

**ANÁLISE CRÍTICA SOBRE O ARTIGO 515, §3º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DA OCORRÊNCIA DA REFORMATIO IN PEJUS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**CRITICAL ANALYSIS OF ARTICLE 515, § 3 OF THE CODE OF CIVIL PROCEDURE AND THE POSSIBLE OCCURRENCE OF REFORMATIO IN PEJUS THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM**

*Luís Henrique Bortolai*

Mestrando em Acesso à Justiça na Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Pós-graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP (PUC-Campinas). Membro da Comissão de Cursos e Palestras da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Campinas/SP. Advogado em Campinas/SP.

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é proporcionar uma abordagem diferenciada acerca das disposições trazidas no Código de Processo Civil, após o advento da Lei nº 10.352/01, ao acrescer o parágrafo terceiro ao artigo 515, modificando a sistemática pátria acerca do recurso de apelação, merecendo uma reflexão mais incisiva sobre determinados institutos do ordenamento brasileiro que sofreram alterações, tais como o princípio da *reformatio in pejus* e o da obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, além de uma análise crítica da Súmula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça, principalmente acerca dos conceitos de coisa julgada e de trânsito em julgado.

**Abstract:** The aim of this paper is to provide a differentiated approach brought about the provisions in the Code of Civil Procedure, after the enactment of Law nº 10.352/01, accrue to the third paragraph of article 515, changing the systematic appeal, deserving a more incisive on certain institutes of the brazilian legal system that have changed, such as the principle of *reformatio in pejus* and the obligation of the two levels of jurisdiction, and a critical analysis of Precedent nº 401 of the Superior Court, mainly on the concepts of *res judicata*.

**Palavras-chave:** Lei nº 10.352/01 – Apelação – Art. 515, §3º do CPC – Efeitos da apelação – Princípio do duplo grau de jurisdição – Teoria da causa madura – Princípio da *reformatio in pejus* – Voluntariedade – Disponibilidade – Súmula nº 401 do STJ – Capítulos da sentença – Coisa julgada – Trânsito em julgado.

**Keywords:** Law nº. 10.352/01 - Appeal - Article 515, § 3 CPC - Effect of appeal - The principle of appeal -Theory of the mature cause - Principle of reformatio in pejus - Willingness - Availability - Precedent nº 401 STJ - Chapters of the verdict - Res judicata.

**Sumário:** 1. Introdução 2. O recurso de apelação no ordenamento jurídico brasileiro 3. A inserção do parágrafo 3º no artigo 515 do CPC com a Lei nº 10.352/01 4. A aparente obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição 5. A possibilidade da *reformatio in pejus* no ordenamento jurídico brasileiro processual 6. Sumula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça 7. Conclusão. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

A presente abordagem objetiva, de forma sintética, a realização de acerca das mudanças trazidas ao ordenamento jurídico brasileiro, após o advento da Lei nº 10.352 de 26 de dezembro de 2001, em especial ao modificar o artigo 515, inserindo o §3º a aludida norma do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

(...)

§ 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

A proposta no presente trabalho tem o intuito de trazer uma visão diferenciada do assunto, ao tentar solucionar dois questionamentos básicos: se é necessário haver um pedido expresso da parte que ingressou com o recurso de apelação, da decisão de primeira instância, para análise dos dispositivos impugnados, no que tange ao seu mérito, sendo questões de ordem pública ou não e se a parte que recorreu da sentença de não conhecimento do mérito pode ter sua situação agravada, com o julgamento improcedente do mérito, por parte do tribunal *ad quem* havendo uma clara ocorrência da mitigação do princípio processual da *reformatio in pejus*. Nesta linha, o Superior Tribunal de Justiça possui julgado interessante, se inclinando em uma determinada linha: “A aplicação prática do art. 515, §3º independe de pedido expresso do apelante; basta que o tribunal considere a causa pronta para julgamento”.<sup>1</sup> Segundo alguns doutrinadores, dentre os quais se destacam Freddie Didier Júnior, no entanto, necessário

---

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; 4ª Turma; REsp nº 836.932 (2006/0076239-8); Min. Fernando Gonçalves; Recorrente: Agropecuária Bela Vista S/A; Adv. Agenor Roberto Catoci Barbosa; Recorrido: Ruttman e Filhos Ltda; Adv. Eldécio Vieira e Outros; Julgado 06/11/08; DJ 24/11/08.

o requerimento da parte de forma expressa. Ainda neste embate Leonardo José Carneiro da Cunha assim se posiciona:

Como já se viu, a devolutividade da apelação e, de resto, a de qualquer recurso é definida pela parte recorrente. Assim, cabe ao apelante fixar a extensão do efeito devolutivo de sua apelação, diferentemente da profundidade que é estabelecida em lei. Em relação à apelação, a profundidade de seu efeito de seu efeito devolutivo é ampla, em virtude da regra contida nos §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC. Já a extensão é, repita-se fixada pelo recorrente, nas razões de seu apelo. Então, o tribunal, concordando ser caso de análise de mérito, somente poderá dele conhecer, após dar provimento ao apelo na parte que impugna a sentença terminativa, na hipótese de o apelante requerê-lo expressamente em suas razões recursais.<sup>2</sup>

Outra parcela da doutrina, dentre os quais se destacam José Carlos Barbosa Moreira, Luis Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, ponderam pela não necessidade de pedido da parte para o deslinde da demanda. Senão vejamos:

Teria sido melhor que o diploma de 1973 houvesse proibido *expressis verbis* a *reformatio in peius*. Parece-nos, contudo, que à luz dele se torna ainda mais difícil do que à do anterior, senão verdadeiramente impossível, sustentar-lhe a admissibilidade. Com efeito: se a impugnação só abrange parte da sentença, o caput do art. 515 basta para excluir a cognição do órgão ad quem no tocante à matéria não impugnada; conseqüentemente, se o autor que pedira x + y, e só obtivera x, apela sozinho, para tentar obter y, em relação à parcela x, que por hipótese não foi objeto de impugnação do réu, a sentença transitou em julgado, e o tribunal não pode subtraí-la ao apelante. Mesmo fora desse caso, porém, os argumentos de ordem sistemática utilizáveis sob o regime de 1939, para excluir a *reformatio in peius*, continuam válidos para o ordenamento em vigor, e até se vêem reforçados pela introdução, neste, do recurso adesivo.<sup>3</sup>

Tais questionamentos, de plano, se mostram mais do que suficientes para servirem de pano de fundo do presente artigo, ao revelar a divergência existente acerca

---

<sup>2</sup> DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Inovações no processo civil (comentários às leis 10.352 e 10.358/2001)*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 85.

<sup>3</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V (arts. 476 a 565). 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.434.

do tema, que assume relevante importância nas disposições práticas do processo civil. As mudanças legislativas buscam se adequar as necessidades e os anseios sociais, principalmente no que tange a questão do tempo, problema que vem afligindo boa parte da discussão apresentada ao Poder Judiciário, devido a demora na materialização das decisões.

## 2. O recurso de apelação no ordenamento jurídico brasileiro

A apelação, recurso cabível no combate das sentenças, tem origem na antiguidade, desde Roma, como forma de reavaliar as decisões então proferidas, possuindo uma pertinência temática relevante no âmbito do Poder Judiciário, ao possibilitar uma reanálise, por um colegiado de magistrados, normalmente mais experientes no julgamento das demandas, que reapreciam o processo, em especial àqueles pontos levantados pelo recorrente e pela parte contrária, de modo a concretizar, de modo efetivo, o princípio do acesso à justiça material. O aludido recurso objetiva ora a anulação da decisão inicial do processo, ora a sua reforma, seja total, seja em alguns de seus trechos. Tal espécie de recurso possui diversos efeitos internos em sua concepção, dentre os quais se destacam:

- o devolutivo, ao possibilitar que o novo órgão julgador tenha condições de análise e ponderação das provas e argumentos apresentados, limitando o seu âmbito de atuação, sendo uma característica inerente a todo e qualquer tipo de recurso existente em nosso ordenamento. Segundo as lições de Barbosa Moreira<sup>4</sup>, tal efeito possui uma extensão, delimitando o que está sendo submetido à apreciação do tribunal de segunda instância e uma profundidade, até quando o julgador pode se estender sobre o assunto apresentado, delimitando a matéria a ser objeto de um juízo de ponderação.

- o suspensivo, ao impossibilitar o andamento natural do processo, com as demais fases, em que se destaca a fase de execução da sentença, por exemplo, devendo haver esta reanálise por parte do outro órgão julgador, antes da efetiva materialização dos efeitos legais ali apresentados, que inclusive, podem ser alterados e reformados, causando modificações no plano fático;

- o expansivo, que segundo a concepção moderna, se subdivide em: subjetivo, na qual a esfera jurídica de outras pessoas pode ser alcançada pela sentença terminativa, sejam elas partes na demanda, ou até mesmo terceiros, alheias a discussão principal, porém diretamente ligadas a alguma situação que possibilite esta formação do nexo de causalidade; e objetiva, que possui uma nova subdivisão, em externa, em que existe a possibilidade de desconstituição de uma situação previamente apresentada, em decorrência da sentença judicial modificada pelo novo órgão julgador; e a interna, desdobramento lógico do efeito translativo, que segundo concepção de Nelson Nery Júnior<sup>5</sup>, é o poder de atuação do magistrado agindo *extra*, *ultra* ou *infra petita*, quando

---

<sup>4</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.* p. 424

<sup>5</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 415.

houver questões de ordem pública apresentadas na demanda, que devem ser conhecidas de ofício pelo julgador, independente de qualquer provação das partes, em que não existe a necessidade de manifestação pelas partes, devendo ser analisados pelos julgadores, como forma de realizar uma melhor ponderação do caso concreto, independente de pedido expresso da parte, realizando-se assim as disposições contidas no texto constitucional, tais como a efetividade da jurisdição e o acesso à justiça.

A mudança legal, trazida pela Lei nº 10.352/01, possibilitou uma verdadeira extensão do efeito devolutivo do recurso em apresso, fornecendo plenos poderes aos desembargadores para apreciação das matérias sequer levantadas e ventiladas pelas partes no recurso de apelação, quando do não recebimento da petição inicial. Nesta linha ainda, a apelação objetiva uma reanálise, seja pela ocorrência de um *error in procedendo* seja pela hipótese de *error in judicando*, dentro do mesmo processo. Tais situações se caracterizam pelo fato de, respectivamente, haver um erro técnico no julgamento, em que o magistrado não se ateu a determinadas técnicas essenciais quando da sua aplicação prática, contaminando a sua decisão, podendo e inclusive devendo ser anulada referida disposição, devolvendo os autos serem devolvidos ao juiz de primeira instância para novo julgamento, quando da necessidade imperiosa de produção de provas. No caso de a demanda estar pronta para o julgamento, o próprio tribunal pode assumir tal encargo, promovendo assim a celeridade processual. A segunda ocorrência decorre do fato de o juiz se pautar por uma apreciação aparentemente equivocada das causas apresentadas, surgindo um vício de natureza substancial, merecendo sua reforma, devido ao possível erro cometido, cabendo ao órgão julgador de segunda instância, pautar pela necessidade ou não de novas provas a serem produzidas, para se considerar apto ao imediato julgamento. Caso contrário, poderá ser devolvido ao juízo *ad quo* para nova análise.

