

UMA ANÁLISE ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 285-A DO CPC EM FACE DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DO CONTRADITÓRIO

FÁDUA MARIA DRUMOND CHEQUER MAGNO
Servidora do TJMG na comarca de Almenara

RESUMO: Considerando-se que a constitucionalidade ou não do art. 285-A do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 11.277/2006, ocasiona a aplicação ou não desse dispositivo no mundo jurídico, defendem-se aqui os argumentos da corrente doutrinária que pugna pela sua inconstitucionalidade em face dos princípios constitucionais e fundamentais do devido processo legal e do contraditório, na medida em que restou demonstrado, no presente trabalho, a ofensa a tais princípios através dos incontestáveis prejuízos processuais acarretados às partes envolvidas na questão *sub judice*, em virtude desse julgamento *in limine* de ações repetitivas, desde que improcedentes, em que a citação é dispensada quando tais ações tratam de matéria de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Artigo 285-A do CPC; julgamento *in limine* de ações repetitivas; inconstitucionalidade; princípio do devido processo legal; princípio do contraditório.

ABSTRACT: The constitutionality or unconstitutionality of article 285-A of the Civil Procedure Code, which became part of the code by virtue of law n.11277 of 2006, may result in its validity or invalidity. This essay upholds the arguments put forward by those who view the above mentioned article as unconstitutional based on the fundamental and constitutional principles of the due process of law and of the adversary system. The offence to such principles is demonstrated by undeniable procedural losses to the parties involved in the *sub judice* matter, by virtue of *in limine* judgments in repetitive claims which are dismissed and in which summons are not required when such claims deal with matters of (substantial) law.

KEY WORDS: Article 285-A of the Civil Procedure Code. In limine judgment of repetitive claims. Unconstitutionality. Due process of law principle. Adversary system principle.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do julgamento *in limine* de ações repetitivas. 3. Argumentos que sustentam a constitucionalidade do Art. 285-A do Código de Processo Civil. 4. Da inconstitucionalidade do julgamento *in limine* de ações repetitivas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo se destina a analisar a constitucionalidade do art. 285-A do Código de Processo Civil à luz dos princípios fundamentais do devido processo legal e do contraditório, dispositivo este advindo da última das fases reformistas do direito processual que buscam maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Através da linha metodológica dogmática – haja vista que será enfocado o tema da constitucionalidade ou não do art. 285-A do CPC bem como as questões práticas sobre o tema – e do raciocínio indutivo-dedutivo, buscar-se-á apontar os argumentos de ambas as correntes doutrinárias e demonstrar a inconstitucionalidade do artigo em questão.

2. Do julgamento *in limine* de ações repetitivas

O pacote de reformas do Código de Processo Civil ocorrido nos últimos tempos, e que ainda não se esgotou, visa buscar a efetividade do processo, ou seja, propiciar uma prestação jurisdicional capaz de satisfazer os anseios da coletividade de maneira rápida, eficaz e justa, rompendo figuras e praxes atualmente incondizentes com a garantia fundamental do devido processo legal em sua contemporânea concepção de processo justo, efetivo e célere.

Ocorre, porém, que, dentre as mencionadas reformas, a última grande onda renovatória do Direito Processual Civil trouxe consigo uma controvertida inovação (controvertida em virtude do questionamento da constitucionalidade deste dispositivo), qual seja, a introduzida pela Lei nº 11.277, de 7 de fevereiro de 2006, que acrescentou ao Código de Processo Civil o art. 285-A.

Antes de se adentrar no objeto do presente estudo, necessária se faz a transcrição do dispositivo legal em questão para uma melhor análise:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º. Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º. Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Tal inovação autoriza o juiz de primeiro grau, em “casos idênticos” e cuja matéria controvertida seja “unicamente de direito”, a julgar liminarmente as ações improcedentes, conforme sentença anteriormente proferida pelo juízo, sem a citação do réu, que somente ocorrerá no segundo grau de jurisdição se houver a interposição do recurso de apelação pelo autor.

Institui-se, assim, a “improcedência liminar” (ZABIN, 2007) ou a “sentença vinculativa ou vinculante” (LIMA FILHO, 2006) ou a “sentença emprestada” (MEDINA, 2006) ou a “sentença de improcedência *prima facie*” (SANTOS, 2006) ou o “julgamento super-antecipado da lide” (BUENO, 2006) ou o “julgamento antecipado da lide *inaudita altera parte*” (ALVIM; CABRAL, 2008) ou o “julgamento das ações repetitivas” (MARINONI; ARENHART, 2007) ou, ainda, o “julgamento *prima facie* de improcedência das demandas seriadas” (THEODORO JÚNIOR, 2007), etc.

Apesar das várias impropriedades da técnica legislativa como, por exemplo, a inadequada localização do artigo, o emprego das imprecisas expressões “casos idênticos” e “matéria controvertida”, o art. 285-A do Código de Processo Civil surgiu, segundo Ernane Fidélis dos Santos (2006, p. 146), para facilitar o julgamento de casos idênticos (entenda-se com “simples parecença”), em primeira instância, sem ociosas repetições.

