

Ao querido amigo Rodolfo,  
como lembrança de tantas aulas juntos.

Amizades 7/20/15

# O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Questões controversas

*Ao estimado amigo Rodolfo com o presente de amizade e admiração. João Tabosa*

- Ada Pellegrini Grinover
- Antonio Carlos Marcato
- Benedito Cerezo Pereira Filho
- Camilo Zufelato
- Carlos Alberto Carmona
- Carlos Alberto de Salles
- Fabio Guidi Tabosa Pessoa
- Fernando da Fonseca Gajardoni
- Flávio Luiz Yarshell
- Giovanni Bonato
- Heitor Vitor Mendonça Sica
- José Carlos Baptista Puoli
- José Roberto dos Santos Bedaque
- José Rogério Cruz e Tucci
- Marcelo José Magalhães Bonizzi
- Paulo Eduardo Alves da Silva
- Paulo Henrique dos Santos Lucon
- Ricardo de Barros Leonel
- Rodolfo de Camargo Mancuso
- Susana Henriques da Costa

*AO CRÍSTIANO RODOLFO, AMIGO ESTIMADO COM A MEMÓRIA E AS HONRARIAS DE FAZER BONS DE*

*AO AMIGO CAROLINA RODOLFO, AMIGO ESTIMADO COM A MEMÓRIA E AS HONRARIAS DE FAZER BONS DE*

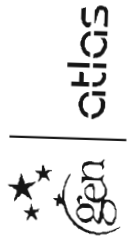


O GEN | Grupo Editorial Nacional reúne as editoras Guanabara Koogan, Santos, Roca, AC Farmacêutica, Forense, Método, LTC, E.P.U., Forense Universitária e Atlas, que publicam nas áreas científica, técnica e profissional.

Essas empresas, respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras que têm sido decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Enfermagem, Engenharia, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.



distribuição, o relator sorteado decidirá a respeito e, salvo disposição diversa do regimento interno, ficará prevento para o julgamento do recurso.

Nessa mesma linha de raciocínio, o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso ou de antecipação de tutela recursal, que não deixa de ser modalidade de tutela provisória pleiteada em grau de recurso, será examinado pelo relator, observado o mesmo procedimento descrito no parágrafo anterior (Código de Processo Civil de 2015, art. 995, parágrafo único; v. tb. arts. 932, inciso II; 989, inciso II e art. 1.029, § 5º).

Se o processo estiver suspenso, em razão de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (art. 982, inciso I), o pedido de tutela provisória de urgência (antecipada ou cautelar) deve ser dirigido ao juízo onde tem curso o processo suspenso (art. 982, § 2º).

## CONTRA O PROCESSO AUTORITÁRIO

José Rogério Cruz e Tucci<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1 Premissas; 2 Essência do processo civil liberal; 3 Ampliação dos poderes do juiz norteada pelo princípio da legalidade; 4 Tendências autoritárias da jurisprudência; 5 Técnicas arbitrárias em busca da celeridade processual; 6 Crítica ao julgamento "piloto" do Tribunal Constitucional europeu; 7 O novo CPC: inaceitável transformação do processo individual em processo coletivo; 8 À guisa de conclusão; Referências.

"*Judicium est in qualibet actione trius actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*" (Bulgarus, 1163 - ?)

### 1 Premissas

O presente artigo visa a reafirmar um dos fundamentos dogmáticos mais importantes do processo civil de índole liberal, consistente na ideia de que *nemo iudex sine auctore*, vale dizer, de que o processo se origina por iniciativa exclusiva da parte.

Ademais, o profícuo debate teórico – ainda hoje atual – acerca da amplitude dos poderes do juiz deve sempre ser examinado, qualquer que seja a opção ideológica do intérprete, sob a égide da legalidade, ou seja, não é tão relevante a atribuição de maior

<sup>1</sup> Professor Titular e Diretor da Faculdade de Direito da USP, Coordenador do Conselho da Presidência do CNJ para a Disseminação Nacional da Jurisprudência Uniformizada. Advogado. Ex-Presidente da AASP.

ou menor atuação oficiosa do juiz, em matéria probatória, desde que norteadas nos quadrantes das garantias do devido processo legal.

A moderna concepção publicística do processo civil não implica dilatação do poder estatal, mediante o exercício ilimitado da atividade jurisdicional, mas, sim, pressupõe a existência de um juiz, independente e imparcial, na direção dos atos processuais, seguindo normas legais predispostas, tendentes a tutelar direitos que reclamam proteção, submetidos à cognição do Poder Judiciário por exclusiva iniciativa dos respectivos titulares ou de quem é legítimo a agir em nome próprio defendendo interesses alheios. Viceja destarte a instrumentalidade do processo como vetor institucionalizado em prol da efetivação do direito material.

Assim, firme nesse postulado, acredito que deve ser combatida qualquer tentativa de romper o paradigma da inércia da jurisdição, com a imposição de um processo de matriz autoritária, que, a pretexto de prestigiar os princípios fundamentais da duração razoável e da economia processual, vulnere o direito individual do cidadão, a exemplo, aliás, da regra que restou vetada, ao ensejo da sanção presidencial, do art. 333 do nosso novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), que viabilizaria a abominável conversão *ex officio* da ação individual em ação coletiva.

É sempre importante frisar que a celeridade deve servir às partes e não ao Estado!

## 2 Essência do processo civil liberal

A atividade dos órgãos do Poder Judiciário é eminentemente caracterizada pela inatuação (*“wo kein Kläger ist da ist kein Richter”*),<sup>2</sup> afigurando-se, pois, pelo princípio da demanda (art. 262, CPC), sempre imprescindível a provocação do Estado, a fim de que este, substituindo a atuação dos interessados, possa, de modo imparcial, declarar o direito, satisfazer o direito declarado ou, ainda, assegurar o direito cuja declaração é invocada.

