

AS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS E OS PODERES DO RELATOR: EVIDÊNCIAS DA INSTRUMENTALIDADE NO REGIME RECURSAL DO CPC 2015

Anderson de Azevedo⁴

RESUMO

O presente estudo busca identificar a existência de cláusulas gerais nos dispositivos legais do Código de Processo de 2015, estabelecendo uma relação entre a regra de direito (conforme sua descrição normativa) e a instrumentalidade processual, à luz de um paradigma principiológico específico contido no Novo CPC. Para tanto, analisou-se as mudanças que a recente legislação trouxe no âmbito dos poderes do Juiz Relator quando da apreciação, ainda em sede monocrática, do recurso de apelação, consolidando a noção de efetivação de direitos, como forma de suprir o desgaste da atuação do tempo no processo.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusulas Gerais. Apelação. Instrumentalidade.

ABSTRACT

The present study seeks to identify the existence of general clauses in the legal provisions of the 2015 process code, establishing a relationship between the rule of law (according to its normative description) and procedural instrumentality, under a specific paradigm contained in the new code. In this sense, were analyzed the changes that the recent legislation brought to the second grade judge, still in a monocratic seat the appeal, consolidating the notion of effectiveness of rights, as a way to overcome the wear and tear of the action of the time in the process.

KEYWORDS: General Clauses. Apell. Instrumentality.

SUMÁRIO

1 PROCESSO CIVIL E HERMENÊUTICA JURÍDICA. 2 DAS CLÁUSULAS GERAIS E DOS CONCEITOS INDETERMINADOS. 3 DAS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO. 4 DOS PODERES DO RELATOR NA APELAÇÃO E DA INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

25

1 PROCESSO CIVIL E HERMENÊUTICA JURÍDICA

Em um momento de amplas reformas legislativas no Brasil, em que se privilegia a instrumentalização dos órgãos jurisdicionais para a resolução dos conflitos, a proposição de novos mecanismos para aumentar a efetividade da normatização é indispensável. Essa postura inovadora amolda-se à dinâmica econômica e social, globalizada e urgente, e se estrutura sob as premissas das sociedades de massa de um mundo incessantemente em mutação.

A hermenêutica jurídica tem um papel fundamental nesse contexto político-jurídico, porquanto por intermédio da implementação de técnicas de interpretação da ordem jurídica positiva se desenham novos contornos para aplicação do direito com efetividade e valor social.

Evidentemente, não há efetividade ou dinamismo processual globalizado que justifique a ofensa a direitos e garantias fundamentais. Dizer da possibilidade de promover

⁴ O autor é doutorando em Processo Civil na Universidade de São Paulo (USP), docente em cursos de graduação e de pós graduação em Londrina-PR, advogado militante em Londrina-PR.



a solução de querelas de maneira rápida e eficiente não significa desconsiderar as premissas fundamentais garantistas conquistadas e esculpadas em textos constitucionais após séculos de luta⁵. A adequação ou internalização de uma nova ordem jurídica de caráter globalizado deve respeitar, em qualquer tempo, em qualquer lugar, os direitos e garantias fundamentais tutelados pela ordem jurídica instituída pelo Estado Constitucional Democrático de Direito.

Essa inter-relação da hermenêutica jurídica e do direito processual civil é essencial quando se trata de analisar a efetividade e a adequação das propostas instrumentais e das técnicas adotadas pelo novo Código de Processo Civil⁶. Nas últimas décadas verificam-se marcas de uma mudança da atividade jurisdicional no sentido de dotar o magistrado de maior capacidade de efetivação de direitos materiais, substantivamente positivados. Segundo Didier (2010):

Uma dessas marcas é a transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional: a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes.

De fato, a dinâmica histórica da jurisdição construída a partir da experiência política e econômica humana e de suas inquietações para a promoção da solução de seus próprios conflitos revela, como visto, a constante busca pela adequação dos instrumentos de composição de lides às contingências históricas, econômicas e políticas⁷. Tal movimento

26

5 Paulo Eduardo Alves da Silva, em texto intitulado *As normas fundamentais do novo Código de Processo Civil (ou as Doze Tábuas do Processo Civil Brasileiro?)*, registra que (2015, p. 296): “Diferentemente dos códigos anteriores, o novo Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 2015, sistematiza logo de início e de forma concentrada, os princípios (ou regras) considerados fundantes do modelo de justiça e de processo civil brasileiro. Há, naturalmente, outros princípios de direito processual por todo o teto da lei – em espécies tanto mais diversas quanto o nosso ímpeto doutrinário de batizar novos princípios. Mas, não à toa, os doze primeiros artigos concentraram o que foi denominado de “normas fundamentais”. A opção do legislador pela seleção concentração de alguns princípios, e não de outros, é um dado que não pode passar despercebido pelo intérprete e operador do novo Código.”

6 Nas palavras de Fredie Didier (2010): “A metodologia jurídica transformou-se sensivelmente a partir da segunda metade do século XX. Embora não seja este o local adequado para fazer uma resenha deste processo histórico, não se pode deixar de afirmar uma quase obviedade: o Direito processual civil não é imune a toda essa transformação. A compreensão e a aplicação do Direito processual não podem prescindir desta nova metodologia. É preciso fazer um *aggiornamento* do repertório teórico do operador do Direito; apontar as principais marcas do pensamento jurídico contemporâneo e examinar de que modo elas vêm interferindo no Direito processual civil e na Teoria do Processo.”

7 Cappelletti e Garth (1988, pp. 12 e 13) dão sustentação para essa afirmação quando afirmam que: “O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma-se ocultar-se o modelo freqüentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que freqüência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios. Eles precisam, conseqüentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e ademais, aprender através de



foi muito perceptível no sistema processual brasileiro, especialmente no regime recursal que, nas palavras de Ovídio Baptista, é a expressão da confiança no magistrado que decidirá e a esperança depositada nos escalões da hierarquia burocrática judicial.

No Brasil, o processo de democratização (com a formação de um Estado Democrático de Direito, constitucionalmente estruturado ⁸) instituiu um conjunto de princípios fundamentais de promoção de acesso à justiça que potencializou consideravelmente os conflitos judiciais nas cortes em todo o país e que passou ao Poder Judiciário a missão de promoção de justiça social. Contudo, a inexistência de uma estrutura jurisdicional suficiente e eficiente, capaz absorver essa demanda, desencadeou uma profunda crise, especialmente nas instâncias recursais que acabaram recepcionando esse enorme contingenciamento de processos. Ovídio Batista, antes do advento do novo Código, registrou (p. 253):

A revisão do sistema recursal, a nosso ver, tornou-se inadiável, como pressuposto para a superação da crise do processo civil. A revisão deve abranger tanto as instâncias ordinárias quanto os tribunais de direito escrito, porquanto, em que pese certas opiniões que medram na jurisprudência, também as Cortes Supremas laboram sob os mesmos princípios, nada havendo que distinga a hermenêutica constitucional daquela exigida para a compreensão de uma norma infraconstitucional.

