõe a possibilidade interposição de recurso de embargos de declaração de forma oral em seu artigo 49: “os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão”.

elemento delimitador da atividade do Tribunal, pois está associada ao efeito devolutivo do recurso:

Com efeito é necessário que o recorrente demonstre e indique o porquê de seu recurso e até que ponto se insurge contra a sentença. Com isso, ele estará possibilitando ao recorrido oferecer sua resposta e estará, da mesma forma, indicando ao órgão julgador qual a parte da decisão que está sendo atacada e de que maneira ela deverá ser reformada ou anulada. Fixa-se, assim, o efeito devolutivo do recurso. A presença apenas do elemento volitivo é insuficiente. O recurso, assim como a petição inicial, deve conter as razões que fundamentam o pedido, os motivos fáticos e jurídicos que conduzem ao pedido de reexame. A ausência ou total deficiência nas razões - obscuridade, contradição, - acarretam a inépcia do pedido feito na instância superior.³⁸⁴

Na prática, Jorge aponta o que deve-se apresentar a título de motivação na petição de interposição do recurso:

Quanto aos fundamentos de fato e de direito que devem ser demonstrados pelo recorrente, parece evidente que o recorrente deve indicar exatamente quais são os *errores in iudicando* e/ou *errores in procedendo* que maculam a decisão. E mais, deverá, ainda, demonstrar que a decisão está errada, e, conseqüentemente, a necessidade de sua reforma ou anulação.³⁸⁵

Em análise sobre o requisito de regularidade formal no recurso de apelação, Oliani indica situações em que a petição de recurso não atenderá a motivação exigida pelo legislador para configuração do requisito de admissibilidade:

O apelante não pode se limitar a reproduzir as razões expostas na petição inicial ou na contestação, quer dizer, deve ser feita impugnação específica e inédita à decisão apelada, sob pena de inadmissibilidade do recurso, por irregularidade formal. Com efeito, o mero CTRL C + CTRL V (copia e cola em informatiquês) caracteriza abuso dos recursos de informática e implica o não conhecimento da apelação, por irregularidade formal, uma vez que não atende à norma do art. 1.010 do NCPC.³⁸⁶

No mesmo passo, Assis preconiza que a simples remissão a peças anteriores do recurso não é suficiente para atender ao pressuposto de regularidade formal:

Em princípio, a diretriz significa que o recurso dotado de motivação *per relationem*, no qual o recorrente se reporta a alegações expendidas anteriormente à emanção do ato impugnado, é inadmissível. A remissão a peças anteriores, a exemplo da

³⁸⁴ JORGE, *op. cit.*, p. 205-206.

³⁸⁵ JORGE, *loc. cit.*

³⁸⁶ OLIANI, José Alexandre Manzano. Apelação. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC: Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 534.

contestação ou das razões finais, revela-se insuficiente. Não atinge o objetivo do recurso.

O recorrente tem o direito de rejeitar uma decisão genérica proferida pelo Poder Judiciário, conforme acentuou o artigo 489, §1º do Código de Processo Civil. Da mesma forma, o legislador exige que a fundamentação do recurso não seja genérica. O recorrente deve “expressar, com clareza e precisão, as razões pelas quais deseja a reforma ou a decretação de nulidade da decisão impugnada e, ao final, deve formular o pedido que, conforme o caso, será de reforma da decisão ou sua cassação”³⁸⁷.

Assim, mediante um recurso fundamentado, o recorrido tem oportunidade de apresentar suas contrarrazões acerca dos vícios indicados na decisão judicial, permitindo sua apreciação pelo Tribunal nos exatos limites da impugnação, o que possibilitará a construção de um pronunciamento de reexame legítimo e democrático das questões impugnadas, pois decorrente da participação de todos os sujeitos processuais.³⁸⁸

Segundo entendimento de Nery Júnior, caso o Tribunal adivinhe “os fundamentos do recurso de apelação, o órgão *ad quem* estará agindo em prejuízo da parte recorrida que, por inexistirem razões do recurso, não pôde impugná-lo em todos os seus aspectos”³⁸⁹. Além da violação do requisito de regularidade formal, a mencionada conduta violaria princípios comezinhos como o da cooperação, corolário do princípio do contraditório.

No mesmo sentido, Oliani, ao comentar sobre o contraditório na fase recursal do novo Código de Processo, manifesta que:

Uma decisão-surpresa, isto é, apoiada em fundamentos ou sobre matéria não debatida pelas partes, viola o princípio do contraditório, na exata medida em que despoja as partes da possibilidade de participar do “processo decisório”, fornecendo alegações e provas que eventualmente possuam e que repute úteis para a formação do convencimento do julgador. A decisão-surpresa mais se aproxima do autoritarismo do que da democracia que, em última instância, norteia o contraditório.³⁹⁰

A preocupação do legislador com o requisito de regularidade formal, seja no tocante à forma, seja no tocante à motivação, está indicada em vários dispositivos do Código. Os artigos 932, inciso III, 1.003, §§3º e 4º, 1.010, 1.106, 1.017, 1.021, 1.023, 1.029 e 1.043,

³⁸⁷ OLIANI, *op. cit.*, p. 534.

³⁸⁸ Neste sentido “o recorrente deverá declinar o porquê do pedido de reexame da decisão. Só assim a parte contrária poderá contra-arrazoar o recuso, formando-se o imprescindível contraditório”. (NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 352).

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 353.

³⁹⁰ OLIANI, José Alexandre Manzano. O contraditório no NCPC. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC: Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 51-52.

§4º trazem regras quanto à forma e à motivação para o recurso, dependendo da espécie a ser utilizada.

No prazo para interposição de recurso, a petição deve ser protocolada em cartório. Quando a petição de recurso ou outra peça tiver que ser apresentada diretamente no Tribunal, o legislador inovou ao regulamentar a possibilidade do protocolo postal, ou seja, o recurso pode ser remetido pelo correio, sendo considerada como data de interposição a data de postagem.

Contudo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, na égide do Código de Processo Civil anterior, que previa a possibilidade de interposição de recurso pelo correio somente para o agravo de instrumento (artigo 525, §2º), entende que a data da postagem em agência dos Correios não é considerada para fins de apuração da tempestividade, mas sim a data na qual foi realizado o protocolo pelo Tribunal *a quo*. O enunciado da súmula nº 126, assevera que “a tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio”.

Em pesquisa realizada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verificamos que o Tribunal continua aplicando a orientação da súmula nº 126 em julgamento realizados após a vigência do novo Código de Processo Civil, em recursos interpostos antes de 18/03/2016.³⁹¹ A observância do enunciado da súmula n.º 126 em julgamentos ocorridos após a vigência do novo Código decorre do fato do Superior Tribunal de Justiça ter elaborado uma série de enunciados administrativos sobre a questão do direito intertemporal, referente à aplicação da regra nova ou da antiga, a cada caso, prevendo no enunciado n.º 2, que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”.