Com a ação da parte, fundada no exercício do direito à jurisdição, ativando os órgãos estatais, detentores da função judicante, na busca de tutela estatal, irrompe também o monopólio de disposição, reconhecido ao demandante.

Com efeito, tal concepção, vigente na generalidade dos ordenamentos processuais democráticos, exprime a supremacia do litigante para instaurar o processo, determinar-lhe o objeto e, ainda, dispensar a proteção jurisdicional pleiteada.<sup>3</sup> Em idêntico sentido, José Roberto dos Santos Bedaque assevera que: “o monopólio da parte sobre a iniciativa do processo existe independentemente da natureza do direito litigioso. Ainda que indisponível o direito subjetivo material, persiste o princípio da inércia da jurisdição. Em outras palavras, mesmo em relação a essa categoria de

<sup>2</sup> Cf. conhecida máxima cunhada por Nicolaus T. Gönnor, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, v. 1, 2ª ed., Erlangen, 1804, p. 180.

<sup>3</sup> Robert Wyness Millar, *The Formative Principles of Civil Procedure*, A History of Continental Civil Procedure, coord. Arthur Engelmann, New York, Augustus Kelley, 1969, p. 14.

direitos, o interessado tem o monopólio da demanda. E se o Estado tem interesse direto ou indireto na relação, ainda assim não se confere poder de iniciativa ao juiz”.

Isso tudo significa que o litigante tem “full control” sobre o seu direito material e as suas respectivas garantias processuais e, outrossim, bem revela o poder da parte de livre escolha para o exercício ou não exercício destas prerrogativas;<sup>4</sup> o juiz, por outro lado, nos limites da lei, detém poderes de direção material do processo e de iniciativa probatória, simplesmente porque deve estar comprometido com a solução mais justa possível da controversia.

## 3 Ampliação dos poderes do juiz norteadas pelo princípio da legalidade

A literatura processual se preocupou no passado e ainda hoje debate a opção do legislador pela ampliação dos poderes do juiz, seja no que se refere à produção da prova, seja no que concerne à direção do processo.

Examinando as tendências políticas que inspiraram a elaboração do projeto do Código de Processo Civil italiano, sob a égide do regime fascista, Piero Calamandrei, no parecer que preparou, emitido em nome da Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Firenze, no qual, reconhecendo o mérito do *progetto Solmi*, elogiou a simplificação das formas e a instituição da oralidade, desdobrada na concentração e na imediatidade, tal como preconizada por Chiovenda.

Já no que se refere a questão bem mais delicada, qual seja, a atinente à ampliação dos poderes do juiz, Calamandrei afirmou – no § 3º, sob a rubrica *Osservazioni sulle premesse politiche del progetto* – que, segundo o Ministro da Justiça, “o problema essencialmente político” que está na base da reforma é “um aspecto do vasto problema da restauração do princípio da autoridade. Até no campo do processo civil, o Estado deve reassumir a sua posição preeminente; deve reafirmar a indeclinável superioridade que

<sup>4</sup> *Poderes instrutórios do juiz*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2011, p. 99. Enfatiza, a propósito, Hélio Tornaghi que, em nosso sistema processual civil, “o juiz, além de não poder tomar a iniciativa do processo (*ne proceat iudex ex officio*) e de ficar na dependência do autor (*nemo iudex sine auctore*), também deve conformar-se no que foi pedido, sendo-lhe defeso conhecer de matéria estranha à demanda e à contestação” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, Ed. RT, 1974, p. 399).

<sup>5</sup> V., a respeito, J. A. Jolowicz, *The Active Role of the Court in Civil Litigation*, Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation, Milano-New York, Giuffrè-Occana, 1975, p. 199 e s.

Quanto à orientação oposta, seguida pelos sistemas jurídicos totalitários, nos quais, em muitas hipóteses, são consideravelmente ampliados os poderes do juiz, em detrimento da liberdade de disposição das partes, v. Corrado Ferri, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975, p. 61 e s.; M. A. Gurvich, *Profilli generali del processo civile sovietico*, Ricerche sul processo – I. Il processo civile sovietico, Padova, Cedam, 1976, p. 15 e s.; V. K. Poutchinski, *Principios de processo civil da URSS e das Repúblicas Federadas*, trad. port. Soveral Martins, Coimbra, Centelha, 1978, p. 45 e s.; Rafael Grillo Longoria, *Derecho Procesal civil – I* (Teoría general del proceso civil), 2ª ed., Habana, Pueblo y Educación, 1986, p. 82 e s.; Mauro Capelletti, *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, Processo e Ideologie, Bologna, Mulino, 1969, p. 182 e s.

lhe compete de executar o direito'. Trata-se, em outras palavras, de projetar no campo do processo os princípios autoritários em que se inspira a organização constitucional do Estado: e como, no processo, o Estado é representado pelo juiz, o princípio autoritário introduzido no processo significa logicamente a ampliação dos poderes do juiz. Ainda sobre este ponto fundamental, a reforma encontrou na Itália o terreno perfeito: preparado pela doutrina, a concepção do processo civil como matéria de ordem pública, a qual importa dar ao juiz uma posição preeminente, já foi sustentada na obra de Lodovico Mortara e tornou-se, depois, como é sabido, um dos dogmas da lição de Chiovenda, cuja proposta de reforma, em fins de 1919, partia da premissa de que o conceito renovado da justiça como função do Estado [...] restitui ao juiz, no processo moderno, uma posição central de órgão público interessado em distribuir justiça da melhor e mais rápida maneira possível [...]. Na verdade, esta tendência publicística que encontra no atual texto legal projetado uma afirmação tão enérgica, não é senão um aspecto, inserido na restrita esfera processual de um fenômeno mais vasto que se vem desenvolvendo por diversas formas nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo e tem como diretriz comum a prevalência do interesse social sobre o interesse individual. Diante do sistema baseado no chamado 'princípio dispositivo', que se pode em certo sentido considerar como a expressão processual do individualismo liberal, o 'princípio inquisitório' afirma-se como expressão do autoritarismo, que não pode deixar à mercê das iniciativas individuais a consecução dos fins individuais, mas como fins do Estado. Verifica-se, assim, paralelamente a essa progressiva absorção do direito privado pelo direito público, que se realiza aos nossos olhos em todos os campos do direito substantivo, a gradual demolição das barreiras que tradicionalmente separavam o processo civil do processo penal e pareciam intransponíveis".<sup>6</sup>

