



Dierle Nunes: Proposta de reforma do novo CPC apresenta riscos

Desde a aprovação do Projeto de Lei da Câmara 168 (PLC168)[1] na CCJ do Senado Federal, que altera o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), vem ganhando destaque um “festejado” retorno do juízo de admissibilidade provisório ao tribunal de origem (TJs e TRFs) para os recursos extraordinários.

E apesar de não considerar tal mudança tão virtuosa como possa aparentar, mediante análise superficial e realizada a partir do contexto normativo pré-novo CPC, meu foco aqui é outro.

Procurarei analisar parcela das mudanças silenciosas que o referido PLC 168 traz em seu bojo e que imporão verdadeiros retrocessos ao sistema gestado e amplamente discutido durante anos no Congresso Nacional.

Durante a estruturação do novo CPC, uma das maiores preocupações do legislador foi a de impedir que a racionalização normativa de um sistema de precedentes permitisse a consolidação de um modelo de engessamento de entendimentos nos tribunais superiores e que, a partir da nova legislação, a formação de tais decisões se dê do modo mais dialógico possível, em nosso peculiar sistema onde os julgados já nascem com a pretensão normativa de se tornarem “precedentes”.

Estas premissas não possuem nenhuma grande sofisticação teórica. Só percebem que o raciocínio por trás dos precedentes se estrutura essencialmente mediante a comparação de casos (o precedente e o presente), mediante analogias e contra-analogias com o inteiro teor do acórdão do passado (nunca com ementas ou com trechos dos julgados), e de que o mesmo (precedente) não viabiliza *um dogma incontroverso que permita sua aplicação passiva e mecânica*, algo já explicitado em 1774 no caso *Jones versus Randall* da *King’s Bench Court* inglesa.

Como já pontuei inúmeras vezes nesta revista,[2] precisamos aprimorar muitíssimo nossa construção e uso do que se convencionou nominar (com significado próprio): direito jurisprudencial.

No entanto, o indicado PLC 168, sob o véu de fumaça da mudança do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários, promove alterações preocupantes no sistema altamente dialógico de formação e aplicação de precedentes que estava estruturado, ao macular duas das técnicas mais essenciais de um sistema de precedentes, a distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*); suprimir o dever de congruência dos tribunais superiores; e tentar mitigar os deveres de fundamentação dos referidos tribunais. Então vejamos:

1. De imediato percebemos que a supressão matreira do §2º do artigo 1.029, que estabelece que quando o recurso especial “estiver fundado em dissídio jurisprudencial, é vedado ao tribunal inadmiti-lo com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção”, demonstra que parcela dos ministros dos tribunais superiores (autores do PLC) não desejam adotar a grande premissa de se levar a sério o dever cooperativo de distinguir casos, de modo a se manter o sistema atual onde julgados são aplicados mediante emprego de ementas de modo mecânico, tanto em casos idênticos, quanto em relação a casos aproximados (que possuem fatos operativos diversos).



O estrago só não é maior em face da manutenção incólume das normas fundamentais do CPC-2015 que, mesmo com a referida supressão, não eximem os magistrados de seus deveres normativos de preservação do contraditório e da fundamentação. Entretanto, resta claramente demonstrada a dificuldade de alguns em compreender o que seja um sistema legítimo de precedentes.

2. Outra modificação extremamente preocupante decorre de alguns novos incisos do (novo) artigo 1.030 [3], que atribui poderes aos presidentes e vice-presidentes dos tribunais de origem (TJs e TRFs).

Como se sabe, em quaisquer sistemas que adotam precedentes normativos, todos os órgãos jurisdicionais podem distinguir (*distinguish*) casos, mas somente o próprio juízo prolator da decisão é quem possuirá competência para promover sua superação (*overrule*).

No sistema ora posto no CPC-2015, com a admissibilidade dos recursos extraordinários concentrada nos tribunais superiores, as partes sempre teriam possibilidade de chegar ao órgão prolator do precedente normativo (artigo 927) uma vez que inexistiria filtragem prévia na origem, viabilizando-se, sem embaraços, que o tribunal superior revisse seus entendimentos e mantivesse a grande virtude do sistema de precedentes: a de se impor a possibilidade de revisão e reinterpretção dos fundamentos determinantes dos casos, mantendo a possibilidade constante de aprimoramento do direito.