Em que pese os esforços dos organismos estatais, as estruturas dos órgãos judiciários não foram capazes de suportar, com eficiência e qualidade, o abrupto crescimento da busca pela solução jurisdicional dos conflitos sociais, fruto do processo de transformação política, econômica, social e cultural que se vivenciou nessas últimas décadas.

Em síntese, os mecanismos e instrumentos para a solução de conflitos propostos pelo Código de Processo Civil de 1973, de fato, não foram suficientes para resolver a questão do acesso à justiça prometido pelo conjunto principiológico constitucional. Daí a necessidade de reforma do CPC, dentre outras justificativas, e nesse passo, aproveitando-se o ensejo, adotou-se importante técnica legislativa, qual seja a introdução das cláusulas gerais processuais que, nas palavras de Didier (2010), exige do órgão jurisdicional um papel mais criativo do direito.

27

2 DAS CLÁUSULAS GERAIS E DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

O conceito de cláusula geral é originário da doutrina privatista dos contratos ou da hermenêutica dos negócios jurídicos contratuais. A técnica acabou se expandindo para o direito público, especialmente no âmbito do direito administrativo. Nas palavras de Ferrero (2014, p. 763):

outras culturas. O “acesso” não apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.”

8 “É necessário frisar que, no Estado de Direito Democrático, instituído no Brasil pela Constituição Federal de 1988, alarga-se o papel do Poder Judiciário em relação ao que estava restrito durante os anos da ditadura institucionalizada (1964-1985). Este é chamado a garantir o Estado Constitucional e Democrático. Tal *mínus* tem por base a *aplicação* da Constituição e das leis infraconstitucionais a situações concretas, vivenciadas no cotidiano das *pessoas* físicas e jurídicas. Para aplica-las, repita-se mister se faz *interpretá-las*. E tal interpretação para chegar ao sentido mais adequado e correto no contexto de *uma atividade sociedade democrática em construção* pressupõe no intérprete a compreensão a respeito dos valores e objetivos fundamentais, conectados aos ideais democráticos”. É o magistério de Sérgio Alves Gomes (2001, p. 58)



Il dibattito intorno ai concetti giuridici indeterminati affonda le radici nella dottrina germânica dell'Ottocento, che si è mostrata particolarmente sensibile allo studio del controverso rapporto tra legge e riserva amministrativa, in considerazione, soprattutto, dell'accentuata divergenza di interessi di cui erano portatori, a quel tempo, il potere legislativo e quello esecutivo. Si tratta senz'altro di un assetto a geometria variabile, alla cui instabilità ha peraltro contribuito la dottrina di quell'epoca, che è oscillata tra due orientamenti contrapposti: da un lato, accentuando il carattere originário del potere amministrativo; dall'altro, riducendo l'attività amministrativa a mera attuazione delle disposizioni di legge.

Com efeito, a adoção da cláusula geral como uma técnica legislativa está associada, diretamente, com a necessidade de superação do modelo oitocentista e novecentista legislativo que buscavam a clareza, uniformidade, precisão e exaustão das situações jurídicas reguladas como forma de colmatar as lacunas do sistema jurídico.

As cláusulas gerais, por outra via, permitem com vagueza semântica dos dispositivos legais a ampliação da possibilidade de sentidos das expressões que integram o composto normativo, e por consequência, a viabilidade da norma abranger um maior número de situações (fatos) que pretende regular. O efeito de sentido que as expressões semânticas concedem aos dispositivos legais é a sua abertura pela inserção de arquétipos exemplares de comportamentos, outorgando ao intérprete maior liberdade no momento de aplicação da norma ao caso concreto.

A adoção da técnica da cláusula geral nos sistemas normativos iniciou-se na segunda metade do século passado⁹, contrapondo-se ao modelo lógico-formal casuístico¹⁰, que limita o espaço de interpretação do hermenauta, a partir de descrições específicas e fechadas, próprio da perspectiva positivista, tendo como consequência o reducionismo da atuação judicial, à *boca da lei*.

Essa forma de regulação está baseada na premissa de que o legislador determina, por meio de uma concreção específica e rígida delimitação, o *fattispecie* ou os critérios para o intérprete compreender as qualificações dos fatos jurídicos que a norma pretende impor. O que ocorre, de fato, nesse modelo legislativo é “uma espécie de pré-figuração, pelo legislador, do comportamento marcante ou típico, pré-figuração a ser levada em conta pelo intérprete, uma vez que o elaborador da lei optou por descrever a factualidade” (MARTINS-COSTA, 1998, p. 8).

A perspectiva reducionista do método casuístico inviabiliza o poder criativo

9 Segundo Martins-Costa (1998, p. 7): “As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei “clara, uniforme e precisa”, como na célebre dicção voltaireana –, foi radicalmente transformado, por forma a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados. Tem-se hoje não mais a lei como *kanon* abstrato e geral de certas ações, mas como resposta a específicos e determinados problemas da vida cotidiana. Por essa razão, nossa época viu irromperem, na linguagem legislativa, indicações de programas e de resultados desejáveis para o bem comum e a utilidade social (o que tem sido chamado de diretivas ou “normas-objetivo”), permeando-a também terminologias científicas, econômicas e sociais que, estranhas ao modo tradicional de legislar, são, contudo, adequadas ao tratamento dos problemas da idade contemporânea.”

10 Didier (2010) ensina que: “A cláusula geral é uma técnica legislativa que vem sendo cada vez mais utilizada, exatamente porque permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não expressamente protegidos legislativamente, a *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não-previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não-advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, *viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo*.”

do magistrado. As restrições hermenêuticas impostas pelos modelos casuísticos legislativos de situações jurídicas pré-definidas impõem ao intérprete a limitação de seu atuar e de seu comportamento, como uma espécie de controle preventivo. O resultado é um sistema legal mais seguro, mas com menor capacidade de adaptação às constantes transformações que a sociedade impõe sobre o direito.

Com a inserção de cláusulas gerais o sistema legislativo tem aptidão para recepcionar e operacionalizar valores que servem de fundamento para o próprio sistema em situações específicas, tornando efetivas regras fundamentais do regime jurídico a que a norma dotada de cláusulas gerais pertence¹¹.

O núcleo da cláusula geral é o conceito jurídico indeterminado, que segundo Eduardo Ferrero (2014, p. 760);

I concetti dal contenuto altamente vago ed indeterminato rappresentano invero una particolare tecnica legislativa, per mezzo della quale la norma – al fine di individuare il fatto produttivo di effetti giuridici – non descrive la fattispecie in maniera tassativa ed esauritiva, bensì rinvia – per la sussunzione del fatto nell'ipotesi normativa – ad un'attività di integrazione da parte dell'interprete, il quale applicherà regole non giuridiche (l'economia, l'arte, la storia, etc...). In questo modo, i concetti giuridici indeterminati assolvono una funzione preziosa, che consiste nel conferire elasticità e dinamicità all'ordinamento, nel senso che mantengono una sua attualità pur nel trascorrere del tempo.