### **3. A inserção do parágrafo 3º no artigo 515 do CPC com a Lei nº 10.352/01**

A alteração no texto processual civil, possui respaldo desde as disposições apresentadas no século XIX, em que a flexibilização do duplo grau de jurisdição já era proposta, conforme se extrai da lição de Antônio Carlos de Araújo Cintra abaixo transcrita:

E, nesse caso, de *iure condendo*, seria preferível que a solução dada à hipótese da prescrição fosse estendida à apelação das sentenças terminativas, cabendo ao tribunal de apelação verificar, em cada caso, se a causa está madura para o julgamento do mérito, desde logo, pelo próprio tribunal. Apenas no caso negativo voltariam os autos ao primeiro grau de jurisdição. Assim, se evitaria dano para a celeridade e

economia processual, com uma concepção mais flexível do duplo grau de jurisdição.<sup>6</sup>

Com o advento da aludida norma, houve uma severa mudança na sistemática brasileira, principalmente no que tange a interposição da apelação, nas hipóteses de sentenças que sequer tiveram o mérito da demanda analisada em primeiro grau de jurisdição. Antes da referida mudança, havia a apresentação do referido recurso, que ao ser provido pelo tribunal de segunda instância, devolvia o conhecimento da causa ao juiz de primeira instância, para reanálise da demanda. Ocorre que tal procedimento se mostrou muito formalístico e inibidor da efetivação da jurisdição, vez que, com a sentença prolatada pelo juiz de primeira instância, ordinariamente havia a interposição da apelação, surgindo assim nova análise, após todo o trâmite comum da demanda, por parte do órgão julgador. Na busca pela efetivação real e concreta dos princípios da instrumentalidade, da economia processual, da celeridade<sup>7</sup> e da efetividade, houve por bem trazer mudanças as disposições infraconstitucionais, a fim de racionalizar o procedimento adotado, de modo a trazer uma resposta mais rápida à demanda apresentada, desde que preenchidos alguns requisitos essenciais, quais sejam: se a demanda versar única e exclusivamente sobre matérias de direito, sem a necessidade de produção de qualquer tipo de prova, o que ensejaria sua devolução ao juízo de primeira instância, que ficaria restrito a disposição contida no acórdão no que tange à necessidade de produção das provas, bem como no fato de a causa estar apta ao imediato julgamento, hipótese esta complementar a primeira, tendo como base o conhecimento e a prudência do desembargador designado. No entanto, para o doutrinador Alexandre Freitas Câmara<sup>8</sup>, não é necessário o preenchimento cumulativo de ambos os pressupostos, mas apenas a possibilidade de julgamento imediato pelo tribunal, vez que o parágrafo em estudo, deve ser analisado em consonância com o sistema processual brasileiro como um todo, em especial o inciso I do artigo 330 do Código de Processo Civil, que versa sobre o julgamento imediato do mérito. Além do que, se a matéria fática não necessita ser provada, o próprio juiz de primeira instância poderia realizar o julgamento antecipado da lide, não havendo, portanto, qualquer nulidade quanto a atuação do tribunal. Esta linha de raciocínio é plausível, vez que está subentendido que, o processo está em plenas condições de julgamento, não existindo a necessidade de produção de qualquer tipo de prova, estando tudo que é necessário para

---

<sup>6</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, São Paulo: Tese, 1986, p. 107.

<sup>7</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

<sup>8</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. II, 11ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 90

o julgamento, diante do magistrado. Nesta linha ainda, mesmo que existisse matéria fática em debate, porém já apresentada com o as razões ou contrarrazões do recurso, sendo precedido pela efetivação do contraditório e da ampla defesa, o tribunal já se revela apto ao pleno julgamento da causa. Daí a nomenclatura utilizada na doutrina e na jurisprudência, no que tange ao parágrafo 3º do artigo 515 do CPC, a “teoria da causa madura”, ou seja, aquela discussão que é capaz de ter o mérito julgado de imediato, sem o preenchimento de qualquer outro requisito ou necessidade de devolução da matéria a outro órgão jurisdicional. O ministro Sálvio de Figueiredo assim já se manifestou acerca da teoria da causa madura:

(...) a questão está ‘madura’ quando o tribunal tem os elementos fáticos necessários para poder julgar o fundo do mérito da causa. Não é preciso sequer, *data venia*, que o juiz tenha esboçado maiores considerações sobre ela. ‘Madura’ está, pois, a questão quando não há mais necessidade de ir à 1ª instância para produção de provas.<sup>9</sup>

Sem a necessidade de devolução do processo à primeira instância, há grande economia de tempo e de atos processuais, possibilitando uma maior efetivação das disposições apresentadas na Constituição Federal, conforme já mencionado anteriormente. Tais preceito, se materializando, possibilitam uma revitalização da plena atuação do Poder Judiciário frente às necessidades sociais, bem como evitando a ineficácia das decisões. Importante destaque é trazido pela doutrina, conforme trecho abaixo destacado da obra de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, acerca da relevância desta mudança, para a sistemática brasileira:

Embora a norma conste a aditiva ‘e’, indicando que o tribunal só pode julgar o mérito se se tratar de matéria exclusivamente de direito e a causa estiver em condições de julgamento imediato, é possível o julgamento do mérito pelo tribunal quando a causa estiver madura para tanto. Exemplo disso ocorre quando é feita toda a instrução mas o juiz extingue o processo por ilegitimidade de parte (CPC 267 VI). O tribunal, entendendo que as partes são legítimas, pode dar provimento à apelação, afastando a carência e julgando o mérito, pois essa matéria já terá sido amplamente debatida e discutida no

---

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em REsp 89.240-RJ (2000/0089111-8; Embargante: Masa Participações Metalúrgicas Ltda; Adv. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira; Embargado: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás; Adv. Cândido Ferreira da Cunha Lobo, Corte Especial STJ; Julgado 06/03/2002; DJ 10/03/2003.

processo. Esse é o sentido teleológico da norma: economia processual.<sup>10</sup>

A origem histórica desta disposição, já era preceituada conforme dispõe Pontes de Miranda<sup>11</sup> e Barbosa Moreira<sup>12</sup>, nas Ordenações Filipinas, em que o Brasil ainda era uma colônia de Portugal, e revitalizadas novamente no ordenamento, de modo a trazer mudanças substantivas às necessidades modernas. Além disso, a mudança processual não obstrui o princípio do devido processo legal, ao possibilitar que o potencial requerido se manifeste em contrarrazões de apelação, momento em que deverá trazer ao conhecimento dos julgadores, todos os argumentos necessários e atinentes à discussão, materializando assim, as disposições apresentadas pelos princípios do contraditório e da ampla defesa, evitando assim o tão destemido “efeito surpresa”, em que o requerido é intimado de uma sentença condenatória de mérito, por exemplo, proferida pelo tribunal, que sequer havia tomado conhecimento da ação, sem se manifestar em momento algum. Seguindo de forma essencial a disposição de Carreira Alvim, citado na própria exposição de motivos da lei em alusão, tal mudança busca trazer maior agilidade ao sistema, ao afirmar que:

(...) como o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio destinado a um fim, não deve ir além dos limites necessários à sua finalidade. Muitas matérias já se encontram pacificadas no tribunal – como, por exemplo, na Justiça Federal e na dos Estados, as questões relativas a expurgos inflacionários – mas muitos juízes de primeiro grau, em lugar de decidirem de vez a causa, extinguem o processo sem julgamento do mérito, o que obriga o tribunal a anular a sentença, devolvendo os autos à origem, para que seja julgada no mérito. Tais feitos estão, muitas vezes, devidamente instruídos, comportando julgamento antecipado da lide (art. 330, CPC), mas o julgador, por apegado amor às formas, se esquece de que o mérito da causa, constitui a razão primeira e última do próprio processo<sup>13</sup>

Almejando um bem jurídico maior, a efetivação da jurisdição, a mudança legislativa vem apenas possibilitar que os magistrados atuem de forma mais condizente com o poder jurisdicional que possuem, de responderem as demandas que lhe são

---

<sup>10</sup> NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e leg. extrav.*, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 885.

<sup>11</sup> MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de Processo civil*. Tomo VIII, São Paulo: Forense, 1975, p. 211.

<sup>12</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa *Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 429

<sup>13</sup> BRASIL. Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.474/00, convertido na Lei nº 10.352/01, que altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário.

apresentadas de forma efetiva e célere. Como não houve apreciação do mérito, uma vez que a inicial sequer foi recebido pelo juízo de primeiro grau, a apelação apresentada, se adéqua a hipótese de apelação total, segunda construção doutrinária, devolvendo ao tribunal toda a matéria a ser discutida, em contrapartida a apelação parcial, típico caso em que somente alguns capítulos da sentença de mérito são combatidos. Alguns doutrinadores se atem ao fato de esta mudança dentro do ordenamento possuir ou não eficácia imediata diante das sentenças que são proferidas diariamente pelos magistrados. Segundo uma linha mais coerente, não importa se as sentenças terminativas tenham sido prolatadas antes de data da promulgação da lei que modificou a sistemática recursal, vez que tal alteração é meramente procedimental, que apenas busca operacionalizar a atuação do tribunal, não atingindo os atos já consumados e regidos pelas disposições legais anteriores, que são protegidos com o manto do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. A título de exemplo, extrai-se o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que represente muito bem esta interpretação teleológica, que tem predominado na atualidade:

(...) nem se diga que alteração promovida no § 3º do art. 515 do CPC não poderia ser aplicada imediatamente. O princípio de que a lei aplicável aos recursos é aquela vigente ao tempo da publicação da decisão recorrida não pode ser invocado. Aquele entendimento é reservado aos casos de supressão ou alteração dos próprios recursos, o que não é o caso. Aqui, houve apenas um elastecimento do poder da jurisdição de segunda instância, com mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição, cuja aplicabilidade é imediata, abarcando também os processos com sentença da data anterior à entrada em vigor da nova lei e cujo recurso ou remessa ainda não tem sido apreciados.<sup>14</sup>

Referida mudança não padece de qualquer inconstitucionalidade, vez que as mudanças atinentes aos procedimentos recursais, estão dispostas em normas infraconstitucionais, como o caso do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/73), que pode sofrer alterações por meio de leis do mesmo nível hierárquico, sem qualquer nulidade ou problema prático. No entanto, relevante que tal aplicação se limite única e exclusivamente ao recurso de apelação, por ser uma disposição expressa neste sentido, ao interligar o *caput* do artigo 515 do CPC com seus parágrafos, não podendo ser estendido a qualquer outra espécie de recurso, seja o especial ou o extraordinário, por exemplo. Apesar disso, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal divergirem sobre o tema, conforme excertos abaixo transcritos, respectivamente:

---

<sup>14</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Civil nº 2001.72.09.003082-4/SC, 5ª Turma, Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, Apelante: Haroldo Kuhl; Adv. Miguel D. Artagnam Buchmann; Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; Adv. Mariana Gomes de Castilhos; V.U., Julgado em 29/08/02; DJ 18/09/02 in REPRO 111/371.