Seja como for, na visão de Calamandrei, inspirada na doutrina de Chiovenda, a ampliação dos poderes instrutórios do juiz não enfraquece o princípio dispositivo, uma vez que permanecem salvaguardadas a proibição de julgamento *ultra petita* e o dever de decidir *secundum allegata*.<sup>7</sup>

Ademais, em continuação, sobre o denominado princípio de autoridade e a concessão de poderes mais amplos ao juiz (§ 3º, nº 6), acrescentou Calamandrei que: "A concepção restaurada do fim publicístico do processo civil importa naturalmente reforçar os poderes do juiz; com efeito, numerosas disposições do projeto visam a este objetivo. Mas aumento dos poderes do juiz não significa necessariamente aumento da indeterminação dos mesmos, nem é necessário, para ampliar a autoridade do juiz, alargar a esfera dos seus poderes discricionários, ou seja, do seu arbítrio. Fazemos esta observação porque nos parece que aquela premissa geral de restauração da autoridade do Estado no processo civil, em que se funda o projeto, não pode significar de forma

alguma renúncia do Estado à regulamentação legal do desenvolvimento do processo e consequente transferência para o juiz do poder de criar, em cada caso, a regra processual que lhe pareça mais apropriada à controvérsia. Restauração da autoridade do Estado tem significado sempre, na Itália, restauração da autoridade da lei, compreendida como manifestação de vontade do Estado, emitida de modo geral e abstrato; também o projeto, justamente porque alvitra a restaurar no processo a autoridade do Estado, não pode ter pretendido abrir a porta àquela tendência mais seguida por algumas leis estrangeiras (da qual constitui expressão mais típica a lei sobre processo civil da Rússia soviética, reduzida a 473<sup>8</sup> artigos esquemáticos, que deixam vastíssimo campo ao arbítrio do juiz), tendência que procura reduzir as leis processuais a poucos princípios diretivos, baseado nos quais poderia o juiz (à semelhança de quanto podem fazer os árbitros pelo art. 17 do CPC) criar para cada processo o rito que mais lhe agradasse."<sup>9</sup>

Verifica-se, pois, que, para Calamandrei, "autoridade do Estado" tem o significado de "autoridade da lei", o que, intuitivamente, exclui a criação judiciária do direito, e, portanto, qualquer manifestação de poder discricionário do juiz sobre o procedimento! Oportuno é observar que esta lição se amolda perfeitamente à moderna dogmática processual, no sentido de que a "ampliação dos poderes do juiz", ou seja, a concepção de um juiz proativo, não implica, *tout court*, a instituição de um processo necessariamente autoritário. Com efeito, hoje, a dilatação dos poderes judiciais de direção e de instrução deve ser sempre equacionada com as garantias constitucionais do processo ("autoridade da lei"), a permitir que as partes possam participar – cooperando com o juiz, em constante contraditório – de todos os rumos que o procedimento venha a trilhar, por força de decisão judicial, incluindo-se, aí, por óbvio, toda a atividade de relacionar à produção da prova (consulte-se, à guisa de exemplo, o art. 6º do nosso novo CPC, com a seguinte redação: "Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva").

Nessa linha de raciocínio, numa notável palestra de Moacyr Amaral Santos, hoje adormecida, infere-se que a ampliação dos poderes do juiz, em especial, aqueles de direção do processo, de modo a assegurar andamento rápido da causa, nada tem de autoritário, se a atuação judicial não produzir qualquer prejuízo à defesa dos litigantes. Invocando lição de Pontes de Miranda, ressalta Amaral Santos que a direção supõe arbítrio, porém esse arbítrio é limitado pelas regras técnicas que dispõem sobre a sucessão de atos procedimentais; ou seja, no exercício da direção do processo, o juiz poderá imprimir-lhe celeridade que se coaduna com o desenvolvimento regular das fases processuais, na conformidade da sua disciplina legal, pois, do contrário, do desrespeito da direção a esta disciplina, resultará prejuízo à defesa dos interessados. De tal modo, ampliando-se embora os poderes do juiz na direção do processo, o legislador

<sup>8</sup> Hoje, o CPC da Federação Russa contém 446 artigos, em vigor desde 15/2/2003. O art. 8º desse diploma processual confere amplos poderes instrutórios ao juiz, que encontram limites no texto constitucional.

<sup>9</sup> Calamandrei, *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. il Ministro della Giustizia sul Progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, cit., p. 27-28; *Opere Giuridiche*, v. I, cit., p. 306-307; *Processo oral* (obra coletiva), cit., p. 167.

<sup>6</sup> Calamandrei, *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. il Ministro della Giustizia sul Progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, Firenze, Universitaria-Cario Cya, 1937, p. 24-26; *Opere giuridiche*, v. 1, Napoli, Morano, 1965, p. 304-306; *Processo oral* (obra coletiva), São Paulo, Forense, 1940, p. 165-166.

<sup>7</sup> V., a respeito, as importantes considerações de Michele Taruffo, *Calamandrei e le riforme del processo civile*, Piero Calamandrei – Ventidue saggi su un grande maestro, coletânea Per la storia del pensiero giuridico moderno, 32. coord. de Paolo Barile, Milano, Giuffrè, 1990, p. 160-161.

deve condicionar o exercício destes à conformação com as normas processuais, o que redunda na negação da discricionariedade, que caracteriza o juiz autoritário. De outra parte, a ingerência e atuação do juiz na direção do processo, a dar-lhe uma alma atuante com a doutrina publicística, tem, entretanto, que se acomodar aos princípios cardiais do processo de natureza dispositiva.<sup>10</sup>

Mais recentemente, ainda sobre esta importante temática, registra-se acirrada polêmica teórica, que envolveu inúmeros processualistas.

