

SENTENÇA EMPRESTADA: UMA NOVA FIGURA PROCESSUAL (**)

Paulo Roberto de Gouvêa Medina (*)

Sumário: 1. Uma nova e estranha figura. 2. Restrição desarrazoada ao direito de ação. 3. Ofensa ao princípio do contraditório. 4. Contratação do devido processo legal. 5. Considerações finais. 6. Notas

Resumo: Segundo o novo art. 285-A do CPC, quando a matéria controvertida for unicamente de direito, ao juiz é facultado sentenciar, desde logo, dispensando a citação do réu, se houver precedente, no mesmo Juízo, pela improcedência integral do pedido, traduzido em sentença de casos idênticos. Esta deverá ser reproduzida nos autos do novo processo, o que lhe dá os contornos de uma sentença emprestada. Mas, exatamente por isso, a solução adotada implica restrição desarrazoada ao direito de ação, além de ferir os princípios do contraditório e do devido processo legal. É o que se procura demonstrar, no texto.

Palavras-chave: Sentença emprestada. Direito de ação. Contraditório. Devido processo legal.

1. Uma nova e estranha figura

A Lei n. 11.277, de 07/02/06, introduziu no Código de Processo Civil o art. 285-A, assim concebido:

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

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

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

A solução adotada tem em vista, sem dúvida, um fim meritório, qual seja o de contribuir para tomar mais rápida a prestação jurisdicional. Insere-se, portanto, na linha das medidas que procuram dar existência concreta à garantia constitucional do art. 5º, LXXVIII, de nossa Carta Política, que a todos assegura, no âmbito judicial e administrativo, *a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*.

Mas, em busca desse desiderato, o legislador levou a barra muito longe. A preocupação que vem dominando a reforma do CPC no sentido de simplificá-lo e dele fazer instrumento que, de fato, viabilize o exercício eficiente da jurisdição, chegou, aí, ao paroxismo. Sob o pretexto de propiciar, na hipótese de que trata, desfecho imediato para o processo, evitando a prática de atos supostamente inúteis ou a repetição de ações em torno das quais já se tenha firmado orientação judicial, na verdade, o dispositivo restringiu, gravemente, o direito de ação e fez tabula rasa de princípios constitucionais do processo, sem cuja observância não se pode falar em *devido processo legal*.

Na essência, o novo artigo incorporado ao Código de Processo Civil permite ao Juiz extinguir o processo, liminarmente, com fundamento em sentença já proferida no mesmo Juízo sobre a questão jurídica em lide, reproduzindo, para tanto, como razão de decidir, o inteiro teor daquela

sentença. A relação processual não chega a completar-se, nessa hipótese, apenas se esboçando, em caráter linear, na vinculação que se estabelece entre o autor e o juiz. Somente se houver apelação, a relação se triangulariza, com a citação do réu, seja para responder ao recurso, seja para contestar a ação, caso tenha sido o apelo acolhido pelo próprio juiz.

Verifica-se, assim, a invocação, pelo juiz, no ato de decidir, de sentença prolatada em outro processo, com a transposição do seu teor para os autos da nova ação ajuizada. Vale-se o juiz do mesmo expediente que as partes, em certas circunstâncias, podem utilizar para trazer de um processo os elementos da prova ali produzida e que serão, igualmente, úteis nos autos de outro processo em que os fatos a provar sejam os mesmos. Assim como neste caso emprega-se, com observância de determinadas condições, a chamada *prova emprestada*, assim também, na hipótese de extinção liminar do processo com fundamento em sentença anteriormente proferida sobre a mesma questão de direito, pode-se falar na utilização de uma *sentença emprestada*.

A forma como se ousa batizar a sentença de fundo, na situação prevista no art. 285-A do CPC, pode parecer estranha ou pouco ortodoxa, mas a razão da estranheza não estará, certamente, na nomenclatura adotada, senão na disciplina que o dispositivo legal conferiu à hipótese a que se refere.

É o que procuraremos mostrar, a seguir.