E embora, dessa forma, detenha o escopo de racionalizar e tornar a prestação jurisdicional mais célere (em aparente consonância com o inciso LXXVIII da Constituição da República¹), questiona-se a constitucionalidade de tal dispositivo sob diversos aspectos, principalmente no que tange ao princípio do contraditório e do devido processo legal, que são os focos do presente trabalho.

3. Argumentos que sustentam a constitucionalidade do art. 285-A do Código de Processo Civil

Na defesa da constitucionalidade do art. 285-A do Código de Processo Civil, encontram-se renomados juristas deste País como Humberto Theodoro Júnior, Luiz Fux, Ernane Fidélis dos Santos, J. E. Carreira Alvim, Luiz Guilherme Marinoni, Vicente Greco Filho e Ada Pellegrini Grinover.

Primeiramente, trazem-se os argumentos de Humberto Theodoro Júnior (2007, p.18) que diz que “[...] o julgamento liminar, nos moldes traçados pelo art. 285-A, não agride o devido processo legal, no tocante às exigências do contraditório e ampla defesa”, haja vista que:

A previsão de um juízo de retratação e do recurso de apelação assegura ao autor, com a necessária adequação, um contraditório suficiente para o amplo debate em torno da

¹ LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

questão de direito enfrentada e solucionada *in limine litis*.

Do lado do réu, também, não se depara com restrições que possam se considerar incompatíveis com o contraditório e ampla defesa. Se o pedido do autor é rejeitado liminarmente e o decisório transita em julgado, nenhum prejuízo terá suportado o demandado, diante da proclamação judicial de inexistência do direito subjetivo que contra este pretendeu exercer o demandante. Somente como vantajosa deve ser vista, para o réu, a definitiva declaração de certeza negativa pronunciada contra o autor.

Se o juiz retratar sua decisão liminar, o feito terá curso normal e o réu usará livremente do direito de contestar a ação e produzir elementos de defesa de que dispuser, dentro do procedimento completo por que tramitará a causa. Se a hipótese for de manutenção da sentença ao réu será assegurada a participação no contraditório por meio das contra-razões da apelação. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 18).

Assim, segundo Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 19), “[...] ambas as partes disporão de condições para exercer o contraditório, mesmo tendo sido a causa submetida a uma sentença prolatada antes da citação do demandado”.

Nesse sentido, Ernane Fidélis dos Santos preceitua que:

[...] o dispositivo é perfeitamente aplicável, estando em consonância com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, já que se trata de mera antecipação de julgamento, de influência, na relação processual, de imediato, sobre o autor, mas a ele permitindo-se o prosseguimento do feito através de recurso. Para o réu, por outro lado, a improcedência só lhe traz benefício, e o contraditório e a amplitude de sua defesa, no caso de recurso, ficam resguardados, sem nenhum prejuízo processual. (SANTOS, 2006, p. 145).

Na mesma direção, porém com outros argumentos, Luiz Fux (2008, p. 26) prega que “[...] à luz da *ratio essendi* da bilateralidade da ação e do processo, inspirados num processo cooperativo, mister concluir-se que a alteração conspira em favor de todos os princípios ora assentados”, quais sejam, o do contraditório como consectário do devido processo legal e o do prejuízo no tocante às nulidades.

Em consonância com Luiz Fux, Anderson Ricardo Fogaça também justifica a defesa da constitucionalidade do artigo em questão com base no princípio do prejuízo no tocante às nulidades, declarando que:

Não se poderá alegar eventual inconstitucionalidade do dispositivo em comento por ofensa ao princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o processo civil brasileiro é norteado pelo princípio do prejuízo no tocante às nulidades, não as declarando se o ato

não sacrificou o fim último do processo, que é a prestação da tutela jurisdicional a quem tem o melhor direito, autor ou réu. Como apenas será julgado *in limine* o processo no caso de improcedência, não há que se falar em prejuízo ao requerido, tampouco ao autor, o qual não terá que arcar com os custos do processo, como a condenação nos honorários sucumbenciais. (FOGAÇA, 2006, p. 4).

De forma bem concisa, J. E. Carreira Alvim e Luciana G. Carreira Alvim Cabral (2008, p. 156) afirmam que a dispensa de citação “[...] só não infringe o princípio da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), porque o julgamento antecipado da lide, *inaudita altera parte*, beneficia justamente aquele que deveria ser citado”. Por outro lado, preconizam a adoção de um instituto semelhante, qual seja, a “sentença por afinidade”, que se distingue da “sentença emprestada” (MEDINA, 2006) do art. 285-A do CPC, por se aplicar às hipóteses de procedência e improcedência da ação bem como às questões de direito e fáticas com prova pré-constituída, exigindo-se apenas a identidade de pedido e da causa de pedir.

