

EL SISTEMA DE RECURSOS EN EL PROYECTO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO¹

Camilo Zufelato

*Profesor de Derecho Procesal Civil
Universidade de São Paulo*

Luiz Manoel Gomes Junior

*Profesor de Derecho Procesal
Universidades de Itaúna, Paranaense, de Pontificia Católica de São Paulo y de la Escola Fundação Superior del
Ministerio Público de Mato Grosso
Ex- Consultor de la Organización de las Naciones Unidas*

Miriam Fecchio Chueiri

*Profesora de Derecho Procesal
Universidade Paranaense*

Recepción: 30 de junio de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 28 de julio de 2014

RESUMEN: En Brasil se discute la publicación de un nuevo Código Procesal Civil desde hace cinco años, y actualmente se encuentra en la fase final de promulgación de la nueva Ley. El presente artículo analiza las principales propuestas de modificación legislativa, del Derecho positivo vigente, en relación a los recursos civiles. El sistema de recursos brasileño es bastante complejo y con innumerables mecanismos especies de recursos, teniendo un importantísimo impacto en el orden civil. El análisis de las modificaciones está hecha desde una perspectiva analítico-crítica, en la cual los autores se sitúan hacia las posiciones y elecciones realizadas en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil.

PALABRAS CLAVE: Recursos, Nuevo Código Procesal Civil Brasileño, Efectividad del Proceso.

ABSTRACT: For about five years, Brazil has been discussing a new Civil Procedure Code, which finds itself on the verge of becoming a reality, as it is, at the moment, at its original "house", the Senate, for final debates and following proclamation. The present article is a study of the main propositions on

1 Artículo traducido del portugués por David Soto, doctorando en Derecho procesal en la *Universidade da Coruña*.

the appeal system. The Brazilian appeal system is rather complex, with numerous and different kinds of appeals, which has a great impact on civil jurisdiction. The study brings a critical and analytical perspective of the main proposed amendments, changes and choices made in the Draft of the Civil Procedure Code.

KEYWORDS: Appeals, New Civil Procedure Code, Full jurisdiction provision.

SUMARIO: I. Introducción. II. Interposición obligatoria. III. De los recursos en general. IV. Apelación (por instrumento) y la extinción de los embargos infringentes. V. Agravo. VI. Agravo interno. VII. Embargos de declaração. VIII. Recurso ordinario. IX. Recursos extraordinario y especial. X. Agravo de admissão. XI. Embargos de divergência. XII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de actualmente que existe la necesidad de un nuevo Sistema Procesal Civil en Brasil. La clave está en verificar cuáles son los problemas y la mejor forma de solucionarlos. Hay desde propuestas como la de perfeccionar la conciliación, una mayor informatización del Poder Judicial, la ampliación del uso de las acciones colectivas, especialmente al tratarse de relaciones de consumo, entre otras.

El meollo para solucionar el problema es tener diagnósticos para delimitar los puntos que deben ser abordados y sus posibles soluciones. Cualquier cambio legislativo solamente se justifica tras la identificación de los puntos de estrangulamiento del sistema de acceso a la Justicia por medio de estudios basados en estadísticas de funcionamiento de los institutos y categorías que van a ser modificados o suprimidos en la nueva Propuesta de Código Procesal Civil.

Es imposible ignorar que sin esos datos es muy difícil implantar un nuevo sistema sin mayores riesgos de retroceso o incluso de la posibilidad de generar problemas nuevos. El riesgo, como ya hemos experimentado en el ámbito del Derecho procesal civil, es el de implementar un nuevo sistema corrompido por reformas de las propias reformas.

El hecho es que, actualmente, los esfuerzos se están dirigiendo al Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil. En este trabajo, nuestra propuesta es analizar algunos aspectos del sistema de recursos inserto en el mencionado proyecto (Proyecto de Ley nº 8046/2010- Cámara de los Diputados- informe final del diputado Sérgio Barradas Carneiro), que había sido aprobado en la Cámara de los Diputados y enviada al Senado Federal.