MANDADO DE SEGURANÇA - ATO JUDICIAL - TERCEIRO PREJUDICADO - UTILIZAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA - SÚMULA 202/STJ - APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, § 3º, CPC - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - EXAME DO MÉRITO - ISENÇÃO DE IPVA - LEI ESTADUAL Nº 10.849/92. (...) 2. A jurisprudência do STJ admite aplicar recurso ordinário em mandado de segurança a regra do art. 515, § 3º, do CPC. Inúmeros precedentes. 3. Posição que diverge do entendimento do STF (RMS 24.309-4, Rel. Min. Marco Aurélio; RMS 22.180/DF, Rel. Min. Eros Grau), inadmitindo a aplicação analógica do art. 515, § 3º CPC em recurso ordinário. 4. Afastando-se o óbice procedimental que impediu o exame do pedido mandamental, retornam os autos à origem para exame do mérito. 5. Recurso ordinário provido em parte.<sup>15</sup>

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. IMÓVEL FUNCIONAL. LEI N. 8.025/90. ART. 515, § 3º, DO CPC. INAPLICABILIDADE AO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA (...) 3. Inaplicabilidade do art. 515, § 3º, do CPC - inserido no capítulo da apelação - aos casos de recurso ordinário em mandado de segurança, visto tratar-se de competência definida no texto constitucional. Precedentes [RMS n. 24.309, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ 30.04.2004 e RMS n. 24.789, Relator o Ministro EROS GRAU, DJ 26.11.2004]. 4. Recurso ordinário julgado parcialmente procedente, determinando-se a remessa dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para apreciação do mérito da impetração. Decisão: A Turma deu parcial provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator. Unânime. 1a. Turma, 22.06.2005.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; RMS 27.368/PE; Rel. Ministra Eliana Calmon; Segunda Turma; Recorrente: Estado de Pernambuco; Recorrido: Banco ABN AMRO Real S/A; Julgado em 17/03/2009, DJ 27/05/2009.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal; RMS 22180/DF; Recurso em Mandado de Segurança; Relator(a): Min. Eros Grau;; Órgão Julgador: Primeira Turma; Parte(s) Reclamante: Alvaro Jose Teles Pacheco; Advogado: Anthony de Souza Soares e Outro; Reclamado: União Federal; Julgamento: 22/06/2005; DJ 12/08/05.

O julgado do STJ valeu-se do princípio da analogia para aplicação do preceito em alusão, no entanto, não se apega ao fato de que os recursos dos tribunais superiores terem a função de reanálise da causa, e não de uma mera cassação das decisões, como ocorre, por exemplo, no recurso de apelação. Nesta linha ainda, a Súmula nº 41 do referido tribunal pondera que: “O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos.” Diante disso, resta evidenciado a contradição existente entre os dispositivos, vez que a interpretação feita do artigo 515 vai de encontro a disposição da súmula nº 41 do STJ, caindo por terra a argumentação apresentada no primeiro julgado acima transcrito, vez que os tribunais superiores são tribunais de exceção, e não ordinários. Além disso, essencial apontar que, se nem o juiz de primeira instância e nem o tribunal analisaram a demanda, não existe razão pela qual o Superior Tribunal de Justiça assumir tal encargo, vez que caberiam aos órgãos inferiores tal incumbência. Reiterando tal posicionamento, apenas as normas constitucionais podem estabelecer as matérias competentes dos tribunais superiores, não cabendo a lei ordinária tal fardo, como seria o caso do CPC, sob flagrante hipótese de inconstitucionalidade, o que não pode prosperar.

A aparente contradição existente entre o caput do artigo 515, que limita o conhecimento do juiz de segunda instância às matérias impugnadas pela parte no âmbito do recurso, não se contradiz com a disposição do parágrafo terceiro, ora em análise, vez que tal situação se limita apenas aos casos em que o juiz de primeira instância sequer conheceu do mérito, havendo, portanto, a devolução integral de todo e qualquer argumento apresentado ao tribunal, que não se limitará apenas as disposições apresentadas no bojo do recurso, havendo ou não pedido expresso da parte ao requerer o imediato julgamento da demanda, posicionamento moderno e que vem se firmando na jurisprudência<sup>17</sup>, preconizando desta forma a efetiva resposta do Estado, detentor do poder jurisdicional, de trazer uma solução plausível ao fato controvertido que lhe é apresentado.

#### **4. A aparente obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição**

---

<sup>17</sup> PROCESSO CIVIL. PROCESSO. EXTINÇÃO. SENTENÇA TERMINATIVA. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. APELAÇÃO. TRIBUNAL. MÉRITO. JULGAMENTO. POSSIBILIDADE. PEDIDO EXPRESSO. DESNECESSIDADE. MATÉRIA DE FATO. CAUSA MADURA. 1 - Extinto o processo, sem julgamento de mérito, por ilegitimidade passiva *ad causam*, pode o tribunal, na apelação, afastada a causa de extinção, julgar o mérito da contenda, ainda que não haja pedido expresso nesse sentido, máxime se, como no caso concreto, as razões de apelação estão pautadas na procedência do pedido inicial, porque demonstrado o fato constitutivo do direito e não contraposta causa extintiva desse mesmo direito. Deficiência técnica que não tem força bastante para se opor à *mens legis*, fundada na celeridade, economia e efetividade. (...) (STJ; 4ª Turma; REsp 836.932; Min. Fernando Gonçalves; Recorrente: Agropecuária Bela Vista S/A; Adv. Agenor Roberto Catoci Barbosa; Recorrido: Ruttmann e Filhos Ltda; Adv. Eldécio Vieira e Outros; Julgado em 06/08/2008; DJE 24/11/2008)

O princípio do duplo grau de jurisdição está presente no ordenamento jurídico brasileiro de forma implícita no que tange as relações privadas, através de uma interpretação sistemática das disposições apresentadas no Código de Processo Civil, em especial no que se refere ao artigo 475<sup>18</sup>, que inclusive sofreu modificações com o advento da Lei nº 10.352/01, ao se basear nas sentenças proferidas em face da Fazenda Pública. Referida disposição, segundo a compreensão do tema, principalmente pelas exposições de Nelson Nery Júnior<sup>19</sup>, é uma típica condição de eficácia da sentença, transferindo ao tribunal de segunda instância, o conhecimento integral da matéria em debate, para então surtir efeitos práticos na realidade.

O professor Nelson Nery Júnior, traz importante lição, essencial ao presente estudo, acerca da incidência do princípio do duplo grau de jurisdição, qual seja: “(...) muito embora o princípio do duplo grau de jurisdição esteja previsto na CF, não tem incidência ilimitada, como ocorria no sistema da Constituição Imperial”.<sup>20</sup> Portanto, tal preceito é uma faculdade que a parte possui ao ingressar ou não com o recurso cabível, quando do momento propício, após a prolação da sentença, não sendo uma obrigação inerente a tutela jurisdicional. O princípio do duplo grau de jurisdição, consagrado na Revolução Francesa, segundo preceitua Moacyr Amaral Santos<sup>21</sup>, modificou as concepções até então existentes, possibilitando o reexame das decisões, tornando muito mais efetivas e seguras às sentenças judiciais.

A norma do artigo 475 do Código de Processo Civil se limita apenas as sentenças proferidas em face do Estado em seu sentido lato, bem como as que julgarem procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública. Tais disposições se mostram pertinentes e aplicáveis, sempre que a União, os Estados, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações, estiverem num dos

---

<sup>18</sup> Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)

I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público; (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)

II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 2001)

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001)

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 2001)

<sup>19</sup> NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 62.

<sup>20</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.41.

<sup>21</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Processo Civil*, 3º vol., 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 83/84.

pólos da ação, não sendo, porém, um preceito fundamental a ser aplicado em todos os demais casos, em que particulares estão em conflito. Se as partes se sentiram satisfeitas com a decisão proferida pelo juiz de primeira instância, por exemplo, bem como no caso de um acordo em que os litigantes chegaram, não há motivo para a obrigatoriedade de uma nova análise da demanda, apenas para cumprimento deste preceito. A título de exemplo, o Supremo Tribunal Federal possui preceito bem elucidativo à presente demanda, principalmente ao interpretar os tratados internacionais da qual o Brasil é signatário:

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 5º, PARÁGRAFOS 1º E 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO E CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04. GARANTIA QUE NÃO É ABSOLUTA E DEVE SE COMPATIBILIZAR COM AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. (...)  
3. Contudo, não obstante o fato de que o princípio do duplo grau de jurisdição previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos tenha sido internalizado no direito doméstico brasileiro, isto não significa que esse princípio revista-se de natureza absoluta. 4. A própria Constituição Federal estabelece exceções ao princípio do duplo grau de jurisdição.<sup>22</sup>

O Decreto nº 678/92, que introduziu no ordenamento brasileiro, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, materializado por meio do Pacto de San Jose da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, preconiza em seu 8º, item 10 que qualquer pessoa possui “o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”. Com a alteração promovida no artigo 5º da Constituição Federal, inserido o parágrafo terceiro ao aludido artigo, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, tal mudança possibilitou a equiparação das convenções internacionais sobre direitos humanos, como a supra mencionada, das demais disposições constitucionais, assumindo tal alteração importante papel em face da atual conjuntura mundial, principalmente com a interação constante entre os países. Em sentido contrário, conforme mencionado no julgado acima transcrito resta evidenciado que tal garantia não é unânime, podendo sofrer mitigações, em determinadas hipóteses, na busca por uma efetivação da jurisdição, concretizando outros princípios tão essenciais quanto o do duplo grau de jurisdição, como o da

---

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 601.832 AgR; Relator(a): Min. Joaquim Barbosa; Segunda Turma; Agravante: Casem Mazloum; Adv. Adriano Salles Vanni e Outros; Agravado: Ministério Público Federal; Julgado em 17/03/2009; DJ 02/04/2009; RSJADV jun., 2009, p. 34-38; RT v. 98, n. 885, 2009, p. 518-524.

economia processual e o da celeridade. Tal exemplo reflete, de forma imaculada, a possibilidade clara e evidente de não aplicação, em todos os casos, de um reexame da matéria, devido a relevância que determinados princípios possuem, em hipóteses determinadas, em detrimento de outras necessidades mais propícias ao caso concreto. Fica evidenciado com o exemplo supra mencionado que existe sim a possibilidade de mitigação do princípio do duplo grau de jurisdição, sem qualquer ocorrência de nulidade no processo.