A indeterminação conceitual possibilita, com efeito, que a norma possa ser aplicável por um período de tempo mais duradouro, porquanto permite que novas situações, não imaginadas ao tempo de sua formação originária, possam ser incluídas no âmbito do sentido normativo, desde que conformadas semanticamente aos conceitos flexíveis de suas expressões, o que confere, segundo o autor mencionado, mais elasticidade e dinamicidade ao ordenamento, mantendo a sua atualidade ao longo do tempo.

Os conceitos jurídicos indeterminados que integram de forma nuclear as cláusulas gerais evidenciam algumas características que Fredie Didier (2010b, p. 258) do pensamento jurídico contemporâneo, quais sejam: reconhecimento da forma normativa da Constituição; desenvolvimento da força normativa dos princípios; reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; e, expansão da técnica legislativa das normas de tessitura aberta.

Os conceitos jurídicos indeterminados atribuem, de fato, um poder de avaliação e aplicação da regra ao intérprete. Assim, o contraponto da vagueza conceitual é a insegurança jurídica¹², já que uma excessiva dose de flexibilidade a expressões conceituais

11 Para Ruy Alves Henriques Filho (2008, p. 9): “A noção de cláusula geral pode ser entendida como a formação de uma hipótese legal que, em temas de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico, todo um domínio de casos. Conceitualmente, contrapõe-se a uma elaboração casuística das hipóteses legais, que circunscreve grupos particulares de casos na sua especificidade própria. A grande vantagem da cláusula geral sobre o casuismo, graças à sua generalidade e abertura, é tornar possível regular um vasto número de situações, onde, talvez, sequer pudessem ser previstas ao tempo da edição da lei respectiva, enquanto a técnica casuística enseja o risco de uma regulação fragmentária e provisória da matéria abrangida. Trata-se de “metanorma” porque tem como finalidade remeter o juiz a critérios aplicativos determináveis ou a outros espaços do sistema, mediante variáveis tipológicas sociais, dos usos e costumes objetivamente vigentes, em determinada ambiência social.”

12 É a visão de Fredie Didier (2010, p. 10), quando afirma que: “A observação é importante, exatamente para destacar o seguinte: a concretização das cláusulas gerais pode ser controlada, quer por razões formais (incompetência do órgão julgador ou falta de fundamentação), quer por razões substanciais



integrantes de dispositivos legais permitirá aos diversos órgãos responsáveis pela sua aplicação uma variada gama de possíveis sentidos de uma mesma expressão, perdendo-se a referência do composto normativo originário.

E foi a partir da segunda metade do século XX e da primeira década do século XXI que houve uma alteração substancial da moldura científica do direito. A insuficiência metodológica do positivismo para acudir às agruras sociais, econômicas, culturais e políticas da sociedade contemporânea contribuiu para a formação de uma tendência socializante da interpretação da ordem jurídica. O direito processual brasileiro, com um certo atraso, acompanhou esse movimento.

Não se defende, por óbvio, a eliminação do padrão normativista. Não se busca retirar a sua força, mas considerar a possibilidade de que o diagnóstico fático-jurídico tomado como pressuposto da interpretação e aplicação do direito possa ser influenciado por questões metajurídicas, de cunho axiológico, político ou sociológico. E para tanto, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados são instrumentos muito valiosos.

3 DAS CLÁUSULAS GERAIS PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO

O direito processual civil brasileiro tem acompanhado os movimentos da hermenêutica jurídica e dos sistemas legislativos que se sucedem. Tanto o Código de Processo Civil de 1939 quanto o Código de 1973 amoldaram-se ao modelo positivista, conformando os seus dispositivos a esse padrão determinado¹³, mais taxativo e fechado.

Conforme ensina Dinamarco (2001, p. 128):

Considerados os períodos em que se divide a história do pensamento processualístico, os dois Códigos Brasileiro de Processo Civil situam-se no período autonomista, ou conceitual. As conquistas caracterizadoras da fase instrumentalista, ou teleológica, principiaram a ingressar no direito positivo brasileiro com diplomas supervenientes ao Código de 1973”.

De um modo geral, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, os sistemas e microssistemas jurídicos passaram por um processo de alteração em suas estruturas legislativas. A entrada em vigor de diversos estatutos, que são organizações

(má compreensão da cláusula geral). *É possível rever uma decisão que aplica mal uma cláusula geral, quer porque a aplicou de modo irrazoável ou inadequado (decisão injusta), quer porque a aplicou sem a devida fundamentação (decisão nula).* As cláusulas gerais trazem consigo, entretanto, o sério risco de insegurança jurídica.”

13 Carlos Eduardo Oliveira Dias (2015, p. 83) anota que: “O início do século XX é dominado pelo positivismo jurídico, que adquiriu o *status* de ‘filosofia dos juristas’, compreendendo o Direito como um conjunto de normas em vigor, compondo um sistema perfeito que não precisava de qualquer justificação além da própria existência. Com isso, suas principais características são o reconhecimento da completude do ordenamento jurídico, não admitindo a existência de lacunas que não possam ser preenchidas internamente pelo próprio sistema; a afirmação de que a única fonte do Direito é a ação estatal e, por fim, como corolário disso, que a validade da norma está atrelada apenas à legitimidade do procedimento seguido no seu processo de criação, independentemente do conteúdo. Esse pensamento, ao menos nos países de tradição jurídica romano-germânica, tornou-se hegemônico e passou a constituir o que pode nominar de *Direito Clássico*, ou seja, um direito fundado na racionalidade da lei e na neutralidade do intérprete, que não tinha liberdade para exercer um papel criativo. Neste contexto, reforça-se a ideia de que a atividade do juiz seria exclusivamente a de aplicar a norma, não lhe competindo imiscuir-se em searas então consideradas metajurídicas, como a política, a sociologia, a psicologia e a economia.”

legislativas marcadas pela autonomia principiológica, pela multidisciplinaridade e pela interdisciplinaridade, transformou a faceta dispositiva do direito brasileiro.

Relações jurídicas específicas passaram a contar com núcleos normativos próprios, destacados de sistemas mais complexos e generalizantes. O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, é uma compilação legislativa que passou a regular de modo próprio e específico a relação contratual de compra e venda de bens e de prestação de serviços, que genericamente eram tratadas, até a sua entrada em vigor, pelo Código Civil¹⁴. Com normas de direito civil, de direito processual, de direito administrativo e até de direito penal e processual penal, os microssistemas jurídicos passaram a ser organizados de forma multidisciplinar, a partir de núcleos de princípios com valores especificamente tutelados, que permitiram maior coesão sistêmica.

