Processos repetidos e os poderes do magistrado diante da Lei 11.277/2005. Observações e críticas

JOSÉ HENRIQUE MOUTA ARAÚJO, Mestre e doutorando em Direito Processual pela Universidade Federal do Pará, Procurador do Estado do Pará, Professor da Universidade da Amazônia- UNAMA, do Centro de Estudos Superiores do Estado do Pará – CESUPA e da Faculdade do Pará – FACI. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP

I- INTRODUÇÃO – AS MAIS RECENTES ALTERAÇÕES PROCESSUAIS

O Código de Processo Civil Brasileiro completou trinta e três anos no dia 11 de janeiro de 2006. Durante esse período passou por várias alterações, voltadas para a superação dos obstáculos à celeridade da prestação jurisdicional.

No início deste século, com as Leis 10.352/01, 10.358/01, 10.444/02, 11.232/05, 11.276/06 e 11.277/06, ocorreram profundas modificações preocupadas com os chamados pontos de estrangulamento do sistema, repercutindo em uma série de dogmas que pareciam intangíveis.

Destarte, durante todos esses anos os estudiosos vêm repensando os institutos vigentes, tentando com isso superar entraves que comprometem a tempestividade da prestação jurisdicional, estimulando com isso o efetivo acesso à justiça[1].

O presente ensaio visa comentar a nova disposição advinda da Lei 11.277, de 07.02.2006 (com vigência em 90 dias a partir da publicação), que ampliou os poderes do juiz na admissibilidade da petição inicial. De acordo com o espírito reformista, há a necessidade de implementar maior celeridade à prestação jurisdicional, razão pela qual permite-se ao magistrado de 1º grau a imediata resolução de mérito, repetindo o teor da sentença exarada anteriormente, desde esteja diante dos seguintes requisitos: a) matéria exclusivamente de direito; b) já houver, no juízo, sentença de improcedência prolatada anteriormente envolvendo o mesmo objeto litigioso. Logo, nos casos de processos repetidos, visando

[1] Acerca do tema *acesso à justiça,* ver a obra clássica de Mauro Cappelleti e Bryant Garth (*Acesso à Justiça.* Porto Alegre : Sérgio Fabris, 1988), além de obra anterior de minha autoria intitulada *Acesso à Justiça e Efetividade do Processo.* Curitiba: Juruá, 2001, e da coordenada por Maria Tereza Sadek. Acesso à Justiça : São Paulo : Fundação Konrad Adenauer, 2001.

alcançar maior celeridade, é possível dispensar a citação e desde logo proferir decisão reproduzindo a anteriormente prolatada.

Mister ressaltar, desde logo, que pretende a nova alteração legislativa alcançar a resolução mais rápida, permitindo seja proferida resolução de mérito sem a citação do réu. Destarte, esse julgamento prematuro apenas pode ser proferido com a improcedência do pedido do autor, já que, se o precedente for em sentido favorável à pretensão apresentada, devem ser atendidos os princípios do contraditório e ampla defesa.

Nas presentes reflexões pretende-se enfrentar alguns aspectos iniciais envolvendo a lei em questão.

II- PROCESSOS REPETIDOS E ATUAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

II.1- A cognição judicial e a coisa julgada. Sentença initio litis produz coisa julgada?

Observando-se esse *novo* poder do magistrado de piso de resolver o mérito de imediato, sem necessidade de determinar a citação do réu, nos faz refletir acerca da seguinte indagação: os pronunciamentos inaudita altera pars são aptos a imunizar-se pela coisa julgada?

As últimas reformas processuais ampliaram a necessidade de repensar o conceito de sentença como pronunciamento judicial, não como aquele que *extingue o processo com julgamento de mérito*, mas o que *resolve o mérito*, inclusive tendo em vista que, em seguida, o feito passará para a *fase de cumprimento*, consoante previsão contida nos arts. 461, 461A e 475-J (este último advindo da Lei 11.232/05).

Ora, sendo assim, nem sempre há a necessidade de complementação da relação jurídica processual para que se possa proferir sentença. Na verdade, é possível a prolatação de sentença liminar nos casos de indeferimento da petição inicial, inclusive com a possibilidade de formação de coisa julgada, como nas hipóteses de prescrição e decadência (art. 295, IV do CPC).

É possível afirmar, inclusive, que a resolução de mérito independe da citação do réu, nos casos envolvendo soluções benéficas ao mesmo. Destarte, resta vedado pelo sistema apenas a resolução de mérito favorável ao autor, sem a citação do réu, sob pena de violação dos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF/88).

A nova alteração legislativa vai mais além, já que acrescenta às hipóteses de sentenças liminares, resolução do *próprio mérito* sem a citação do réu. Será que, ao contrário das demais situações previstas no art. 295 (exceto a do inciso IV), tal sentença liminar possui cognição suficiente para ensejar a formação de coisa julgada?