A efetivação do princípio do duplo grau de jurisdição possui posicionamentos favoráveis e contrários na doutrina e na jurisprudência. A favor milita a necessidade de julgadores mais bem preparados, com uma formação mais completa e atual, que se preocupe com o verdadeiro fim daquela demanda que lhe é apresentado. Além disso, a possibilidade de um grupo de magistrados mais experientes, que estão acostumados a lidar com estes casos, que, reunidos, debatem e ponderam os pontos apresentados de modo a trazer um julgamento mais equânime ao caso concreto também se mostra um argumento adequado a aplicação do duplo grau de jurisdição. Em sentido oposto, a redução da incidência do duplo grau de jurisdição provocaria uma evidente limitação ao acesso à justiça, disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil<sup>23</sup>. Além disso, tal proposição é um claro obstáculo à efetivação das decisões, devido à necessidade de um novo exame da matéria, por um novo órgão julgador, criando mais um problema a plena efetivação das disposições contidas na resposta jurisdicional. O texto constitucional também dispõe no seu artigo 5º inciso LV que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Tal preceito, diferentemente do que muitos doutrinadores apresentam, tal como Luiz Guilherme Marinoni<sup>24</sup>, garante a efetivação do contraditório e da ampla defesa, sendo o princípio do duplo grau de jurisdição um reflexo da interpretação expansiva da aludida norma, devendo ser ponderado e sopesado cada situação em que deve haver a sua incidência, de modo a evitar problemas de aplicação das normas.

O doutrinador sempre crítico em seus posicionamentos, porém sempre pontual a presente discussão é José Carlos Barbosa Moreira, ao dissertar sobre a possibilidade de a parte que ingressou voluntariamente com recurso de apelação ter a sua situação analisada diretamente pelo tribunal:

---

<sup>23</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>24</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 217.

Modificou substancialmente tal regime a Lei nº 10.352/2001, ao acrescentar ao art. 515, § 3º, a cuja luz pode ocorrer, agora, que uma sentença meramente terminativa venha a ser substituída por acórdão relativo ao *meritum causae*. Ampliou-se o efeito devolutivo da apelação e, do mesmo passo, tornou-se inevitável a revisão das ideias correntes acerca do princípio do duplo grau de jurisdição – que, repita-se, não está definido em texto algum, nem tem significação universal fixada *a priori*: seu alcance será aquele que resulta do exame do *ius positum*, e portanto discutir se o infringe ou não disposição legal como a que ora se comenta é inverter os termos da questão.<sup>25</sup>

Portanto, a materialização do princípio do duplo grau de jurisdição objetiva uma dupla finalidade, a de solucionar eventuais falhas cometidas pelo juiz que primeiro analisou a demanda e trazer uma nova resposta ao litígio, por meio de uma nova ponderação, através de um colegiado de magistrados. Seguindo a linha da presente abordagem, o julgamento pelo tribunal, com fundamento no artigo 515, §3º do CPC, não foge das premissas acima apresentadas, vez que esta solucionando as possíveis falhas causadas pelo juízo monocrático de primeira instância, ao não receber a petição inicial, bem como revitalizando o acesso à justiça, ressurgindo o sentimento de efetivação da jurisdição, ao trazer uma solução, de plano, ao caso concreto apresentado. Resta evidenciado, portanto, que, quando existir um conflito entre princípios, não existe uma exclusão de um deles, mas sim uma coexistência de ambos, em que cada situação apresentada deve ter suas núcias podenderadas, de modo a trazer ao caso concreto a melhor decisão possível. Segundo o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco:

(...) o tribunal mesmo julgando o mérito sem o pedido do apelante e contra sua posição no litígio, não haverá, quebra do princípio do duplo grau, nem exclusão do contraditório, porque o julgamento feito pelo tribunal incidirá sobre o processo precisamente no ponto em que incidiria a sentença do juiz inferior.<sup>26</sup>

Tal posicionamento se mostra prudente as necessidades e anseios das partes, ao trazer o maior grau de efetivação à jurisdição, possibilitando que a situação apresentada seja julgada o quanto antes. Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior se manifesta no seguinte sentido:

---

<sup>25</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V (arts. 476 a 565). 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.430.

<sup>26</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 160

(...) aos se atribuir ao tribunal, em exegese ao § 3º do Art. 515 do CPC, o poder de proferir a decisão de mérito sobre tema (o mérito) que não foi objeto de requerimento e debate no pronunciamento recursal estar-se-á afrontando direito das partes, sobretudo do litigante que vier a experimentar derrota.<sup>27</sup>

Referido doutrinador se limita a questões meramente formais, que não podem ser colocadas a par da real e efetiva prática da jurisdição, trazendo ao caso concreto uma resposta objetiva e satisfativa ao comando apresentado, seja pelo tribunal, seja pelo juiz de primeira instância. Diante disso, mostra-se muito mais prudente os argumentos contra a supremacia do duplo grau de jurisdição do que os prós, única e exclusivamente nos casos apresentados no artigo 515, §3º do Código de Processo Civil, por ser uma medida justa e que não traz qualquer problema ao caso, vez que as partes possuem a oportunidade de se manifestarem acerca do caso, em suas razões de apelação.

## **5. A possibilidade da *reformatio in pejus* no ordenamento jurídico brasileiro processual**

Assim, como citado na obra de Alexandre Freitas Câmara<sup>28</sup>, a apresentação do recurso de apelação, de forma voluntária e espontânea, por parte do autor da demanda, possibilita a apreciação plena por parte do tribunal, havendo a clara possibilidade de julgamento do mérito, podendo tal demanda ser julgada improcedente, o que impossibilitaria a repositura da ação, algo que não ocorreria caso o autor se conformasse com a sentença do juiz de primeiro grau. A própria aplicação da mudança legislativa apresentada na presente abordagem, tem o intuito de trazer maior efetividade e celeridade ao andamento recursal, não havendo, portanto, a necessidade de pedido expresso no que tange a sua aplicação, por ser um poder-dever do julgador, e não uma mera faculdade apresentada ao mesmo, seja no que tange a matéria de ordem pública, seja em qualquer levantamento apresentado, não podendo ser alegado o efeito surpresa quando do pronunciamento de um possível julgamento improcedente do recurso, vez que ao interpor a apelação, o requerente tinha total conhecimento dos possíveis resultados desta demanda. Nesta linha, atual é a lição trazida por Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

Ao julgar o mérito, o tribunal poderá decidir pela procedência ou improcedência do pedido. Se decidir pela improcedência, não haverá *reformatio in pejus*, embora seja inegável que, para o autor, ela é pior que a extinção sem julgamento do mérito, já que impede a repositura da demanda. Mas só há *reformatio*

---

<sup>27</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47ª ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 664

<sup>28</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. cit.*, p. 92

*in pejus* quando a sentença de primeiro grau tenha sido de mérito, isto é, tenha apreciado a lide. Se foi meramente extintiva, o juiz nem sequer apreciou a pretensão formulada pelas partes, e o tribunal poderá acolhê-la ou rejeitá-la.<sup>29</sup>

A doutrina tem posicionamentos bem reflexivos no que tange à presente abordagem, através de um olhar diferenciado e crítico sobre a disposição legal, como por exemplo, a lição do então desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Roberto dos Santos Bedaque ao afirmar que:

Outro problema diz respeito a eventual resultado menos favorável ao apelante, pois uma carência poderia transformar-se em improcedência.

(...)

Admitida essa premissa, chega-se à conclusão inexorável de que o sistema processual brasileiro passou a admitir, ainda que em caráter excepcional, a *reformatio in pejus*. O apelante pretendia simplesmente a cassação da sentença terminativa e acabou recebendo pronunciamento de mérito contrário a seus interesses. Sem dúvida, sua situação piorou com o resultado do julgamento realizado em 2º grau. Mas a solução é previsível e justificável, pois representa simplesmente a antecipação de um resultado que, mais cedo ou mais tarde, viria a ocorrer. Se aceita a limitação ao duplo grau, princípio inerente ao sistema, mas não dogma intangível, em nome da celeridade processual, especialmente porque não se vislumbra prejuízo a qualquer das partes.<sup>30</sup>

A própria jurisprudência do STJ já tem posicionamento neste sentido, conforme trecho a seguir destacado: “No julgamento do mérito subsequente à cassação da sentença terminativa, é permitido ao tribunal decretar a improcedência da demanda, sem que isso esbarre nas vedações à *reformatio in pejus*”.<sup>31</sup> Assim, parece ser algo tão claro que a *reformatio in pejus* pode ocorrer na realidade jurídica, vez que o ato de apelar surgiu de uma liberalidade própria da parte, que não sofreu qualquer imposição legal para tal atuação, agindo pelo seu livre convencimento, conhecendo todas as regras

---

<sup>29</sup> GONGALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, vol. 2. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2006, p. 77/78

<sup>30</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 452.

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; 2ª Turma; REsp nº 859.595; Ministra Eliane Calmon; Recorrente: Caixa Econômica Federal; Adv. Marcos Nogueira Barcellos e Outros; Recorrido: Alair João Claudino; Adv. Erivecio Mendonça; Julgado 21/08/2008; DJ 14/10/2008.

e procedimentos existentes, não podendo alegar que foi prejudicado, quando já possuía conhecimento disso de antemão.

## 6. Sumula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça

Relevante também pautar algumas considerações acerca das disposições contidas na Súmula nº 401 do Superior Tribunal de Justiça, com a seguinte redação: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”, editada em 07/10/2009. Referida orientação do tribunal superior, busca individualizar e delimitar, com aparente segurança jurídica, uma data precisa para o início da contagem do prazo decadencial, para propositura da ação rescisória, não se importando com os capítulos e trânsitos em julgado parciais possivelmente ocorridos no transcurso da demanda. O doutrinador Cândido Rangel Dinamarco, traz importante lição acerca da existência dos capítulos de sentença de forma autônoma e separada das demais disposições da sentença:

Cada capítulo do decisório quer todos de mérito, quer heterogêneos, é uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outros. Nesse plano, a autonomia dos diversos capítulos de sentença revela apenas uma distinção funcional entre eles, sem que necessariamente todos sejam portadores de aptidão a constituir objeto de julgamentos separados, em processos distintos e mediante mais de uma sentença: a autonomia absoluta só se dá entre os capítulos de mérito, não porém em relação ao que contém julgamento da pretensão ao julgamento deste (capítulo que aprecia preliminares). Na teoria dos capítulos de sentença autônoma não é sinônimo de independência, havendo capítulos que comportariam julgamento em outro processo e também, em alguns casos, um capítulo que não o comportaria (o que rejeita preliminares).<sup>32</sup>

A não interposição de recurso, em face de determinadas partes da sentença, faz com que aquele trecho da decisão judicial transite em julgado, uma vez que não foi objeto de manifestação das partes, nem mesmo do tribunal, quando da interposição do recurso, havendo com isso, o trânsito em julgado daquele trecho, formando-se assim a coisa julgada material, passível de imediata execução, conforme

---

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2008, p.34.

entendimento do próprio Superior Tribunal de Justiça, exemplificado pelo seguinte extrato de um julgado:

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PARTE INCONTROVERSA. POSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DEFINITIVA. EMBARGOS Á EXECUÇÃO PARCIAIS. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO PARCIAL. CONFORMIDADE COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS. ART. 739, §2º DO CPC. 1. São definitivas a execução de parte de decisão judicial, não objeto de recurso ordinário ou extraordinário na fase de conhecimento, e a execução de título executivo judicial, quando pendente a apelação interposta contra a sentença de improcedência dos embargos. Precedentes. (...) <sup>33</sup>

Tal posicionamento é seguido por alguns doutrinadores, tais como Eduardo Arruda Alvim<sup>34</sup> e Barbosa Moreira<sup>35</sup>, no entanto, tal opinião ainda é minoritária, devido à própria existência da súmula do Superior Tribunal de Justiça. A decisão pioneira que ensejou toda esta fundamentação, está balizada no Recurso Especial nº 404.777/DF, conforme trecho a seguir transcrito: “Sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial” <sup>36</sup>.