2. Restrição desarrazoada ao direito de ação

O elemento fundamental do direito de ação, como assinala Ramiro Podetti, é a *facultad de pedir protección jurídica*.(1) Essa faculdade tem em vista, no dizer do processualista argentino, *proveer al desarrolllo normal del proceso (si se dan los presuestos necesarios para ese desarrollo)*. (2) Seu exercício resulta de uma opção do autor. Ou, como acrescenta Podetti, *La dilucidación previa se debe o le conviene ejercitar la facultad de pedir protección jurídica (demandar el actor, responder o allanarse el demandado) constituye la opción, que, bien o mal hecha, es elemento fundamental en el resultado del pleito, junto con la manera cómo se haya librado cada litigante de sus cargas procesales, la actitude del contrario y la valoración jurídica hecha por el juez*. (3) Em suma, é a faculdade de pedir, exercitando o direito de ação, elemento tão relevante para o processo quanto a sentença final proferida pelo juiz. Instaurar o processo, mediante o exercício regular do direito de ação, é uma opção do autor, que invoca a prestação jurisdicional ou pede a proteção jurídica. Ao tomar essa iniciativa, o autor não pretende, apenas, que se esbocem as primeiras linhas do processo, mas quer que este seja efetivamente formado, com a plena configuração da relação jurídica processual. E não se trata, obviamente, de um capricho

seu, mas do exercício de um direito - o direito de ação -, que tem por objeto a prestação jurisdicional.

É o direito de ação um direito instituído pela Constituição. Ao consagrar o *princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional*, no art. 5º, XXXV, a Constituição a ele subsume o direito de ação, como forma de tutelar o direito subjetivo contra ameaça ou lesão de qualquer natureza.

Ora, a ameaça ou lesão efetiva a um direito tanto pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário de forma direta quanto por meios oblíquos ou sub-reptícios. Esta última hipótese será, aliás, a mais comum, num regime de plenas garantias constitucionais. Só mesmo por um erro grosseiro poderia a lei estabelecer, hoje, que tais ou quais relações jurídicas ficassem excluídas da apreciação jurisdicional, como sucedeu, entre nós, na vigência dos Atos Institucionais, com referência aos atos emanados do poder revolucionário. Para isso adverte, em percutiente estudo, o magistrado e professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes:

“É importante notar que, em tempos de democracia, a violação do preceito da inafastabilidade não ocorre, geralmente, de modo direto e expresso. O legislador, *v. g.*, não edita normas que prevejam abertamente a impossibilidade de acesso, exigindo do intérprete atenta análise da razoabilidade das leis. O estudo de situações concretas permite, por outro lado, a visualização do alcance e dos limites na aplicação do princípio da inafastabilidade.” (4)

Ada Pellegrini Grinover, por seu turno, lembrando que “a jurisprudência brasileira tem admitido o poder de regulamentação, pelo legislador ordinário, do princípio constitucional da inafastabilidade do controle judiciário”, adverte, porém, que tal regulamentação deveria confinar-se “dentro de limites que lhe impedissem reduzir desarrazoadamente ou aniquilar a garantia constitucional.” (5) No mesmo sentido é a orientação da jurisprudência constitucional alemã e italiana, que, conforme salienta a ilustre professora, “tem deduzido, da garantia constitucional do direito de ação e de defesa, princípios e postulados relevantes para o processo; ao legislador - acrescenta - compete regular o exercício do direito de ação e de defesa, de acordo com a estrutura e as exigências de cada procedimento: mas sem limitar a garantia da possibilidade concreta de desenvolver a atividade necessária para obter o pronunciamento do juiz sobre a razão do pedido, em todas as fases processuais.” (6)

Ora, na medida em que se impede a instauração regular do processo, a pretexto de que a questão jurídica suscitada no pedido já recebeu do Juízo solução contrária, o que se está estabelecendo, de forma iniludível, é uma desarrazoada restrição ao direito de ação, pela via oblíqua de um expediente que não permite o exame de aspectos peculiares que a causa, porventura, apresente e que, talvez, levassem o juiz a decidir noutro sentido.