Ocorre que o PLC, como propagado aos quatro ventos, manteve o sistema ora em vigor (do CPC-1973 reformado) no qual o juízo de admissibilidade ocorrerá na origem.

Esta escolha não traria grandes embaraços se fosse assegurado acesso técnico aos tribunais superiores para viabilizar a mudança (superação) de seus entendimentos, pois os mesmos não pode(ria)m petrificar seus entendimentos, sob pena de uma falsa e equivocada crença de que caberia a tais órgãos dar a última e definitiva palavra sobre o direito. E se perceba que nem no período mais forte de adoção de precedentes vinculantes na Inglaterra (1898 a 1966) se adotou tal fechamento argumentativo.

A intenção de criar uma fórmula metodológica mágica de resolução de demandas repetitivas pode, com o PLC, delinear um modelo brutal de piora do direito.

Ocorre que além de estabelecer o juízo de admissibilidade na origem, o PLC estabelece como dever do presidente ou vice-presidente na origem, nos transcritos (nota 2) incisos I, II e III do artigo 1.029, de negar seguimento a recurso que contrarie precedente normativo ou determinar que o órgão julgador se retrate, se o acórdão recorrido divergir de precedente, sendo que nas duas primeiras hipóteses caberá um agravo interno para o próprio tribunal de origem (artigo 1.029, §2º) para o órgão a ser indicado pelo regimento interno (potencialmente suas cortes especiais). Da decisão caberá reclamação (artigo 988, §5º, II) somente para garantir a observância do precedente. Ou seja, a discussão não chegará mais ao tribunal superior para sua reanálise, mas tão só para manter sua *incolumidade petrificadora*.

E somente na hipótese III, quando o colegiado se negar a retratar, é que o recurso admissível terá acesso ao tribunal superior.

Em síntese, a superação de entendimentos sofrerá um duro golpe caso o referido projeto se mantenha nesta parte uma vez que se dificultará sobremaneira que recurso que ataque precedente normativo



chegue aos tribunais superiores.

Sem olvidar que na busca deste fechamento argumentativo esta reforma pode induzir um comportamento insurgente dos TJs e TRFs que se verão constrictos a não seguir precedentes normativos superiores, e negar a retratação do inciso III, para viabilizar que a discussão chegue aos Tribunais Superiores para uma potencial reanálise e aprimoramento, eis que agora, com a reforma, o CPC-2015 não preverá mais técnicas de acesso ao STJ e STF.

3. Também causam grande preocupação a supressão do §2º⁴ do artigo 1.037 e a nova redação do §3º⁵ do artigo 1.038.

Estes dispositivos levavam a sério a necessidade de que os tribunais superiores, em sua função precípua de formar decisões que sirvam de precedentes qualitativamente fundamentados, julgassem melhor os primeiros casos que chegassem à sua análise para não ter de julgar tantas vezes, mal e de modo superficial, processos idênticos.

Julgar melhor para julgar menos à medida que um precedente que aborde todos os fundamentos, favoráveis ou contrários (dever de consideração: artigo 489, §1º, IV), em contraditório amplo, com participação de *amici curiae*, oitiva de argumentos em audiências públicas e respeito a um dever de congruência entre o que se fixou para julgamento e o que se efetivamente julgou, poderá induzir uma efetiva redução do retrabalho e, inclusive, diminuição da litigiosidade pela existência de uma verdadeira opinião da corte sobre o caso, de modo a se assegurar uma jurisprudência coerente, íntegra e estável (artigo 926).

Este precedente serviria como fundamento de julgamento (artigo 489, §1º, V e VI) em: a) julgamentos liminares de improcedência (artigo 332); b) tutelas antecipadas da evidência (artigo 311, II); c) decisões monocráticas (artigo 932, IV e V); d) resolução de conflitos de competência (artigo 955, parágrafo único, I e II); e) obtenção de executividade imediata de sentenças (artigo 1.012, V); f) impedimento de reexame necessário (artigo 496, §4º, II). Não se olvidando de potenciais funções rescindentes (artigos 525, §15 e 535, §§5º e 8º).

No entanto, com a supressão do §2º do artigo 1.037, se abole o dever de congruência nos recursos extraordinários e se macula uma importante fase preparatória destes julgamentos tão relevantes, tornando imperativo o uso do relatório com tal função preparatória. [6]

Já a alteração da redação do §3º do artigo 1.038, ao retirar o dever dos tribunais superiores de enfrentar os argumentos contrários enfraquece o caráter obstativo dos precedentes, ao não constar no julgado com toda amplitude o que o tribunal já analisou, fomentando seu próprio retrabalho.

