



Costa Machado: Proposta para novo CPC é confusa e questionável

Afirmar-se num CPC que juízes apliquem diretamente princípios constitucionais abstratos, como “dignidade... proporcionalidade e razoabilidade” é abrir a porta do Judiciário ao ativismo judicial, à livre criação interpretativa e à completa insegurança jurídica.

Essa é uma das críticas que o professor Antonio Claudio da Costa Machado faz ao novo Código de Processo Civil. As propostas do professor de Teoria Geral do Processo da USP foram entregues ao deputado Paulo Teixeira (PT-SP) em debate no dia 23 de maio de 2013, organizado pela OAB de São Miguel Paulista, na capital paulista. Veja abaixo quais são.

Propostas de alteração de textos do projeto de novo CPC

1. Necessidade de excluir do texto do artigo 6º do projeto a alusão a princípios constitucionais abstratíssimos como dignidade, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência.

Supressão da parte final do texto do artigo 6º do Projeto de CPC:

“Artigo 6º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais a que ele se dirige e às exigências do bem comum.”

Justificativa:

Afirmar-se num CPC que juízes apliquem diretamente princípios constitucionais abstratíssimos, com “dignidade... proporcionalidade e razoabilidade” é abrir a porta do Judiciário ao ativismo judicial, à livre criação interpretativa e à completa insegurança jurídica.

A lei já não valerá muito, cláusulas contratuais serão facilmente afastadas e a justiça dos juízes (e não a legal) prevalecerá. Princípios abstratos como esses servem de limitação constitucional aos Poderes Legislativo, Executivo e ao Judiciário quando faz controle de constitucionalidade por meio do STF, mas não devem inspirar decisões judiciais diretamente, sob pena de risco à separação de poderes e à cidadania.

Além disso, a referência expressa ao princípio da “legalidade” é redundância, porque o artigo 6º fala de ordenamento jurídico, e a alusão ao princípio da “eficiência” parece despropositada, uma vez que ele se vincula à Administração Pública somente (CF, artigo 37)

2. Necessidade de assegurar explicitamente às partes o direito de ouvir três testemunhas para cada fato.

Parágrafo único — igual ao parágrafo único vigente do artigo 457 — a ser acrescentado ao artigo 457 do Projeto:

“Art. 457.....”

Parágrafo único. Quando qualquer das partes oferecer mais de três testemunhas para a prova de cada



fato, o juiz poderá dispensar as restantes”

Justificativa:

O número das testemunhas que são ouvidas em audiência de instrução não pode ser objeto de exclusiva vontade judicial, mas sim objeto do direito subjetivo processual da parte, de sorte a impedir a dispensa judicial da testemunha antes que a terceira tenha sido ouvida em relação a um mesmo fato.

A sugestão equilibra o direito das partes em relação ao poder do juiz no que concerne à relevantíssima atividade instrutória no processo civil

3. Necessidade da volta da figura da ação declaratória incidental ao projeto.

Inclusão de parágrafo único no artigo 19, de parágrafo único no artigo 514, ambos do Projeto de CPC, e supressão dos parágrafos 1º e 2º do artigo 514 do Projeto:

“Art. 19.....

Parágrafo único. Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz o declare por sentença.”

“Art. 514

Parágrafo único. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (artigo 19, parágrafo único), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.”

§ 1º. (Suprimir)

§ 2º. (Suprimir)

Justificativa:

O desaparecimento da ação declaratória incidental — figura há muito conhecida do nosso direito — representará indiscutivelmente uma porta aberta à insegurança jurídica, além da violação ao princípio da iniciativa da parte, corolário do devido processo legal e do próprio Estado de Direito.

A coisa julgada, enquanto garantia constitucional e expressão processual máxima da estabilidade das relações jurídicas decididas em juízo, não pode ser flexibilizada por declarações judiciais que não tenham sido pedidas pelas partes. A coisa julgada material se limita ao dispositivo da sentença que, por sua vez, guarda absoluta relação com o pedido que expressamente tenha feito o demandante.



Consentir com a coisa julgada de “resolução de questão prejudicial decidida expressa e incidentalmente no processo”, com diz o parágrafo 1º do artigo 514 do texto projetado, significará abrir a oportunidade para infundáveis discussões sobre se a declaração da relação jurídica prejudicial aconteceu ou não, por meio de sucessivos embargos declaratórios, tanto em primeira, como em segunda instância. Não esqueçamos que o congestionamento da Justiça não vai cessar com um novo CPC.

Além de tudo, que dificuldade existe em o autor (em réplica) ou o réu (na contestação) deduzir a postulação de declaração incidente? A normalidade processual, o princípio da iniciativa da parte e a segurança jurídica justificam a manutenção da consagrada figura da ação declaratória incidental pelo novo CPC.