Tanto mais desarrazoada se mostra a solução adotada pelo art. 285-A do CPC quando se considera que as sentenças de primeiro grau raramente são divulgadas e só em caráter excepcional os periódicos de jurisprudência as estampam, na íntegra. Isso criará para o autor situação mais drástica que as originárias do império da *súmula vinculante* ou das *súmulas impeditivas de recursos*. Em face dessas, a parte se submete ao que já está decidido

conhecendo o teor da decisão que contraria o seu interesse. Diante de uma *sentença emprestada*, porém, o autor que ajuizou a ação versando questão supostamente idêntica à anteriormente decidida é surpreendido pelo desfecho desfavorável do pedido, só vindo a saber, então, que, no Juízo já havia sido proferida *sentença de total improcedência em outros casos* idênticos. Tudo se passa como se vigorasse, em primeiro grau de jurisdição, o sistema da *súmula vinculante, sem súmula*.

Eis o que, na prática, sucederá. Sem prévia ciência de eventual sentença contrária à pretensão do constituinte o advogado deste ajuíza a ação esperando vê-la processar regularmente. Para isso, recolhe a taxa judiciária devida e deposita o valor das custas prévias, arca com todas as despesas adicionais que a providência judicial comumente exige, como extração de fotocópias e autenticações respectivas, reconhecimento de firmas (ainda que dispensado esse com referência à procuração *ad judicium*), obtenção de certidões em repartições públicas etc. E tudo isso, muita vez, para nada, isto é, para nem sequer conseguir que se instaure a relação processual! Dir-se-á que lhe é assegurado o recurso de apelação, em face da sentença que, invocando precedente do Juízo, extinga liminarmente o processo. Mas, ainda nessa hipótese, terá de arcar o autor com despesas - as despesas do preparo do recurso e outras mais com o acompanhamento do feito no Tribunal *ad quem*.

Por outro lado, ao próprio réu pode não interessar o abortamento da ação, na medida em que tenha pretensão a deduzir contra o autor, por via de reconvenção. E ao réu não se faculta nenhuma forma de impugnação da sentença de extinção prematura do processo.

Há, portanto, evidente conflito entre a solução que se adotou, em nome da celeridade processual e o direito de ação, constitucionalmente instituído. Desse conflito resulta inegável e desarrazoada restrição ao direito de ação.

3. Ofensa ao princípio do contraditório

A extinção prematura e precipitada do processo, nas condições admitidas pelo art. 285-A do CPC, sacrifica, ainda, outro princípio constitucional - o *princípio do contraditório* (art. 5º, LV, da CF/88). Segundo esse princípio, em sua concepção hodierna, não basta que às partes se assegurem a bilateralidade de audiência ou a ciência recíproca dos atos que um e outro dos litigantes pratique no curso do procedimento. O contraditório, como acentua José Lebre de Freitas, implica, fundamentalmente, “uma garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (factos, provas, questões de direito) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão.” (7) Quando se invoca o *princípio do contraditório*, tem-se em vista assegurar às partes “oportunidade de participar da prática de todos os atos processuais relevantes e de influir no sentido de uma decisão favorável ao seu interesse.” (8)

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

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

Nem se diga que, uma vez assegurado o direito de apelar da sentença extintiva do processo, abrir-se-ia, então, para o autor, a possibilidade de exercitar o contraditório, à semelhança do que acontece na concessão de liminares *inaudita altera parte*. Na hipótese referida, razões de urgência, determinadas pelo *periculum in mora*, justificam seja a oportunidade de exercício do contraditório postergada para momento ulterior do processo, sem privar, contudo, as partes (notadamente, no caso, o réu) do direito de expor as suas razões e defender-se amplamente, antes da sentença. Quando o juiz é autorizado a decidir a causa, *initio litis*, invocando precedente do próprio Juízo e dispensando, assim, a citação do réu, o que se tem, na verdade, é uma antecipação do julgamento, por meio da qual se atropelam as razões do autor para sobre elas fazer prevalecer sentença proferida em outra causa, em relação à qual a parte interessada não pôde contribuir nem teve ensejo de manifestar-se. A possibilidade de interposição de recurso não significa, em tal perspectiva, a abertura diferida do contraditório, porque, com a apelação, inicia-se, na verdade, uma outra fase do processo, fadada, em princípio, a conduzi-lo ao segundo grau de jurisdição. O fim precípuo da apelação, com efeito, é o de *devolver ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada* (art. 515, *caput*, do CPC). Se se admite, na hipótese do art. 285-A, o juízo de retratação em sede de apelação, nem por isso se faz retroagir, com isso, a oportunidade do contraditório. Em face da sentença que extinguiu o processo, não houve contraditório, repita-se, porque dita sentença incorporou razões de decidir estranhas à causa.