Esses novos conjuntos normativos, formados nas últimas décadas e influenciados por uma forma distinta de compreender, interpretar e aplicar o direito, inseriram em suas disposições legais a técnica da cláusula geral, com conceitos indeterminados a permitir, ao contrário do que se propunha a partir de uma perspectiva positivas, o protagonismo do Poder Judiciário na concretização de seus direitos materiais¹⁵.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil assumiu um papel importante. Proposto por uma comissão de processualistas, instituída pelo ato n. 379/09, da Presidência do Senado Federal, as normas processuais hoje vigentes foram elaboradas a partir dessa perspectiva de amoldar-se a um novo quadro da ciência do direito¹⁶.

A primeira inovação do CPC nesse sentido encontra-se na sua estrutura topológica preambular principiológica¹⁷, o que já evidencia a busca em se criar um sistema processual estruturado em princípios, a partir dos valores concebidos pelo Texto Constitucional, conforme prevê o art. 1º do CPC, *in verbis*: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos

14 E nesse mesmo caminho se seguiram o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Igualdade Racial, etc.

15 Conforme anota DIAS (2015, p. 87): “Afim, a neutralidade política e a indiferença à realidade se mostram inconsonantes com as demandas da sociedade, de prestação de uma jurisdição atenta à satisfação de suas necessidades substanciais, nem sempre atendidas pela legislação ou, ainda quando asseguradas por lei, não implemmentadas pelos poderes constituídos. A valorização dos direitos fundamentais conclama o Poder Judiciário a buscar alternativas que não se exaurem e nem sempre se consumam na atuação do Poder Legislativo. Isso se identifica como um processo de judicialização da política ou politização da justiça, compreendido como sendo o redirecionamento de temas que, classicamente seriam de incumbência dos demais poderes da República, para o foro judiciário.”

16 Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa preferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recurso; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

17 DIDIER faz importante distinção entre cláusula geral e princípio. Segundo o processualista (p. 11): “(...) é preciso distinguir *cláusula geral* e *princípio*. *Cláusula geral* é um *texto jurídico*; *princípio* é norma. São institutos que operam em níveis diferentes do fenômeno normativo. A norma jurídica é produto da interpretação de um texto jurídico. Interpretam-se textos jurídicos para que se verifique qual norma deles pode ser extraída. Um princípio pode ser extraído de uma cláusula geral, e é o que costuma acontecer. Mas a cláusula geral é texto que pode servir de suporte para o surgimento de uma *regra*. Da *cláusula geral* do devido processo legal é possível extrair a *regra* de que a decisão judicial deve ser motivada, por exemplo.



na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”¹⁸.

No entanto, é o art. 8º que apregoa o novo paradigma instrumental norteador da efetividade do Código, quando registra: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Mas, outra inovação perceptível pela leitura do texto normativo processual é a adoção da técnica das cláusulas gerais. Não se está a dizer que não existiam cláusulas gerais no ordenamento processual revogado. Conforme adiante se verificará, vários dispositivos legais do Código de Processo Civil de 1973, especialmente aqueles que foram objeto de reforma a partir da década de noventa, recepcionaram conceitos indeterminados com funcionalidades diversas. Contudo, há substancial diferença entre o sistema processual atual e o revogado quando se toma como parâmetro a existência de cláusulas gerais.

De fato, após a década de noventa, quando o ordenamento brasileiro passou a adotar esse mecanismo de efetivação de direitos, diversos microssistemas jurídicos passaram a inserir cláusulas gerais em seus compostos normativos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor. O novo Código Civil foi o primeiro sistema jurídico genérico que abarcou essa técnica, revelando um método eficaz de interpretação e aplicação do direito, de forma congruente com a estrutura da organização legislativa.

As cláusulas gerais, ou, de conteúdo indeterminado, proporcionam a necessária coexistência entre o texto legal e as práticas sociais atuais (Henriques Filho, p. 3). Mas, não apenas. Esses instrumentos de convergência entre os sistemas (constitucional e processual) também contribuíram para, no âmbito do regime recursal, abrir espaços para o empoderamento (instrutório e decisório) dos relatores, em busca de celeridade e efetividade, e destacaram o caráter público do processo¹⁹, em sua perspectiva instrumentalista, como adiante se pretende demonstrar.

Segundo Humberto THEODORO JR (2016, pp. 793 e 794):

Princípios e cláusulas gerais que os adotam correspondem a normas jurídicas flexíveis e incompletas, em razão de seu conteúdo muito genérico e impreciso, e por inoportunidade da explicitação de seus efeitos e sanções que podem decorrer da respectiva infração. Em face de semelhante postura legislativa, é natural que caiba à jurisprudência, na sua força criativa complementar, estabelecer na sequência das demandas julgadas o melhor e mais adequado entendimento acerca da inteligência da cláusula geral e dos limites necessários de sua inter-

18 Ao contemplar o artigo 1º, verifica-se que o legislador, ao expor a expressão “valores e princípios constitucionais”, demonstra o propósito de acolher a teoria do direito processual constitucional. Ou seja, aquela que visa um processo justo e que acarrete, conseqüentemente, uma decisão justa. Isto porque, o direito ao justo processo embora seja condição necessária, não é suficiente para a prolação de uma decisão em conformidade com o direito. É imprescindível, como expõe Cássio Scarpinella Bueno (2012, p. 92), que o direito processual civil seja lido e interpretado de maneira a realizar os direitos fundamentais, oriundos da determinação constitucional. Assim, tais direitos devem ser de forma concreta realizados, não sendo meras normas programáticas, mas direito fundamental à efetiva jurisdição.

19 Nas palavras de DINAMARCO (1990, p. 67): “De qualquer modo (...) o caráter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais. Chega a ser admirável até que no curto período de apenas um século de ciência tenha sido possível passar do intenso privatismo inerente ao estágio de sincretismo tradicional, ao elevado grau de publicismo que agora se vê na disciplina e na ciência do processo”.



pretação, bem como de seus efeitos práticos, diante de cada caso.

Tais instrumentos apresentam uma dupla funcionalidade: permitir maior efetividade da tutela jurisdicional (materializando e concretizando direito substantivos) e acelerar o procedimento. Inclusive, é comum ler-se que o novo regime recursal organizado pelo Código de Processo Civil 2015 pretendeu “superar pontos de estrangulamento do sistema e abreviar o tempo de duração dos processos judicial”, conforme anota ARAÚJO (2016, p. 213). As cláusulas gerais também contribuem para esse desiderato.

De acordo com esse autor, o efeito suspensivo (legal e judicial) da apelação e a tutela provisória na sentença; a regulamentação dos efeitos do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos especiais e extraordinários; a retirada do juízo de admissibilidade dos magistrados de primeira instância no caso de interposição dos recursos de apelação; a extinção dos embargos infringentes; são alguns exemplos das modificações proporcionadas pelo novo regime recursal, e que têm como propósito atender à necessidade de aceleração do ritmo processual para promoção de uma tutela efetiva em menor tempo possível. E muitos deles contam com a presença de disposições legais formadas por cláusulas gerais.

O primeiro artigo, inclusive (que abre o Capítulo I do Livro III – Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais), é composto de conceitos indeterminados, formando uma cláusula geral, *in verbis*: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la **estável**, íntegra e **coerente**”.