Marinoni e Arenhart também pouco argumentaram sobre a defendida posição da constitucionalidade do art. 285-A do CPC. Afirmaram, contudo, que:

[...] é lamentável que se chegue a pensar na inconstitucionalidade do art. 285-A. Somente muita desatenção pode permitir imaginar que esta norma fere o direito de defesa. Por isto mesmo, parece que afirmação de inconstitucionalidade do art. 285-A tem mais a ver com a intenção de garantir alguma reserva de mercado, já que é sabidamente interessante, do ponto de vista financeiro, reproduzir, através de máquinas, petições e recursos absolutamente iguais. (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 96).

Merece ainda especial destaque o argumento, trazido por Vicente Greco Filho, que se refere à compatibilidade ou convivência dos princípios constitucionais:

Nenhuma norma ou princípio constitucional é absoluto, já que deve compatibilizar-se com os demais. O contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal devem conviver com a efetiva prestação jurisdicional, seriamente comprometida pela multiplicação de demandas com a mesma tese jurídica e que poderiam ser decididas rapidamente com o desafogo evidente da Justiça. (GRECO FILHO, 2006, p. 81-82).

Para Nelson Nery Júnior (*apud* RIBEIRO, 2006), só haveria inconstitucionalidade se o art. 285-A tivesse previsto a sua aplicação para julgamentos procedentes.

Cristiano Simão Miller complementa a presente exposição ao trazer à tona, dentre outros pontos, a questão do contraditório *a posteriori*, também chamado de “contraditório diferido”:

[...] não deve ser olvidado que o contraditório, na questão em apreço, não foi desprezado. Como pode ser facilmente constatado pela redação dos §§ 1º e 2º do art. 285-A, continua garantida ao autor a interposição do recurso de apelação, ocasião em que poderá o juiz retratar-se, determinando a imediata citação do réu. E, ainda que a sentença seja mantida, o réu será igualmente citado para responder ao recurso interposto pelo autor, mantendo-se assim a possibilidade de se travar o diálogo e a cooperação, em perfeita atenção ao princípio do contraditório. Ter-se-á, com isso, a garantia do debate no processo, com ambas as partes podendo influenciar na formação do convencimento final do julgador – ainda que tal debate se dê num momento posterior ao que normalmente ocorre. (BATISTA apud MILLER, 2007, p.43).

E, por último, coadunando com o argumento de Miller, Ada Pellegrini Grinover sustenta que:

[...] a nova disposição não infringe nem o devido processo legal nem o contraditório, sendo este apenas diferido para o momento posterior à prolação da sentença antecipada, quando o autor pode recorrer e até o juiz pode rever sua decisão. Quanto ao réu, ele é beneficiado pela decisão e poderá contrarrazoar o recurso e, se não houver recurso, será normalmente cientificado da decisão favorável. (GRINOVER apud RIBEIRO, 2006).

Esses são alguns relevantes posicionamentos que defendem a não ofensa aos princípios do devido processo legal e do contraditório e, portanto, a constitucionalidade do dispositivo em tela, haja vista, entre outros argumentos, a ausência de prejuízos às partes e o contraditório *a posteriori* ou “contraditório diferido” (BATISTA apud MILLER, 2007).

4. Da inconstitucionalidade do julgamento *in limine* de ações repetitivas

Todavia, a despeito dos fundamentos apresentados pelos importantes doutrinadores supracitados, identifica-se, com efeito, a inconstitucionalidade do art. 285-A fundada na ofensa ao devido processo legal, tendo em vista que nem sequer há a instauração de uma relação jurídica processual e, ainda, que se suprime uma série de atos e fases processuais indispensáveis à formação do livre convencimento do juiz, havendo, por conseguinte, a supressão de instância.

Segundo Ernane Fidélis dos Santos (2007, p. 31), “[...] a relação processual é triangular, já que ela se forma, se desenvolve e se esgota, unindo os sujeitos do processo entre si”. Sendo triangular a relação processual e sendo ela um ponto de união entre sujeitos do processo, não se pode admitir a dispensa de citação do réu no primeiro grau de jurisdição, sob pena de inexistência da própria relação processual, um dos requisitos para um devido processo legal.

Sendo assim, “[...] tem-se uma relação processual apenas na fase recursal, por não ter havido citação na fase de cognição, e sido a sentença proferida *inaudita altera parte*”. (ALVIM; CABRAL, 2008). Ademais, se não houver a citação do réu, se não houver uma resistência à pretensão do autor, não há que se falar em lide, em matéria controvertida.

Sobre a supressão dessa dialética processual e, conseqüentemente, dos princípios fundamentais do devido processo legal e do contraditório, Daniel Francisco Mitidiero expõe:

Tal dispositivo tem por desiderato racionalizar o serviço judiciário, tornando-o mais eficiente.