Convém ponderar sobre o que escreve o eminente professor português José Lebre de Freitas, na esteira de suas considerações precedentes sobre o tema: “No plano das questões de direito, o princípio do contraditório exige que, antes da sentença, às partes seja facultada a discussão efectiva de todos os fundamentos de direito em que a decisão se baseie.”(9) Sobretudo com relação às “questões de direito material ou de direito processual, de que o tribunal pode conhecer oficiosamente”, é mister evitar a “chamada decisão-surpresa” - acrescenta o autor. (10)

Nessa mesma linha de pensamento, Cândido Rangel Dinamarco observa que “A garantia do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade”,(11) trazendo, em abono de sua assertiva, o disposto no art. 16 do *nouveau code de procédure civile* francês, primeira parte, que assim traduz: “o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório.” (12) Como se vê do texto do citado artigo, reproduzido na nota de rodapé n. 12, a terceira parte do dispositivo exprime, exatamente, a doutrina de José Lebre de Freitas antes citada, ao acentuar que o juiz não pode fundar sua decisão sobre questões jurídicas que ele tenha levado em conta de ofício, sem haver previamente intimado as partes para apresentar suas observações. Não colhe, pois, o argumento de que, sendo a sentença proferida

antes que o réu haja sido citado, o contraditório não poderia ser, ainda, invocado, já que a bilateralidade entre as partes não chegara a estabelecer-se. Na concepção atual, o princípio do contraditório não se resume à relação dialética entre autor e réu, alcançando também - e antes de tudo - o juiz. A velha parêmia - *audiatur et altera pars* - já não expressa, com exatidão, todo o alcance do contraditório, sendo preciso compreendê-lo numa perspectiva mais ampla, de modo a abranger as relações múltiplas que se estabelecem entre os três sujeitos essenciais da relação jurídica processual.

Efetivamente, só se pode conceber a dispensa do contraditório nas hipóteses de processo objetivo, porque, nesse, a atuação da lei não se dá com o fito de compor um litígio, mas, simplesmente, com o sentido de definir a sua constitucionalidade ou a interpretação constitucionalmente válida que possa comportar. É o que sucede, por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, que “se apresenta como processo objetivo, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos dela emanados.”(13)

Em se tratando, porém, de processo que tem por fim promover a atuação da vontade concreta da lei com vistas à solução de um litígio, a observância do contraditório não pode ser afastada nem mesmo por meio do expediente de enquadrar a lide na moldura de processo da mesma natureza e considerá-la decidida pela mesma sentença ali prolatada. Não foi sem propósito nem muito menos com sentido pejorativo que denominamos a sentença de fundo, nessa hipótese, de *sentença emprestada*. Na verdade, dá-se em relação a essa o mesmo que ocorre com a *prova emprestada*, estabelecida a diferença - aliás, fundamental - de que esse tipo de prova tem caráter subsidiário e a ele, em geral, se recorre quando não se pode reproduzir, em processo subsequente, a prova realizada em processo anteriormente instaurado. Em tal circunstância, admite-se como válida a transposição, mediante fotocópia ou certidão, dos elementos concernentes à prova antiga para instruir processo novo. Mas a admissibilidade da *prova emprestada* está subordinada a condições, uma das quais é a de que “tenha sido colhida em processo entre as mesmas partes”, (14) com observância do princípio do contraditório. “Essa prova, com efeito - conforme a lição de Ricci que Moacyr Amaral Santos reproduz -, não pode dizer-se uma *res inter alios acta*, desde o momento em que foi produzida no contraditório das mesmas partes; donde, sendo levada a um processo posterior, se torna um documento adquirido para a causa e atendível.” (15)

Não é, evidentemente, o que se dá com a hipótese de *sentença emprestada*, que ora nos preocupa.

4. Contrafação do devido processo legal

A inovação trazida pela Lei n. 11.277/06 revela-se, assim, a todas as luzes. bastante infeliz. É, sob o prisma

dos princípios consagrados pela Constituição de 1988, um retrocesso. Situa-se na contramão das modernas tendências processuais, cada vez mais direcionadas no sentido de sintonizar-se o processo com as garantias constitucionais. Implica, de fato, numa contrafação do *princípio do devido processo legal*.