A indagação é provocante e merece reflexão. Nesse fulgor, é possível em poucas palavras visualizar a cognição[2] em dois planos: a) O plano horizontal (extensão), classificada em parcial ou plena; b) O plano vertical (profundidade)[3], sendo sumária (incompleta) ou exauriente (completa)[4].

Na formação dos procedimentos é possível a combinação das várias concepções de cognição. Geralmente nos procedimentos especiais há combinação desses critérios, observando a necessidade de tutela do direito material discutido. Na ação de desapropriação, nas ações possessórias, nos embargos de terceiro, etc., observa-se a existência de cognição parcial[5] (já que existe limitação quanto as questões que podem ser discutidas) e exauriente, ao passo que nas medidas liminares *inaudita altera pars* a cognição é sumária, até pelo fato de que o exame preliminar é feito normalmente antes da formação da trilogia processual.

Percebe-se, portanto, que a implementação de técnicas de simplificação do procedimento pode significar instrumento hábil à celeridade processual. Não se deve olvidar, outrossim, que a limitação deve ser feita no plano horizontal e não vertical, inclusive com o objetivo de vislumbrar decisões aptas à formação da coisa julgada material.

Destarte, o que importa para a formação ou não da coisa julgada é a apreciação da questão principal em cognição exauriente, mesmo que diante de um procedimento que possui grau de cognição restrita. As tutelas concedidas mediante cognição sumária não são aptas à formação da coisa julgada.

Nesse momento, mister fazer interpretação conjunta entre os arts. 295 e 267 do CPC. O primeiro dispositivo indica as hipóteses de indeferimento da petição inicial, dentre as quais encontra-se a decadência e a prescrição. Em contrapartida, o art.

---

[2] Sobre o estudo da cognição e sua importância no direito processual, ver WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 2ª edição. Campinas/SP : Bookseller, 2000, pp. 112 et seq.

[3] "No plano vertical a cognição significa que o limite para o conhecimento do objeto cognoscível é demarcado pelo momento procedimental nos diferentes tipos de procedimentos, ou seja, de acordo com suas respectivas fases até o encerramento". NUNES, Luiz Antônio. *Cognição judicial nas tutelas de urgência*. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 35.

[4] Acerca da discussão quanto a ocorrência de coisa julgada nas demandas fundadas em cognição sumária e parcial, ver WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da coisa julgada – hipóteses de relativização*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, n. 3, p. 65 *et seq*.

[5] "O legislador, através da técnica da cognição parcial, pode desenhar procedimentos reservando determinadas exceções, que pertencem à situação litigiosa, para outros procedimentos; nos procedimentos de cognição parcial, o juiz fica impedido de conhecer as questões reservadas, ou seja, as questões excluídas pelo legislador para dar conteúdo a outra demanda". MARINONI. Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 5ª edição. São Paulo : Malheiros, 1999, p. 24.

267 menciona no inciso I que o processo é extinto sem julgamento de mérito nos casos de indeferimento da petição inicial.

Ora, a contradição existente no sistema envolve justamente o indeferimento da inicial por força da prescrição e decadência que, em que pese tratar-se de matéria de mérito indireto, o pronunciamento judicial é capaz de imunizar-se pela coisa julgada. A rigor, mérito direito atinge apenas as hipóteses do inciso I do art. 269 do CPC; ou seja, a que acolhe ou rejeita o pedido do autor – aquela que aprecia o *objeto litigioso do processo*, sendo as demais situações nele previstas como mérito indireto[6].

Percebe-se, em que pese a contradição existente entre os arts.267, I e 295, IV, que sempre foi admissível no sistema processual a prolatação de sentenças liminares de mérito (atípico) mesmo antes da citação do réu com aptidão para imunização pela coisa julgada[7].

Logo, a formação da coisa julgada nos pronunciamentos definitivos *inaudita altera pars* será apenas favorável ao réu, quer por força do art. 295, IV quer pelo novo art. 285-A do CPC (este com redação oriunda da Lei 11.277/06).

Realmente, os pronunciamentos judiciais *contrários ao réu* não devem imunizar-se, sob pena de violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, à exemplo do que ocorre nas tutelas de urgência *initio litis*.

II.2) A natureza jurídica do pronunciamento que determina a citação do réu. Sua (ir)recorribilidade e possibilidade de dispensa de sua realização

Outro aspecto a ser levantado, e que corrobora com as conclusões que serão lançadas posteriormente, refere-se à natureza jurídica do pronunciamento que admite a petição inicial e determina a citação do réu.

Antes da citação há processo linear, inclusive sendo admitida a possibilidade de pronunciamentos judiciais provisórios ou mesmo definitivos (*vg. a concessão de tutela antecipada ou mesmo sentença liminar de indeferimento da petição inicial*).