Não nos parece, contudo, que o art. 285-A, CPC, participe da ‘efetividade virtuosa’, a que a Constituição expressamente empresta guarida. Parece-nos, antes, que esse expediente de sumarização instrumental guarda relação justamente com a outra face da efetividade, identificada outrora por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira como ‘efetividade perniciosa’, que se encontra em aberto conflito com os direitos fundamentais encartados em nosso formalismo processual.

Com efeito, a pretexto de agilizar o andamento dos feitos, pretende o legislador sufocar o caráter dialético do processo, em que o diálogo judiciário, pautado pelos direitos fundamentais, propicia ambiente de excelência para reconstrução da ordem jurídica e conseguinte obtenção de decisões justas. Aniquila-se o contraditório, subtraindo-se das partes o poder de convencer o órgão jurisdicional do acerto de seus argumentos. Substitui-se, em suma, a acertada combinação de uma legitimação material e processual das decisões judiciais por uma questionável legitimação pela eficiência do aparato judiciário, que, de seu turno, pode facilmente desembocar na supressão do caráter axiológico e ético do processo e de sua vocação para ponto de confluência de direitos fundamentais. (MITIDIERO, 2006, p. 173).

Na esteira do pensamento de Mitidiero, Helena Abdo diz que:

[...] a pretexto de conferir maior agilidade e efetividade à tramitação dos processos em primeiro grau de jurisdição, esse novo ‘esquema’ aniquila por completo o caráter dualista do processo, consagrado pela Constituição Federal por meio das garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. (ABDO apud RIBEIRO, 2006).

Outrossim, quando o autor expõe a sua pretensão ao Estado-juiz, ele espera, com base na garantia constitucional do devido processo legal e do contraditório, uma completa análise da questão posta em juízo, com todos os seus argumentos e contra-argumentos, e não apenas uma cognição sumária do direito.

Nesse sentido, acrescenta ainda Daniel Francisco Mitidiero:

É lugar-comum observar a multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Dessa comezinha, mas extraordinária impostação ressalta que o direito fundamental ao contraditório não se cinge mais a *garantir* tão-somente a bilateralidade da instância, antes conferindo direito, tanto ao demandante como ao demandado, de envidar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial. É o que vem se consagrando na doutrina, paulatinamente, como a dimensão ativa do direito fundamental ao contraditório, consagrada à vista do caráter fortemente problemático do direito contemporâneo, constatação hoje igualmente corrente, e da complexidade do ordenamento jurídico atual.

Nessa perspectiva, o contraditório deixa de ser um direito fundamental que se cifra à esfera jurídica do demandado, logrando pertinência a ambas as partes, abarcando, portanto e evidentemente, inclusive, o demandante. A nosso juízo, o art. 285-A, CPC, está a ferir, justamente, o contraditório do autor, e não o do réu. (MITIDIERO, 2007, p. 37).

Sob a ótica dos princípios do devido processo legal e do contraditório, há também, nos trâmites ditados pelo art. 285-A do CPC, conforme já mencionado, uma supressão de instância na hipótese de apelação da sentença, na medida em que se lança a questão posta em juízo para a segunda instância sem que todos meios de defesa tenham-se esgotado (de argumentos e provas), aliás, com somente uma exposição inicial e unilateral de argumentos, não havendo, portanto, o adequado atendimento do duplo grau de jurisdição e, conseqüentemente, dos referidos princípios.

A Ordem dos Advogados do Brasil, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.695 interposta contra a Lei nº 11.277/2006, que acresce o artigo em questão ao Código de Processo Civil, sustenta, dentre outros argumentos, que o art. 285-A “[...] institui entre nós uma sentença vinculante, impeditiva do curso do processo em primeiro grau”.² Sustenta, ainda, citando o parecer de Paulo Medina, que “[...] o devido processo é conspurcado, quando o feito tem seu curso abreviado com fundamento em sentença, cuja publicidade é inexistente, que acaba por dar fim ao processo *sem examinar as alegações do autor, sem as rebater*”.³ A referida ADI traz também, em seu corpo, o seguinte argumento:

LUIZ GUILHERME MARINONI, advertindo para a circunstância de que o processo jurisdicional ‘deve refletir o Estado Democrático de Direito’, de que é uma espécie de ‘microcosmos’, assevera que a ‘idéia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no

² Trecho extraído da petição inicial da Ação de Direta de Inconstitucionalidade nº 3.695, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

³ *Ibidem*.

procedimento que vai levar à edição do ato de poder, ou seja, à decisão.' 'Participação, porém – acrescenta –, pressupõe informação.' Por isso, o devido processo legal requer a conjugação dos princípios constitucionais do contraditório, da publicidade e da motivação. 'Tais princípios – conclui o professor paranaense –, por óbvio, adquirem um roupagem política, querendo dar ênfase à necessidade de uma efetiva participação no processo.'