Para Wambier, a regra insculpida no §3º do artigo 1.003, resolve a questão, ficando a interposição de recurso pelo correio estendida para todas as espécies consagradas no Código:

Resolve-se, no NCPC, controvérsia que se instalou na jurisprudência (mas não na doutrina), consistente em saber se o recurso postado no prazo, mas que chega ao Tribunal depois de se ter este esgotado seria tempestivo. Diz o art. 1.003, §4º que a data da postagem é a data da interposição do recurso. De fato, se não fosse considerada a entrega do recurso no correio como interposição do recurso, não se

³⁹¹ AgRg no AREsp 811.428/MG, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 29/04/2016; AgInt no AREsp 865.505/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 15/04/2016; AgRg no AREsp 803.429/BA, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 07/04/2016, DJe 18/04/2016.

teria criado, uma outra forma de interposição do recurso. Para *o dies ad quem* (para se estabelecer qual o último dia do prazo) levar-se-ão em conta os dias úteis da localidade em que se encontre o órgão *ad quem*. Todavia, se no penúltimo dia do prazo for feriado no local da sede do processo e os correios estiverem fechados, mesmo que não seja feriado na sede do Tribunal, considera-se o último dia com sendo o dia seguinte. O mesmo raciocínio se pode realizar para o caso das outras formas de interposição de recurso previstas na lei local.³⁹²

Ocorre que, pelo teor do enunciado administrativo n.º 3 do Superior Tribunal de Justiça, a regra para que a data da postagem seja considerada a data de interposição do recurso, prevista no artigo 1.003, §3º da nova legislação processual, somente incidirá nos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015, relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016, quando serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

O legislador facultou, ainda, a possibilidade dos Tribunais descentralizarem o seu protocolo mediante suas normas de organização judiciária. Jorge explica que o motivo para o legislador intensificar a descentralização do protocolo de petições decorre da extensão das dimensões geográfica do país:

É o que ocorre com os chamados “Protocolos Integrados”, onde mesmo que a petição recursal não seja protocolada perante o juízo *a quo* (fórum ou tribunal), considera-se como se o ato nele tivesse sido formalizado. Isso é muito comum em Estados com dimensões territoriais muito extensas, como o de São Paulo; ou mesmo perante os Tribunais Regionais Federais que contemplam mais de um Estado, como o da 2ª Região, do qual integram os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo.³⁹³

Também foi regulamentada a possibilidade de interposição de recurso de agravo de instrumento na própria comarca, seção ou subseção judiciárias, que providenciaram o encaminhamento das peças e documentos para o Tribunal que estão vinculadas.

Se a intenção do legislador ao permitir o protocolo de recurso de agravo de instrumento – que deve ser dirigido diretamente ao tribunal competente – em órgão diverso do protocolo do Tribunal, foi de facilitar o acesso à justiça aos recorrentes que estão em cidades diferentes da sede do tribunal, este desígnio também deve alcançar os demais recursos, pois não se vislumbra razão para identificar que o recurso de agravo de instrumento seja mais importante que os demais recursos do código.³⁹⁴

³⁹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Do agravo de instrumento. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC: Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 553-554.

³⁹³ JORGE, *op. cit.*, p. 202.

³⁹⁴ Necessário lembrar o histórico do Superior Tribunal de Justiça com a prática da “jurisprudência defensiva”, que pelo teor do enunciado da súmula n.º 126, não considerava a data de postagem como a data de protocolo do recurso especial, mesmo estando esta regra disciplinada no artigo 525, §2º do código anterior, para interposição

O legislador ratificou a possibilidade de interposição de recurso através de transmissão de dados tipo fac-símile, já regulamentada pela Lei n.º 9.800 de maio de 1999. Segundo o artigo 2º da Lei, os originais do recurso encaminhado pelo fac-símile devem ser entregues em juízo, necessariamente, até cinco dias da data do término do prazo para interposição do recurso, sob pena de o ato ser considerado intempestivo.

O legislador indica que o momento para apresentação da motivação é no ato de interposição do recurso. Resta saber se a deficiência ou ausência de motivação poderá ser corrigida após a interposição do recurso.

A indagação gira em torno da possibilidade de complementação dos fundamentos do recurso após a sua interposição, vez que o artigo 932, parágrafo único, consagração do princípio da cooperação no sistema recursal do novo Código de Processo Civil, prevê que “antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de 05 (cinco) dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível”.

Assis, na vigência do Código revogado, baseado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mas já sob os auspícios do novo Código, indicava a impossibilidade de admissibilidade do recurso sem motivação ou motivado após a apresentação do recurso:

Recurso desacompanhado de razões resente-se da falta de relevante requisito, mostrando-se inadmissível, proclamou a 6ª Turma do STJ. Sem a motivação, de fato revelar-se-ia impossível estabelecer a extensão do recurso, total ou parcial, e o recorrido responder o recurso. Do mesmo e insanável vício padece o recurso motivado após o prazo recursal. Não há a menor possibilidade de o recorrente “reservar-se” para apresentar suas razões posteriormente à interposição, através de petição escrita, conquanto respeitado, o prazo recursal, ou na sustentação oral. E o fundamento da diretriz assenta na preclusão consumativa. O conjunto das disposições, mencionadas há pouco, uniformemente exige que as razões acompanhem o ato de interposição, pois o recurso contém, além da vontade de recorrer, um elemento suplementar – a descrição do inconformismo.³⁹⁵

Cunha e Didier Júnior também chegaram à conclusão que o dever geral de prevenção, previsto no artigo 932, parágrafo único, do Código de 2015, que concretiza os princípios da primazia da decisão de mérito e da cooperação, não alcança o vício de regularidade formal, “não permite a complementação das razões recursais nem a formulação

do recurso de agravo de instrumento. No novo Código de Processo Civil não existe mais espaço para interpretação restritiva para o exercício do direito fundamental de recurso, tendo o legislador constado expressamente no §3º do artigo 1.029, que “o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave”.

³⁹⁵ ASSIS, *op. cit.*, p. 225.

de pedido recursal que não fora formulado originariamente. Nesses casos, a boa-fé processual impede que se permita esse tipo de fracionamento da elaboração da demanda recursal”.³⁹⁶

Para Nery Júnior e Nery, a regra do artigo 932, parágrafo único, não traz qualquer distinção sobre a causa ou motivo da irregularidade que pode ser sanada, o que indica a possibilidade de sua utilização no âmbito do requisito de regularidade formal.³⁹⁷

Pantoja também analisou a possibilidade do saneamento de vício em requisito de admissibilidade após a interposição do recurso como consagração do princípio da primazia da decisão de mérito, sendo que sua exposição permite chegar à conclusão de que não existe restrição para correção de vício de motivação após a interposição do recurso:

Na última versão do projeto, pendente de aprovação no Plenário da Câmara, encontram-se ainda outras propostas interessantes, como a que determina ao relator, antes de inadmitir o recurso, conceder ao recorrente a oportunidade de sanar o vício ou de complementar a documentação faltante, no prazo de cinco dias. A norma privilegia o alcance de uma decisão de mérito e alinha-se com a tendência mundial de flexibilização dos pressupostos processuais extrínsecos de admissibilidade dos recursos. Outrossim, a sua previsão expressa é recomendável porque, embora a legislação processual civil brasileira não deixe de oferecer o arcabouço teórico necessário para respaldar um entendimento menos formalista, a jurisprudência nacional tem sido reticente em tratar os requisitos de admissibilidade cânone da instrumentalidade das formas.³⁹⁸

Para efeito de comparação, na Itália, o *Codice de Procedura Civile*, em decorrência de interpretação extraída do seu artigo 358, autoriza a interposição de recurso, após a interposição de outro recurso, para o saneamento de vícios, desde que ainda não tenha sido declarada sua inadmissibilidade, o que permite a promoção dos vícios de motivação.³⁹⁹

No Código de Processo Civil Português, o artigo 685º-A, que trata sobre o requisito de regularidade formal, especificamente no aspecto da motivação, o item 3, prevê a possibilidade complementação da motivação:

Quando as conclusões sejam deficientes, obscuras, complexas ou nelas se não tenha procedido às especificações a que alude o número anterior, o relator deve convidar o recorrente a completá-las, esclarecê-las ou sintetizá-las, no prazo de cinco dias, sob pena de se não conhecer do recurso, na parte afetada.⁴⁰⁰

³⁹⁶ DIDIER JUNIOR; CUNHA, *op. cit.*, p. 54.