---

[6] Em doutrina, a diferenciação entre o inciso I e os demais do art. 269 é variável. Carlos Silveira Noronha, por exemplo, denomina a sentença do inciso I como sentença de mérito pura e as demais de sentenças de mérito impuras. *Sentença civil – perfil histórico-dogmático*. São Paulo : RT, 1995, p. 281. Já Teresa Arruda Alvim Wambier, em obra que se tornou clássica no direito processual, menciona que "no art. 269, I, está prevista a *sentença*, por excelência, isto é, a sentença de mérito típica". *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 91.

[7] Algo semelhante ocorre no caso de indeferimento liminar do Mandado de Segurança por decadência, situação em que a decisão resta imutável internamente, não impedindo a propositura de demanda com procedimento ordinário. Com maior fôlego, ver meu *Aspectos envolvendo o direito líquido e certo, a decadência e a coisa julgada no mandado de segurança*. Revista Dialética de Direito Processual n. 16. São Paulo : Dialética, 2004.

Por outro lado, ocupa espaço entre os processualistas a discussão quanto a natureza jurídica da citação, se decisão interlocutória ou mero despacho, inclusive para fins de manejo recursal.

Há, como José Carlos Barbosa Moreira[8] e Rita Gianesini[9], doutrina que entende ter caráter decisório a decisão que recebe a petição inicial e determina a citação.

Em que pese tal posicionamento, segue-se o entendimento de que a decisão que recepciona a petição inicial não possui caráter decisório, inclusive porque as matérias que possam gerar a extinção do processo por defeito não estão sujeitas à preclusão[10].

Portanto, mesmo possuindo o réu argumentos para impugnar a decisão que determinou sua citação, alegando, *v.g,* ilegitimidade ou a falta de pressuposto processual, tais objeções não estão sujeitas à preclusão, podendo ser suscitadas em preliminar de contestação.

De outra banda, como já mencionado, não há extrema e absoluta necessidade de citação do réu para a existência de pronunciamentos judiciais em caráter definitivo.

II.3) Novo poder ao juiz – resolução super antecipada do mérito. Os paradigmas processuais.

A alteração advinda da Lei 11.277/2005 tem como fundamento a busca pela celeridade processual, permitindo mais uma hipótese de *sentença liminar*.

Contudo, ao contrário das hipóteses de indeferimento da inicial previstas no art. 295 do CPC, não se trata de qualquer defeito ou circunstância atípica que

---

[8]"Quando o juiz defere a petição inicial (despacho liminar de conteúdo *positivo*), estará, pois, praticando ato que mais se aproxima de uma *decisão interlocutória* que de um despacho de mero expediente. Quando a indefere (despacho liminar de conteúdo *negativo*), quer por defeito de forma ou falta de alguma condição do legítimo exercício da ação, quer por motivo de mérito, se possível (exemplo: decadência, sempre declarável de ofício), ter-se-á verdadeira *sentença*, que põe termo ao processo (art. 162, §1º), no próprio nascedouro". *O novo processo civil brasileiro*. 22ª edição. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 23.

[9] Observa referida autora, ao comentar o *cite-se*: "este pronunciamento judicial positivo tem, sem dúvida alguma, caráter decisório. Não pode ser considerado como mero impulso processual, o juiz não dá pura e simplesmente andamento ao processo. É mais do que isso. Aliás, se fosse negativo o processo seria extinto sem julgamento de mérito. Nestas condições, evidenciado o conteúdo decisório deste pronunciamento judicial, a conclusão só pode ser em um sentido: trata-se de decisão interlocutória". *Da recorribilidade do 'cite-se'.* Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord). Vol. 4. São Paulo : RT, 2001,p. 938

[10] Também no sentido de indicar a falta de caráter decisório ao despacho que determina a citação, ver WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro.* São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 82.

ocasione extinção do processo sem julgamento do mérito ou resolução deste por decadência ou prescrição (mérito indireto).

Pelo contrário, em consonância com a tendência de ampliação dos poderes do juiz[11], a nova alteração processual legitima verdadeira hipótese de *julgamento super antecipado da lide* (*ou resolução super antecipada da lide desfavorável ao autor)*. Utiliza-se a expressão *super antecipado,* tendo em vista que no sistema processual já se admite o julgamento antecipado da lide (ou resolução antecipada do mérito) nos casos previstos no art. 330 do CPC, precedido da citação.

Realmente, com esta etapa da reforma, é permitido ao magistrado de 1º grau sequer determinar a citação do réu, resolvendo o *mérito* liminarmente desde que atendidos os seguintes requisitos: a) matéria exclusivamente de direito; b) existência no juízo de sentença de total improcedência envolvendo o mesmo objeto tratado no processo repetido.