Ora, corresponde a esse modelo o processo que dá ao autor a sensação de haver empreendido um voo cego, quando ajuíza uma ação deduzindo pretensão que o Juízo já estaria deliberado a repetir, com apoio em decisão anterior que a parte ignorava ou a que não pôde ter acesso. Terá faltado, nesse contexto, ao autor, a indispensável informação; negou-se-lhe, ademais, qualquer possibilidade de participação, no sentido de poder influir sobre a sentença e a motivação dessa não refletiu de nenhum modo as alegações expostas na petição inicial.⁴

Com relação, especificamente, ao contraditório, a ADI n° 3.695 traz consigo o trecho abaixo retirado do parecer do jurista Paulo Medina:

A extinção prematura e precipitada do processo nas condições admitidas pelo art. 285-A do Código de Processo Civil, sacrifica, ainda, outro princípio constitucional – o princípio do contraditório (Constituição, art. 5°, LV). Segundo esse princípio, em sua acepção hodierna, não basta que às partes se assegure bilateralidade de audiência ou ciência recíproca dos atos que um e outro dos litigantes pratique no curso do procedimento. O contraditório, como acentua JOSÉ LEBRE DE FREITAS, implica fundamentalmente 'uma garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.'⁵

Englobando ambos os princípios, o do contraditório e o do devido processo legal, Francisco das C. Lima Filho acertadamente assevera:

Em primeiro lugar, nos termos do que imperativamente disposto no art. 5°, inciso LIV, do Texto Maior *ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*, ou seja, um processo em que se garanta às partes o direito de defesa entendido no mais amplo sentido que inclui não apenas o réu, mas também o autor oportunidades para demonstrarem de forma concreta a procedência de suas pretensões, vale dizer: uma defesa efetiva e não apenas formal ou em outras

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

palavras, *um devido processo legal material*.

Assim, muito mais do que uma garantia, o devido processo legal é um *super princípio norteador do ordenamento jurídico*, que visa albergar entre seus objetivos ensinar a qualquer pessoa, litigante ou acusada, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, bem como os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF). (LIMA FILHO, 2006).

Sobreleva destacar, nos pensamentos de Mitidiero, de Lima Filho e de José de Lebre de Freitas anteriormente expostos, a questão referente ao conceito amplo do direito de defesa, de contraditório, assegurado tanto ao réu como também ao autor, enfim, às partes. E, ao se dispensar a citação do réu e julgar o caso concreto nos moldes do art. 285-A do CPC, estar-se-á cerceando o direito de defesa de ambas as partes ainda que a sentença seja favorável ao réu, haja vista que não lhes serão concedidas “[...] as oportunidades de expor argumentos e produzir provas a fim de poderem vir a influenciar a formação do convencimento do juiz.” (NOGUEIRA JÚNIOR, 2007).

Diante dessa amplitude do princípio do contraditório, Alberto Nogueira Júnior demonstra, de forma bastante acertada, os incontestáveis prejuízos sofridos pelo réu com relação à ofensa a tal princípio pelo artigo em tela:

Apelando o autor, e sendo mantida a sentença, apenas então o réu será citado para impugnar a apelação, e, então, o recurso subirá ao Tribunal.

Ora, ao julgar a apelação, o Tribunal poderá entender que não havia a total improcedência apontada pelo juízo de primeira instância, mas sim, parcial improcedência.

Sem que o apelado – que apenas tornou-se réu depois de sentenciada a causa e intimado da respectiva apelação – tenha podido exercer qualquer atividade processual, no sentido de poder vir a influenciar na formação do convencimento do órgão jurisdicional de primeira instância.

E o reconhecimento da parcial improcedência já será apto a adquirir eficácia de coisa julgada material [...].

Mas poderá se dar, também, que o Tribunal entenda que a ausência, total ou parcial, de improcedência, dependa de dilação probatória – que, naturalmente, ainda não pôde ser realizada.

E nesta hipótese, não poderá o Tribunal instaurar e presidir essa atividade instrutória, ali mesmo, em segundo grau, em que pese o disposto no art. 560, parágrafo único do CPC, sendo evidente que o contrário implicaria em supressão de instância.

Os autos deverão retornar, assim, à Vara de origem, podendo até limitar-se ao Juízo de primeiro grau que proceda à atividade instrutória, na forma de diligência.

E o réu se veria na mais completa impossibilidade de exercer plenamente seu direito ao contraditório e à ampla defesa, visto que não poderia contra-atacar, reconvindo; tampouco, diante daquele âmbito restrito de cognição objetiva a ser

exercida, teria oportunidade para opor quaisquer exceções ou objeções.

Voltando os autos ao Tribunal – agora, com a atividade probatória desenvolvida, a título de diligência, pelo Juízo monocrático, o Tribunal poderá concluir, então, que realmente o caso era de total improcedência; ou que era de parcial procedência, ou de parcial improcedência, daria no mesmo; ou de total procedência. (NOGUEIRA JÚNIOR, 2007).