³⁹⁷ NERY JÚNIOR; NERY, *op. cit.*, p. 1.853.

³⁹⁸ PANTOJA, Fernanda Medina. O recurso de apelação no projeto do novo código de processo civil. In: FUX, Luiz et al. **Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivum, 2014. p. 477-478.

³⁹⁹ CARPI, Frederico *et al.* *Commentario breve al Codice di Procedura Civile e alle disposizioni sul processo societário*. 5 ed. Milani: Cedam, 2006, p. 1.019.

⁴⁰⁰ PORTUGAL. Lei nº 41, de 2013. Código de Processo Civil Português. p. 3518-3665. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 01 maio 2016

A tendência de flexibilização na análise dos requisitos de admissibilidade em busca da análise do mérito recursal fortalece a proteção dos direitos fundamentais, vez que a parte não será privada destes por regras meramente formalistas. Assim, o relator poderá, com fulcro no artigo 932, parágrafo único, permitir que o recorrente possa complementar ou esclarecer suas razões após a interposição do recurso. Nesta situação, será necessário dar vista ao recorrido para se manifestar sobre o acréscimo da motivação. Ressalta-se que a possibilidade de complementação da motivação não permite a ampliação da pretensão recursal, sob pena de violação do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, compreendido como o efeito devolutivo do recurso.

Verifica-se que a mencionada inovação, consistente em priorizar a análise do mérito recursal, coaduna-se com o escopo do processo coletivo, segundo o qual se deve dar prioridade à decisão de mérito em detrimento de decisões terminativas.

Neste sentido, Almeida e Almeida analisam o princípio do interesse jurisdicional do mérito do processo coletivo:

Este princípio decorre do fato de o Poder Judiciário, como órgão do Estado Democrático de Direito, ter o compromisso de transformador da realidade social e por ser o guardião dos direitos e garantias constitucionais sociais fundamentais (arts. 1º, 2º, 3º e 5º, XXXV, da CF/88). Com base neste princípio, o juiz deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar a função social da jurisdição. O interesse no caso não é em decidir a favor de quaisquer das partes interessadas, mas o interesse em enfrentar o mérito das demandas coletivas. Com isso, não há qualquer risco ao princípio da imparcialidade como garantia constitucional.⁴⁰¹

Em sentido idêntico, Leonel manifesta que “só deve ocorrer a extinção sem julgamento do mérito se não for possível superar o vício ou o defeito processual, pois o equacionamento do conflito coletivo de forma definitiva melhor atende ao cumprimento dos escopos da Jurisdição [...]”⁴⁰².

Assim, eventuais formalismos não podem impedir que o recorrente possa sanar o vício detectado na motivação e obter o exame de mérito do recurso, especialmente no processo coletivo, em que a titularidade do direito material transcende a esfera individual.

⁴⁰¹ ALMEIDA; ALMEIDA, *op. cit.*, p.11-74.

⁴⁰² LEONEL, *op. cit.*, p. 380.

5.2.4. Inexistência de fato extintivo ou impeditivo do direito de recorrer

A verificação, no processo, de alguns fatos que ensejam a extinção ou impedem o exercício do direito de recorrer, faz com que o recurso interposto não seja conhecido, proferindo-se juízo de admissibilidade negativo.⁴⁰³

Os fatos extintivos ou impeditivos do direito de recorrer consistentes na renúncia, na aquiescência, na desistência do recurso ou da ação, no reconhecimento jurídico do pedido e na renúncia ao direito sobre que se funda a ação são considerados, pela doutrina, como requisitos negativos de admissibilidade dos recursos, pois do ponto de vista prático, a identificação de qualquer deles no processo faz com o recurso seja inadmissível, não conhecível.⁴⁰⁴

A renúncia e a aquiescência são fatos extintivos do direito de recorrer. A desistência do recurso ou da ação, o reconhecimento jurídico do pedido e a renúncia ao direito sobre que se funda a ação são fatos impeditivos do direito de recorrer.^{405 406 407 408 409}

Segundo o artigo 999 do Código de Processo Civil de 2015, a renúncia ao recurso é ato unilateral de vontade. Trata-se de “um negócio jurídico de disponibilidade de uma posição jurídica, segundo o qual a parte manifesta a sua vontade no sentido de extinguir o exercício do poder de recorrer, vontade essa que pode ser expressa ou tacitamente demonstrada”.⁴¹⁰

O entendimento de que a renúncia pode ocorrer de forma tácita deve ser visto com cautela, pois um ato de disposição de direito não pode ser presumido. Assis, considerando a interpretação restritiva que merece quaisquer atos de disposição, verifica que em relação à forma, a renúncia há de ser expressa, pois fatos ambíguos e equívocos não importam em renúncia.⁴¹¹

Exemplo que ocorre na praxe forense, que poder ser interpretado como renúncia tácita do direito de recorrer, consiste na disposição inserida constantemente no instrumento de

⁴⁰³ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 366.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 367.

⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 366.

⁴⁰⁶ ASSIS, *op. cit.*, p. 185-186.

⁴⁰⁷ MEDINA; WAMBIER, *op. cit.*, p. 100.

⁴⁰⁸ MOREIRA, *op. cit.*, p. 163.

⁴⁰⁹ Discordando dos demais autores, Jorge entende que a renúncia e a aquiescência não extinguem o direito de recorrer, mas apenas impede o conhecimento do recurso, bem como, que a desistência do recurso ou da ação, o reconhecimento jurídico do pedido e a renúncia ao direito são fatos extintivos do direito de recorrer. (JORGE, *op. cit.*, p. 154-155).

⁴¹⁰ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 367.

⁴¹¹ ASSIS, *op. cit.*, p. 186-187.

transação das partes em processo, que desistem do prazo para o recurso com a finalidade de anteciparem o trânsito em julgado da sentença homologatória. Esta situação não pode ser considerada como desistência do recurso, uma vez que ele ainda não foi interposto, mas sim uma renúncia tácita do direito de recorrer, pois claramente indicam que não pretendem opor resistência quanto à decisão homologatória da transação.⁴¹²

A renúncia somente ocorre quando ainda não foi exercido o direito de recorrer, o que significa que só se renuncia a recurso ainda não interposto. Quando já foi exercido o direito de recorrer, poderá ocorrer a desistência do recurso.

Não encontra consenso na doutrina a possibilidade da renúncia ser manifestada antes da prolação de decisão que pode ser objeto do recurso. A controvérsia parte em identificar quando surge o direito de recorrer.