Cada um dos requisitos deve ser analisado isoladamente, para uma completa interpretação do dispositivo.

a) **A interpretação da expressão *matéria exclusivamente de direito***

A expressão *matéria exclusivamente de direito* não é nova no CPC, estando presente também em outras situações como : i) julgamento antecipado da lide (art. 330, I); b) julgamento do mérito pelo Tribunal em caso de recurso de apelação interposto contra sentença processual (art. 515, §3º). Nas duas situações, há tendência em se admitir que o julgamento também pode ser feito caso haja matéria de fato já provada[12].

---

[11] O tema *ampliação dos poderes do magistrado* encontra sustentação tanto em 1º quanto em 2º graus, como se observa na efetivação das tutelas específicas (arts. 461, 461ª do CPC) ou mesmo no julgamento monocrático dos recursos (art. 527, I e/ou 557 do CPC). Aliás, sobre esse tema ver meu *Efetivação, execução e cumprimento das decisões judiciais – os poderes do juiz diante das novas reformas do CPC*. Revista Dialética de Direito Processual n. 28. São Paulo: Dialética, 2005.

[12] Destarte, no art, 330, I, há a hipótese de julgamento antecipado da lide quando a matéria envolve fato, mas sendo dispensável a produção de prova em audiência. Já no caso do recurso de apelação interposto contra sentença processual, o tribunal pode desde logo julgar a lide mesmo se envolver matéria fática, desde que esta já esteja provada. Destarte, em trabalho específico foram apresentados comentários acerca da conjunção "e" prevista no §3° do art. 515 do CPC, onde se apresentou indagação e em seguida a própria resposta a um aspecto interessante desse novo dispositivo legal: "por que não foram substituídas as duas expressões em uma só: *demanda em condições de imediato julgamento?* Nesta expressão, estariam previstas tanto as hipóteses de matérias de direito quanto os casos de processos maduros, mesmo envolvendo matérias de fato, já que seria desnecessário o retorno à primeira instância para julgamento do mérito". *Algumas reflexões envolvendo o art. 515 §3º do CPC – Julgamento do mérito, pelo Tribunal, nos casos de sentença processual impugnada através de apelação*. Revista Dialética de Dialética de Direito Processual n. 08. São Paulo : Dialética, 2003 p. 78. Também Cândido Dinamarco comentou acerca da correta interpretação a ser dada diante das expressões "questão exclusivamente de direito" e "estiver em condições de imediato julgamento". Segundo o renomado professor, "processo *em condições de imediato julgamento,* segundo as palavras da nova lei, equivale a processo já suficientemente instruído para o julgamento de mérito. Não foi feliz o legislador, ao dar a impressão de formular mais uma exigência para a aplicação do novo parágrafo, qual seja a de que a *causa versar questão exclusivamente de direito*. Se imposta sem atenção ao sistema do Código de Processo Civil,

Assim, seguindo essa tendência de *amadurecimento precoce do mérito*, também no caso do novo art. 285-A há que se ampliar a interpretação, para que a *resolução imediata e liminar do mérito* seja efetivada nos casos em que exista matéria fática já provada pelo autor (vg. prova documental).

Destarte, se a intenção do legislador foi implementar maior celeridade aos casos de processos repetidos, não há razões para se restringir a interpretação, principalmente considerando os casos em que *a matéria fática* já esteja madura no momento da propositura nova demanda.

E não é só. O autor, se interpuser o recurso de apelação previsto no art. 285-A §1º, não poderá alegar cerceamento de defesa com a rejeição precoce de sua pretensão, já que a matéria fática estará devidamente provada, inclusive atendendo a previsão contida no art. 283 do CPC. *In casu*, o móvel do recurso será a alegação de incabimento do *julgamento super antecipado da lide* contrário aos seus interesses, quem sabe discutindo que o precedente é não é absolutamente idêntico.

b) **O precedente vinculante aliado à súmula vinculante e impeditiva de recurso. Algumas indagações**

O dispositivo legal alterado caminha no mesmo sentido das reformas advindas da EC 45 e da Lei 11.276/2006, esta sancionada na mesma data da legislação ora comentada.

Com efeito, como já se teve oportunidade de comentar em trabalho específico, visando alcançar maior celeridade processual e superar entraves à duração razoável do processo, a EC 45 implantou força vinculante às súmulas do STF envolvendo matéria constitucional e atendidos os requisitos nela previstos[13], inclusive consagrando nova hipótese de reclamação, *ex vi* art. 103 A e §3º da CF/88.[14]

---

essa aparente restrição poderia comprometer a utilidade da inovação, ao impedir o julgamento pelo tribunal quando houvesse questões de fato no processo mas estivessem elas já suficientemente dirimidas pela prova produzida. É o que se dá a) quando todo o procedimento legal já houver sido percorrido perante o juízo de primeiro grau, proferindo o juiz uma sentença terminativa em audiência ou depois dela; b) quando, proferida essa sentença na oportunidade do art. 329 do Código de Processo Civil, estivessem presentes os pressupostos para o *julgamento antecipado do mérito,* segundo um dos incisos do art. 330 deste. Se o réu for revel e ocorrer o efeito da revelia, provavelmente o juiz teria julgado o *meritum causae* no momento em que proferiu a sentença terminativa, não fora seu entendimento de que o mérito não poderia ser julgado (art. 319, c/c art. 330, inc. II)" *A Reforma da Reforma.* 5ª edição, São Paulo : Malheiros, 2003, pp. 155 e 156.