Estabilidade, integridade e coerência são termos fluídos, vagos, imprecisos. Mas, esse importante referencial orienta, em muitas situações, o paradigma para a admissão ou inadmissão de um recurso de apelação.

Ainda, no artigo seguinte (Art. 927), o Código atesta que “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no **interesse social** e no da **segurança jurídica**).

Interesse social e segurança jurídica, como fatores determinantes da modulação da jurisprudência dominante do STF e dos tribunais superiores, constituem termos de conteúdo absolutamente indeterminados. Mais uma vez, o Código de Processo Civil submete aos casuísmos circunstanciais e contingentes (uma fórmula abstrata e genérica) a possibilidade de regulação da abrangência de vinculação de decisões de instâncias inferiores.

Na sequência, ainda no âmbito do mesmo art. 927, o CPC dispõe no §4º:

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia

Seguem-se outras situações jurídico-processuais, para além desse passo introdutório do regime recursal no CPC de 2015, que podem ser categorizadas como cláusulas gerais, tais como se percebe pela leitura de outros dispositivos aqueles tratantes dos processos de competência originária dos tribunais, a saber: art. 947, caput, e seu §2º,²⁰

20 Art. 947. É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercus-



(que tratam do incidente de assunção de competência); art. 948, §3º²¹ (que cuida do incidente de arguição de inconstitucionalidade); art. 955,²² (que aventa a possibilidade de concessão de medidas urgentes em incidente de conflito de competência); art. 963²³ (que reza sobre os requisitos para a homologação de decisão estrangeira); art. 966²⁴ (que apresenta as situações que justificam a ação rescisória); art. 976²⁵ (que elenca as hipóteses de cabimento do incidente de resolução de demandas repetitivas); e, art. 992²⁶ (que dispõe sobre a decisão julga procedente a reclamação). Da mesma forma, quando o Código de Processo Civil regula os recursos em espécie (no Título II), em várias ocasiões, traz disposições de conteúdo semântico aberto e indeterminado, tais como: art. 995, parágrafo único²⁷ (que regula a eficácia da decisão recorrida); art. 1012, §4º²⁸ (que rege o efeito suspensivo da decisão apelada); art. 1014²⁹ (que possibilita a discussão, em sede de apelação, de questões não discutidas em primeiro grau); art. 1026, § 1º³⁰ (que possibilita o efeito suspensivo nos embargos de declaração).

Todos esses dispositivos, além de muitos outros, exemplificam a constante presença de conceitos indeterminados no novo Código de Processo Civil o que na verdade justifica a afirmação de que o novel sistema adotou, em sede recursal, o mecanismo da cláusula geral. Mas, se a cláusula geral tem diversas funcionalidades, percebe-se, pela leitura dos dispositivos do regime jurídico da apelação, que a inserção desse mecanismo nas disposições que regulam essa espécie recursal tem dois principais escopos: instrumentalizar

ção social, sem repetição em múltiplos processos. (...) § 2º O órgão colegiado julgará o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária se reconhecer interesse público na assunção de competência.

34

21 Art. 948. Arguida, em controle difuso, a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, após ouvir o Ministério Público e as partes, submeterá a questão à turma ou à câmara à qual competir o conhecimento do processo. §3º Considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, o relator poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

22 Art. 955. O relator poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, o sobrestamento do processo e, nesse caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

23 Art. 963. Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: (...) VI - não conter manifestação ofensa à ordem pública.

24 Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: V - violar manifestamente norma jurídica;

25 Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

26 Art. 992. Julgando procedente a reclamação, o tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à solução da controvérsia.

27 Art. 995, parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso.

28 Art. 1012, § 4º Nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

29 Art. 1.014. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

30 Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. § 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.



o relator para a efetivação de medidas necessárias ao cumprimento de escopos materiais (além da mera análise lógico-formal dos requisitos de admissibilidade) e, por outro lado, criar um sistema de *filtros recursais* que possam, de forma legítima, impedir a progressão do apelo com pouca probabilidade de provimento ou que se encontre em manifesta divergência com a jurisprudência dominante ou os precedentes³¹ que se formaram em relação a temas já julgados.

4 DOS PODERES DO RELATOR NA APELAÇÃO E A INSTRUMENTALIDADE PROCESSUAL

Registre-se ainda que, antes do Código de Processo de 2015, o CPC de 1973, em sua versão original, previu a atuação do Relator no art. 549 também de forma ampla e genérica, sem conceder-lhe ativismo. De acordo com o referido dispositivo, *in verbis*,

distribuídos, os autos subirão, no prazo de quarenta e oito (48) horas, à conclusão do relator, que, depois de estudá-los, os restituirá à secretaria com o seu 'visto'. Parágrafo único. O relator fará nos autos uma exposição dos pontos controvertidos sobre que versar o recurso.

No entanto, pela primeira vez no sistema processual, se verificou a possibilidade de uma atuação menos burocrática e mais efetiva do relator, estabelecendo um regra baseada em cláusula geral, conforme dispôs o art. 557 do CPC (versão original), *in verbis*: Art. 557 “se o agravo for manifestadamente improcedente, o relator poderá indeferir-lo por despacho. Também por despacho poderá convertê-lo em diligência se estiver insuficientemente instruído”.

Diversos dispositivos processuais do Código de 1973, com as reformas que foram se sucedendo a partir da visão instrumentalista do processo, passaram a adotar técnica da introdução de conceitos indeterminados nos dispositivos legais como forma de constituir um sistema processual mais célere e efetivo. São exemplos de adaptação do sistema processual ao modelo de Estado promovente: a cláusula geral executiva (art. 461, § 5º, CPC), o poder geral de cautela (art. 798 do CPC), a cláusula geral do abuso do direito do exequente (art. 620), a regra do princípio da menor onerosidade para o devedor executado, a cláusula geral da boa-fé processual (art. 14, II, CPC)³², dentre outras.

31 De acordo com Fredie DIDIER (pp. 07 e 08): A relação entre cláusula geral e o precedente judicial é bastante íntima. Já se advertiu, a propósito, que a utilização da técnica das cláusulas gerais aproximou o sistema do *civil law* do sistema do *common law*. Esta relação revela-se, sobretudo, em dois aspectos. Primeiramente, a cláusula geral reforça o papel da jurisprudência na criação de normas gerais: a reiteração da aplicação de uma mesma *ratio decidendi* dá especificidade ao conteúdo normativo de uma cláusula geral, sem, contudo, esvaziá-la; assim ocorre, por exemplo, quando se entende que tal conduta típica é ou não exigida pelo princípio da boa-fé¹⁹. Além disso, a cláusula geral funciona como *elemento de conexão*, permitindo ao juiz fundamentar a sua decisão em casos precedentemente julgados”.