Referido julgado, busca trazer a tona um conceito clássico, porém em desacordo com os anseios atuais, ao não possibilitar uma subdivisão da decisão judicial, como de fato ocorre, em capítulos, que tratam cada um de determinado ponto levantado, de modo a facilitar a compreensão do assunto, bem como de auxiliar a segmentação das matérias a serem possivelmente impugnadas. O Ministro do aludido tribunal, Paulo Medina, que votou de forma diversa dos demais ministros no julgado acima mencionado, se manifestou de forma expressa, seguindo a linha apresentada na presente exposição, desde que não houvesse relação entre os capítulos da sentença, o que poderia ensejar eventual confusão processual. Segundo o aludido ministro:

---

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 514.961/RS; Relatora Ministra Lautira Vaz; Recorrente: União; Recorrido: Ivone Raffi e Outros; Adv. Thiago Cecchini; Julgado 08/03/05; DJ 09/05/05.

<sup>34</sup> ALVIM, Eduardo Aruda. *Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 623/624.

<sup>35</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 265/266

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 404.777 (2002/0001978-1); Relator: Ministros Francisco Peçanha Marinho; Recorrente: Banco Central do Brasil; Adv. Francisco Siqueira e Outros; Recorrido: PEBB Corretora de Valores Ltda; Julgado em 21/11/02; DJ 09/06/03.

A coisa julgada material resulta da conjugação da existência de decisão de mérito e de esgotamento dos recursos (= trânsito em julgado). Não necessita de requisito temporal, relativo à extinção completa da lide. Assim, pode restar configurada a coisa julgada material, não obstante ainda penda recurso na causa de ser apreciado. A assertiva é facilmente verificável quando se visualiza hipótese em que, por exemplo, o mérito da causa tenha sido julgado, restando irrecorrido, e uma das partes manifeste inconformismo em relação apenas a preliminar de legitimidade passiva, por exemplo, trazendo a discussão referente à preliminar até o grau extraordinário.<sup>37</sup>

Esta segmentação se mostra essencial também, ao possibilitar a interposição de uma possível ação rescisória, no competente órgão julgador, dependendo do momento em que aquela parte da sentença transitou em julgado. Tal entendimento é seguido pelo Tribunal Superior do Trabalho, através da Súmula nº 100, que se apresenta da seguinte maneira:

Súmula 100. Ação rescisória. Decadência.

(...)

II - Havendo recurso parcial no processo principal, o trânsito em julgado dá-se em momentos e em tribunais diferentes, contando-se o prazo decadencial para a ação rescisória do trânsito em julgado de cada decisão, salvo se o recurso tratar de preliminar ou prejudicial que possa tornar insubsistente a decisão recorrida, hipótese em que flui a decadência a partir do trânsito em julgado da decisão que julgar o recurso parcial. (ex-Súmula nº 100 - alterada pela Res. 109/2001, DJ 20.04.01);

A possibilidade de trânsito em julgado parcial é mais do que uma evidência na realidade jurídica brasileira, vez que possibilita a fase de execução, ainda que provisória, por parte do vencedor da demanda. Os juristas que se coadunam com o entendimento do STJ, pregam maior segurança aos processos, ao reunir em um único momento, a formação da coisa julgada material, bem como evitar possíveis tumultos processuais, ao reunir numa mesma demanda, autos principais e ações rescisórias que possivelmente poderiam entrar em conflito. No entanto, tal raciocínio merece severas críticas vez que impossibilita a efetivação da jurisdição, bem como da celeridade processual, um dos princípios essenciais e basilares do ordenamento jurídico brasileiro moderno, que se mostram extirpados da realidade, ao tornar ainda mais moroso a

---

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 404.777 (2002/0001978-1); Relator: Ministros Francisco Peçanha Marinho; Recorrente: Banco Central do Brasil; Adv. Francisco Siqueira e Outros; Recorrido: PEBB Corretora de Valores Ltda; Julgado em 21/11/02; DJ 09/06/03.

possibilidade de qualquer discussão sobre determinados temas do processo, quando ainda do seu trâmite. A segmentação das decisões torna ainda mais evidente que o Estado está atuando de forma ativa na prestação jurisdicional, ao possibilitar novos debates sobre determinados pontos, tornando ainda mais viva à demanda judicial.

Relevante diferenciar dois institutos essenciais a presente discussão, porém inconfundíveis, qual seja o trânsito em julgado e a coisa julgada. A coisa julgada necessita da ocorrência prévia do trânsito em julgado, porém a recíproca não é verdadeira. O trânsito em julgado, segundo a concepção de Eduardo Talamini, em estudo específico acerca do tema, é o “aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença”.<sup>38</sup> Em contrapartida, a coisa julgada é a “autoridade que se estabelece impeditiva da reabertura do processo. Estão em relação de causa e efeito”.<sup>39</sup> Esta diferenciação se mostra essencial ao presente trabalho, ao possibilitar a distinção entre os dois institutos, que visivelmente se referem a momentos e situações opostas, merecendo especial atenção do interprete-aplicador, no momento de sua análise.

## 7. Conclusão

A problemática apresentada no presente artigo se mostra pontual a atual conjuntura da sistemática recursal brasileira, pois está intimamente ligada a efetivação dos princípios da celeridade e da economia processual. Possibilitar que o tribunal de segunda instância assuma o encargo de solucionar a demanda, proporcionando um ambiente mais claro e que traga maior certeza jurídica às demandas, é um objetivo louvável e necessário a atual conjuntura do ordenamento brasileiro.

Diante das exposições apresentadas, resta patente que a atuação do magistrado, seja em primeira seja em segundo grau de jurisdição, deve ser ativa e permanente, de modo a possibilitar a plena efetivação da tutela jurisdicional, proporcionando aos litigantes, uma resposta precisa e que satisfaça as necessidades e anseios depositados perante o Poder Judiciário, guardada as suas devidas proporções. A inovação trazida com o parágrafo terceiro do artigo 515 do CPC revela uma mudança de concepção, buscando uma maior celeridade e efetivação das disposições contidas no referido diploma, tornando o magistrado um ser muito mais ativo na relação processual, atuando de acordo com as necessidades e anseios que a situação que lhe apresenta necessita, buscando trazer a melhor solução ao caso concreto.

Acerca do tema, o comentário de Cândido Rangel Dinamarco conclui muito bem as exposições aqui apresentadas:

---

<sup>38</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 32.

<sup>39</sup> TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 32.

Afaste-se desde logo a suspeita de que este princípio *peque* por inconstitucionalidade ao permitir um julgamento *per saltum*, ficando, pois excluída a decisão da causa pelo juiz inferior – porque na ordem constitucional brasileira não há uma garantia do duplo grau de jurisdição.

A Constituição Federal prestigia o duplo grau como princípio, não como garantia ao enunciar seguidas vezes a competência dos tribunais para o julgamento dos recursos; mas ela própria põe ressalvas à imposição desse princípio, especialmente ao enumerar hipóteses da competência originária dos tribunais, nas quais é quase sempre problemática a admissibilidade de algum recurso, seja para o próprio tribunal, seja para outro de nível mais elevado.

Em face disso, em princípio não é inconstitucionalmente repudiada uma norma legal que confine em um só grau jurisdicional o julgamento de uma causa ou que outorgue competência ao tribunal para julgar alguma outra, ainda não julgada pelo juiz inferior.<sup>40</sup>

Sobre os questionamentos propostos no início da abordagem, extraem-se as seguintes conclusões: não é necessário haver um pedido expresso da parte, seja para o julgamento imediato por parte do órgão de segunda instância, seja para análise de questões atinentes ao recurso de apelação, em seu mérito, levantamento de ordem pública ou próprias do julgamento da demanda, graças ao poder-dever do magistrado, ao tomar conhecimento dos apontamentos existentes e das informações apresentadas juntos da demanda, que necessitam ser apreciados de plano. Além disso, existe a possibilidade da *reformatio in pejus* no ordenamento jurídico brasileiro, devido ao fato de o recorrente ter conhecimento, ao interpor o recurso de apelação, de que sua situação pode ser agravada, ao ser julgado improcedente, com a conseqüente resolução do mérito, algo que o juiz de primeira instância não fez, impossibilitando a repositura da demanda.

### Referências Bibliográficas:

- ALVIM, Eduardo Aruda. *Direito Processual Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Apelação: questões sobre admissibilidade e efeitos*. In. NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.).