Fundamentado nas hipóteses acima, Nogueira Júnior (2007) sustenta que o réu/apelado será juridicamente afetado, sem que tenha exercido plenamente a sua defesa, na medida em que não poderá: ampliar a matéria objeto da decisão, reconvir, oferecer pedido contraposto, alegar alguma das hipóteses do art. 269, inciso IV, do CPC, excepcionar o juízo, nem aumentar a profundidade da cognição exercida, através de uma atividade probatória delimitada pelas margens fixadas em sua defesa, pois tal atividade se dará conforme os limites estabelecidos pelo Tribunal.

Em seguida, Nogueira Júnior continua a relatar os possíveis passos dessa ação julgada nos moldes do art. 285-A do CPC e a analisá-los:

Mas os autos poderão também baixar para que o Juízo de primeira instância proceda com o regular desenvolvimento do processo.

Poderá se ter por contestada a ação, tendo-se em foco as contra-razões de apelação oferecidas pelo réu/apelado, tomando-se a resposta do réu, dada sob a forma daquelas contra-razões, como se contestação fora?

Acredito que não, e não só porque há várias formas de o réu responder ao pedido do autor, mas, principalmente, porque quando daquela espécie de resposta que foram as contra-razões de apelado, o réu não poderia ter se manifestado sobre coisa alguma além daquilo que consistiu no objeto da apelação, o mérito, tal como circunscrito pelo autor e pela sentença. (NOGUEIRA JÚNIOR, 2007).

Para reforçar a série de prejuízos impostos ao réu, Alberto Nogueira Júnior acrescenta:

Disse que o Tribunal, se entender que ainda não haveria a total ou parcial improcedência, por falta de dilação probatória suficiente, não poderia proceder a essa dilação, sob pena de supressão de instância.

Com isto, o réu, que teve contra si julgado o mérito, acabará em situação mais danosa do que o réu que, tendo sido citado e tendo participado, ou não, do processo, teve proferida sentença terminativa.

Isto porque, quanto às sentenças terminativas, o Tribunal poderá passar ao julgamento do mérito propriamente dito, se a causa encontrar-se 'madura', na forma do que dispõe o art.

557, § 1º, do CPC.

Como justificar, então, que quando o juízo de primeiro grau haja prolatado sentença terminativa, possa o Tribunal adentrar o mérito, contudo, se o juízo monocrático houver proferido sentença de mérito, então o Tribunal não poderia fazê-lo, por supressão de instância ???

Que lógica há nisso? (NOGUEIRA JÚNIOR, 2007).

Nogueira Júnior (2007) compara também o art. 285-A com o art. 557, *caput* e § 1º, ambos do CPC, ao dizer que, no procedimento recursal ali estatuído, já existe a figura do réu, o que não se dá na hipótese prevista do art. 285-A, fazendo, portanto, “toda a diferença do mundo”. Adverte ainda o autor sobre o fato de que a decisão preceituada pelo art. 285-A trata do mérito propriamente dito, na medida em que declara a total improcedência da ação, fazendo, por conseguinte, coisa julgada material.

Corroborando a defesa da inconstitucionalidade, Roberto B. Dias da Silva assevera que “[...] o novo artigo 285-A é inconstitucional e fere o princípio da ampla defesa e do devido processo legal, ainda que a sentença seja favorável ao réu”. (SILVA apud SILVEIRA, 2006).

Para o autor, a situação é ainda pior, pois ele tem seu pedido sumariamente analisado e julgado com base em sentença de outro caso análogo, não “idêntico”, sendo impedido de exaurir toda a sua argumentação e, conseqüentemente, de influir na decisão da sua questão, bem como sendo privado de uma completa análise do caso e até mesmo da possibilidade de uma anuência por parte do réu.

Nesse diapasão, destaca Francisco das C. Lima Filho:

É claro que a parte autora tem o direito de vê a parte acionada citada, pois esta sendo chamada ao processo além de poder até mesmo concordar com o pedido, tem também o direito constitucional de deduzir sua defesa e vê suas alegações ouvidas e analisadas pelo Judiciário, até mesmo para o autor possa se convencer da justiça e do acerto da decisão a ser proferida, ainda que contrária aos seus interesses e eventualmente baseada em outra sentença, o que não se pode é subtrair das partes em nome da celeridade a garantia constitucional do *devido processo legal*. (LIMA FILHO, 2006).

Reforçando tal pensamento, Andirá Cristina Cassoli Zabin (2007) diz que “[...] em face da improcedência liminar, perde o autor tal direito, pois o Juiz sem citar o réu, sem, portanto, conhecer de sua possível vontade de reconhecer o direito do autor, nega de imediato”. Ademais,

[...] nada mais incompatível com o contraditório do que a possibilidade de o litígio resolver-se por meio de sentença transladada de outro processo, em que o autor não interveio.

Porque, dessa forma, a lide estará sendo composta sem que a parte prejudicada tenha podido discutir, previamente, os elementos que influíram na motivação da sentença. Esta, no caso, terá sido para o autor (e também para a parte contrária em relação à qual o pedido fora formulado) *res inter alios acta*. (MEDINA, 2006, p. 156).