Para doutrina que entende a possibilidade de renúncia prévia, antes da prolação da decisão que será objeto do recurso, o direito de recorrer surge com o nascimento do processo, vez que este terá que ser resolvido por uma sentença, tratando-se o direito de recorrer em um evento futuro e certo.^{413 414}

Para aqueles que sustentam a possibilidade de renúncia somente após a prolação da decisão, o direito de recorrer surge com a decisão judicial recorrível, sendo que a renúncia não poderia incidir em evento incerto e indeterminado.^{415 416 417}

A questão sobre a possibilidade de renúncia prévia, cuja tese de impossibilidade em nosso ordenamento jurídica vinha predominando na doutrina pátria, sofreu um revés com o novo Código de Processo Civil, vez que os artigos 190 e 200 trouxeram a possibilidade das partes entabularem negócios jurídicos processuais, antes ou durante o processo, sobre direitos que admitam autocomposição, convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

O recurso é uma posição jurídica de poder no processo, sendo que a partir da inovação legislativa, consistente em admitir que as partes possam efetuar negócios jurídicos

⁴¹² Nery Júnior afirma que “para que seja admitida como válida e eficaz a renúncia tácita, deve emergir de dados precisos, unívocos, dessumíveis de um comportamento da parte que demonstre claramente haver renunciado ao exercício do direito de recorrer.” (NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 367)

⁴¹³ *Ibid.*, p. 370.

⁴¹⁴ Em pesquisa efetuada por Nery Júnior, a possibilidade de renúncia prévia é admitida em países como França, Espanha, Áustria, Portugal, Suíça e Alemanha. (*Ibid.*, p. 371-378).

⁴¹⁵ JORGE, *op. cit.*, p. 157

⁴¹⁶ ASSIS, *op. cit.*, p. 187.

⁴¹⁷ MOREIRA, *op. cit.*, p. 342.

processuais, antes e durante o processo, o legislador passou a admitir a renúncia prévia antes mesmo da propositura da ação.^{418 419}

Outro fato extintivo do direito de recorrer é a aquiescência, prevista no artigo 1.000 do Código de 2015. Consiste na aceitação tácita ou expressa, mas sempre espontânea, no todo ou em parte, do ato decisório.⁴²⁰

Nery Júnior explica que, além do tratamento diverso da renúncia dado pelo legislador à aquiescência, o conteúdo volitivo distingue os dois institutos:

Esse artigo respeita à aquiescência, que teve tratamento legal diferente do da renúncia, pois são atos distintos no conteúdo volitivo. Quando se renuncia, manifesta-se vontade unilateralmente de abrir mão de direito ou posição jurídica; a aquiescência, ao revés, é a atitude de conformismo com o conteúdo do pronunciamento judicial, seja porque a parte se convenceu do acerto da decisão, seja por razões de conveniência. Os tratamentos, portanto não podem ser idênticos ante dois institutos diferentes. [...] A parte pode conformar-se com a decisão, ou porque se convenceu do acerto do *decisium*, ou até por razões de conveniência, para abreviar o término do procedimento. É irrelevante, portanto, indagar-se sobre o motivo que a teria levado a aquiescer ao pronunciamento judicial.⁴²¹

A aquiescência, por se tratar de ato que importa na extinção do direito de recorrer, deve ser manifestada antes da interposição do recurso, embora posterior à emissão do pronunciamento judicial recorrível.⁴²²

A manifestação da aquiescência pode ser, segundo o legislador, expressa ou tácita. Será tácita quando a parte praticar ato incompatível com a vontade de recorrer sem nenhuma reserva.

No âmbito dos atos impeditivos do direito de recorrer, encontra-se a desistência do recurso, ao lado de figuras como o reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ao direito sobre que se funda a ação e a desistência da ação.

O reconhecimento jurídico do pedido, a renúncia ao direito de recorrer e a desistência da ação impedem o direito de interpor o recurso em virtude de existir preclusão lógica, incompatível com o desejo de recorrer. Nos dois primeiros fatos existe uma disposição do direito material pela parte, o que acarreta o julgamento favorável para outra parte. Em

⁴¹⁸ Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron admitem a possibilidade de renúncia antecipada de recursos ou de alguns deles, diante da possibilidade de negócios jurídicos processuais trazidas com o Código de 2015. (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, *op. cit.*, p. 299)

⁴¹⁹ Didier Júnior e Cunha, que sustentavam ser a renúncia prévia inadmissível no ordenamento, reformularam o posicionamento após a publicação do novo Código e mudaram o seu posicionamento diante para admitirem a renúncia prévia. (DIDIER JUNIOR; CUNHA, *op. cit.*, p. 104)

⁴²⁰ ASSIS, *op. cit.*, p. 195.

⁴²¹ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 382-385.

⁴²² ASSIS, *op. cit.*, p. 195.

ambos os casos falece à parte que praticou o ato interesse para recorrer, salvo se estiver aberta outra questão, como, por exemplo, a condenação de honorários.⁴²³

Moreira entende que o fator impeditivo do poder de recorrer nos casos de reconhecimento jurídico do pedido, da renúncia ao direito de recorrer e da desistência da ação, origina do fato de que “a ninguém é dado usar as vias recursais, para perseguir determinado fim, se o obstáculo ao atingimento desse fim, representado pela decisão impugnada, se originou de ato praticado por aquele mesmo que pretende impugná-la”. Para o doutrinador, a questão reside em um aspecto particular do princípio que proíbe o *venire contra factum proprium*.⁴²⁴

A desistência do recurso no ordenamento jurídico processual, prevista no artigo 998 do Código, pode ser manifestada pelo recorrente, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes.

O ato de desistência do recurso é unilateral, pelo qual a parte, após a interposição do recurso, manifesta ao Poder Judiciário a sua vontade de que o recurso não seja mais julgado. A desistência poder ser total ou parcial, desde que o recurso à impugnação comporte esta divisão.⁴²⁵

A desistência do recurso, assim como a desistência da ação constituem atos impeditivos do direito de recorrer, ocorre que esta depende de anuência da parte contrária quando for manifestada após o oferecimento de contestação, sendo que a desistência do recurso é ato que produz efeitos independentemente da anuência do recorrido ou dos litisconsortes.

A expressão “a qualquer tempo”, prevista no dispositivo do Código e que autoriza a desistência do recurso, compreende desde a interposição do recurso até o seu julgamento, inclusive é possível que a desistência seja manifestada oralmente na própria sessão de julgamento. A derradeira oportunidade para desistência do recurso é a sustentação oral, para recursos que admitem este ato, ou antes do início do julgamento, para recurso que não admitem sustentação.⁴²⁶

De modo semelhante, preleciona Nery Júnior:

Por esses fundamentos interpretamos o termo a qualquer tempo, do CPC 501, como sendo o momento em que a parte finaliza sua participação ativa na causa: na apelação, no momento em que poderia sustentar oralmente o recurso perante o

⁴²³ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 383-384.

⁴²⁴ MOREIRA, *op. cit.*, p. 162-163.

⁴²⁵ JORGE, *op. cit.*, p. 160.