Brasil está camino de ver editado el nuevo Código Procesal Civil, que surgió como una iniciativa del Senado Federal en 2009, contando con una primera versión del texto, redactada por la denominada Comisión de Juristas constituida por aquél órgano legislativo; tras regular la tramitación en el Senado, la versión aprobada –Proyecto de Ley n. 166/2010- distinta de aquella primera propuesta, fue remitida a la Cámara de los Diputados e igualmente aprobada.

Se espera, incluso con algunas críticas y divergencias, desde el punto de vista de la técnica procesal, que el texto legislativo refleje el profundo desarrollo reciente que la

doctrina brasileña ha venido experimentando en los últimos años, al mismo tiempo en que pueda ofrecer respuestas eficientes a los graves problemas de funcionamiento de la Administración de Justicia en el país. En ese sentido, al sistema de recursos se la atribuye el papel muy relevante e indispensable de ser instrumento de un mecanismo más racional de revisión de las decisiones judiciales.

Lejos de ser pesimistas, el hecho es que tenemos que mirar al frente e intentar, en la medida de lo posible, colaborar en la construcción de este nuevo Sistema Procesal.

II. INTERPOSICIÓN OBLIGATORIA

A pesar de todas las críticas que el instituto de la interposición obligatoria recibe, lo cierto es que se trata de un mal necesario, considerando que el Poder Público aún no está totalmente equipado para su defensa, siendo necesario el mantenimiento de mecanismos que dirijan sus esfuerzos a hacer posible la revisión de las resoluciones jurisdiccionales dictadas contra él.

La finalidad del instituto, por ejemplo, en el caso de sentencias dictadas contra la Hacienda Pública se justifica por el motivo de conveniencia e interés público², dada la naturaleza del objeto de determinadas causas o de su sujeto, impidiendo que casos en que aquélla figure como vencida no sean objeto de re-examen en la instancia superior.

Incluso se pueden citar, entre los motivos determinantes, la posibilidad de una supuesta desidia de quienes asumen la defensa procesal de la Hacienda Pública³.

Así, se mantiene acertadamente el instituto de la interposición obligatoria (art. 507), siendo necesaria la ratificación, por el Tribunal competente, de las sentencias dictadas contra el interés público, con las limitaciones que están siendo propuestas, teniendo en cuenta la crítica de parte de la doctrina a dicho instituto⁴.

Su estructura permanece igual, es decir, la necesidad de ratificación como condición para su firmeza. Se produce un perfeccionamiento del actual sistema: en caso de cuantía

2 « [...] 6. Es la hora de recapitular y resumir. La obligatoriedad del reexamen en segunda instancia de las sentencias contrarias a la Hacienda Pública no ofende el principio de isonomía, correctamente entendido. La Hacienda no es un litigante cualquiera. No puede ser tratada como tal; ni así la tratan los ordenamientos jurídicos, incluso en el llamado Primer Mundo. El interés público, justamente por ser público-es decir, de la colectividad como un todo- la hace merecedora de protección especial, en un Estado democrático no menos que en ningún otro lugar. Nada tiene de torticeramente "autoritaria" la consagración de mecanismos procesales orientados a esa protección. El instituto que se trata, en particular, no nació sobre inspiración dictatorial, y es arbitrario, tanto desde el punto de vista histórico como desde el ideológico, atribuirle carácter "fascista".

BARBOSA MOREIRA, J. C.; *"Em Defesa da Revisão Obrigatória das Sentenças Contrárias à Fazenda Pública"*. São Paulo: *Revista Dialética de Direito Processual*, outubro/2004, nº 19, p. 48.

3 No creemos que profesionales vestidos de esa función pública incidan en tal desidia. Con todo, nos parece que existió la preocupación del legislador incluso por el volumen de demandas interpuestas contra esas Personas Jurídicas de Derecho Público, en contrapartida, al contingente de representantes judiciales reunidos en las tres esferas de Poder: Unión, Estados y Municipios.

4 RANGEL DINAMARCO, C.; *A Reforma da Reforma*. Malheiros Editores, São Paulo, 2002, p. 128; BARROS DIAS, F.; *A Busca da Efetividade do Processo*, en *Revista dos Tribunais. Revista do Processo* 97, São Paulo, 2000, pp. 217 y ss. Cfr. FECCHIO CHUEIRI, M.; *Estudo Crítico do Reexame Obrigatório Previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil Brasileiro* (tesis doctoral aún no publicada), São Paulo, 2004.

indeterminada, la interposición del recurso se vuelve necesaria (art. 507, § 2º CPC), evitando de este modo la consecuencia de que el actor atribuya a la causa un valor insignificante.