4. Necessidade de condicionar o poder do juiz (de dilatar prazos e de alterar a ordem da produção de provas) à oitiva das partes e à expressa justificação nos autos.

Alteração do texto do inciso VI do artigo 319 do Projeto de CPC:

“Art. 139
.....”

VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem da produção dos meios prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito, e desde que ouvidas as partes e justificada expressamente a dilação ou alteração.”

Justificativa:

Fundada a ordem jurídica processual no princípio-garantia do devido processo legal, não se deve admitir, em função da sua força normativa, a imprevisibilidade e a insegurança que decorrerão do poder atribuído pelo Projeto ao Juiz de definir unilateralmente a dimensão dos prazos e a ordem dos atos que se praticam na fase instrutória, tão crucial ao desfecho das causas civis.

Se vivemos sob a égide do devido processo legal, a ordem dos atos do procedimento probatório deve estar submetida antes de tudo à lei – como é hoje, CPC, artigo 452 – e, apenas, secundariamente, submetida à vontade judicial. É evidente, por outro lado, que o poder do magistrado para conduzir as provas deve ser reconhecido — até para poder fazer as adaptações que o caso concreto aconselhe —, mas não sem a participação das partes, a quem tanto interessam as provas também, e sem exigência de expressa justificação das alterações pelo juiz.

Somente assim — outorga de poder do juiz, mas com participação manifestativa dos litigantes e decisão fundamentada —, é que se vislumbrará, na fase de instrução, o necessário equilíbrio da balança processual entre as partes e o magistrado, no que concerne aos atos instrutórios.

5. Da inconveniente e inadequada eliminação do procedimento da separação judicial pelo projeto de CPC.

Alteração do título da Seção IV, do Capítulo XV, do Título III, do Livro I, do Projeto de CPC:

“Da separação e do divórcio consensuais, da extinção consensual de união estável e da alteração do



regime de bens do matrimônio:

Justificativa:

O projeto de CPC não deve tomar partido em favor da tese de que o instituto da separação (judicial ou extrajudicial) desapareceu do sistema jurídico, por força da Emenda Constitucional 66, que deu nova redação ao parágrafo 6º do artigo 226, da Constituição.

Trata-se de matéria extremamente controvertida em nossos juízos e tribunais, além de já ter sido objeto de manifestação explícita do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Cabe ao legislador substancial regulamentar tal matéria, quer por meio de alteração do Código Civil, quer por meio de modificação da Lei do Divórcio — que disciplinam a separação judicial — ou, ainda, pela elaboração de uma nova lei ordinária que regule o assunto.

Em razão de tudo isto, fica a sugestão de que o projeto de CPC mantenha o instituto da separação, deixando livre o legislador material para julgar a conveniência da preservação ou não da figura de tanta repercussão no âmbito da vida das famílias brasileiras.

6. A necessidade de retorno ao texto anterior (Do “texto preliminar”, de 20 de março de 2013) quanto à liminar de reintegração de posse em litígio coletivo.

Retorno ao texto completo do artigo 579, e seus parágrafos primeiro a quinto, do “Texto Preliminar” apresentado em 20 de março de 2013.

Justificativa:

A previsão do inciso I, do artigo 579, da última versão do Projeto de CPC, vai fomentar a multiplicação das invasões coletivas de imóveis no Brasil, pela simples circunstância de que estabelecida a faculdade de o juiz designar audiência de mediação antes da concessão da liminar, enorme será a tentação imposta ao magistrado de, em qualquer caso, sempre optar pela designação da audiência. Num conflito que desde o início se apresente aos olhos do julgador como coletivo, muito dificilmente desejará o juiz ficar com toda a responsabilidade para decretar imediatamente a reintegração de posse.

Não é ao juiz que se deve dar a opção de designar ou não tal audiência. É a lei que deve ordenar ao magistrado a imediata reintegração (sem qualquer opção) para que se possa cumprir o desiderato jurídico de reequilíbrio das relações possessórias.

Não podemos consentir em submeter nossos juízes à pressão psicológica de marcar audiência de mediação para fugir à responsabilidade de decidir sozinho um tema tão sensível da realidade brasileira.

7. A necessidade de alteração do conceito de sentença do artigo 203, parágrafo 1º.

Alteração do texto do parágrafo 1º, do artigo 203, do projeto de CPC:

“Art. 203

parágrafo 1º. Ressalvadas as previsões expressas das disciplinas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 495 e 497, põe fim ao processo



ou à fase cognitiva, de liquidação ou de cumprimento de sentença”

Justificativa:

A frase final do texto do parágrafo 1º projetado, do artigo 203, é genérica demais e pode dar a entender que atos que encerram a fase de saneamento (o ato de saneamento do processo, previsto pelo artigo 364) ou a fase instrutória (o ato do juiz que declara “finda a instrução”, prevista pelo artigo 371) têm natureza de sentença, o que não é verdade.