⁴²⁶ JORGE, *op. cit.*, p. 161.

tribunal; no agravo de instrumento, por petição escrita antes de o relator iniciar a prolação do voto na sessão de julgamento. Poderá a parte desistir do recurso no juízo *a quo*. Nada impede.⁴²⁷

Normalmente a desistência é manifestada por meio de petição dirigida ao juiz. A doutrina pátria admitia a desistência tácita, que era verificada quando a parte não reiterava o conhecimento do recurso de agravo retido nas razões ou contrarrazões de apelação, contudo, diante da exclusão desta espécie recursal, parece ter ficado sem amparo a possibilidade de desistência tácita.^{428 429}

Os atos das partes praticados no processo geram efeitos imediatos e, de uma forma geral, não dependem de homologação.⁴³⁰ Assim, a renúncia, a aquiescência e a desistência para terem validade não dependem de homologação, nem mesmo de aceitação da parte contrária, sendo ato irrevogável da parte. Podem ser parcial ou total. Se manifestadas por meio de advogado, necessita este de poderes especiais, pois o artigo 105 do Código de 2015 não atribui a prática dos atos entre os poderes gerais do advogado.⁴³¹

A dispensa de homologação para que o ato de renúncia, de aquiescência ou de desistência possa produzir efeitos não impede que o juiz ou o colegiado tenha que tomar conhecimento e exercer sobre ele o controle de atos processuais. Contudo, ao contrário dos atos que dependem de homologação, a decisão de não conhecimento do recurso ou que acabe homologando a renúncia, a aquiescência ou a desistência terá natureza declaratória, isto é, retroagirá os seus efeitos à data da prática do ato.⁴³²

No novo Código, a desistência do recurso não impedirá a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela questão objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos⁴³³.

A novidade não se trata de vedação do pedido de desistência em julgamentos de recursos extraordinários e especiais que tramitem sob o rito repetitivo ou que, no caso do recurso extraordinário, tenha tido a repercussão geral reconhecida, mas de adequação da

⁴²⁷ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 387-388.

⁴²⁸ JORGE, *op. cit.*, p. 161.

⁴²⁹ NERY JUNIOR, *op. cit.*, p. 386.

⁴³⁰ CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Dos atos das partes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 616.

⁴³¹ JORGE, *op. cit.*, p. 161.

⁴³² *Ibid.*, p. 162.

⁴³³ O parágrafo único do artigo 998 prevê que “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

legislação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴³⁴. Com efeito, antes do novo Código, o tribunal havia firmado entendimento segundo o qual o pedido de desistência não deveria servir de obstáculo para que as Cortes Superiores prosseguissem na apreciação do mérito recursal, consolidando orientação que possa vir a ser aplicada em outros processos versando sobre idêntica questão de direito.

Seguindo orientação semelhante, Jorge:

Considerando que, como dito, a desistência do recurso é ato unilateral e abdicativo de direito - não depende de homologação judicial -, não se pode impedir que, nestes casos, o recorrente obtenha os efeitos decorrentes de seu ato. Tal circunstância, todavia, não impede que o tribunal superior respectivo analise a questão e defina o precedente que deve ser aplicado aos demais casos idênticos. A questão, portanto, será julgada no plano abstrato.⁴³⁵

Questão tormentosa que o legislador perdeu a oportunidade de resolver, seja em processo individual ou coletivo, foi o impasse quanto à possibilidade de desistência e de renúncia pelo Ministério Público e pelos demais colegitimados, estes somente no processo coletivo.

Zavascki, analisando a possibilidade de desistência da ação coletiva, destaca entendimento no sentido de não ser possível a desistência pelo Ministério Público, o que também levaria a conceber que este estaria impedido de desistência do recurso, vez que a desistência da ação não impediria a propositura de uma nova, enquanto a desistência do recurso poderia atrair para decisão impugnada os efeitos da coisa julgada, prejuízo qualificado em comparação com a desistência da ação. Confira:

Relativamente ao Ministério Público, não é aceitável o argumento segundo o qual, por não ser vedada em lei, a desistência estaria permitida. Se a proposição vale para o particular, o mesmo não se dá em relação ao Ministério Público, que, como órgão do Estado que é, obedece à regra básica do direito público: os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais estejam autorizados por norma legal válida. Não bastaria, portanto, ausência de proibição, como ocorre na atividade dos particulares⁴³⁶.

Defendendo o entendimento de que para o Ministério Público existe impedimento para renúncia e que a desistência deve ser evitada, posiciona Mazzilli:

⁴³⁴ (REsp 1308830/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 08 maio 2012, **DJe** 19 jun. 2012).

⁴³⁵ JORGE, *op. cit.*, p. 163.

⁴³⁶ ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 141/142.

Todos os atos de disposição máxima do conteúdo processual do litígio, embora, em tese possíveis, devem ser normalmente evitados não só pelo Ministério Público, como por qualquer substituto processual. Em especial, a desistência do recurso deve, em regra, ser evitada, e a renúncia ao direito de recorrer não deve ser lançada.⁴³⁷

O rigor que Mazzilli impõe ao Ministério Público na desistência é mitigado aos demais colegitimados para a propositura da ação coletiva:

Os colegitimados à ação civil pública ou coletiva podem desistir de recursos ou renunciar ao direito de interpô-los, por isso se insere no conteúdo processual do litígio, matéria sobre qual o substituto processual tem disponibilidade. O que não têm é a disponibilidade sobre o direito material controvertido, porque os interesses em jogo são transindividuais (dos substituídos), e não dos legitimados ativos (meros substitutos processuais). A Lei n. 7.347/85 só cuidou de disciplinar a desistência da ação civil pública por parte de associações civis legitimadas, mas nada disse sobre a desistência lançada pelos demais colegitimados; além disso, a lei ainda acrescentou que, se a desistência da associação civil for infundada, caberá ao Ministério Público ou a outro legitimado a assunção da ação.⁴³⁸

Nery Júnior sustenta posicionamento de que não existe qualquer óbice para a desistência ou renúncia por parte do Ministério Público em processo coletivo:

Como já foi tratado, quando falamos da renúncia do poder de recorrer, a indisponibilidade da ação civil pública não atinge o recurso contra os pronunciamentos judiciais. O CPP 576 proíbe o Ministério Público de desistir do recurso que interpôs. Na falta de regra expressa no CPC a respeito, entendemos possa o órgão do *parquet* apresentar a desistência. Modificamos, no particular, opinião anteriormente emitida, segundo a qual seriam aplicáveis ao processo civil, por analogia, os princípios regentes na ação penal pública, inclusive no tocante à proibição de desistência do recurso interposto pelo Ministério Público.⁴³⁹

Seguindo orientação semelhante, Leonel:

No sistema coletivo, a legitimação é concorrente e disjuntiva, não sendo o Ministério Público o único legitimado, podendo inclusive desistir da própria ação. Se pode desistir até da demanda, não há razão para que não possa desistir do recurso interposto, ou renunciar ao direito de recorrer⁴⁴⁰.

A solução para a questão da desistência no processo coletivo deve partir da aplicação analógica do artigo 5º, § 3º, da Lei de Ação Civil Pública⁴⁴¹, que regulamenta a desistência de ação coletiva, impondo que o Ministério Público assuma a titularidade, na hipótese de desistência imotivada ou abandono pelo colegitimado. Assim, parece que o

⁴³⁷ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 446.

⁴³⁸ MAZZILLI, *op. cit.*, p. 455

⁴³⁹ NERY JUNIOR, *op. cit.*

⁴⁴⁰ LEONEL, *op. cit.*, p. 399.

⁴⁴¹ LACP. Art. 5º. [...] § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990).

legislador optou, *prima facie*, pela impossibilidade de desistência da ação, o que inclui também o recurso, vez que em caso de desistência, o Ministério Público ou outro colegitimado terá que assumir o prosseguimento do processo, conseqüentemente, do recurso.

Sobre a questão da desistência, manifestam Almeida e Almeida:

[...] a desistência infundada ou o abandono da ação coletiva impõe controle por parte dos outros legitimados ativos e especialmente do Ministério Público (art. 5º, § 3º, da LACP), que deverá, quando infundada a desistência, assumir a titularidade da ação. Se a desistência for levada a efeito pelo órgão do Ministério Público, o juiz, dela discordando, poderá aplicar analogicamente o disposto no art. 28 do CPP, submetendo a desistência ou o abandono ao conhecimento e à apreciação do chefe da respectiva instituição do Ministério Público⁴⁴².