32 A lista é referida por Fredie DIDIER (2010, p. 12) e vale a pena a reprodução dos dispositivos para se evidenciar a presença dessa modalidade de técnica legislativa: § 5º do art. 461 do CPC brasileiro: —Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial; Art. 798 do CPC brasileiro: —Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Art. 620 do CPC: — Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo



O novo regime recursal, como parte integrante e congruente do Código de Processo Civil de 2015, buscou a valorização da atividade do relator em sede de apelação, já que após a sua distribuição no Tribunal, o recurso passará pela análise monocrática do Relator, nos termos do art. 932 do novo CPC, podendo o juiz, dentre outras iniciativas: 1) conceder ou não tutela provisória (art. 932, II); 2) julgar o apelo prejudicado ou inadmissível, nos casos em que não tenha o apelante apresentado impugnação específica ou cumprido os requisitos de admissibilidade do recurso (arts. 1010, II e 932, III); 3) negar provimento ao recurso, nos casos de recurso contrário a precedente vinculante (art. 927 c/c art. 932, IV); 4) dar provimento ao apelo quando a decisão recorrida for contrária a estes precedentes (art. 932, V), 6) se não for caso de julgamento monocrático, poderá receber o recurso e elaborar o seu voto, para julgamento pelo órgão colegiado, precedido ou não de remessa ao órgão ministerial para manifestação (art. 1011). A propósito, conforme anota Araújo (2016, p. 221) “levando em conta que o art. 932 se encontra no título ‘ordem dos processos dos tribunais’, deve ser utilizado em todos os recursos, incluindo os apelos especial e extraordinário”³³.

De modo sintético, as palavras de Segundo Humberto Theodoro Jr (2016, p. 778):

O NCPC ampliou as funções do relator, tanto nos recursos quanto nas ações de competência originária do Tribunal, permitindo-lhe, em muitos casos, decidir os processos por meio de decisão monocrática, ou seja, sem que ocorra o julgamento colegiado, com a participação de outros juízes. As funções do relator podem se revestir de natureza de gestão processual ou de decisão.

36

O protagonismo do relator, nessas circunstâncias, é expressivo³⁴, notadamente quando comparado ao artigo 557, do Código de Processo de 1973 (mesmo já reformado). Percebe-se nitidamente a distinção dos poderes conferidos ao órgão monocrático de segundo grau. Cassio Scarpinella Bueno, antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil, assim registrou sua análise (2015, p. 581):

O art. 932 disciplina os “deveres-poderes” a serem exercidos no âmbito dos tribunais pelo relator. A previsão é mais completa e mais bem acabada que a do art. 557 do CPC atual. A nota regra também se mostra muito mais precisa em termos de técnica processual.

No mesmo sentido, é o entendimento de Marcelo José Magalhães Bonício (2016, p. 229): “o CPC atual, as disposições do art. 932 dão poderes ao relator dos recursos em geral para julgar monocraticamente em diversas situações e é importante ressaltar que

menos gravoso para o devedor; § 2o do art. 687 do CPC: —Atendendo ao valor dos bens e às condições da comarca, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar divulgar avisos em emissora local e adotar outras providências tendentes a mais ampla publicidade da alienação, inclusive recorrendo a meios eletrônicos de divulgação; Art. 14. Compete às partes e aos seus procuradores: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé.

33 O mesmo autor cita, em seu artigo, que o Enunciado 593 do FPPC consagra (ARAÚJO, p. 221): “(art. 932, parágrafo único; art. 1030) Antes de inadmitir o recurso especial ou recurso extraordinário, cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido conceder o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado o vício ou complementada a documentação exigível, nos termos do parágrafo único do art. 932”

34 A análise da evolução legislativa desde a redação originária do Código de 1973, passando pelas ondas reformistas e chegando ao Código de 2015, evidencia que o legislador assumiu um papel de relevância dentro do sistema, abandonando-se a concepção meramente administrativa, de simples preparação do recurso para o julgamento colegiado, tomando posição central na consolidação do duplo grau de jurisdição.



a sua técnica é superior à do antigo art. 557, cuja redação era confusa”.

A previsão de poderes-deveres do relator ao recepcionar o apelo, e além disso, adotar diversas outras condutas para promover, eventualmente, efetividade e aceleração do feito, ao contrário da postura passiva prevista no Código revogado³⁵, denota insofismavelmente uma ampliação dos poderes do órgão monocrático com o propósito instrumentalista adotado pelo Código de Processo Civil de 2015. A concepção de uma postura proativa, criadora, intervencionista do relator no recurso de apelação atenta para uma perspectiva instrumental do processo civil brasileiro, recepcionada pelo Código de 2015. O papel do relator, com efeito, se intensificou nos propósitos de garantir, ora efetividade, ora celeridade, sem perder o foco na garantias fundamentais dos demandantes na solução dos conflitos, movimento que já ocorreu na Europa no final dos anos 2000³⁶.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco (2009, pp. 34 e 35):

O sistema político-constitucional de oferta do serviço jurisdicional resolve-se no equilíbrio entre uma fundamental promessa de absorção de pretensões de pessoas em busca de satisfação e uma série de limitações ao exercício do poder de recebê-las, processá-las e acolhê-las. A promessa fundamental reside na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que em outros tempos metodológicos era interpretada como mera garantia da ação (Const., art. 5º, inc. XXXV). Ela constitui o eixo fundamental em torno do qual outras promessas gravitam, no contexto do zelo político-constitucional pela efetividade dos direitos e consequente exaltação da condição humana (...). Essa tendência constitui projeção do momento político vivido e manifesta-se não somente em sentido horizontal, ampliando o âmbito das prestações jurisdicionáveis e das pessoas com possibilidade de ingresso em juízo e aptas a receber a tutela (...). Fala-se em *universalização* para expressar essa tendência expansionista

35 Conforme assenta Alexandre Máximo Oliveira, em artigo intitulado *Os impactos do novo código de processo civil na admissibilidade dos recursos* (2015, p. 459): “No Código de Processo Civil de 1973 o juízo de admissibilidade dos recursos, em regra, é realizado pelo órgão prolator da decisão recorrida (*a quo*) e pelo órgão com competência recursal (*ad quem*). O novo Código rompeu este sistema, atribuindo a admissibilidade dos recursos ao órgão que possui competência para reexaminar a decisão, ou seja, o órgão *a quo* somente recebe a petição do recurso e faculta a parte contrária a possibilidade de apresentação de resposta, sendo o recurso encaminhado para o órgão *ad quem* para realização do juízo de admissibilidade e juízo de mérito. A inovação promovida coaduna com princípio da razoável duração do processo, por dois motivos: a) evita que o recurso interposto fique paralisado no órgão prolator da decisão recorrida aguardando análise da admissibilidade; b) evita a interposição de novo recurso contra a decisão do órgão *a quo* que realiza juízo negativo de admissibilidade.”