A substituição da frase genérica pela específica sugerida parece resolver conceitualmente o problema.

8. A necessidade de alteração da redação do artigo 1.008 em decorrência da volta do duplo efeito automático da apelação (artigo 1.025, *caput*).

Alteração do texto do *caput* do artigo 1.008 e supressão do seu parágrafo único, do Projeto de CPC:

“Artigo 1.008. A interposição de recurso extraordinário e do recurso especial não tem efeito suspensivo, bem como a interposição de recurso de agravo não obsta o andamento do processo, salvo decisão judicial em sentido contrário.”

“Parágrafo único (suprimir).”

Justificativa:

Dada a circunstância de o artigo 1.025, *caput*, do Projeto, afirmar categoricamente que “a apelação terá efeito suspensivo”, o que traz de volta a regra geral do duplo efeito dos recursos para o direito processual civil, deixa de ter razão de existir a normatividade genérica constante do artigo 1.008, *caput*, que estabelece que “os recursos não impedem a eficácia da decisão...” Pelo mesmo argumento, perde sentido o disposto no parágrafo único que prevê, também, em tom genérico, “a eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator...”, o que justifica, então, a pura e simples supressão do parágrafo único do focalizado artigo 1.008.

9. Da necessidade de alteração da disciplina do procedimento especial “das ações de família” em três aspectos:

1º Aspecto: a omissão do artigo 708, *caput*, quanto à figura da separação.

Como foi observado no tópico 7 *retro*, o Projeto de CPC não deve tomar partido em prol da eliminação da figura da separação judicial, razão por que deveria constar do artigo 708, *caput*, a alusão também a “separação judicial” deixando à legislação civil a regulamentação definitiva desta matéria.

2º Aspecto: a violação do contraditório pela falta de informação do conteúdo da petição inicial ao requerido.

Parece-nos violar frontalmente o contraditório não permitir o artigo 700, parágrafo 1º, que o requerido saiba que espécies de argumentos são deduzidos contra ele na inicial do processo contencioso de separação, divórcio, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.



A solução consensual da controvérsia não será facilitada pela supressão de informação, pelo contrário, será comprometida pela falta de transparência, o que sempre soará como desconfiança para o demandado. Além disso, também parece que não será possível impedir que o prejudicado pela falta de informação a obtenha em cartório (por ser parte) e, eventualmente, até por meio de outra medida judicial, tudo a comprometer o pretendido sucesso da atividade de conciliação ou mediação.

3º Aspecto: da inconveniência processual de se permitir que sejam marcadas “tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual”.

Será que a falta de limite quanto ao número de sessões de conciliação a que se submeterão as partes não comprometerá a própria eficiência do novo sistema? Será que tal falta de limite não levará demandados mais ardilosos a protelar o máximo a solução consensual para ganhar tempo e algum tipo de vantagem, mesmo que deferida alguma providência antecipatória?

10. Nove críticas ao livro dedicado “à tutela antecipada”

1ª) O título genérico “tutela antecipada” é histórica e doutrinariamente equivocado.

Histórica e doutrinariamente, “tutela antecipada” é espécie e não gênero, espécie do gênero tutela cautelar, tema que se desenvolveu na Itália a partir das obras de Carnelutti e principalmente de Piero Calamandrei (*Introdução ao estudo sistemático das providências cautelares*, de 1936) e que gerou a criação do poder geral de cautela pelo CPC Italiano de 1940, artigo 700.

2ª) O livro “tutela antecipada” elimina os procedimentos cautelares específicos que são importantes limites ao poder dos juízes.

A existência de procedimentos como o arresto, o seqüestro, a busca e apreensão, o arrolamento e a caução significam importantes limitações ao poder jurisdicional.

Sem tais procedimentos, ficaremos todos à mercê da vontade unilateral dos juízes para concessão de medidas cautelares. Nossos direitos estarão sob risco se os magistrados de primeiro grau puderem conceder: a) arresto sem “prova literal de dívida líquida e certa”; b) busca e apreensão a ser cumprida por um único oficial de justiça; c) arrombamento sem testemunhas ou; d) busca e apreensão de bens objeto de contrafação sem a comprovação por peritos; e) arrolamento de bens sem disciplina alguma sobre legitimação ou sobre os interesses tuteláveis; f) caução sem procedimento previsto em lei.

3ª) O artigo 302 permite a concessão de medida cautelar de ofício fora dos casos expressamente previstos em lei.