Necessário considerar que a admissibilidade de renúncia ou desistência do recurso poderá atingir o direito material controvertido no processo coletivo, pois estes atos importaram em trazer para o pronunciamento impugnado os efeitos da coisa julgada material, o que não ocorre no caso de desistência da ação, que incide a coisa julgada formal.

No que tange à renúncia ao direito de recorrer no processo coletivo, verifica-se também sua impossibilidade, por ser sua legitimação extraordinária⁴⁴³, portanto, não poderia renunciar direito que não lhe pertence.

⁴⁴² ALMEIDA; ALMEIDA, *op. cit.*, p.11-74.

⁴⁴³ Na concepção de Leonardo Faria Schenk, a atuação do Ministério Público em defesa dos interesses difusos e coletivos, e a dos sindicatos em defesa dos interesses coletivos da categoria, são exemplos de legitimidade extraordinária (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; *et al.* **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015)

CONCLUSÕES

Os progressos alcançados com a promulgação da Constituição Federal de 1988 influenciaram uma nova leitura do direito processual em razão de diversos institutos terem sido tratados na nova ordem jurídica implementada.

Nesse momento, pode-se reafirmar que o fenômeno da constitucionalização do direito aproximou o Direito Processual da Constituição, criando um modelo constitucional de processo que deve permear todo o estudo da ciência processual.

O rol de direitos e garantias fundamentais do processo estabelecidos na Constituição Federal formaram o direito constitucional processual, que vincula toda a atuação jurisdicional, de modo que os valores ali dispostos resem consagrados no desenvolvimento do processo judicial, administrativo e legislativo.

O amplo reconhecimento pela Constituição de direitos fundamentais de distintas gerações ou dimensões e, conseqüentemente, a inserção dos direitos coletivos no plano da teoria dos direitos e garantias fundamentais criaram um modelo para o mundo, vez que não se encontra previsão no mesmo sentido nas Constituições de outros países.

Verificou-se que o legislador constituinte deu ao processo coletivo o *status* de direito constitucional quando consagrou os instrumentos necessários para a tutela dos direitos coletivos amplo senso dentro da categoria denominada “direito processual constitucional”, que disciplina a ação civil pública (artigo 129, III), o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, LXX), a ação popular (artigo 5º, LXXIII), o dissídio coletivo (artigo 114, § 2º), o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI), a ação de impugnação do mandado eletivo (artigos 5º e 14, §§ 10 e 11) e as ações de controle da constitucionalidade das leis (artigos 102, I, a, §§ 1º e 2º, 103 e 125, § 2º).

Não teria sentido o legislador constituinte consolidar os direitos coletivos na Constituição sem garantir, no mesmo patamar, um arcabouço processual próprio e adequado para sua satisfação, já que a tutela jurisdicional dos direitos coletivos não encontra guarida nos mecanismos processuais para tutela de direitos individuais, oriundos dos estados liberais burgueses, do século XVIII e XIX, estruturados para atender a solução de litígios individuais.

Deste modo, a consagração dos direitos coletivos na Constituição Federal, como decorrência do reconhecimento de direitos de segunda e terceira dimensões, justifica a existência de um novo ramo no direito processual, com normas próprias para a tutela dos direitos coletivos, denominado Direito Processual Coletivo, cujo objeto material se divide em “direito processual coletivo comum” e “direito processual coletivo especial”.

As normas que regem o direito processual coletivo comum prestam a evitar a lesão ou a ameaça a direito difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, no plano da concretude. Já os interesses coletivos no plano abstrato recebem tutela pelo direito processual coletivo especial, que disciplina o controle de constitucionalidade abstrato dos atos normativos.

O direito processual coletivo comum passou a ser visto como instrumento de efetivação dos direitos sociais, quando averiguada omissão do Poder Legislativo e Executivo na atuação de direitos à educação, à saúde, ao trabalho, à previdência, à greve, à moradia, à segurança, dentre outros, o que ensejará uma interferência harmônica do Poder Judiciário mediante o controle jurisdicional de políticas públicas.

As reflexões apontadas na presente pesquisa indicam que o controle jurisdicional de políticas públicas, por meio do processo coletivo, conferiram maior igualdade e alcance de atuação do direito social tutelado, pois o pronunciamento judicial terá alcance *erga omnes*, no caso de direitos difusos; *ultra partes*, no caso de direitos coletivos *lato sensu*, e *erga omnes*, no caso de direitos individuais homogêneos.

A elaboração de um novo Código de Processo Civil, baseado no modelo constitucional de processo, com a consagração de normas constitucionais de natureza essencialmente processual no texto legal, demonstrou uma relação recíproca entre a ciência processual e os direitos fundamentais, o que credencia vários institutos e procedimentos do processo individual para utilização no âmbito do processo coletivo.

Os benefícios da opção realizada pelo legislador, reconhecendo valores coletivos que vinculam toda a sociedade, estão expressos no primeiro capítulo do Código, o qual dispõe de normas fundamentais que contemplam o acesso à justiça (artigo 3º), a razoável duração do processo (artigos 4º e 6º), a boa-fé (artigo 5º), a igualdade (artigo 6º), a dignidade da pessoa humana (artigo 8º), a proporcionalidade (artigo 8º), a razoabilidade (artigo 8º), a legalidade (artigo 8º), a publicidade (artigos 8º e 11), a eficiência (artigos 8º e 12) e o contraditório (artigos 9º e 10).

Assim, um Código de Processo composto de princípios e regras rompe inúmeros obstáculos na prestação jurisdicional, orientada para a transformação da realidade social, mediante a efetivação de direitos fundamentais. Todavia, estes progressos possibilitaram a ocorrência de novos problemas, diante da possibilidade de colisão de princípios, o que no neoconstitucionalismo afigura-se como normal.

O legislador, diante desta realidade do novo Código de Processo Civil, optou pelo princípio da proporcionalidade (artigos 8º e 489, §2º) para a solução de conflitos de normas

fundamentais, exigindo que o julgador tenha uma argumentação jurídica que possa fornecer legitimação ao provimento jurisdicional, dispondo que deve o juiz justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

Não passou incólume a opção do legislador por adotar o princípio da proporcionalidade para solucionar os conflitos de normas, já que a máxima adotada por Alexy era para a solução de princípios e não de regras. Contudo, a eleição do princípio da proporcionalidade para solução de conflitos de normas não aumenta, obrigatoriamente, o espectro de aplicabilidade do princípio para a solução de conflitos de regras, vez que os princípios também possuem força normativa, sem contar, ainda, que setor autorizado da doutrina demonstra exemplos de conflitos de regras principiológicas constitucionais em nosso ordenamento, que podem demandar a utilização da máxima da proporcionalidade.

Neste contexto, caberá ao Poder Judiciário, mediante o controle jurisdicional de decisões judiciais, efetuado por meio de recurso, evitar que a regra da proporcionalidade não se torne fonte de decisionismo judicial intuitivo do juiz. Igualmente, necessário empreender esforços para que ocorra uma hermenêutica positiva para legitimar as decisões judiciais, o que é possível mediante uma argumentação jurídica, idônea e constitucional, que será atingida com a observância das sub-regras da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, para que a aplicação do princípio da proporcionalidade não se torne fruto de ativismo judicial.