[13] Visando análise específica, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Reflexões envolvendo a implantação da súmula vinculante decorrente da emenda constitucional n. 45.* Revista Dialética de Direito Processual n. 26, São Paulo : Dialética, 2005.

[14] Sobre o assunto, ver ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Reflexões que envolvem a nova hipótese de reclamação junto ao STF advinda da EC n° 45***.** Repertório de Jurisprudência IOB. Volume III. N. 8, 2ª quinzena de abril, 2005.

Dialética 2/9/03 11:32
Deleted:

Dialética 2/9/03 11:35
Deleted:

Dialética 2/9/03 11:36
Deleted: .

Ocorre que, além da súmula vinculante, as alterações processuais advindas da Lei 11.276/06 ampliaram o conceito de *vinculação,* com a previsão expressa da *súmula impeditiva de recurso*[15].

Destarte, analisando a nova redação dada ao art. 518, §1º do CPC, o juiz de 1º grau sequer receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do STF ou STJ.

O quadro atual é o seguinte: a) previsão de efeito vinculante às súmulas do STF envolvendo matéria constitucional e atendidas as diretrizes estabelecidas pela EC 45; b) quando em 1º grau a decisão acompanhar súmula do STF ou STJ, sequer será recebido o recurso de apelação, em decorrência do novo art. 518, §1º do CPC.

Além disso, a lei 11.277/06 ampliou o conceito de vinculação, desta feita envolvendo o *precedente do próprio juízo*.

Como se mencionou em ensaio específico, com a *vinculação* há o risco de engessamento do precedente e de se afetar o processo de criação e interpretação[16].

De fato, especificamente no caso tratado nos presentes comentários, o precedente interno (do próprio juízo) vinculante utilizado para *resolver liminarmente o mérito contrário ao autor sem a citação do réu*, merece muito cuidado na sua aplicação, sob pena de, mesmo com a intenção de aprimorar a prestação jurisdicional, poder gerar razões para adiamento do encerramento da litispendência.

Com efeito, há que se indagar: se o precedente for reformado pelo tribunal, poderá o juizo de 1º grau continuar aplicando-o como critério para decidir liminarmente os processos repetidos? E quando houver decisões contraditórias entre diversos juízos envolvendo a mesma matéria? Em casos de pedidos cumulados, se o precedente envolver apenas um deles, é possível a *descumulação*, com sua imediata resolução?

O novo dispositivo legal - repita-se - caminhou no sentido das reformas anteriores, evitando a incidência de recursos contra matérias já pacificadas. Contudo, a alteração legislativa não enfrentou as indagações apontadas.

---

[15] No CPC antes mesmo deste diploma legislativo, já havia possibilidade de aplicação do *impedimento recursal*, como se pode observar pelos arts. 527, I e 557, atribuindo poderes monocráticos aos relatores de recursos de decidi-los com base em jurisprudência dominante dos tribunais.

[16] "Talvez esse processo de criação e interpretação poderá restar comprometido nos casos envolvendo a súmula com caráter vinculante, já que deverá o magistrado de piso ficar necessariamente instado a acompanhar o precedente, em detrimento de sua liberdade no processo de interpretação e integração". ARAÚJO, José Henrique Mouta.. *Reflexões envolvendo a implantação da súmula vinculante decorrente da emenda constitucional n. 45*. Cit. p. 72.

Quanto ao fato de ter sido reformado o precedente, uma interpretação sistemática da nova disposição legal caminha no sentido de permitir a continuidade de sua utilização para processos repetidos pelo menos até a revisão da interpretação, a ser feita pelo próprio magistrado. A uma, porque a redação do art. 285-A nada menciona em sentido contrário. A duas, tendo em vista que a intenção do legislador foi evitar *dilação indevida* em 1º grau. A três, levando em conta que a interpretação do magistrado de piso pode permanecer inalterada, mesmo ocorrendo a reforma do precedente. A quatro, já que o efeito substitutivo previsto no art. 512 do CPC, é vinculado ao processo em que foi reformada a decisão. Logo, a sentença será substituída pelo julgamento proferido pelo tribunal, especificamente naquele caso concreto, não impedindo a utilização do precedente de 1º grau para processos repetidos. Por último, ocorrendo a reforma do julgado monocrático, por vezes o magistrado que proferiu a primeira decisão sequer toma conhecimento para, com isso, quem sabe rever seu posicionamento[17].