Num Estado Democrático não se deve admitir que juízes possam conceder medidas cautelares de ofício (sem pedido, sem iniciativa da parte), salvo em casos expressamente previstos. A abertura do poder de ofício “em casos excepcionais” coloca em risco todos os nossos direitos e o próprio espírito democrático do processo civil.



4ª) O livro “tutela antecipada” elimina a ação cautelar incidental.

O Livro V é ruim, também, porque elimina a ação cautelar incidental que permite a discussão *a latere* sobre a concessão de cautelares no curso do processo.

Principalmente levando em conta que caminhamos no sentido da implantação do processo eletrônico, que diferença faz, nessa perspectiva computacional, termos ou não um processo separado para a boa discussão das cautelares incidentais?

Da maneira como o Projeto trata do assunto, poderemos ter grande tumulto dentro do processo de conhecimento ou de execução para que se discuta e conceda uma cautelar incidental. Nosso processo civil ficará certamente empobrecido.

5ª) O artigo 295 do projeto é confuso quanto à diferença entre tutela de urgência e de evidência.

Segundo a redação do artigo 295 do Projeto, tanto a tutela satisfativa como a tutela cautelar pode fundamentar-se em urgência ou evidência, o que torna absolutamente confusa a distinção, já que a urgência, conforme o artigo 301, depende de *periculum in mora*, e a evidência, conforme o artigo 306, não depende de *periculum in mora*. O Capítulo I, das “Disposições Gerais”, começa, por tanto, muito mal.

6ª) O artigo 301 trata da tutela de urgência, mas o seu parágrafo 3º fala de um requisito próprio da tutela de evidência,

Se a tutela de urgência se identifica com a tutela cautelar (o artigo 295 fala expressamente da “natureza...cautelar”), não faz sentido que o parágrafo 3º do artigo 301 (que trata da tutela de urgência) se refira ao requisito da reversibilidade que é fenômeno próprio da tutela de natureza satisfativa...

7ª) O artigo 304 (dentro da tutela de urgência) fala de tutela satisfativa, mas condiciona a concessão da medida ao *periculum in mora*.

Ao admitir o artigo 304 a tutela de urgência (a de natureza cautelar), mas de caráter satisfativo (o que normalmente não se entende como cautelar), sob o fundamento de *periculum in mora*, o Projeto do CPC coloca em absoluta crise e confusão o que dispõe o artigo 295 e também o que prevê o artigo 301 que identifica tutela de urgência e tutela cautelar.

8ª) O requerimento de tutela antecipada satisfativa dependente de exposição sumária da lide e de *periculum in mora* torna confusa a natureza jurídica da ação que se promove: desaparecem a ação cautelar e o processo cautelar?

Se o requerimento de tutela satisfativa depende do requisito cautelar (exposição sumária e *periculum in mora*), segundo o artigo 304 do Projeto, isto significa que não se trata de uma ação de conhecimento que se promove, mas sim o que há décadas conhecemos como “ação cautelar preparatória”, o que o enfocado Livro V desconhece! É que se o pedido é cautelar (“cautelar satisfativa”) e o fundamento também é cautelar (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), o que se vislumbra é uma ação cautelar e não uma ação



de conhecimento.

Como sustentar, então, o Projeto que prega o desaparecimento da ação cautelar?

E quanto ao processo cautelar, ele não existe mais também? Como explicar, agora, que o artigo 307, *caput*, que fala desta mesma ação (“petição inicial da ação que visa à prestação de tutela cautelar antecedente”, ou seja, ação cautelar, dependente de “exposição sumária do direito” e “perigo de demora”) provoque o surgimento de uma relação jurídica processual que, segundo o artigo 308, determina a prática da citação para o réu contestar o pedido (pedido cautelar) em 5 dias?

Não há processo? Somente depois é que o artigo 310 fala da efetivação da tutela cautelar e da formulação de pedido principal; aí sim propositura da ação de conhecimento!

Tudo, absolutamente tudo, é confuso e questionável nesta nova disciplina do Livro V.

9ª) A tutela de urgência fundada no inciso ii do artigo 306 significa poder excessivo nas mãos dos juízes de primeira instância.

Se a disciplina da tutela antecipada atual faz depender de requisitos rigorosos a concessão da medida antecipatória, o Projeto de CPC, em seu artigo 306, II, amplia perigosamente o poder dos juízes monocráticos.

Bastará uma prova documental qualquer (“prova documental suficiente”), somada à impossibilidade de prova documental do réu, algo extremamente comum nas pendências judiciais, para que o juiz antecipe a tutela. Sob grande risco de arbítrio estaremos todos nós se tal dispositivo prevalecer!

Date Created

31/05/2013