Dissertando sobre os contornos dessa garantia assegurada aos litigantes, o processualista argentino Adolfo Alvarado Velloso, Professor Catedrático da Universidade Nacional de Rosário, observa que o devido processo *supone el derecho a la jurisdicción, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia*. (16) E claro o pensamento do autor no sentido de que o direito à jurisdição é insuscetível de ser afetado ou restringido por considerações ligadas ao mérito da causa nem pode ser tolhido por sentença judicial, a qualquer pretexto.

Bastaria, aliás, a circunstância de o artigo em comento ofender a garantia do contraditório para, só por isso, ter-se como incompatível com o devido processo legal, sabido que este tem no princípio do contraditório um dos seus elementos essenciais.

Luiz Guilherme Marinoni, advertindo para a circunstância de que o *processo jurisdicional* “deve refletir o Estado Democrático de Direito”, de que é uma espécie de “microcosmos”, assevera que “a idéia básica do processo deve ser a de garantir aos interessados uma participação efetiva no procedimento que vai levar à edição do ato de poder, ou seja, à decisão. Participação, porém - acrescenta -, pressupõe informação.” Por isso, o devido processo legal requer a conjugação dos *princípios constitucionais do contraditório, da publicidade e da motivação*. “Tais princípios - conclui o professor paranaense -, por óbvio, adquirem uma roupagem política, querendo dar ênfase à necessidade de uma efetiva participação das partes no processo.” (17)

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

5. Considerações finais

As considerações aqui expendidas terão sido suficientes para demonstrar a inconstitucionalidade em que incide, sob mais de um aspecto, o art. 285-A do CPC, introduzido pela Lei n. 11.277/06, com início de vigência previsto para 08/05/06.

Seria importante que, ainda no período de *vacatio legis*, um dos legitimados ativos para a ADIn exercitasse o seu direito perante o STF, postulando a declaração de inconstitucionalidade do referido dispositivo legal. E seria mister que pedisse, desde logo, a concessão de medida cautelar

para suspender a eficácia do malsinado artigo. Esta se mostra de *excepcional urgência*, comportando, por isso, concessão independentemente de prévia audiência do Congresso Nacional, conforme prevê o art. 10, § 3º, da Lei n. 9.868, de 10/11/99.

Trata-se, sem dúvida, de providência destinada a livrar o ordenamento processual civil de uma norma que não contribui para tomar a prestação jurisdicional mais eficiente e democrática.

6. Notas

(1) *Teoria y tecnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anón. Editores, 1963, n. 19, p. 384.

(2) Ob. e item cits., p. 387.

(3) Ob. e item cits., p. 388.

(4) Breves considerações em torno da questão da inafastabilidade da prestação jurisdicional. *Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão, sob a coordenação de Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, n. 3, p. 94.

(5) *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, n. 52, p. 168.

(6) Ob. cit., p. 178/179, n. 58.

(7) *Introdução ao processo civil-conceito e princípios gerais*. Coimbra: Coimbra, 1996. p.96.

(8) Cf. nosso *Direito processual constitucional*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.35.

(9) Ob. cit., p. 102.

(10) Ob. e p. supra cits.

(11) *Instituições de direito processual civil*, v.1, Malheiros, São Paulo, 2001, p. 220, n.88.

(12) Eis o texto do citado artigo do Nouveau Code de Procédure Civile: *Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci on été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*.

(13) Voto do Min. Moreira Alves na ADC 1, cit. por Gilmar Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 356.

(14) Moacyr Amaral Santos. *Prova judiciária no cível e no comercial*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. n. 215, p. 359.

(15) Ob, número e p. cits.

(16) *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*. Rosario: Editorial Zeus S.R.L., 2003, p. 294.

(17) *Novas linhas do processo civil- o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 159/160.

(*) Publicado originalmente na *Revista de Processo*, n. 135, Editora Revista dos Tribunais. p.152-160.

(**) Prof. Adjunto - IV (aposentado) da UFJF. Prof. Visitante do UNIPÊ. Prof. do CEU (SP) (Pós-Graduação em Direito Processual Civil). Conselheiro Federal da OAB (MG), Presidente da Comissão de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB. Advogado.