Raciocínio em sentido contrário levaria a uma nova *regra processual*: a necessidade de comunicação imediata, sempre e sempre, ao *juízo a quo* nos casos de reforma de sua decisão. Esta regra seria perigosa, já que por certo iria ser desatendida em alguns casos ou no mínimo a comunicação chegaria passado algum tempo, gerando argumentos ligados a ocorrência de nulidades se acaso aplicados os precedentes reformados pelos tribunais.

Ora, se há precedente contrário ao interesse do demandante, por certo o processo repetido tomará o mesmo caminho, independente da sua reforma advinda do julgamento da apelação. Isso apenas não irá ocorrer se o processo de *argumentação e criação* levar a retificação do posicionamento pelo juízo de 1º grau.

Realmente, o *poderá* previsto no art. 285-A leva a crer que não há obrigatoriedade de aplicação do precedente, dependendo do processo argumentativo do magistrado.

De outra banda, a alteração legislativa poderá causar sério risco de má-fé do demandante. A chamada 'ação borboleta'[18] pode ter mais um local para ser discutida.

---

[17] Isso sem falar nos casos em que a ciência da reforma ocorre meses ou até anos após a prolatação da sentença reforma, período em que poderá o magistrado ainda utilizá-la como critério para fixação do raciocínio para processos repetidos.

[18] Necessário ressaltar que a reforma processual advinda da Lei 10.358/01 procurou enfrentar e obstar a denominada ação borboleta, ou a *escolha de juiz*, especificamente nos casos envolvendo ações desistidas e reiteradas, consoante previsão do art. 253, II, do CPC. Aliás, comentando a alteração em questão, observa Fredie Didier Júnior que "este dispositivo tem motivação na praxe forense denominada ação borboleta: mo advogado, sabedor do posicionamento deste ou daquele juiz, no que concerne à concessão de medidas liminares, após a distribuição do feito, opta por desistir da causa, se o juiz originário for adepto de posições que não agradem a seu cliente. Com isso, ao demandar de novo, após a extinção da primeira causa, proceder-se-ia a nova distribuição, com possibilidade de sorteio do juiz desejado". DIDIER JR, Fredie, JORGE, Flávio Cheim e RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A nova reforma processuai*. 2ª edição. São Paulo : Saraiva, 2003, p.37.

Destarte, quem sabe a prática forense irá demonstrar a existência de eventuais artifícios de demandantes no sentido de evitar a distribuição dos seus feitos aos juízos com precedentes internos contrários às suas pretensões.

Tal preocupação ganha maior força quando se observa que a previsão legal é clara: *precedente no juízo* (aqui denominado de precedente interno). Assim, se o precedente for em *outro juízo*, é inaplicável o dispositivo, pelo que há sério risco do demandante evitar ao máximo a distribuição do seu feito para o *juízo do precedente*.

Não se está com isso impedido que ocorra resolução de mérito sem a citação do réu, como ocorre nos casos de prescrição e decadência (art. 295, IV do CPC), mas sim a utilização de precedente externo (advindo de outro juízo ou, quem sabe, de tribunal) para resolução do processo repetido.

De outro prisma, em que pese inexistir previsão legal nesse sentido, defende-se que se houver pedidos cumulados com possibilidade de descumulação (*v.g,* como ocorre na cumulação simples), não há impedimento para a resolução de mérito contrária ao interesse do demandante em relação a apenas um deles, prosseguindo o feito para posterior apreciação e julgamento do pedido remanescente.

Aliás, a descumulação de pedidos tem cabimento em outras situações. Destarte, há possibilidade de sua ocorrência nos casos envolvendo incompetência absoluta do juízo em relação a um dos pedidos cumulados, situação que afronta o art. 292, CPC, ou existindo decadência em relação a um deles, decretada *initio litis*.

No caso específico da incompetência absoluta, atendendo aos princípios da economia, efetividade e duração razoável do processo, verifica-se a possibilidade de aproveitamento do pedido que reflete a competência absoluta e extinção *parcial* do processo envolvendo o capítulo em que há incompetência, sendo exceção à previsão contida no art. 113, §2º, da legislação processual.

Por analogia, também se defende a possibilidade de *descumulação* nos casos envolvendo o art. 285-A do CPC. Portanto, havendo precedente envolvendo apenas um dos pedidos cumulados, é possível *a resolução parcial do mérito* de forma desfavorável ao autor, mediante decisão interlocutória definitiva, prosseguindo o feito apenas para análise do pedido sem precedente contrário no juízo[19].