A partir de um livro escrito por Juan Montero Aroca, intitulado *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*,<sup>11</sup> de 2001, no qual vem repudiada, de forma veemente, a opinião de quem sustenta que o processo está a serviço de determinados fins estatais e que a função jurisdicional é o meio para alcançar os escopos políticos do Estado democrático, o debate se instaurou com a posição crítica assumida por Giovanni Verde, então Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura Italiana, no artigo *Le ideologie del processo in un recente saggio*.<sup>12</sup>

Embora sobrelevando as garantias processuais, Montero Aroca resume o seu ponto de vista, quanto ao exercício dos poderes instrutórios atribuídos ao julgador, afirmando que a chamada “publicização” do processo civil tem origem na ideologia fascista e totalitária, sendo certo que a concessão de amplos poderes discricionários ao juiz — especialmente nos sistemas processuais austríaco, soviético, alemão e italiano — não se sustenta, visto que o processo civil tem por objeto direitos subjetivos privados, de interesse exclusivo dos litigantes e não do Estado. Assim, o juiz jamais pode ter maior protagonismo do que a atuação das próprias partes.<sup>13</sup>

Ora, como destaca Joan Picó y Junoy, a tese dos “revisionistas” de que a inatividade do juiz se justifica pelo caráter privado do objeto discutido no processo civil encontra-se completamente ultrapassada, diante de uma perspectiva “publicista” ou “social” do processo, que o concebe como instrumento necessário para o exercício da função jurisdicional do Estado. Mesmo que o cerne dos litígios discutidos no âmbito do processo civil tem natureza, em regra, privada ou disponível, dúvida não há de que o modo de o processo desenvolver-se não comporta ingerência das partes, mas, sim,

do Estado-juiz, “único titular da função jurisdicional, que se serve do processo como instrumento para garantir a efetividade desta função”.<sup>14</sup>

Ademais, cumpre salientar que a atividade probatória *ex officio* vem contemplada na grande maioria das legislações processuais do mundo ocidental, como importante regra técnica, quando reputado necessário o seu emprego, de complementação da produção da prova, em prol da adequada solução do litígio.

Frise-se, por outro lado, que o denominado processo de âmbito coletivo apresenta uma ruptura à barreira imposta pelo art. 6º do Código de Processo Civil: aquela percepção herdada da Idade Média, coroada no direito alemão, em que o processo era instituído entre partes (*Sache der Partei*), no qual o juiz, inerte, ficava observando o duelo judiciário entre os litigantes, com poderes instrutórios mínimos, limitando-se tão somente a proferir uma sentença em consonância com o que havia ficado provado nos autos. Essa visão individualista que marcou o direito civil e o direito processual civil no século XIX, obviamente, influenciou a legislação do século XX.

Suplantada essa concepção, pode-se alvitrar um processo com escopos sociais bem mais nitidos, um processo de conotação mais pública do que privada. Em nosso atual direito positivo, no contexto da denominada tutela jurisdicional das liberdades, o microsistema formado, em particular, pelas leis que regulamentam a ação popular (Lei nº 4.717/65), a ação civil pública (Lei nº 7.347/85), a ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) e as ações para proteção dos consumidores (Lei nº 8.078/90) e dos investidores do mercado de capitais (Lei nº 7.913/89), têm regras próprias, que interagem com a legislação processual codificada, mantendo com essa estrito relacionamento no que se refere ao procedimento e às peculiaridades processuais.

Enfrentando esta importante temática, José Roberto dos Santos Bedaque, com arrimo na prestigiosa doutrina de Barbosa Moreira, escreve que a simplificação do procedimento, a instituição de instrumentos ajustados às especificidades do direito material e o aperfeiçoamento das técnicas tradicionais tendem, com efeito, a ampliar o acesso à ordem jurídica justa, uma vez que, além de imprimir maior celeridade ao meio estatal apto à solução das controvérsias, aumentam o diâmetro de efetividade da tutela jurisdicional. Essas técnicas, destinadas a conferir maior eficácia ao instrumento, “acabam por implicar a concessão de maiores poderes ao julgador na condução do processo, mas de modo nenhum comprometem a liberdade das partes quanto à determinação dos limites objetivos e subjetivos da decisão, que não pode alcançar senão aquilo que fora determinado pelos sujeitos parciais ao fixar os limites da demanda”.<sup>15</sup>

Conclui-se, pois, que a atual concepção de “processo justo” não compacte qualquer resquício de discricionariedade judicial, até porque, longe de ser simplesmente “la bouche de la loi”, o juiz proativo de época moderna deve estar determinado

<sup>10</sup> *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, *Proceso civil e ideología*, cit., p. 121-122.

<sup>11</sup> Cf. Bedaque, *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenómeno processual?*, artigo inédito. V. ainda, Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., p. 140-142.

<sup>10</sup> *Contra o processo autoritário*, aula inaugural do ano letivo de 1959, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1959, p. 222-223.

<sup>11</sup> Publicado em Valencia pela editora Tirant lo Blanch.

<sup>12</sup> *Rivista di diritto processuale*, 2002 (3), p. 676-687. Reproduzido em espanhol, sob o título *Los ideologías del proceso en un reciente ensayo*, *Proceso civil e ideología*, coord. Juan Montero Aroca, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 67 ss.

<sup>13</sup> *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, cit., passim; *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, *Proceso civil e ideología*, cit., p. 130 ss.; *Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil*, *Teoría & Derecho - Revista de pensamiento jurídico*, 7, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 15 ss.