Ressalte-se, outrossim, um dos argumentos do mestre Gregório Assagra de Almeida (2008), retirado das suas preciosas lições em sala de aula, no tocante ao art. 285-A do CPC:

Apesar da ‘matéria de direito’ ser, em tese, idêntica a outras já julgadas, direito também é problema, é argumentação. Cada caso concreto precisa ser analisado diante dos seus elementos constitutivos. Os argumentos entre as demandas, as julgadas e as não julgadas, poderão não ser os mesmos. Não há somente um argumento jurídico, ainda mais em um sistema democrático. (ALMEIDA, 2008).

E convém ainda apontar as valorosas contribuições de Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier sobre este tema. Iniciam seus comentários dizendo que “[...] resultam de reflexão desapaixonada a respeito desse dispositivo que cria mais uma possibilidade, no sistema, de que o juiz decida liminarmente o mérito, sem contraditório”. (WAMBIER, Luiz; WAMBIER, Teresa, 2007, p.1). E complementam afirmando que a escolha desse caminho pelo legislador (no sentido de optar pela aceleração dos julgamentos a qualquer custo) esconde o péssimo vício de tentar corrigir defeitos graves, estruturais, de causas profundas e históricas, com expedientes paliativos e pontuais.

Sobre a relação entre a efetividade e o direito ao contraditório assim pensam e questionam:

Evidentemente, todos nós concordamos com a existência do princípio da efetividade da atividade do Estado. É consensual, também, que esse princípio se aplica à prestação da tutela jurisdicional. O que se põe em debate, neste momento, é o custo de sua incidência. É de se perguntar: deve incidir a qualquer custo? Ainda que isso significa afastar o direito ao contraditório?? (WAMBIER, Luiz; WAMBIER, Teresa, 2007, p. 9).

Com relação ao princípio do contraditório, corretamente, acrescentam e também questionam:

O contraditório não pode ser visto como o princípio que pura e simplesmente gera a necessidade de que haja resposta – de que, se uma das partes se manifesta, a outra tem que ter a chance de responder.

Hoje se entende que o princípio do contraditório é mais do que isso.

Por exemplo, envolve o juiz. E o que significa dizer-se que o contraditório envolve o juiz?

Significa dizer que o diálogo havido entre as partes há que se refletir na sentença. O juiz deve necessariamente fazer referência aos argumentos das partes!

Não fosse assim, para que serviria a garantia do contraditório, *stricto sensu* considerada?

As partes têm o direito à ampla defesa, mas não existe o correlato dever de o juiz apreciar a argumentação das partes? Evidentemente, a possibilidade de as partes agirem em contraditório só tem sentido se houver um observador imparcial.

O processo deve ser visto como um microcosmo, em que a sociedade está representada pelo autor e pelo réu. No processo, portanto, deve ser criado um ambiente democrático e cooperativo. O juiz deve se nutrir dos argumentos das partes, sempre! Neste caso, até para reforçar sua opinião. (WAMBIER, Luiz; WAMBIER, Teresa, 2007, p. 9-10).

Indagam ainda se valeria a pena impingir ao processo do século XXI um modelo superado, enfraquecido pelo comprometimento de garantias fundamentais, se não seria o art. 285-A mais uma demonstração eloqüente e lamentável da tentativa de resolver os grandes problemas estruturais do País (inclusive do processo) pela via negativa de fruição de garantias constitucionais e, ainda, se é justificável essa furiosa investida do legislador de tornar o processo mais célere a qualquer custo.

E concluem suas anotações da seguinte forma:

Mas nem tudo pode ser encolhido no tempo, sem prejuízo. O processo, por exemplo, não pode. Há procedimentos que devem ser sim, respeitados, sob pena de fissura no tecido constitucional, o que é ruim para todos, em qualquer circunstância. Romper a ordem constitucional custa caro para a Nação, e os reflexos dessa conduta desbordam para diversas áreas da vida social.

Para encerrar estas anotações que visam a estimular o debate em torno do art. 285 A, convém fazer referência, ainda que breve, ao pensamento de Eduardo Couture, para quem 'O tempo se vinga de tudo o que é feito sem a sua colaboração'. (WAMBIER, Luiz; WAMBIER, Teresa, 2007, p. 11).

Por último, não se pode deixar de enfatizar os célebres ensinamentos do mestre Canotilho no tocante à essa questão da aceleração da Justiça:

A protecção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma protecção eficaz e temporalmente adequada. Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de facto e de direito, objecto do litígio ou da pretensão

do particular, e a respectiva 'resposta' plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis de processo). O controlo judicial deve, pelo menos, em sede de primeira instância, fixar as chamadas 'matérias ou questões de facto', não se devendo configurar como um 'tribunal de revista' limitado à apreciação das 'questões' e 'vícios de direito'. Além disso, ao demandante de uma protecção jurídica deve ser reconhecida a possibilidade de, em *tempo útil* ('adequação temporal', 'justiça temporalmente adequada'), obter uma sentença executória com força de caso julgado – 'a justiça tardia equívale a uma denegação da justiça'. Note-se que a exigência de um processo sem *dilações indevidas*, ou seja, de uma prestação judicial em tempo adequado, não significa necessariamente 'justiça acelerada'. A 'aceleração' da protecção jurídica que se traduza em diminuição de garantias processuais e materiais (prazos de recurso, supressão de instâncias) pode conduzir a uma justiça pronta, mas materialmente injusta. (CANOTILHO, 1999, p. 466-467).