---

<sup>40</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Os efeitos dos recursos*. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001*. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 38

*Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 3.474/00, convertido na Lei nº 10.352/01, que altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em REsp 89.240-RJ (2000/0089111-8; Embargante: Masa Participações Metalúrgicas Ltda; Adv. Marcelo Henrique Ribeiro de Oliveira; Embargado: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás; Adv. Cândido Ferreira da Cunha Lobo, Corte Especial STJ; julgado 06/03/2002; DJ 10/03/2003.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 404.777 (2002/0001978-1); Relator: Ministros Francisco Peçanha Marinho; Recorrente: Banco Central do Brasil; Adv. Francisco Siqueira e Outros; Recorrido: PEBB Corretora de Valores Ltda; Julgado em 21/11/02; DJ 09/06/03.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 404.777 (2002/0001978-1); Relator: Ministros Francisco Peçanha Marinho; Recorrente: Banco Central do Brasil; Adv. Francisco Siqueira e Outros; Recorrido: PEBB Corretora de Valores Ltda; Julgado em 21/11/02; DJ 09/06/03.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 514.961/RS; Relatora Ministra Lautira Vaz; Recorrente: União; Recorrido: Ivone Raffi e Outros; Adv. Thiago Cecchini; julgado 08/03/05; DJ 09/05/05.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça; 2ª Turma; REsp nº 859.595; Ministra Eliane Calmon; Recorrente: Caixa Econômica Federal; Adv. Marcos Nogueira Barcellos e Outros; Recorrido: Alair João Claudino; Adv. Erivecio Mendonça; j. 21/08/2008; DJ 14/10/2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça; 4ª Turma; REsp nº 836.932 (2006/0076239-8); Min. Fernando Gonçalves; Recorrente: Agropecuária Bela Vista S/A; Adv. Agenor Roberto Catoci Barbosa; Recorrido: Ruttman e Filhos Ltda; Adv. Eldécio Vieira e Outros; julgado 06/11/08; DJ 24/11/08.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça; RMS 27.368/PE; Rel. Ministra Eliana Calmon; Segunda Turma; Recorrente: Estado de Pernambuco; Recorrido: Banco ABN AMRO Real S/A; julgado em 17/03/2009, DJ 27/05/2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. AI nº 601.832 AgR; Relator(a): Min. Joaquim Barbosa; Segunda Turma; Agravante: Casem Mazloun; Adv. Adriano Salles Vanni e Outros; Agravado: Ministério Público Federal; julgado em 17/03/2009; DJ 02/04/2009; RSJADV jun., 2009, p. 34-38; RT v. 98, n. 885, 2009.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal; RMS 22180/DF; Recurso em Mandado de Segurança; Relator(a): Min. Eros Grau;; Órgão Julgador: Primeira Turma; Parte(s) Reclamante: Alvaro Jose Teles Pacheco; Advogado: Anthony de Souza Soares e Outro; Reclamado: União Federal; Julgamento: 22/06/2005; DJ 12/08/05.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Apelação Civil nº 2001.72.09.003082-4/SC, 5ª Turma, Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, Apelante:

Haroldo Kuhl; Adv. Miguel D. Artagnam Buchmann; Apelado: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS; Adv. Mariana Gomes de Castilhos; V.U., julgado em 29/08/02; DJ 18/09/02 in REPRO 111/371.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, v. II, 11<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Sobre os limites objetivos da apelação civil*, São Paulo: Tese, 1986.

DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. *Inovações no processo civil (comentários às leis 10.352 e 10.358/2001)*. São Paulo: Dialética, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Capítulos de sentença*. 3<sup>a</sup> ed.. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Os efeitos dos recursos*. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a lei 10.352/2001*. vol. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GONGALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, vol. 2. 2<sup>a</sup> ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao código de Processo civil*. Tomo VIII, São Paulo: Forense, 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa *Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao código de processo civil*, vol. V (arts. 476 a 565). 6<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e leg. extrav.*, 7<sup>a</sup> ed., São Paulo: RT, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Processo Civil*, 3<sup>o</sup> vol., 15<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 47<sup>a</sup> ed. vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

## O PROCEDIMENTO ARBITRAL E OS DIREITOS DAS PARTES A PARTIR DA EQUIDADE. A CRIAÇÃO DE PRECEDENTES PROCEDIMENTAIS.

*Luiz Fabião Guasque*  
Procurador de Justiça-RJ

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Os *standarts* do juízo arbitral; 3. As fontes do Direito e o procedimento arbitral; 3.a. Costume; 3.b. A cláusula compromissória ou convenção arbitral; 4. A integração da lei no procedimento arbitral; 5. Os efeitos dos atos das partes no juízo arbitral; 6. O valor dos precedentes.

### 1. Introdução.

Antes que o Estado avocasse a missão de fazer justiça, outras foram as maneiras de solucionar os litígios.

Se duas pessoas pretendiam o mesmo bem (material ou imaterial), surgia entre elas um conflito de interesses. O modo primitivo de resolver os contrastes deve ter sido o emprego da força, solução puramente física que não enseja a paz e que, portanto, torna impossível a coexistência harmônica, a vida em consonância, a segurança, a tranquilidade e a ordem. Por isso, o homem, muito cedo, recorreu a uma forma de solução transacional, econômica, utilitária, pelo menos para aqueles casos em que a generosidade superlativa de qualquer das partes em conflito não levasse a uma solução caritativa, consistente na renúncia, na disposição do próprio interesse. Qualquer desses três tipos de desenlace, físico, econômico ou moral, nem sempre assegura a justiça. Daí a necessidade de confiar a um terceiro, alguém de fora do conflito, a tarefa de dirimi-lo. Surgiu assim o arbitramento, e com ele a figura do árbitro (*arbiter*).

Por vezes, ao se formar a relação jurídica, antes, pois, de qualquer litígio, as partes incumbiam, também, a outrem, da função de completá-lo, como por exemplo, no contrato de compra e venda em que a fixação do preço era deixada ao arbítrio alheio. A figura que então aparecia era a do arbitrador (*arbitrator*).

O arbitramento, que já figurava nas Ordenações Filipinas, no Livro III, títi. XVI (Dos Juízes e árbitros) e Tít. XVII (Dos arbitradores), aparecia, também no Código Civil de 1916, art. 1.037 e segs. e no Código de Processo Civil, arts. 1.072 e segs. (*arbiter*) e no mesmo Código Civil, art. 1.123 e ainda no Código de Processo Civil, em matéria de liquidação de sentença (art. 606) (*arbitrator*).

A lei 9.307 de 23 de dezembro de 1996, trouxe nova regulação para a atividade arbitral, estabelecendo normas gerais a serem seguidas nesta espécie de composição de conflitos, mas

deixando ao prudente arbítrio dos árbitros, todas as questões procedimentais da relação jurídica arbitral, decorrentes de atos, fatos e negócios jurídicos, que venham a ocorrer no seu curso.

Os tribunais arbitrais, nas hipóteses específicas dos interesses conflituosos das partes no procedimento, não julgam *secundum legem*, mas *secundum aequitatem*, posto que, no caso, a lei não existe, e também, não se pode recorrer aos preceitos do Código de Processo Civil, para integrar por analogia seus comandos, pois as relações têm natureza diversa, sendo a primeira de direito privado (coordenação) e a segunda de direito público (subordinação), o que inviabiliza a aplicabilidade do princípio: *ubi eadem ratio ibi eadem ius* (onde há a mesma razão de decidir, deve ser aplicado o mesmo preceito).

O árbitro tem que decidir, não de acordo com a lei, mas em consonância com as aspirações e ideais jurídicos, em outras palavras: *secundum ius fieri*, devendo haurir o direito nas mesmas fontes materiais em que o encontra o legislador.

Desta forma, tem o árbitro, freqüentemente, na relação jurídica estabelecida pelas partes, concessão de poder discricionário, o que lhe aproxima da função administrativa.

## **2.Os standarts do juízo arbitral.**

Afora isso, o árbitro leva em conta certos padrões flexíveis, baseados mais propriamente no razoável do que no estritamente justo. Em lugar de tipos definidos, de fórmulas rígidas, como os contidos na lei, os standarts apresentam moldes elásticos, dentro dos quais os fatos podem caber sem se deformar e sem mutilações. Assim, o árbitro avalia os comportamentos tendo em consideração os padrões de lealdade, consciência ética, prudência, zelo e assim por diante.

Há mais de um século, iniciou-se na Alemanha, um “movimento” (*Bewegung*) em favor da maior liberdade do juiz na aplicação do Direito e na criação dele<sup>41</sup>. Em maior ou menor escala essa atividade criativa dos juízes, essa jurisprudência construtiva sempre existiu. Com o Pretor, ela ajudou a erguer o monumento do Direito Romano. O *Lord Chancellor*, na Inglaterra, com ela completou o *Common Law*. E até nos países em que o juiz está mais agrilhado à lei, ela consegue impor-se, travestida de interpretação do texto legal.

Ainda aqui, o drama da conciliação entre a segurança e a justiça: a primeira coloca o juiz na camisa de força das normas legais; a outra exige que se lhe afrouxem os laços para que ele possa fazer obra mais perfeita, como de regra, ocorre no procedimento arbitral.

## **3.As fontes do Direito e o procedimento arbitral.**

---

<sup>41</sup> Hélio Tornaghi, Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 1º, nota 98, págas. 388 e segs. “Movimento do Direito Livre” (*Freirechts Bewegung*).

A primeira tarefa de quem fala em fonte do Direito é a de assentar bem em que sentido essa expressão deve ser usada. Com razão afirma Legaz y Lacambra<sup>42</sup>, que o problema das fontes do Direito é complexo exatamente porque essa expressão equívoca compreende sentidos diversos, cada um dos quais suscita uma questão diferente. Em seguida mostra nada menos de sete significados respectivamente correspondentes a outros tantos distintos problemas.

Convém, no entanto, advertir, que vários deles não são jurídicos. Assim, não é jurídico, mas histórico, o problema do conhecimento das fontes históricas do Direito, *v.g.*, documentos, testemunhos de contemporâneos, monumentos, inscrições etc. Não é jurídico, mas sociológico, o problema dos fatores sociais geradores ou inspiradores das normas jurídicas. Não é jurídico, mas filosófico, o problema do fundamento ético, psicológico, econômico, etc., das normas de Direito.

São, ao contrário, jurídicos os problemas relativos ao órgão criador do Direito (fonte de produção) e ao processo de manifestação do Direito (fonte de cognição): legislação, costume, etc. Para o árbitro, o problema das fontes pode ser colocado nos seguintes termos: onde encontrar a solução de um caso proposto em relação ao procedimento e seus efeitos para às partes, que o desafia na relação jurídica arbitral? No Código Civil? Na Lei de Falências? No Código Comercial, etc? Então são estas as fontes em que ele deve se abeberar para sorver o Direito e resolver os conflitos e os efeitos dos atos, fatos e negócios jurídicos na relação arbitral?

Tomada a palavra fonte em sentido corrente, a do Direito, em que se vai socorrer o árbitro, não seria propriamente a lei, esta seria a que emana da fonte<sup>43</sup>. Mas não há erro, senão apenas verdadeira metonímia, no uso da palavra lei como fonte do Direito<sup>44</sup>.

### **3 a. Costume.**

Por ordem de aparição histórica, a primeira fonte do Direito é o costume, que consiste no conjunto de normas de comportamento a que as pessoas obedecem de maneira constante e uniforme pela convicção de sua obrigatoriedade e utilidade.

O costume compõe-se de um elemento objetivo: a reiteração, a constância, a uniformidade, a generalidade da prática de determinados atos, e de um elemento subjetivo: a *opinio iuris*, o convencimento geral da necessidade jurídica, da obrigatoriedade de observância daquela prática.

Daí que nem todo uso, mesmo constante, uniforme e reiterado é costume, não se podendo afirmar que uma prática se torna obrigatória só pela repetição. Os fatos, por si mesmos, são fatos, e ainda quando acumulados exprimem o que é e não o que deve ser. Não tem força normativa, porque a norma pressupõe uma valoração, isto é, uma operação da inteligência que julga os fatos e uma adesão da vontade aos que são reputados bons para a convivência social, e no caso da

---

<sup>42</sup> Introducción a la Ciencia del Derecho, pag. 344.