A discutível posição de Montero Aroca foi secundada por Franco Cipriani, Prefazione à edição italiana do livro de Montero Aroca, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli, ESI, 2002; e por Girolamo Monteleone, *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un “revisionista”*, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2003, 2, p. 575 ss.; reproduzido em espanhol, sob o título *Principios e ideologías del proceso civil: impresiones de “un revisionista”*, *Proceso civil e ideología*, coord. Juan Montero Aroca, cit., p. 97 ss.

a zelar, tanto quanto possível, pela observância, assegurada aos litigantes, do devido processo legal.

#### 4 Tendências autoritárias da jurisprudência

Não obstante, em nossa experiência jurídica, *esquecendo completamente de que a realidade deve servir às partes e não ao Estado*, os tribunais, em várias situações, extrapolam as garantias processuais, passando a legislar em detrimento do direito material dos jurisdicionados, como ocorre, *v. g.*, no âmbito da famigerada jurisprudência defensiva. Na verdade, verifica-se que determinados óbices à admissão dos recursos às cortes superiores são fruto de construção engenhosa, que guardam alguma coerência hermenéutica com as regras processuais em vigor.

Todavia, há, em significativo número, outras barreiras que mais se identificam à “perversidade e abuso pretoriano”, as quais não têm qualquer razão plausível para subsistirem no âmbito de um ordenamento jurídico democrático, comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional.

Dentre estas, descortina-se inconsistente, por ilustração, a que aplica, com base na analogia, a Súmula 284/STF, para não conhecer recurso extraordinário ou especial, na hipótese de o recorrente deixar de apontar, de forma explícita, o permissivo constitucional em que lastreada a impugnação (*v. p. ex.* a recente decisão no Ag. em REsp. nº 390.160-SP: “Correta a decisão agravada, porquanto, verifica-se que, quando da interposição do recurso especial, não foi indicado o permissivo constitucional que embasa o recurso, de modo a esbarrar, por analogia, no óbice constante da Súmula 284/STF”).

Tenha-se presente que esta orientação, como ocorre na generalidade das vezes nas quais vem aplicada a denominada jurisprudência defensiva, evidencia que o direito material do recorrente não tem a menor relevância para o tribunal.

Entendo que tal posicionamento autoritário representa inarredável denegação de jurisdição. Realmente, no que toca ao Superior Tribunal de Justiça – o autodenominado “Tribunal da Cidadania” –, a despeito de alguma flexibilização observada nos últimos tempos, continua ele se valendo de questões incultas e estratagemas, no afã de afastar o julgamento do mérito do recurso, em detrimento de sua missão constitucional em prol da unidade da aplicação do direito federal.

E, ainda pior, é que na situação acima aludida, além de afastar-se da própria jurisprudência dominante no tribunal, delinea-se equivocada a incidência da Súmula 284/STF. Com efeito, entre muitos outros (*v. g.*: EDecl. no REsp. nº 974.304-PR e AgRg. no REsp. nº 845.134-SP), importante julgamento da Corte Especial, nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 72.075-RS, decidiu, de forma clara e precisa: “Ainda que o recorrente não tenha mencionado expressamente que a pretensão recursal estava fundada na alínea ‘a’, restou inequivocamente demonstrado que a irrelevância ventilada visava a atacar contrariedade a dispositivo de lei federal porventura existente no acórdão recorrido.”

Diante de tal contexto, no qual sobressai inarredável divergência *intramuros*, a duplicidade de entendimento quanto a esta questão infunde manifesta insegurança jurídica. Desse modo, dúvida não há de que a ausência de indicação da alínea em que lastreado o recurso (fundamento legal) não se confunde com a falta de alusão ao dispositivo reputado contrariado.

Importa lembrar que estamos vivendo o prenúncio de um novel diploma processual, no qual, durante toda a sua respectiva tramitação legislativa, procurou-se extirpar, de uma vez por todas, o formalismo exagerado e as decisões surpresa, para valorizar, em última análise, o acesso à ordem jurídica justa.

Ressalte-se, já sob outra perspectiva, que o plano de recuperação judicial, devidamente aprovado pelos credores, ostenta a natureza de negócio jurídico de direito privado, que se processualiza com a respectiva homologação, a teor do disposto no art. 58 da Lei nº 11.101/2005, passando, a partir daí, a ter plena eficácia.

A respeito do controle judicial sobre o plano de recuperação, do mesmo modo como sucede na análise formal da transação, o juiz da recuperação deverá examinar se estão preenchidos os requisitos legais de natureza formal.

Enfrentando este importante tema, derivado da regra do art. 58, Fábio Ulhoa Coelho bem assevera que na hipótese de o plano de recuperação ser aprovado mediante deliberação que atendeu ao quórum qualificado previsto na lei, deve o juiz limitar-se a homologá-lo.<sup>16</sup>

Segundo Manoel Justino Bezerra Filho, em comentário ao disposto nos parágrafos do art. 56 da Lei nº 11.101/2005, “a assembleia geral, que no caso sob exame apenas será convocada se houver objeção, tem poderes para aprovar, alterar ou rejeitar o plano de recuperação. O juiz não está vinculado a tais decisões mantendo evidentemente o exercício do poder jurisdicional, de qualquer forma, tratando-se de decisão de credores, deverá, em princípio, ser observada pelo juiz”.<sup>17</sup>

Ressalvo que o controle judicial do mérito do plano será, pois, possível, mas desde que o credor ou credores apontem, a tempo e hora, eventual fraude ou conluio, ou, ainda, outro vício grave, que tenha o condão de comprometer a deliberação assemblear. Não se admite, contudo, que o credor insatisfeito se insurja *tout court* contra a vontade da maioria.

Assim, diante dos termos da apontada legislação, a interpretação que deve ser prestada é aquela que entende ser vedado ao tribunal imiscuir-se, *sponte propria*, na substância do plano de recuperação judicial, sem que tenha havido, no momento processual oportuno, requerimento dos interessados (“objeções” – art. 56).