4. Uma última e grande piora que aqui se abordará (apesar de existirem outras) trazida pelo PLC 168 é a de se suprimir o §10º do artigo 1.035[7] e os §§3º a 5º do artigo 1.037.[8]



Os dispositivos estabeleciam um marco temporal de duração da suspensão de processos em todo território nacional prevista no artigo 1.037, II[9], induzindo maior agilidade dos tribunais superiores no julgamento dos Recursos repetitivos e impedindo que tal suspensão se eternize pela mora dos referidos tribunais ao julgar os referidos recursos.

Em face da potencial aprovação do PLC, poderemos ter a situação de centenas de milhares de processos ficarem suspensos por prazo indeterminado inviabilizando as garantias do devido processo constitucional e do acesso à justiça. Sem olvidar de que isto poderá induzir uma abordagem estratégica dos tribunais superiores em escolher quando determinadas temáticas deverão ser dirimidas e quando deverão ser mantidas em suspensão, em evidente ativismo seletivo.[10]

Bem, poderia continuar a pontuar os riscos para o sistema do CPC-2015 que o PLC 168 imporá, ao que parece, sem grande resistência de setores políticos e acadêmicos.

Resta-nos agora propagar estes riscos e esperar que o Senado Federal perceba tais pioras, que macularão um sistema normativo pensado para o aprimoramento do direito e sua maior proximidade com nosso modelo constitucional de processo.

E, caso seja aprovado, somente nos restará a leitura do sistema em conformidade com a Constituição e com as normas fundamentais do próprio novo CPC de modo a limitar possíveis desmandos interpretativos e de aplicação. Que a doutrina cumpra seu papel!

1 <http://cron.adv.br/2015/11/aprovado-na-ccj-do-senado-plc-que-altera-o-cpc-2015-confira-o-texto/>

2<http://www.conjur.com.br/2014-set-24/tribunais-superiores-ampliar-debates-formar-precedentes> ;
<http://www.conjur.com.br/2014-jun-11/dierle-nunes-preciso-repensar-modo-tribunais-atuam> ;
<http://www.conjur.com.br/2014-jun-04/dierle-nunes-afastamento-precedente-nao-regra> ;
<http://www.conjur.com.br/2012-out-24/dierle-nunes-aos-tribunais-atribuida-forma-julgamento>

3“Art.1.030. [...] I — negar seguimento a recurso extraordinário que trate de controvérsia a que o Supremo Tribunal Federal tenha negado a repercussão geral; II — negar seguimento a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão em conformidade com o precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva; III — encaminhar o processo ao órgão julgador para juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir de precedente de repercussão geral ou de recurso especial em questão repetitiva; IV — sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida por tribunal superior; [...] § 1o Das decisões de inadmissibilidade proferidas com fundamento no inciso VI caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042. §2o Das decisões proferidas com fundamento nos incisos I, II e IV caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021.” (NR)

4“Art. 1.037. [...]§ 2º É vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do art. 1.040, questão não



delimitada na decisão a que se refere o inciso I do *caput*.

5Redação atual: “Art. 1.038. [...]§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis ou contrários.” Redação do PLC 168: “Art. 1.038. [...]§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.”

6Defendido aqui: NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. A doutrina do precedente judicial – fatos operativos, argumentos de princípio e novo Código de Processo Civil. In: PRODIREITO: Direito Processual Civil: Programa de Atualização em Direito: Ciclo 1. Porto Alegre: ArtmedPanamericana; 2015. p. 9-58. E cancelado no Enunciado 522 aprovado no Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(art. 489, inc. I; arts. 931 e 933): O relatório nos julgamentos colegiados tem função preparatória e deverá indicar as questões de fato e de direito relevantes para o julgamento e já submetidas ao contraditório. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)”

7Art. 1.035. [...] § 10. Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar do reconhecimento da repercussão geral, cessa, em todo o território nacional, a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

8Art. 1.037. [...]§ 3º Havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão a que se refere o inciso I do *caput*. § 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*. § 5º Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar da publicação da decisão de que trata o inciso I do *caput*, cessam automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.

9Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual: [...] II – determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

10Acerca de alguns riscos do ativismo seletivo cf. NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à justice democrático. Brasília: Gazeta jurídica, 2013.

Date Created

26/11/2015