Se amplía en la propuesta el contenido económico de la demanda que justifica la interposición al equivalente a mil salarios mínimos interprofesionales en acciones contra la Unión Federal, sus entes y fundaciones de Derecho público, quinientos salarios mínimos interprofesionales para las causas que envuelvan al Estado federado y cien salarios mínimos interprofesionales para el caso de las entidades locales.

Aquí nuestra crítica se dirige a la elección aleatoria de las cuantías. No hay justificación desde el punto de vista lógico para la elección de mil salarios mínimos interprofesionales, quinientos y cien, respectivamente ¿Cuál es la razón de la elección de este criterio?

También quedaría sin efecto la necesidad de interposición cuando la decisión de primera instancia estuviese fundamentada en una cuestión prejudicial de un Alto Tribunal (*Supremo Tribunal Federal* y *Supremo Tribunal de Justiça*, quedando excluido el Tribunal Superior de Trabajo cuando se aplique subsidiariamente el CFC en el orden social), así como en algún acuerdo proferido por el STF o por el STJ para el enjuiciamiento de casos repetitivos, en conclusiones firmadas en el curso de un incidente de resolución de demandas repetitivas o de asunción de competencia o conclusiones coincidentes con orientaciones vinculantes firmadas en el ámbito administrativo del propio ente público, consolidada en dictamen administrativo.

De un modo general, salvo en la elección sin base fáctica para la limitación en términos económicos de las hipótesis de sumisión a la interposición, la propuesta perfecciona el sistema procesal actual con una ventaja innegable.

III. DE LOS RECURSOS EN GENERAL

En el Derecho brasileño, por causa del principio de taxatividad, sólo son admisibles los recursos previstos por el legislador⁵. En este sentido, es fundamental analizar la forma por la cual se consideraron las especies de recursos en el Proyecto, a fin de verificar si se dio una restricción o ampliación de los mismos.

Se optó por el mantenimiento de los siguientes recursos: a) apelación, b) *agravo*, c) *agravo interno*, d) *embargos de declaração*, e) *recurso especial*, f) *recurso extraordinario*, h) *agravo de admissão*, i) *embargos de divergencia*, más allá del mantenimiento del *recurso adesivo* en los recursos de apelación, extraordinario y especial.

5 «Ningún ordenamiento jurídico puede dejar a la autonomía de los litigantes la institución de los medios hábiles para impugnar resoluciones judiciales. Razones del más elevado interés público exigen que los litigios se extingan en el menor tiempo posible. Ese objetivo jamás se mostraría realizable en la hipótesis de que el vencido, por iniciativa propia, produjese mecanismos para impugnar el pronunciamiento del órgano judicial. En tal caso, el proceso se prolongaría indefinidamente o, cuanto menos, su término dependería de la aquiescencia del vencido a la estimación de sus pretensiones. A la voluntad convergente de las partes tampoco se concede la posibilidad de instituir una vía de impugnación. Sólo la ley federal, entonces, puede organizar los recursos, en el uso de la competencia legislativa contemplada en el artículo 22, I de la CF/1988, y, por consiguiente, su tipificación está predeterminada. Al principio según el cual la existencia de los recursos se subordina a una expresa previsión legal, aunque no sea la del estatuto del proceso, se le da el nombre de taxatividad». ASSIS, A.; "Manual dos recursos", en *Revista dos Tribunais*, 5. Ed., São Paulo, 2013, p. 89.

Se nota, por lo tanto, una reducción de los recursos previstos por el legislador, con la retirada de *los embargos infringentes*.

Salvo los *Embargos de Declaração*, se fija el plazo de 15 días para recurrir (art. 1007, § 2º). Se excluirá el efecto suspensivo en todos ellos, como regla general, pero podrá ser autorizado por el juez ponente. Parece que está vetado al juez de instancia autorizar el efecto suspensivo (art. 1008).