36 Para o processualista italiano Comoglio, a condensação e o equilíbrio desses valores é a “garantia de justiça”, que se expressa por um direito processual constitucional. Conforme registra Comoglio (1998, p. 103): “Si parla dunque – a tal proposito – di ‘garanzia de justiça’, di ‘diritti di sicurezza’ o di ‘diritti-instrumenti’, la cui praria funzione (sulla scia dei principi di *fair trial*, racchisi nella formula anglo-americana del *due processo f law*) è quella di rendere *effettivo* l’esercizio di qualsiasi altro diritto o libertà fondamentalmente, nell’ambito di um *diritto processuale* o di um *diritto di giustizia materiale*, la cui genesi trova fondamento nelle estesse norme costituzionali. (...) Per tale via, in paralelo com l’evolversi del ‘costituzionalismo’ moderno e del c.d. *legal garantism*, si è progressivamente ampliata – nelle esperienze di *civil law*, europee e extraeuropee – l’area di influenza di quello che, corretamente, può oggi definirsi como *diritto processuale costituzionali*, in cui confluiscono taluni temi cruciali della giustizia moderna. Essi sono: - il rapporto di *instrumentalità necessaria* intercorrente fra il diritto sostanziale ed il processo, quale indispensabile presidio per la sua pliena *attuazione* (o quale garanzia insostituibile dela sua *enforceability*); - l’accesso alle corti di giustizia ed i fattori di diseguaglianza sócio-economica, che lo limitano irrazionalmente; - l’indipendenza, l’autonomia e l’imparzialità del giudice; - l’esercizio, in condizioni adeguate e paritarie, dei diritti di azione e difesa nel giudizio; - il diritto dele parti ad um processo ‘equo’ e ‘giusto’; - l’adeguatezza e l’effettività egli strumenti di tutela giurisdizionale (in forme qualificate, avanti ad organi di giustizia costituzionale, ed in forme ordinarie, avanti ad organi di giustizia comune) dele garanzie processual fondamentali.”



tanto no pólo quantitativo, quanto no qualitativo do serviço jurisdicional (sentido horizontal e sentido vertical). *Reduzir os resíduos de conflitos não-jurisdicionáveis e dar tratamento adequado aos jurisdicionados.*

As expressões *reduzir conflitos não-jurisdicionáveis* e *dar tratamento adequado aos jurisdicionados* sintetiza bem a ideia de *celeridade* e *efetividade* que emana da atividade do relator em sede de apelação.

De fato, o art. 139, quando reza sobre os poderes do juiz no processo civil brasileiro, deixa claro que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe, dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”. Tal norma, pelo seu espectro genérico, constitui-se referencial da atividade jurisdicional em todos os níveis: do primeiro grau à instância constitucional.

Nestes termos, percebendo o relator do recurso de apelação que determinada prova não foi realizada, e que, por outro lado, sua realização constitui prerrogativa inerente à ampla defesa de qualquer das partes, poderá determinar a sua realização, sem que isso importe em anulação da decisão de primeiro grau. Aliás, essa é a razão de um tal empoderamento do relator. De nada adiantaria garantir ao magistrado um poder instrutório sem que a tutela da celeridade e da efetividade fossem igualmente garantidas.

A dilação probatória na instância recursal sem que seja afetada (anulada a decisão judicial originária), com efeito, é mecanismo que atende aos reclamos da razoável duração do processo e da efetividade, cumprindo um desiderato instrumentalista. Por outro lado, parece evidente que essa possibilidade exsurge a partir do referenciamento semântico dos conceitos indeterminados contidos no inciso I, do art. 932 do CPC.

38

Outra evidência da instrumentalidade proporcionada pela adoção da técnica das cláusulas gerais no sistema recursal que consolida a ampliação dos poderes do relator no recurso de apelação, consta do inciso II, do art. 932, pelo qual “incumbe ao relator apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal”. Ora, como sabido, nos termos do art. 294, do CPC, a tutela provisória para ser concedida exige a presença de elementos que, do ponto de vista normativo, constituem conceitos indeterminados: *probabilidade do direito* e *o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo*.

Em continuidade, verifica-se que as cláusulas gerais também permitem ao relator conceder efeito suspensivo quando, *ope legis*, não há previsão nesse sentido, como ocorre nas hipóteses do §1º do art. 1.1012. O referido dispositivo reza que:

Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo. § 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que: I - homologa divisão ou demarcação de terras; II - condena a pagar alimentos; III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; V - confirma, concede ou revoga tutela provisória; VI - decreta a interdição.

Na sequência, o §4º do mesmo dispositivo prevê que “nas hipóteses do § 1º, a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano”



grave ou de difícil reparação”, o que significa dizer que a concessão extraordinária dos efeitos suspensivos pelo relator (nas hipóteses em que o efeito da interposição do recurso de apelação previsto pela lei é meramente devolutivo) está sujeita à análise de conceitos vagos. Mais uma relação próxima vinculativa da indeterminação conceitual linguística do dispositivo e a capacidade do relator atuar de forma concreta influenciando, ainda que de forma provisória, no cotidiano das partes (já que estará - concedendo ou não concedendo a suspensão dos efeitos da decisão - inviabilizando ou não o cumprimento provisório da sentença recorrida (nos termos do art. 1.012, §2º).

De outra parte, insta salientar que as cláusulas gerais se coadunam mais diretamente com o valor *celeridade*, emergente do princípio da duração razoável do processo, instituindo permissivos gerais e abstratos para que o juízo monocrático se constitua em um filtro, evitando a propagação de recursos que, de fato, estão em total dissonância com posicionamentos consolidados nos tribunais. E nesse passo, o art. 932, “impõe ao relator o poder-dever de não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida (inciso III)”.

Nas duas primeiras circunstâncias fático-jurídicas (recurso inadmissível e recurso prejudicado) não se percebe, a princípio, a existência de qualquer conceito indeterminado. Já na parte final do dispositivo, verifica-se que a “não impugnação específica” dos fundamentos da decisão recorrida outorga um grau de indeterminação à norma, permitindo ao relator estabelecer um critério próprio e circunstancial sobre os seguintes aspectos: *generalidade* e *especificidade*. Essa última parte do dispositivo legal não era prevista no Código de 1973³⁷.

Portanto, são várias as evidências de um empoderamento do relator da apelação no novo Código de Processo Civil.

39

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Código de Processo Civil, sem afetar o princípio da colegialidade³⁸, proporcionou um deslocamento do poder decisório do Tribunal para o órgão monocrático, transferindo a esse uma parcela do poder de resolver os conflitos e de adequar o procedimento aos postulados axiológicos fundamentais, quando houver vícios que possam, de alguma forma, macular o processo de nulidades.

Não se trata evidentemente de tornar o relator um *désposta* judicial, com poderes autoritários e inderrogáveis, mas permitir que sua atuação promova melhorias na qualidade das prestação jurisdicional de forma, inclusive, a tornar mais equilibrada a relação existente entre as partes³⁹.

37 Art. 557. O relator negará seguimento a recurso **manifestamente inadmissível**, improcedente, **prejudicado** ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998).