No cenário atual, importante o aprimoramento do direito de recurso para evitar uma ditadura do Poder Judiciário na aplicação da regra de proporcionalidade, afastando o decisionismo e o “oba-oba” praticado por muitos juízes deslumbrados com a força normativa dos princípios na busca de justiça.

Com efeito, o ordenamento jurídico pátrio confere ao direito de recurso o *status* de direito fundamental, seja em decorrência de sua previsão expressa no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, seja em decorrência de tratados internacionais em que o Brasil é parte.

Constatou-se que o direito ao recurso está situado dentro do princípio da ampla defesa, que confere às partes, no processo judicial ou administrativo, a possibilidade de interpor recursos quando sobrevier decisão viciada.

O direito fundamental de recurso não conduz sempre ao direito de duplo grau de jurisdição, mas sim ao direito de reexame da decisão impugnada, ainda que seja pelo mesmo órgão jurisdicional que prolatou o pronunciamento judicial. No ordenamento jurídico

brasileiro, a previsão da existência de recurso que permita o reexame da matéria, ainda que pelo mesmo órgão prolator da decisão recorrida, já satisfaz o direito fundamental ao recurso.

Desta forma, restou demonstrado que todas as decisões proferidas no processo são passíveis de recurso. O argumento de que o direito fundamental ao recurso não incidiria em ações de competência originária dos Tribunais não é verdadeiro, uma vez que o recurso de embargos de declaração permite um novo exame da matéria em qualquer grau de jurisdição, contra toda decisão proferida em processo judicial.

A possibilidade do recurso de embargos de declaração servir para um amplo reexame nos Tribunais foi identificada em recentes pronunciamentos dos Tribunais Superiores em que o julgador, nos embargos, reformou a decisão por ele mesmo proferida. Tais hipóteses são vislumbradas, no Supremo Tribunal Federal, através dos EDcl no AgIn 573.739/RS, 2ª Turma, 19.05.15, Rel. Celso de Mello (Dje 16.06.2015), dos EDcl no AgRg na AO 1.764, 1ª Turma, 28.04.15, Rel. Min. Luiz Fux (Dje13.05.2015), dos EDcl no RE 713.240, 2ª Turma, pronunciamento monocrático de 18.05.2015, Rel. Min. Teori Zavascki (Dje 02.06.2015), e no Superior Tribunal de Justiça, através dos EDcl no AgRg no REsp 1.491.032, 2ª Turma, 28.04.15, Rel. Min. Humberto Martins (Dje 06.05.2015).

Em razão das discrepâncias existentes entre o que é recurso em nosso ordenamento jurídico e o que é considerado recurso em outros países, tal conceito deve partir da análise do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, com os dados fornecidos pelo direito positivo. Assim, outros meios de impugnações de decisão judicial, dentre eles o mandado de segurança, a ação rescisória, a reclamação, o incidente de suspensão de liminar na Ação Civil Pública e a suspensão de segurança no Mandado de Segurança, não são disciplinados como recurso no ordenamento pátrio.

Os avanços obtidos pela doutrina possibilitaram ao legislador instituidor do novo Código de Processo Civil tratar o recurso como direito fundamental que permite à parte, ao Ministério Público e ao terceiro prejudicado promoverem um controle jurisdicional do pronunciamento judicial, por meio de um procedimento em contraditório, dentro da mesma relação jurídica processual, mediante o seu reexame pelo órgão jurisdicional de competência originária ou por outro órgão que possui competência recursal, na hierarquia vertical ou horizontal, visando o saneamento de vícios do pronunciamento através de sua reforma, anulação, esclarecimento ou suprimento.

Diante da constatação do recurso como direito fundamental, o legislador reconheceu sua importância para o fortalecimento do sistema de precedentes, implementado pelo novo Código, criando um novo papel para o recurso no ordenamento jurídico, qual seja,

o de ser instrumento para viabilizar padrões decisórios, cuja *ratio decidendi* – fundamento normativo da solução dada para o julgamento de determinados recursos – poderá ter eficácia vinculante em relação aos casos supervenientes que vierem a ser julgados pelo Poder Judiciário.

O microsistema de direito processual coletivo comum, formado pela integração da Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85), do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e, ainda, de outros diplomas reservados à garantia de direitos coletivos, carece de um modelo recursal próprio.

A simples inexistência de disposição legal sobre recursos no direito processual coletivo comum não seria suficiente para autorizar a utilização do Código de Processo Civil de 2015 no processo coletivo.

Foi averiguado na pesquisa realizada, através da análise dos requisitos de admissibilidade para o exercício do direito de recorrer do novo Código, que não existem, em regra, normas que contrariem o microsistema de direito processual coletivo comum, o que indica compatibilidade material da disciplina de recursos do processo individual com o processo coletivo.

O novo sistema recursal estabelecido pelo novo Código de Processo Civil, especialmente no que tange às regras de admissibilidade e a sua análise pelo órgão competente, está voltado para ser um instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, vez que foi construído sob a égide de valores constitucionais que buscam a transformação da realidade social mediante o exercício do direito de recurso.

O desprezo pelo legislador de dados estatísticos para identificar os reais problemas dos instrumentos utilizados para a prestação jurisdicional merece uma reflexão negativa, sendo que eventuais falhas, que forem constatadas na utilização do sistema recursal do novo Código, não podem ser corrigidas somente pela dogmática jurídica, para que mudanças setoriais não possam comprometer a unidade do novo Código.

As falhas do novo Código apontadas neste trabalho não são suficientes para comprometer a evolução trazida pela nova legislação, que reconhece, no direito de recurso, um instrumento apto para a efetivação de direitos individuais e coletivos.

A eliminação de formalismos excessivos, que impediam o exercício do direito ao recurso, contribuiu para que o novo Código alcançasse um dos seus objetivos, o de simplificação e solução de problemas do sistema recursal que impediam o acesso dos jurisdicionados aos direitos fundamentais individuais e coletivos.

O processo coletivo foi beneficiado com o aprimoramento dos pressupostos de admissibilidade do recurso no direito processual individual, sobretudo no reforço legislativo que impõe a possibilidade de participação de todos os sujeitos do processo em momento anterior da emissão do pronunciamento judicial sobre a admissibilidade do recurso, e com a possibilidade de esclarecimentos ou complementação dos requisitos necessários para assegurar o reexame da matéria impugnada.

De toda sorte, o sucesso do novo Código de Processo Civil dependerá da sensibilidade dos profissionais do direito na compreensão das novas bases científicas do processo estabelecidas pelo legislador, que rompeu dogmas do modelo anterior, provenientes de outras ordem jurídica, no sentido de buscar uma prestação jurisdicional em consonância com os valores assegurados na Magna Carta Brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

_____. Direitos fundamentais sociais e proporcionalidade. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de; ALMEIDA, Gregório Assagra de. Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito Brasileiro. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro: Um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Manual das ações constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito material coletivo: Superação da *summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada**. Belo Horizonte: del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; ALMEIDA, Flávia Vigatti Coelho de. O Direito Processual Coletivo e a Proposta de Reforma do Sistema das Ações Coletivas no Código de Defesa do Consumidor no Brasil. **Revista Luso-brasileira de Direito do Consumo**, Curitiba, v. 2, n. 3, p.11-74, set. 2012. Trimestral.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Um novo Código de Processo Civil para o Brasil: Análise teórica e prática da proposta apresentada ao Senado Federal**. Rio de Janeiro: Gz, 2012.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 251, n. 1, p.207-228, jan. 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. **Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Teoria Geral do Processo Constitucional. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**. São Paulo, p. 175-253. ago. 2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 15, n. 1, p.59-85, jun. 2012. Semestral. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/judicializacao-politica-controle-judicial-de-politicas-publicas>>. Acesso em: 20 dez. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: DELGADO, Gabriela Neves; DELGADO, Mauricio Godinho. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. . **PL 5139/2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. Ricardo Lewandowski. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015: ano-base 2014**. 11. ed. Brasília, 2015.