---

[19] Nesse caso, em que pese a previsão contida no §1º do art. 285-A, não será hipótese de apelação e sim de agravo, mesmo porque o réu será citado e o procedimento seguirá sua tramitação, apenas sendo limitado o *objeto litigioso*. Por outro lado, se não for interposto recurso, a resolução interlocutória parcial será apta à formação de coisa julgada limitada ao que foi decidido.

II.4- Alguns aspectos procedimentais. Diversidade em relação ao indeferimento da inicial do art. 295 do CPC

a) Dupla exceção – ao art. 463 e ao art. 296 do CPC

A alteração enfrentada prevê a possibilidade de retratação em prazo diverso do até então existente na legislação processual.

Cumpre esclarecer, nesse prisma, que as novas disposições permitem *a resolução liminar do mérito contrário ao pedido do autor*, mediante sentença *initio litis*. Logo, trata-se de resolução de mérito enquadrável no art. 269, I do CPC.

Ademais,, aliando-se às hipóteses de indeferimento da petição inicial previstas no art. 295 do CPC, é admissível o juízo de retratação, com clara exceção ao art. 463 do mesmo diploma legal.

Deve-se ressaltar, outrossim, que o novo dispositivo legal é próximo, mas não *idêntico* aos previstos no art. 295. Ora, se neste dispositivo constam as hipóteses de indeferimento da petição inicial (extinção sem julgamento de mérito ou resolução do mérito diante da prescrição ou decadência), o art. 285-A trata de hipótese de resolução definitiva do mérito direto de forma contrária ao autor, *ex vi* art. 269, I do CPC.

Ademais, se ambas são *sentenças inaudita altera pars* e permitem o juízo de retratação, o novo dispositivo legal amplia o prazo para manifestação judicial para cinco dias, distanciando-se das 48 horas previstas no art. 296 do CPC.

Portanto, o novo dispositivo legal consagra duas exceções: a) permite ao juiz inovar no feito para exercer o juízo de retratação (não se aplicando o art. 463 do CPC); b) o prazo de cinco dias para essa retratação, ao contrário das hipóteses dos arts. 295 e 296 do CPC.

b) Novo objetivo da citação – exceção aos arts. 213 e seguintes e dos dispositivos ligados ao prazo de defesa do réu. Conseqüências em caso de reforma do julgamento super antecipado da lide

Talvez o mais interessante, e que pode causar certa divergência de posicionamento, é a observação das exceções advindas da interpretação sistemática do novo art. 285-A.

Com efeito, além das situações apontadas no item anterior, o dispositivo oriundo da Lei 11.277/06, também nos faz levar à reflexão outros aspectos importantes como o conteúdo e o objetivo da citação e a necessidade de repensar a noção de procedimento *linear* (antes prevista para o processamento e julgamento do

recurso de apelação eventualmente interposto contra as decisões constantes no art. 295 do CPC).

Realmente, pelo art. 213 do CPC "*citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender*". Ora, recurso não é defesa.

Conseqüente, havendo *resolução super antecipada do mérito contrária ao autor* aliado à interposição de recurso de apelação, deve o réu ser citado, não para apresentar *defesa*, mas para responder ao recurso, *ex vi* art. 285-A, §2º, se acaso não ocorrer a retratação da decisão, também expressamente prevista.

Ora, com o novo dispositivo legal, ao lado da resolução *super antecipada do mérito,* haverá a necessidade de se repensar o conceito e a própria natureza jurídica da citação, tendo em vista que tal pronunciamento ocorrerá com o intuito de dar ciência ao réu para que possa responder ao recurso; sujeitando-o aos efeitos da preclusão (sem que se possa falar em revelia), já que não foi citado para responder.

E qual será o instrumento a ser utilizado para provocar réu a apresentar defesa em caso de reforma pelo tribunal da sentença que *resolveu o mérito contrário ao autor*?

A resposta é relativamente simples e já conta com precedente no sistema. Realmente, o art. 214, §2º prevê, em hipótese de acolhimento de petição requerendo a nulidade de citação, seja o réu intimado, *na pessoa de seu advogado*, para responder considerando feita a citação no momento em que o causídico tomar ciência do acolhimento do pedido de nulidade.

Não há, e isso é importante para a conclusão posterior, necessidade de poderes especiais para receber a intimação, estando incluídos na cláusula *ad juditia*.

Nos casos advindos da interpretação do novo art. 285-A entende-se que o raciocínio não deve fugir daquele previsto no art. 214. Ora, a citação para responder ao recurso é pessoal e, independentemente de comparecimento do demandado, o recurso será remetido para apreciação pelo tribunal[20].