Sendo assim, finaliza-se o presente trabalho através do importantíssimo alerta de Canotilho e dos Wambier para o perigo da aceleração da protecção jurídica com a supressão de garantias processuais (e materiais), que é o que, verdadeiramente, se observa no art. 285-A do Código de Processo Civil brasileiro, principalmente com relação aos princípios do devido processo legal e do contraditório.

5. Conclusão

Constata-se, portanto, que o novel art. 285-A do Código de Processo Civil brasileiro não desfruta da constitucionalidade imprescindível para sua existência, aplicação e permanência no sistema jurídico, haja vista que fere, entre outras coisas, o princípio do devido processo legal e o do contraditório ao causar, conforme demonstrado, irrefutáveis prejuízos às partes (especialmente com relação à ampla defesa dos seus argumentos), ao processo (suprimindo fases e instância) e a uma efetiva realização da justiça, pelo que deve ser declarado inconstitucional e expurgado da prática processual.

A busca de uma razoável duração do processo, de uma efetividade e celeridade processual, não pode, como ocorreu com o art. 285-A do Código de Processo Civil, sacrificar princípios constitucionais e fundamentais como o do devido processo legal e o do contraditório.

Urge, assim, para uma prestação jurisdicional efetivamente justa, harmonizar a necessidade de celeridade processual com todos os princípios constitucionais.

6. Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Hermenêutica Crítica*: disciplina do mestrado em Direito da Universidade de Itaúna, ago./dez. 2008. Notas de aula.

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL, Luciana Gontijo Carreira Alvim. *Código de Processo Civil Reformado*. Curitiba: Juruá, 2008.

BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da reforma do código de processo civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

FOGAÇA, Anderson Ricardo. *Breves comentários ao art. 285-A do Código de Processo Civil*. 2006. Disponível em: <http://www.emap1.com.br/formacao_continuada/paper/cascavel/AndersonFogaca.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2008.

FUX, Luiz. *A reforma do processo civil*: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC. Niterói: Impetus, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2006.

JORGE, Flávio Cheim; DIDIER JR., Fredie; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *A terceira etapa da reforma processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LIMA FILHO, Franciscodas C. *Inconstitucionalidade da Lei 11.277/06*. 2006. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2657/Inconstitucionalidade_da_Lei_11277_06>. Acesso em: 15 nov. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil. v. 2. *Processo de conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Sentença emprestada: uma nova figura processual. *Revista de processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 31, n. 135, p. 152-160, mai. 2006.

MILLER, Cristiano Simão. O art. 285-A do código de processo civil: a sua constitucionalidade e os reflexos na efetividade processual. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VIII, n. 10, jun. 2007.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo III. São Paulo: Memória Jurídica, 2006.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. *Da inconstitucionalidade do Art. 285-A do CPC*, com redação dada pela Lei nº 11.277/2006. 2007. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=12&id=520>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

PELEJA JÚNIOR, Alberto. *Da inconstitucionalidade do art. 285-A do CPC*, com redação dada pela Lei nº 11.277/2006. 2007. Disponível em: <<http://www.prolegis.com.br/index.php?cont=12&id=520>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

RIBEIRO, Roseli. *Artigo 285-A do Código de Processo Civil*: sentença sem citação gera polêmica entre especialistas. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/noticias/noticias_917.html>. Acesso em: 15 nov. 2008.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 e 2006 do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. v. 1: Processo de conhecimento. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHULZE, Clenio Jair. Afinal, há inconstitucionalidade no art. 285-A do CPC? 2007. *Revista Doutrina*. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Afinal ha inconstitucionalidade no art 285A do CPC.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao020/Afinal%20ha%20inconstitucionalidade%20no%20art%20285-A%20do%20CPC.htm)>. Acesso em: 15 nov. 2008.

TEIXEIRA JUNIOR, Senomar. Interpretação do art. 285-A do Código de Processo Civil conforme a Constituição: a constitucionalidade da Lei nº 11.277/2006. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1084, 20 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8539>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre o julgamento de processos repetitivos*. 2007. Disponível em: <http://www.fagundes Cunha.org.br/amapar/revista/artigos/wambier_annotacoes.doc>. Acesso em: 27 fev. 2009.

ZABIN, Andirá Cristina Cassoli. *Celeridade processual a qualquer custo: a improcedência liminar – artigo 285-A do CPC*. 2007. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/230807.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2008.