_____. SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. . **Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

_____. SENADO FEDERAL;. . **PLS - Projeto de Lei do Senado nº 414 de 2015**. 2015. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=122069>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. . **Reclamação 1.017-1**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87051>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Das normas fundamentais do processo civil. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARPI, Frederico *et al.* **Commentario breve al Codice di Procedura Civile e alle disposizioni sul processo societario**. 5 ed. Milani: Cedam, 2006, p. 1.019.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Da ordem dos processos no Tribunal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Dos atos das partes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção do conhecimento**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1994.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivum, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Salvador: Juspodivum, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**: Processo Coletivo. 8. ed. Salvador: Juspodivum, 2013.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. Da ordem dos processos no Tribunal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Teoria Geral dos Recursos: Breve Análise e Atualizações à Luz do PL 8.046/2010. **Revista do Processo**. São Paulo, v. 228, n. 1, fev. 2014.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva**: A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogério. O Projeto da Nova Lei da Ação Civil Pública: Principais Aspectos. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública refém do autoritarismo. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 10, p.1803-1815, ago. 2015. Mensal.

_____. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. A proporcionalidade em sentido estrito e a "fórmula do peso" de Robert Alexy: significância e algumas implicações. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p.691-712, ago. 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Srs, 2009.

_____. **Teoria Processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: Rcs, 2007.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)Pensando a pesquisa jurídica: Teoria e Prática**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

ITÁLIA. *Regio Decreto n° 59, de 1940. Codice di Procedura Civile. Comma aggiunto dal comma 13 dell'art. 45, L. 18 giugno 2009, n. 69, con i limiti di applicabilità previsti dalle disposizioni transitorie di cui all'art. 58 della stessa legge*. Disponível em: <<http://www.ipsoa.it/codici/cpc/11/t4>>. Acesso em: 01 maio 2016.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Dos recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LAGES, Cíntia Garabini. A natureza normativa do preâmbulo da Constituição de 1988. In: SALIBA, Aziz Tuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

LAMY, Eduardo de Avelar. A transformação dos embargos infringentes em técnica de julgamento: ampliação das hipóteses. In: FUX, Luiz et al. **Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivum, 2014.

LANES, Júlio César Goulart. Da ordem dos processos no Tribunal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. A Dignidade Humana e o princípio da proporcionalidade como fundamentos e parâmetro para o controle j. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do Processo Coletivo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial: Fundamentos de direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Org.). **Constituição e Processo: Uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MALISKA, Marcos Augusto. O princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais sociais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias Constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- _____. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MATALLO JÚNIOR, Heitor. A Problemática do Conhecimento. In: CARVALHO, Marai Cecília Maringoni de. **Construindo o saber - Metodologia científica: Fundamentos e técnicas**. 2. ed. Campinas: Papirus, 1989.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Possibilidade de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por desresp. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 933, n. 6, p.455-455, jul. 2013. Mensal.
- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MEIRELES, Edilton. Duração razoável do processo e os prazos processuais no projeto do Código de Processo Civil. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 207, n. 1, p.199-212, maio 2012. Mensal.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. Da apelação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p.76-222, jan. 1968.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**: Processo Civil, Penal e Administrativo. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Teoria Geral dos Recursos**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Novo CPC - Lei 13.105/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e regras constitucionais. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2014.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **Direito constitucional ao recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

OLIANI, José Alexandre Manzano. Apelação. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC**: Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. O contraditório no NCPC. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC**: Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Alexandre Máximo. Recursos nas ações coletivas: Impactos do novo Código de Processo Civil na admissibilidade dos recursos. In: CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos fundamentais**: Ações coletivas e reflexos do novo código de processo civil na tutela coletiva. Condições e possibilidades do sistema único das ações coletivas. Pará de Minas: Virtual Books, 2015. p. 162-196.

_____. O papel das organizações internacionais na universalização dos direitos humanos. In: SILVA, Carla Ribeiro Volpini; ROSA, Patrícia Rodrigues; LIMA, Renata Mantovani de. **Multiculturalismo e direitos fundamentais**. Pará de Minas: Virtual Books, 2015. p. 9-34.

OLIVEIRA, Alexandre Máximo; ALAMY, Naiara Cardoso Gomide da Costa. O processo coletivo: igualdade e solidariedade. In: CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos Fundamentais**: Ações Coletivas e reflexos do novo Código de Processo Civil na Tutela Coletiva. Condições e Possibilidades do Sistema Único das Ações Coletivas. Pará de Minas: Virtualbooks, 2015, p. 143 – 171.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

PANTOJA, Fernanda Medina. O recurso de apelação no projeto do novo código de processo civil. In: FUX, Luiz et al. **Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivum, 2014.

PEDROSA, Laurício. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: SOARES, Ricardo Maurício Freire; BARRETO, Ricardo Menna. **Teoria crítica dos direitos fundamentais**. Salvador: Dois de Julho, 2015.

PORTUGAL. Lei nº 41, de 2013. **Código de Processo Civil Português**. p. 3518-3665. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/leis-de-processo-civil/codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 01 maio 2016.

SALIBA, Aziz Tiffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. **Direitos Fundamentais e sua Proteção nos Planos Interno e Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

_____. **Direitos Fundamentais e a função do Estado nos Planos Interno e Internacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2010.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo Constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008. 255 p.

SANTANA, Alexandre Ávalo. Os princípios do novo CPC e a tutela eficiente em tempo razoável. In: FUX, Luiz et al. **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivum, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Rogério Luiz Nery da; MASSON, Daiane Garcia. Direitos sociais e dignidade da pessoa humana: reflexões a partir do conceito de mínimo existencial. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narcisio Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. **Revista Dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, n. , p.23-50, 2002.

SOUSA, Diego Crevelin de; DELFINO, Lúcio. **As associações de magistrados e o veto do NCPC no tocante ao contraditório e ao dever de fundamentação – O que está em Jogo?** 2015. ISSN 2446-7405. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/as-associacoes-de-magistrados-e-o-veto-do-ncpc-no-tocante-ao-contraditorio-e-ao-dever-de-fundamentacao-o-que-esta-em-jogo-diego-crevelin-de-sousa-e-lucio-delfino/>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Dos pronunciamentos do juiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC - Fundamentos e Sitematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e Jurisdição: Entre o texto e o contexto.** São Paulo: Baraúna, 2012.

_____. **Constituição, Política, e a Ordem Internacional Heterárquica: uma reflexão a partir da visão pragmático-sistêmica de Luhmann.** Curitiba: Crv, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os Agravos no CPC Brasileiro.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Do agravo de instrumento. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Temas essenciais do novo CPC: Análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria da Separação de Poderes e os Estado Democrático: Funções de Governo e Funções de Garantia. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WANTANABE, Kazuo. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos e Tutela Coletiva de Direitos.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.