Por outro lado, caso seja acolhida a pretensão recursal do autor, retornando o feito ao 1º grau para efetivação da intimação do réu (pessoalmente- se não

[20] Nada impede que haja, na apreciação da inicial e da posterior apelação, a interpretação conjunta das Leis 11.276 e 11.277/2006. Há a possibilidade do juízo de piso aplicar desde logo o art. 285-A, com a conseqüente resolução do mérito improcedente, baseado em precedente do próprio juízo e de súmula que tutela a matéria discutida. Assim, se houver recurso de apelação, é possível também a aplicação do art. 518§1º, com a conseqüente negativa de seguimento do recurso. Nesse caso, não sendo recebida a apelação, sequer será necessária a citação do réu para responder ao recurso, consoante previsão contida no §2º do art. 285, mas sim sua intimação para contraminutar o eventual agravo de instrumento visando destrancar a subida do recurso de apelação.

respondeu ao mandado anterior ou através de seu advogado – se este constar nos autos), para apresentar resposta.

Deve-se deixar claro que, *in casu*, não será possível a dispensa de intimação pessoal e mesmo a aplicação dos efeitos da revelia previstos nos arts. 329 e 322 do CPC, já que a citação anterior *não foi para responder e sequer constou qualquer advertência inerente ao art. 285 do CPC, mas sim apenas para contraminutar o recurso*.

Aliás, a alternativa utilizada pelo legislador afastou-se dos casos de indeferimento da inicial previstos no art. 295 do CPC, inclusive nas hipóteses de resolução de mérito por força da prescrição e decadência, já que nestes o recurso de apelação é *linear*, sendo dispensada a citação (ou mesmo intimação) do réu para contraminutar o apelo, o que não impede o seu comparecimento espontâneo (*ex vi* art. 214, §1º, do CPC)[21].

Outras importantes indagações que podem advir do julgamento do tribunal são as seguintes: se o tribunal reformar a resolução de mérito definitivo proferida pelo juízo *a quo*, no retorno dos autos e com o seu *amadurecimento,* poderá o magistrado de piso aplicar a mesma solução do paradigma ao processo repetido? A resposta deve ser afirmativa.

Não se deve esquecer que ao apelante há o ônus de limitar o *objeto cognitivo do recurso,* nos termos dos arts. 514 e 515 do CPC. Ora, no processo repetido objeto da *resolução super antecipada do mérito*, o móvel do recurso é um só: demonstrar a inexistência de identidade com o precedente.

Este é o *objeto cognitivo do recurso*, sendo vedado ao tribunal ultrapassar este limite, sob pena de violação aos dispositivos apontados, além dos arts. 128 e 460 do CPC (também aplicáveis em nível recursal). Assim, é óbvio que mesmo ocorrendo reforma da decisão de 1º grau, é lícito ao magistrado julgar a lide de acordo com sua interpretação e seu poder criador, podendo inclusive chegar a mesma conclusão firmada no precedente.

Destarte, é mister ratificar o que já foi apontado anteriormente (especificamente no caso da reforma do precedente pelo tribunal e a possibilidade de sua utilização em

---

[21] Como bem destacam os Professores Nelson Ney Júnior e Rosa Maria de Andrade Ney na interpretação do art. 296 do CPC, "na redação anterior, havendo apelação da sentença de indeferimento da inicial, deveria ser citado o réu para, querendo, contra-arrazoar o recurso. Havia desperdício de tempo que onerava sobremaneira o réu, que tinha que ser representado por advogado em processo existente apenas entre o autor e o juiz, não lhe dizendo respeito. Pelo novo sistema o réu não mais incomodado para responder a recurso *inter alios*, prosseguindo o processo, na fase recursal, apenas de forma angular (autor-juiz). Somente no caso de o recurso de apelação ser provido é que se procederá à citação do réu. Este, quando citado, terá direito à ampla defesa (CF, art. 5º, LV), podendo, inclusive, alegar a mesma matéria que teria sido a causa do indeferimento da inicial, mesmo depois de o tribunal a haver rejeitado, quando do provimento do apelo. A decisão do tribunal vincula o autor mas não atinge o réu, que ainda não fazia parte do processo". *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. São Paulo Revista dos Tribunais, 2002, p. 650 – nota 6 – art. 296.

casos sucessivos), já que o *poder criador do juiz* não corre o risco de ser literalmente engessado em decorrência da decisão do tribunal que reconhecer a inexistência de identidade entre as causas. De fato, a decisão do tribunal, ao afastar a identidade entre os processos, não interfere na interpretação a ser dada ao caso concreto, mesmo que o raciocínio caminhe na mesma direção do paradigma e culmine com a (mais uma vez) improcedência do pedido do autor.

Com estas observações, é possível concluir afirmando que a alteração advinda da Lei 11.277/06 aliada àquelas que já foram implementadas no sistema processual caminha no sentido de aprimoramento da prestação jurisdicional, atribuindo maiores poderes ao magistrado de 1º grau para solucionar os processos repetidos de forma mais célere, eficaz e justa. Apenas o tempo e o amadurecimento dessas reformas é que irá comprovar o real alcance da intenção reformista.