Em outras palavras, o juiz não poderá, à míngua de provocação do credor, substituir-se a este e glosar a estratégia de recuperação sob o argumento de que desponha ele prejudicial aos interesses econômicos da massa de credores! E isso, sobretudo, porque o plano de recuperação sempre tem como objeto direito eminentemente disponível.

<sup>16</sup> Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007, p. 167.

<sup>17</sup> Lei de recuperação de empresas e falências comentada, 10ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2014, p. 178.



No entanto, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0136362-29.2011.8.26.0000, da então denominada Câmara Reservada à Falência e Recuperação do Tribunal de Justiça de São Paulo, a turma julgadora, inspirando-se, *ex officio*, “nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais da isonomia, da legalidade, da proporcionalidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, e, ainda, nas normas de ordem pública” (?!), houve por bem decretar a nulidade do referido plano de recuperação judicial: “Isto posto, pelo meu voto, conheço do recurso e, de ofício, decreto a nulidade da deliberação da Assembleia-Geral de Credores que aprovou o plano de recuperação judicial.”

Assim como este, outro aspecto que bem caracteriza o processo autoritário concerne às dificuldades que o recorrente tem enfrentado para lograr a homologação da desistência de seu recurso especial perante o Superior Tribunal de Justiça, quando se encontra ele afetado pela técnica procedimental dos recursos repetitivos.

Este tema ainda não foi definitivamente pacificado no Superior Tribunal de Justiça. A respectiva Corte Especial, examinando questão de ordem suscitada nos Recursos Especiais nºs 1.058.114-RS e 1.063.343-RS, debateu o problema, sopesando o interesse da parte no pedido de desistência do recurso, com arrimo no art. 501 do Código de Processo Civil, e a prevalência do interesse coletivo, que caracteriza o julgamento dos recursos submetidos ao disposto no art. 543-C do diploma processual, introduzido pela Lei nº 11.672/2008.

André Macedo de Oliveira escreveu detido ensaio sobre essa problemática,<sup>18</sup> destacando que a Ministra Nancy Andriighi, relatora da questão de ordem no Recurso Especial nº 1.063.343-RS, afirmou, sem qualquer fundamento legal expresso, que se está diante da sistemática da coletivização, “cuja orientação repercutirá tanto no plano individual, resolvendo a controvérsia *inter partes*, quanto na esfera coletiva, norteador o julgamento dos múltiplos recursos que discutam idêntica questão de direito [...]. A todo recorrente é dado o direito de dispor de seu interesse recursal, jamais do interesse coletivo”, por isso, sustenta “a homologação do pedido de desistência sem prejuízo da formulação de uma orientação quanto à questão idêntica de direito existente em múltiplos recursos”.

Mais recentemente, a 3ª Turma voltou a examinar o tema por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.370.698-SP. Foi acolhido o pedido de desistência, nos termos do voto do Ministro João Otávio de Noronha, secundado pela maioria, diante do interesse da parte em desistir do recurso, a teor da regra do art. 501 do Código de Processo Civil, que autoriza a parte desistir do recurso a qualquer tempo, sem a anulação do recorrido. Ficou vencida a Ministra Nancy Andriighi, que se posiciona contra a homologação da desistência, ao argumento de que: “o julgamento dos recursos submetidos ao Superior Tribunal de Justiça ultrapassa o interesse individual das partes, alcançando toda a coletividade para a qual suas decisões irradiam efeitos”.

Resalte-se que essa crescente “objetivação” *ex officio* do recurso especial, sem qualquer previsão legal, relegando o direito material da parte a plano secundário, constituiu outro exemplo marcante de vulneração do processo de índole liberal.

## 5 Técnicas arbitrárias em busca da celeridade processual

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e dos inúmeros textos legais que lhe seguiram (v.g.: Código de Defesa do Consumidor, reforma da lei de ação civil pública etc.), infundiu-se em cada brasileiro um verdadeiro “espírito de cidadania”. Os cidadãos passaram a ser senhores de seus respectivos direitos, com a expectativa de verem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas.

Diante desse importante fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário. Os números alarmantes são de conhecimento geral. E isso tudo agravado pela circunstância de que a constituição de um conjunto tão ousado de garantias, sem a consecução consistente de políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado, sem dúvida, maior judicialização dos conflitos.

Atento a este significativo problema, de todo indesejado, o legislador pátrio tem procurado introduzir em nosso sistema processual, ao longo do tempo, inúmeras técnicas tendentes a acelerar a marcha do processo, pagando um altíssimo preço à custa dos jurisdicionados.

Nessa linha, o art. 285-A do Código de Processo Civil (reproduzido no art. 332 do novo CPC: “improcedência liminar do pedido”), que autoriza o juiz a proferir sentença de improcedência do pedido, quando, no mesmo juízo, o mérito, exclusivamente de direito, já tiver sido apreciado em outra demanda.

É bem de ver que nem sempre se torna fácil traçar nítida distinção entre matéria de direito e matéria fato, circunstância que reclama redobrada atenção do julgador. Nesse particular, o acodamento do juiz pode ferir a garantia da ampla defesa, como, aliás, se extrai de recente acórdão da 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.443.992-RJ, relatado pelo Ministro Ari Pargendler, valendo transcrever a seguinte passagem: “O pedido inicial diz respeito a matéria de fato, não se sustentando a sentença proferida sem o contraditório regular, porque está supõe matéria exclusivamente de direito. Recurso especial conhecido e provido para anular o processo a partir da sentença.”

Ademais, também me parece inadequado, sob o ponto de vista garantístico, o procedimento para o julgamento dos recursos especiais repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, hoje contemplado no art. 543-C ao Código de Processo Civil. Havendo multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, é escolhido um dentre eles no qual será profendido um acórdão paradigmático, que deve servir de orientação a todos os outros julgamentos nos processos que ficaram sobrestados (cf. § 7º do art. 543-C).