<sup>43</sup> Goldschmidt, Problemas Generales de Derecho, págs. 66 e segs; Legaz y Lacambra, Introducción, pág. 346.

<sup>44</sup> A afirmação é de Tornaghi, Instituições de Processo Penal, Vol, 1º, pag. 101.

arbitragem, os que permitem a valoração do que é necessário para alcançar uma solução justa para os interesses econômicos e sociais pretendidos pelas partes em conflito.

No direito interno, o valor do costume é secundário, embora no Brasil, a partir da introdução na Constituição da República de 1988 do mandado de injunção (art. 5º, inciso LXXI), autêntico remédio das jurisdições de equidade, seu valor entre nós foi redimensionado, o que nos permite afirmar a existência de um sistema misto de jurisdição, o que é confirmado pelo advento da súmula vinculante, atividade criadora do Direito pelo Supremo Tribunal Federal.

No direito internacional, entretanto, continua a ser fonte importantíssima como o grande manancial de regras jurídicas, ainda mais poderosa que os tratados, porque onde há costume, há persuasão de que convém respeitar.

No juízo arbitral, o árbitro, ao dar forma explícita à norma costumeira flutuante na consciência de todos, a enriquece e adorna, com elementos que estão na sua mente, e são aferidos dentro da realidade dos interesses das partes. Com isso, ele também cria o Direito positivo, e com esta obra pretoriana, ele contribui para opulentar e perfazer o Direito, para lhe dar organicidade e vida, e, principalmente, alcançar a solução justa.

A jurisprudência, e no nosso caso específico, as decisões dos árbitros, em princípio não são fontes do Direito, mas como a arbitragem se estabelece pela existência de um negócio jurídico de direito privado, através da denominada “cláusula compromissória”, onde a lei de regência não estabelece os efeitos para os atos (*lato sensu*) no procedimento arbitral dos contraentes, o preenchimento das suas lacunas sem dúvida é atividade criadora da norma jurídica.

### **3.b . A Cláusula compromissória ou convenção arbitral.**

A cláusula compromissória ou convenção arbitral, tem conteúdo civil ou comercial, e exprime o concerto pelo qual duas ou mais partes, criam vínculos jurídicos entre si e estabelecem normas sobre como se resolverão os conflitos decorrentes de relação jurídica anterior. Funciona como fato constitutivo de obrigação ou fonte de normas gerais e abstratas; ora são contratos, ora atuam como leis entre as partes.

Como negócio privado, exige: capacidade dos contraentes, consenso, causa verdadeira e lícita, objeto possível e também lícito.

Quanto a forma, deve se dizer, que são escritos e solenes, nada impedindo, entretanto, que quando escritos, resultem de correspondência ou troca de notas por quaisquer meios eletrônicos, como por exemplo: *e-mail*.

### **4. A integração da lei no procedimento arbitral.**

O procedimento arbitral é uma imensa lacuna, no que concerne aos efeitos dos atos, fatos e negócios jurídicos que ocorrem no seu curso, pois a lei de regência lhe dedica apenas quinze artigos (art. 19 a 33), o que nos leva afirmar, que tais lacunas foram desejadas pelo legislador, que deixa seu preenchimento ao consenso das partes ou ao prudente arbítrio do árbitro.

Em sentido histórico, o problema das lacunas da lei não é novo. Já Aristóteles dele tratou de passagem na *Ética a Nicômaco* (V,13, II, 38 a I) e, mais cumpridamente, na *Arte Retórica* (I, 13, I, 374 a 28 – I 374b22). Distinguiu as lacunas desejadas pelo legislador das involuntárias.

As primeiras, isto é, as voluntárias, têm lugar quando “não podendo tratar precisamente de todas as coisas, o legislador se vê forçado a estabelecer regras gerais, aplicáveis à maioria dos casos, mas não a todos”. As outras, as involuntárias, “quando o legislador deixa de prever um fato”. Como instrumento para preencher as lacunas da lei, Aristóteles sugere a equidade, a respeito da qual discorre com grande beleza na *Ética a Nicômaco*, em páginas nas quais atinge o sublime.

Entre os romanos tornou-se famoso o ensino de Juliano (10 D.1,3): “Nem as leis nem as Constituições do Senado podem ser escritas por forma compreensiva de todos os casos que, eventualmente, possam ocorrer...” Fadda e Bensa, em nota (t) ao § 23 do Tratado de Windscheid, lembram ainda outras passagens desse título (*De legibus, Senatusque Consultis, et longa consuetudine*) que traduzem o mesmo pensamento<sup>45</sup>. A solução apontada por Juliano era a do recurso à analogia: *ad similia procedere atque ita jus dicere debet*. Mas como assinalam os dois notáveis anotadores das pandectas windscheidianas, o jurista romano “facilmente encontrava, na mina inesgotável do *jus gentium* e do *aequum et bonum*, os materiais com que preenchia as freqüentes lacunas da lei escrita”. E, às observações de Fadda e Bensa, pode acrescentar-se que o magistrado romano era dado também recorrer à *naturalis ratio* e que ele tinha o poder de dizer qual a norma aplicável ao caso concreto, até quando a lei não fosse lacunosa, quando mais quando o fosse. As Institutas de Justiniano mandam preencher as lacunas com o recurso ao *bonnum et aequum* (25 I.3,24).

Na Idade Média usou-se largamente do recurso ao Direito natural, e o Direito comum retomou o caminho apontado por Aristóteles, recorrendo à equidade como fonte supletiva: *ubi jus déficit, aequitas supplet*. Na Alemanha medieval os escabinos de um lugar consultavam os de outro. Na Espanha, o Preâmbulo da Compilação aragonesa de 1247, mandava que o juiz suprisse as lacunas da lei usando o bom senso e a equidade: *Ubi dicti fori non sufficerint, ad naturalem sensum vel equitatem recurratur*.

Na Catalunha, o aplicador da lei valia-se dos costumes; em Castela acudia o Rei. E assim, por diante, várias eram as maneiras de preencher as lacunas da lei.

---

<sup>45</sup> Tornaghi, Instituições, Vol.1º, pag. 142.

Nos tempos modernos, algumas legislações indicam o remédio para a lei lacunosa. O Código Civil austríaco manda, no § 7º: “Quando não se puder decidir um caso segundo a letra da lei, nem conforme o seu sentido natural, devem levar-se em conta casos semelhantes disciplinados precisamente pela lei e os motivos de leis análogas. Se ainda assim, houver dúvida, há que decidir segundo os princípios do Direito Natural, tendo em consideração as circunstâncias apuradas com toda diligência e maduramente ponderadas”. Na Itália, já antes da unificação, vários Códigos (Sardenha, Este, Estado Pontifício) continham normas a respeito. Na Suíça, o cantão de Ticino ordenava que se recorresse à analogia e, quando impossível, ao Direito comum.

Algumas leis faziam apelo ao Direito Romano; mas como tal devia entender-se o Direito comum, isto é, o Romano com as alterações trazidas pelo Canônico e pelos costumes.

Portanto, a lacuna da lei é a janela pela qual o juiz, e no nosso caso o árbitro, entra na seara do legislador e o Direito natural penetra no Direito positivo.

## **5. Os efeitos dos atos das partes no juízo arbitral.**

A instância arbitral se estabelece a partir do negócio jurídico denominado: “cláusula compromissória”, que é a convenção através da qual as partes de um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º da Lei 9.307/96).

A primeira consequência, é o surgimento para os contraentes, da possibilidade de exigir do outro um *facere* ou *omitere*, em relação ao estipulado na cláusula, o que traduz a existência de direito subjetivo, pois através desse instrumento, se liga pelo menos duas pessoas, ou seja, a que pode exigir (titular do direito, *ayant droit*, *avente diritto*, *Rechsträger*, *derecho habiente*) e a que deve fazer (obrigado, *lato sensu*). Do direito subjetivo decorre a pretensão (ou exigência) (pretesa, *Anspruch*), que no caso, é a possibilidade de exigir do outro a submissão ao juízo arbitral.

Quem tem direito pode exigir, pode pretender alguma coisa (um *facere*, *lato sensu*) de outrem; deste se diz que tem dever, isto é, que deve fazer (omitir e tolerar são formas de fazer, em sentido amplo).

O exercício desse direito subjetivo, confere ao árbitro, verdadeiro poder jurídico de sujeição dos contraentes ao juízo arbitral, que será exercido nos limites da lei e da cláusula compromissória, submetendo-os à sua vontade. A este poder jurídico não corresponde dever jurídico para as partes, mas somente a sujeição ao painel arbitral. O titular desse poder (arbitrator), não tem direito de exigir que os sujeitos da relação arbitral façam alguma coisa, pode

é fazer isso a custa da provocação da jurisdição estatal, que determinará que o sujeito da relação arbitral não tenha como se livrar desta situação<sup>46</sup>.

Portanto, o juízo arbitral estabelece sujeição das partes ao painel, determinando esta obrigatoriedade e criando verdadeira situação jurídica.

Mas, como resolver questões procedimentais ou efeitos decorrentes desses atos das partes no procedimento, se a lei propositadamente, não regula a prática dos atos e seus efeitos?

A solução, como não poderia deixar de ser, será recorrer-se à equidade, que por tratar-se de direitos patrimoniais disponíveis (art.1º), não submete o árbitro a qualquer limitação em relação aos efeitos dos atos das partes no procedimento.

Entretanto, existem princípios, que decorrem da situação de que os contraentes em conflito, elegeram esta via por interesses comerciais e econômicos, decorrentes da relação jurídica originária.

Nesse sentido, importante decisão proferida no procedimento arbitral xx/2006 da Câmara FGV de Arbitragem, C.V.R.D e C. S. A. B.-A, em relação aos efeitos da revelia face a não observância do prazo para a entrega da resposta, mas com manifestação de vontade nesse sentido, demonstra o recurso às fontes como meio de resolver as questões procedimentais por equidade.

No julgamento, os Drs. P. B. M. e L. G.<sup>47</sup>, entenderam que “se deve afastar o excessivo rigor na contagem do prazo para o oferecimento das razões iniciais, sobretudo diante da incerteza com relação à data da efetiva intimação da parte para fazê-lo”, concluindo que: “desnecessário seria submeter-se a petição a outra parte”, “ainda mais quando a questão envolve dúvidas sobre o início da contagem do prazo”.

Verifica-se que a ausência de preceito, coloca os árbitros no campo do julgamento dos efeitos dos atos da parte a partir da equidade, podendo recorrer apenas ao constante do Termo

---

<sup>46</sup> Art. 22 – Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ou vir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§1º - O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§2º - Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência de convenção de arbitragem.

§3º - A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§4º - Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§5º - Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

<sup>47</sup> O painel arbitral era composto pelos árbitros: Drs. P.S.A.S.F. (Presidente); P.B.M. e L.G.