38 De acordo com Marcelo José Magalhães Bonício (2016, p. 228): “Embora o tema não seja pacífico na doutrina, o princípio da colegialidade nos julgamentos não impede que existam julgamentos monocráticos, isto é, proferidos de forma isolada, por apenas um julgador. Esse entendimento ganha ainda mais força quando se pensa que normalmente ‘há uma forma suficiente de contrates da decisão perante o órgão colegiado, isto é, pela Turma ou pela Câmara. Esse mecanismo de controle (...) vem sendo chamado de *agravo interno* e que tem previsão nas leis que criaram uma tal técnica de julgamento.

39 Consoante nos ensina BARBOSA (2003, p. 64):“(...)inserir o processo na época pós-moderna, de modo a se legitimar plenamente o exercício da Jurisdição mediante melhor e mais acabada comunica-



Parece evidente essa perspectiva instrumental no bojo da atuação da relatoria do recurso de apelação quando o art. 932 do CPC (de forma nuclear, mas não exclusiva) outorga ao magistrado, em sede monocrática, o poder de intervir de modo agudo, no procedimento.

Revela-se, aqui, uma ampliação dos poderes do juiz-relator, em comparação aos sistemas processuais anteriores, e que está diretamente relacionada à presença de conceitos indeterminados, aproximando o sistema processual com o modelo de controle recursal italiano. Veja-se que o Código não aponta em quais situações específicas deverá o relator promover a instrução probatória em segunda instância, vinculando a dilação probatória ao seu poder diretivo e ordinatório.

Trata-se de importantíssima inovação instrumental introduzida pelo novo Código, qual seja, a possibilidade do relator, no contexto de sua responsabilidade diretiva e ordinatória, promover a instrução do feito em segundo grau, o que ocorre não em circunstâncias previamente indicadas pela lei, mas *sempre e especialmente* quando a prerrogativa fundamental da ampla defesa e do contraditório não foi devidamente observada em primeira instância, seu critério, mas nos limites da lei. É o que Humberto Theodoro Júnior chama de *integrar a instrução ao recurso*⁴⁰.

Em todas as situações submetidas ao relator, consideradas nesse estudo, a apreciação recairá sobre conjunturas específicas probatórias do processo que deverão subsumir ao limite de conteúdo vago previsto de dispositivos legais. Impossível seria ao legislador prever, de forma específica e ao mesmo tempo adequada, quais as circunstâncias em que o relator deveria conceder a tutela provisória, daí porque a utilização de tais conceitos fluidos. E mais uma vez, atenta-se para o caráter instrumental das medidas⁴¹.

40

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O recurso de apelação no CPC/2015: algumas reflexões. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*, n. 101 – mai/jun 2016. São Paulo: Editora Síntese, 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos civis*. Rio de Janeiro:

ção do órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e de seus representantes. (...) Em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal (...), importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça.

40 Segundo Humberto THEODORO JR (2016, p. 781): “Quando for reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator, ou o órgão colegiado competente, converterá o julgamento em diligência para conclusão da instrução, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição. Finalizada a diligência, o recurso será decidido (art. 938, §§3º e 4º). Nesse caso, o que a lei quer é que não se anule sentença, nem se rejeite o recurso, diante de instrução incompleta da causa. Integrada a instrução, o recurso será decidido pelo mérito, evitando, dessa maneira, nova sentença e nova apelação.

41 Conforme Arthur Cesar de Souza (2015, p. 297), “(...) o novo CPC permitiu uma maior desenvoltura do juiz no momento da efetivação da medida provisória com base na urgência ou na evidência, podendo o magistrado utilizar de todos os meios possíveis e admitidos existentes para o cumprimento definitivo ou provisório da decisão judicial. O juiz poderá utilizar dos atos operativos previstos para o cumprimento da sentença previstos neste Código, como, por exemplo: penhora, arresto, sequestro de bens, indisponibilidade de bens, inclusive com apreensão de depósitos bancários, ameaça de prisão em caso de alimentos, imposição de multa, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, intervenção judicial em atividade empresarial ou similar, impedimento de atividade nociva, inclusive podendo requisitar força policial.”



Editora Borsoi, 1968.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro; MAIA, Maurílio Casas. Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no direito processual civil. *Revista de Processo – REPRO* n° 230. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed., revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*, 5. ed., ver., atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 5. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. Tutela provisória: considerações gerais. In “*O novo código de processo civil: questões controvertidas*”. São Paulo: Atlas, 2015.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo código de processo civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. *Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM737.htm>. Acesso em 16 de junho de 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em 06 de junho de 2017.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 06 de junho de 2017.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em 06 de junho de 2017.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol 01. 5. ed. São Paulo: Ed Saraiva, 2012.

_____. *Novo código de processo civil anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. A carga principiológica do novo CPC e a instrumentalidade do processo. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*. Ano XIII – set/out 2015. São Paulo: Editora Síntese, 2015.

DIDIER Jr., Fredie. Clausulas gerais processuais. In *RIEPA – Revista internacional de estudos de derecho procesual y arbitraje*, n. 02. Disponível em <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Acessado em 01.06.2017.

_____. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Editora Juspodivm, 2010b.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’. In *Revista de Processo*. Ano 23, n. 90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2. ed. revista e atualizada. São Paulo:



Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Instituições de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

_____. *Nova era do processo civil*. 3. ed. revista, atualizada e comentada. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

FERRERO, Edoardo. Concetti giuridici indeterminati e poteri discrizionali dele amministrazioni. *Revista de diritto e processo amministrativo*, ano VIII, n. 3. Editione Scientifiche Italiane. Napoli, 2014.

GOMES, Sérgio Alves. *Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do estado democrático de direito*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

_____. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. Cláusulas gerais e seus reflexos processuais. Disponível em: http://www.fagundesjunior.org.br/amapar/revista/artigos/ruy_clausulas.doc. Acessado em: 30.05.2017.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um sistema em construção. As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, n. 35 – jul/set – 1998. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acessado em 01.06.2017.

NERY JR., Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed., atualizada, ampliada e reformulada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

42

OLIVEIRA, Alexandr Máximo. Os impactos do novo Código de Processo Civil na admissibilidade dos recursos. *Processo, jurisdição e efetividade da justiça*. CONPEDI: coordenadores: Raquel Fabiana Lopes Sparenberger, Simone Letícia Severo e Sousa, Pedro Augusto Gravatá Nicoli. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

RIBAS, Julio Adolpho. Brasil. Decreto n. 2827, de 15 de março de 1879. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220533> >. Acesso em 06 de junho de 2017.

SOARES, Carlos Henrique. Processo jurisdicional democrático: relação entre verdade e prova. *Revista Síntese: Direito Civil e Processual Civil*. Ano XIII, nº 96 – jul/ago. Editora Síntese. São Paulo, 2015.

SOUZA, Arthur César de. *Código de processo civil anotado, comentado e interpretado*. vol. I. Parte Geral. São Paulo: Editora Almedina, 2015.

_____. *Das normas fundamentais do processo civil: uma análise luso-brasileira contemporânea*. São Paulo: Editora Almedina, 2015.

THEODORO Jr. Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. III. 48. ed., revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Forense, 2016.