O grave problema que emerge deste expediente processual é que as partes litigantes que figuram nos outros recursos não participaram e efetivamente não influíram na decisão colegiada proferida *inter alios*. Dá salutar aos olhos a discutível construtividade da eficácia vinculante nesta espécie de julgamento.

<sup>18</sup> A *distinção dos recursos especiais repetitivos e os julgamentos em tese*, Revista Consultor Jurídico, 19-01-2015.

Aduza-se que esta técnica encontra-se ainda mais sofisticada no novo Código de Processo Civil, que não apenas amplia as situações em que é ela possível (arts. 976 e 977), como também impõe a todos os tribunais, consoante o disposto no art. 927, a observância “automática” dos acórdãos proferidos sob tal regime.

Reconheço que o problema da multiplicação de recursos sobre matéria análoga é realmente sério. Todavia, o entendimento de que a eficácia do precedente julgamento, em sede de recurso repetitivo, estende-se às outras impugnações manejadas por terceiros é absolutamente insustentável. A um processo civil construído sobre alicerces democráticos repugna a ideia da produção de efeitos contrários ao direito subjetivo de alguém, que sequer teve oportunidade de participar do processo.

## 6 Crítica ao julgamento “piloto” do Tribunal Constitucional europeu

Já sob outro enfoque, à luz da comparação jurídica, tem sido muito criticada uma novidade, introduzida pelo Protocolo nº 14, de 2009, no âmbito da Corte Europeia dos Direitos do Homem (Tribunal de Estrasburgo), consistente no processo de “*arrêt pilote*” – julgamento piloto.

Provocada a Corte Europeia por um jurisdicionado, contra ofensa ao seu direito perpetrada por um dos países signatários da Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem, a demanda individual pode ser convertida em processo coletivo, destinado a examinar a matéria e condenar o Estado requerido a regulamentá-la de forma genérica, em prol de todos os cidadãos potencialmente interessados.

Anoto-se que a coletivização da demanda individual fica ao exclusivo critério do Tribunal Constitucional: “l’effet collectif n’est pas organisé par les requérants, il l’est unilatéralement par la Cour”.<sup>19</sup>

Pendendo outros processos análogos, determina-se o sobrestamento destes, que ficam na expectativa do “julgamento piloto”, cuja decisão projetará eficácia em relação a todas as eventuais demandas individuais.

Em tom crítico, a doutrina, de modo geral, rece crítica à suspensão dos processos, impedindo que a parte interessada possa influir na construção da decisão da demanda afetada, por livre escolha da Corte Europeia. Na verdade, os processos suspensos sequer serão examinados.

A inexorável demora causada pelo procedimento mais complexo, nestas hipóteses, também vem apontada como fator negativo. É que, julgado precedente o pedido em relação a todos os que estiverem em situação idêntica ao autor da demanda, este deverá aguardar que o Estado réu tome providência global, muito mais ampla, custosa e demorada, do que atender à necessidade imediata de um único interessado, que

cuidou de ajuizar demanda individual. O requerente deve esperar a execução pelo Estado das medidas gerais a fim de evitar a persistência da violação.

A suspensão das demandas similares coloca os respectivos requerentes, que já esgotaram todas as vias de recursos internos, em uma situação muito desconfortável, visto que não será cumprida a garantia da duração razoável do processo. Chega-se mesmo à seguinte indagação: o prolongamento do procedimento para estes requerentes não equivale a uma ulterior violação dos direitos do requerente de ver a sua causa julgada dentro de um prazo razoável?<sup>20</sup>

## 7 O novo CPC: inaceitável transformação do processo individual em processo coletivo

Esta idêntica problemática também se reflete na infeliz novidade, introduzida no apagar das luzes da tramitação legislativa do novo Código de Processo Civil, sob a rubrica “conversão da ação individual em ação coletiva”.

Preceituava o vetado art. 333: “Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicile pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, adiantar o pagamento de custas; ou II – o autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por qualquer despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente

<sup>19</sup> Affel Ben Mansour. *Un processus inédit: les arrêts “pilotes” de la CEDH. Les actions en justice au-delà de l’intérêt personnel*, cit., p. 223.

<sup>20</sup> Affel Ben Mansour. *Un processus inédit: les arrêts “pilotes” de la CEDH. Les actions en justice au-delà de l’intérêt personnel*, cit., p. 221 e ss.



individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

A análise deste longo dispositivo legal leva à crença de que irrompe ele inconsistente, porquanto ofensivo às garantias do devido processo legal, bem como se descortina como exemplo emblemático de processo autoritário.

Foi sem dúvida por esta razão que restou ele vetado. Aliás, o veto foi realmente providencial!

Como é sabido, delinea-se invejável o nosso modelo jurídico de proteção aos direitos difusos e coletivos, investindo de legitimação ativa considerável número de sujeitos.

Considere-se outrossim que este referido “sistema processual de tutela coletiva”, que sempre se articulou de forma autônoma e independente, jamais se imiscuiu no âmbito das ações individuais.

Dai por que totalmente inoportuna e desnecessária a ingerência que seria instituída, no âmbito do processo civil individual, no afã de obter um julgamento que possa abranger maior número de interessados, em flagrante afronta ao direito do cidadão, que, confiando na Constituição Federal, procurou advogado e ajuizou demanda própria, sobre a qual sempre teve ampla disponibilidade!

## 8 À guisa de conclusão

A temática desenvolvida nestas linhas é da maior relevância, tanto mais quanto se tenha presente o significado dos princípios constitucionais que exornam a garantia do devido processo legal, necessariamente assecuratória da plenitude de defesa.