Arbitral, item 4.3 que: “estabelece que os prazos começam a fluir após o recebimento efetivo da respectiva intimação”, tendo esta se dado quando do recebimento do e-mail.

De início, na primeira premissa da decisão em sua parte dispositiva, o árbitro presidente conclui que: “não se pode aplicar ao procedimento arbitral, e às partes, o rigor do previsto no Código de Processo Civil”, e no sentido de colocar a questão de fato em relação aos termos *ad quo* e *ad quem* de resposta, o recurso ao art. 57 do Regulamento levou-o a afirmar que “a notificação (intimação), mediante e-mail, não pode prevalecer a da carta, isto é, a luz dos termos constantes da redação do item 4.4 do Termo de Compromisso Arbitral”.

Após percuente análise quanto à origem e o significado do que vem a ser revelia para o Código de Processo Civil, o Presidente Dr. P. S. F. recorreu às fontes históricas da palavra esclarecendo que: “a raiz da palavra *bellum* significa guerra, como anota Eliézer Rosa: “por castelhanismo, *revel* é rebelde e *revelia* é rebeldia”, esclarecendo que “no processo, por variações semânticas mal explicadas, o *revel* não é aquele que quer guerra, e sim aquele que não a quer, pois *revelia*, no mundo do direito, não significa desobediência e sim inércia, silencia, ausência de espírito de guerra ou de luta”.

Buscou ele a fonte do Direito Romano, para afirmar que: “na mesma linha do Direito Romano, as Ordenações eliminaram as penas contra o *revel*, recusando a ficta confessio, derivada do simples fato da revelia, cuja única consequência estava em se negar ao *revel* o direito de apelar da sentença”.

Também recorreu ao Regulamento 737 bem como a Consolidação Ribas e de forma ampla aos Códigos estaduais, para constatar que essas regulações “não introduziram grandes modificações ao modelo criado pelas Ordenações, que limitaram-se a abolir a restrição imposta ao *revel*, no que respeita ao direito de apelar”.

A pesquisa comparativa da legislação anterior, o auxiliou no estudo da evolução do direito, posto que o Código de Processo Civil de 1939, em consonância com os artigos 34 e 209, considerava o *revel* réu confesso, liberando o autor do ônus da prova dos fatos constitutivos do seu pedido.

As fontes do direito estrangeiro lhe informaram que os Códigos de 39 e 73, se afastaram da tradição italiana, para aderirem a corrente alemã, que trata com rigor o *revel*, pois a legislação desta última de 1977, considerava que a ausência do autor e do réu à audiência de debate oral obrigatório, caracteriza a contumácia.

O recurso às fontes de doutrina brasileira, lhe revelou que as duas expressões: *revelia* e *contumácia* significam a mesma realidade jurídica: desatendimento ao ônus de comparecer e que *revelia* seria a contumácia do réu.

Verificou na decisão, que no direito atual, o Código de Processo Civil de 1973, não deu conceito jurídico à revelia, tratando apenas dos seus efeitos no artigo 319, que determina: “se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor”. E recorrendo mais uma vez a fonte doutrinal, constatou que Carlos Alberto Carmona comunga do mesmo entendimento ao afirmar que: “o legislador utilizou o conceito de revelia para identificar situação diferente daquela vislumbrada no processo judicial: trata-se aqui de identificar a hipótese de um dos contendentes simplesmente não praticar ato algum durante o juízo arbitral. Isto pode ocorrer com arbitragens instituídas por compromisso ou por cláusula compromissória” (Arbitragem e Processo, 2ª Ed. Atlas, São Paulo, 2004, pp.271/272).

Como premissa fática, a constatação de que na hipótese “há pedidos contrapostos, mas não se pode falar em autor e réu, pelo simples fato de ambas as partes terem requerido, **simultaneamente**, a instalação do tribunal arbitral, não se podendo, pois, falar em revelia, que é ausência de contestação”, situação que o levou a afirmar que “não ocorreu inércia processual (contumácia) da C.V.R.D, pois esta manifestou a vontade no sentido de que a questão fosse submetida aos árbitros e, para tanto, compareceu apresentando suas razões iniciais, daí, de todo impossível o deferimento do que pretende a Requerente: decretação da revelia, pela inobservância do prazo de 30 dias para apresentação das razões e o conseqüente desentranhamento da peça”.

Essas premissas levaram o árbitro Presidente Dr. P. S. F.<sup>48</sup> a afastar seus efeitos no procedimento arbitral, com as assertivas de que:

1º - revel é uma atitude de rebeldia ao procedimento, não sendo questão só de prazo, mas de atitude;

2º - critérios simplesmente formais não são aplicáveis ao procedimento, devendo ser utilizados os que mais favorecem ao suposto revel;

3º - a forma não submete a intenção, que deve ser avaliada de acordo com a finalidade do procedimento;

4º - a simples anuência ao compromisso arbitral, determina a intenção de participar e de submeter os conflitos a um árbitro.

---

<sup>48</sup> 2.Com tais fundamentos, decide-se:

- a) ser desnecessário submeter a petição da Requerente à parte contrária;
- b) desacomodar a pretensão da Requerente que pretendia a decretação da revelia da CVRD, com o conseqüente desentranhamento da peça de suas razões iniciais;
- c) dar ciência as partes, mediante carta registrada ou Sedex 10, com protocolo assinado por pessoa devidamente identificada, a ser expedida pela Secretaria da Câmara Arbitral.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2006.

P. S.A.S.F. (Árbitro Presidente).

Portanto, afora a garantia do *due process of law*, prevista na Constituição da República como direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa (art. 5º, incisos LIV, LV) o árbitro<sup>49</sup> construirá os efeitos dos atos das partes no procedimento a partir da equidade, e nesse sentido, uma maneira célere e segura de garantir este equilíbrio, é criar sistema de precedentes procedimentais, de forma a que nessas questões, o árbitro siga standards que serão utilizados para adequar a situação de fato aos julgamentos anteriores registrados na Câmara de Arbitragem.

## 6.O Valor dos precedentes.

O Direito anglo-americano vincula o juiz ao precedente, ainda que injusto, por entender que a certeza do Direito e, com ela a segurança, é um bem ainda maior que a justiça. Nesse sentido, o juízo arbitral não precisa chegar a tanto, mas pode se valer de situações semelhantes já enfrentadas anteriormente para fundamentar suas decisões.

Desta forma, o valor do precedente em questões procedimentais, é que, passo a passo, se vai aprimorando os costumes e lapidando o Direito, cada vez mais firmado na segurança e impregnado de justiça. Cabe ao árbitro a missão de obter o máximo de justiça com, pelo menos, o mínimo indispensável de segurança.

Situação semelhante ocorreu no Direito Inglês.

Como os tribunais do *Common Law* se tornaram presos aos remédios já existentes, esquecendo o que aconteceu no passado, quando o juiz podia impor ao réu o cumprimento específico da obrigação (*specific performance*), fosse ela de fazer ou de abster-se, passando a resolver tudo em perdas e danos, as próprias *courts of law*, isto é, tribunais que julgavam segundo o *Common Law*, passaram a recorrer aos remédios de equidade, tanto da equidade individual (epiquéia), temperando o rigor da lei (*duress*), quanto da equidade social, com que lhe preenchem as lacunas, evitando a denegação da justiça (*unfairness*).

Como sempre acontece, a equidade entrou no Direito pela mão esquerda dos juízes preocupados em fazer justiça.

Essa jurisdição de equidade foi mais larga e freqüente entre os juízes de circuito (*Eyre*) que estavam mais à vontade e mais longe dos juízes sedentários, de Londres (*Justices in Bank*). Isso explica, que o procedimento nos condados distantes da capital, apresentassem características que depois iriam encontrar-se no procedimento *in equity*.

---

<sup>49</sup> A decisão se materializou na ordem processual n. x: Defiro o que se requer na petição da C.V. R.D. datada de 28 de dezembro p.p., subscrita pelos ilustres advogados, Drs. R. R. A. e T. M.F. para, com base no princípio do contraditório, assinar o prazo de 30 (trinta) dias, a contar da intimação desta decisão, para manifestarem-se a respeito das peças apresentadas pela C.S.A.B-A e subscritas pelo ilustre advogado Dr. L. F. P. Rio de Janeiro, 3 de janeiro de 2007.  
P.S.A.S.F. (Presidente).

Nos meados do século XIV, os juízes de circuito (*justices in Eyre*) começaram a ser substituídos por juízes de paz (*Justices in peace*). Ao mesmo tempo, começaram a surgir os ritos procedimentais (*forms of action*); desapareceu a execução específica da obrigação (*specific performance*), complicou-se a formalística do processo e de tudo isso resultou a dificuldade para os tribunais, de fazer justiça.

Aconteceu, então, que aqueles que se julgavam ultrajados pela denegação de justiça por parte dos tribunais de *Common Law* invocavam a consciência do Rei para que reparasse o dano sofrido (outrage). E como o “guardião da consciência do Rei” era o Chanceler, a esse era delegado o conhecimento daqueles apelos. Também nos casos em que não houvesse no *Common Law* remédio adequado (*adequate remedy at law*), o Chanceler assumia o poder de julgar o recurso *ex informata conscientia*. Como foi dito acima, aparecia desse modo uma corte de *equity*, que formulava a regra e a aplicava ao caso concreto (equidade social).

Na prática, os pedidos de justiça passaram a ser dirigidos ao próprio Chanceler.

A partir de 1474, esse alto magistrado emanou, em forma de decreto (decree), verdadeiras sentenças baseadas na *equity*. E passaram a existir, lado a lado, uma jurisdição que aplicava o *Common Law* e uma quase-jurisdição que julgava por equidade: a *Chancery Court*. A primeira era exercida quando houvesse norma legal sobre o caso; a segunda, quando ela não existisse.

A *Chancery Court* julgava discricionariamente, como se estivesse praticando ato administrativo. Por isso é que a sua decisão se chamava decree.

Também em consequência de sua natureza, o procedimento nas cortes de *equity* (*suit in equity*) era quase informal. Em simples petição (*bill in equity*), o reclamante pedia as providências necessárias para a proteção de seu interesse. O tribunal ouvia as partes, aceitava as provas por elas feitas e decidia. Exercia ainda funções consultiva, conselheiral e tutelar; esta última por meio de providências acautelatórias. O *decree* era concedido *rebus sic stantibus*: o tribunal podia modificá-lo se houvesse mudança na situação. O vencido, se não fazia o que lhe impunha o *decree*, era processado por desobediência ao tribunal (*contempt of court*).

Estas experiências do passado na busca da verdadeira justiça, auxiliam ao árbitro no momento em que se depara com fatos no procedimento, que afetam o direito da parte, e devem ser analisados e dirimidos com o recurso à equidade.

Ao julgar esses incidentes no procedimento arbitral, o árbitro atua discricionariamente. Não arbitrária, mas prudencial e razoavelmente, e forma precedentes que dão segurança e auxiliam a solução dos conflitos no procedimento de maneira célere.