No entanto, toda vez que o juiz, de ofício, transportar para as fronteiras do processo o interesse particular ou público de outrem, estranho à relação jurídica deduzida em juízo, haverá nítida deturpação do princípio da autoridade, uma vez que transforma o juiz em protagonista, não simplesmente da direção do processo, mas, sim, da própria sorte do objeto litigioso, ferindo de morte a legalidade que deve nortear a realização de todos os atos processuais.

A tal propósito, lembro que Barbosa Moreira, de forma enfática, procurou sintetizar o desejo de todos os operadores do direito e, de modo particular, dos jurisdicionados, no sentido de que a prestação jurisdicional venha a ser mais eficiente do que realmente é; no entanto, “se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço”<sup>12</sup>

## Referências

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos, Temas de direito processual*. 8.ª s., São Paulo, Saraiva, 2004.
- DEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Instrumentalismo e garantismo: visões apostas do fenômeno processual?*, artigo inédito.
- \_\_\_\_\_. *Poderes instrutórios do juiz*, 5ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2011.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de recuperação de empresas e falências comentada*, 10ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2014.
- Calamandrei, Piero. *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S. E. il Ministro della Giustizia sul Progetto preliminare del Codice di Procedura Civile*, Firenze, Universitaria-Carlo Cya, 1937; *Opere giuridiche*, v. J, Napoli, Morano, 1965; *Processo oral* (obra coletiva), São Paulo, Forense, 1940.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato*, Processo e ideologie, Bologna, Mulino, 1969.
- CIPRIANI, Franco. *Preghione* à edição italiana do livro de Montero Aroca, *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*, Napoli, ESI, 2002.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas*, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
- FERRI, Corrado. *Struttura del processo e notificazione della domanda*, Padova, Cedam, 1975.
- GÖNNER, Nicolaus T. *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, v. J, 2ª ed., Erlangen, 1804.
- GRILLO LONGORIA, Rafael. *Derecho Procesal civil – I* (Teoria general del proceso civil), 2ª ed., Habana, Pueblo y Educación, 1986.
- GURVICH, M. A. *Profili generali del processo civile sovietico*, Ricerche sul processo – I. Il processo civile sovietico, Padova, Cedam, 1976.
- JOLOWICZ, J. A. *The Active Role of the Court in Civil Litigation*, Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation, Milano-New York, Giuffrè-Oceana, 1975.
- MANSOUR, Aïfif Ben. *Un processus inédit: les arrêts “pilates” de la CEDH*, Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel (obra coletiva), Paris, Dalloz, 2014.
- MILLAR, Robert Wyness. *The Formative Principles of Civil Procedure*, A History of Continental Civil Procedure, coord. Arthur Englemann, New York, Augustus Kelley, 1969.
- MONTELEONE, Girolamo. *Principi e ideologie del processo civile: impressioni di un “revisionista”*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2003, 2, p. 575 ss.; *Principios e ideologías del proceso civil: impresiones de “un revisionista”*, Proceso civil e ideología, coord. Juan Montero Aroca, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- MONTERO AROCA, Juan. *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*, Proceso civil e ideología, coord. Juan Montero Aroca, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

<sup>12</sup> *O futuro da justiça: alguns mitos*, Temas de direito processual, 8.ª s., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 5.

- MONTERO AROCA, Juan. *Síntesis de las concepciones históricas del proceso civil*, Teoría & Derecho – Revista de pensamiento jurídico, 7, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- OLIVEIRA, André Macedo. *A desistência dos recursos especiais repetitivos e os julgamentos em tese*, Revista Consultor Jurídico, 19-01-2015.
- PICÓ Y JUNOY, Joan. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, Proceso civil e ideología, coord. Juan Montero Aroca, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- POUTCHINSKI, V. K. *Princípios de processo civil da URSS e das Repúblicas Federadas*, trad. port. Soveral Martins, Coimbra, Centelha, 1978.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Contra o processo autoritário*, aula inaugural do ano letivo de 1959, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1959.
- TARUFFO, Michele. *Calamandrei e le riforme del processo civile*, Pietro Calamandrei – Ventidue saggi su un grande maestro, coletânea Per la storia del pensiero giuridico moderno, 32, coord. de Paolo Barile, Milano, Giuffrè, 1990.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 1, São Paulo, Ed. RT, 1974.
- VERDE, Giovanni. artigo *Le ideologie del processo in un recente saggio*, Rivista di diritto processuale, 2002 (3); *Las ideologías del proceso en un reciente ensayo*, Proceso civil e ideología, coord. Juan Montero Aroca, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

## PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE A TUTELA DO EXECUTADO NO NOVO CPC

Marcelo José Magalhães Bonizzi<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1 Considerações iniciais; 2 O novo regime de impugnação do executado; 3 Embargos do executado no novo CPC; 4 Os embargos à arrematação; 5 Os embargos da Fazenda Pública; 6 A chamada “exceção de pré-executividade”; 7 Considerações finais.

### 1 Considerações iniciais

Embora de uso comum, a expressão “defesa do executado” não parece correta, porque tende a confundir a tutela, ou proteção, que é prestada ao executado, com a contestação do réu no processo de conhecimento. As diferenças são muitas: no primeiro caso não há defesa propriamente dita, muito menos dentro do processo, pois os meios que o executado possui para se opor à execução são, ao menos em regra, verdadeiros incidentes processuais; nos quais se instaura um novo processo de conhecimento apenas para saber se o executado possui alguma razão quanto à pretensão de executar,<sup>2</sup> enquanto que a contestação do réu, no processo de conhecimento, é somen-

<sup>1</sup> Professor doutor da USP. Pós-doutor pela Universidade de Lisboa. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Procurador do Estado de São Paulo.

<sup>2</sup> Cf. FURNO, Carlo. *Disegno sistematico delle opposizioni nel processo esecutivo*. Firenze: Casa Editrice Del Dott. Carlo Cya, 1942, p. 83-84. Sobre o tema, v. também o clássico estudo de LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embar-*