Resta nuestra crítica por la exención de la preparación en el recurso *adesivo*, si en el recurso principal sólo se ventila la condena en costas (art. 1010), pues no se verifica fundamento jurídico alguno para eximir al recurrente adhesivo de tal obligación.

Procedemos a tejer algunas consideraciones sobre cada uno de los recursos señalados, destacando las propuestas de cambios positivos o negativos.

IV. APELACIÓN (POR INSTRUMENTO) Y LA EXTINCIÓN DE LOS EMBARGOS INFRINGENTES

La configuración del recurso de apelación, en la redacción final del Proyecto, no sufrirá modificación relevante alguna.

Se perdió la oportunidad de excluir el efecto suspensivo automático del recurso de apelación, lo que hubiese sido la mayor evolución del sistema Procesal. No es lógico que tutelas cautelares, dictadas sólo tras un conocimiento superficial, sin un amplio plazo probatorio, puedan producir efectos en detrimento de sentencias que exigen un enjuiciamiento con cognición completa.

Una gran oportunidad perdida por el miedo a la evolución. Esa, sin duda alguna, ha sido la mayor crítica dirigida, por la comunidad jurídica nacional, a la versión de la Cámara de los Diputados del nuevo Código procesal civil. Como la última palabra la tendrá el Senado Federal, hay una gran expectativa de que en esa cámara se reestablezca la previsión contenida en su versión de Proyecto de Ley, de que la apelación tenga, en general, un efecto meramente devolutivo, pudiendo el Tribunal, a la luz de las situaciones concretas, atribuir, excepcionalmente, efecto suspensivo a la apelación.

No vemos acertado repetir en el Código procesal civil los requisitos del art. 1023, exigibles para todos los recursos y no sólo para el de apelación, estos requisitos son: a) los nombres y calificación de las partes; b) los fundamentos de hecho y de Derecho y; c) la solicitud de una nueva resolución. Tales requisitos acaban siendo repetidos, cuando bastaría acudir a la regla general para todos los recursos.

El Tribunal podrá juzgar de forma inmediata, ampliando el sistema actual, cuando se trate de: a) reformar una sentencia fundada en el art. 495 –extinción por sobreseimiento; b) decretar la nulidad de la sentencia por no ser ésta congruente con los límites de lo pedido o de la causa de pedir; c) constatar la omisión en el examen de uno de los *petitums* y; d) decretar la nulidad de la sentencia por estar infundada.

A pesar de esta opción, el legislador ha insistido en indicar casos específicos, repitiendo el sistema actual, en que no habrá efecto suspensivo en el caso de interposición de apelación contra la sentencia que a) homologa la división o el deslinde de fincas; b) condena a pagar

alimentos; c) extingue por sobreseimiento o juzga improcedentes los embargos de lo ejecutado; d) juzga procedente la solicitud de remisión a arbitraje; e) confirma, concede o revoca la tutela cautelar; f) decreta la incapacitación y; g) exime la prescripción o la caducidad.

Tampoco tiene sentido ni necesidad el § del art. 1026 (el capítulo de la sentencia que confirma, concede o revoca la tutela cautelar es impugnabile en la apelación), pues es claro y obvio que tal punto de la sentencia puede y debe ser impugnado en apelación. El problema será en el caso de que hubiese urgencia y hubiese sido revocada la resolución jurisdiccional anterior.

Siempre estuvimos en contra de la eliminación de los *embargos infringentes* de la lista de recursos del Código procesal civil, a pesar de ser una cuestión defendida por la doctrina⁶.

Aunque haya buenos argumentos para la defensa del mantenimiento de dicho recurso⁷, no es esa la cuestión. El problema es extinguir un recurso que posee destacada utilidad en un sistema en el que prevalece el voto del juez ponente (todos sabemos que la tónica general es que no haya divergencias en la mayoría de los enjuiciamientos), cuando ni siquiera existe certeza en la cantidad de asuntos ventilados día a día en los Tribunales y cuál será su reflejo en el Sistema Procesal en términos de efectividad.

La propuesta inicial (contenida en el Anteproyecto de la Comisión de Juristas constituida por el Senado Federal) fue presentada sin ningún dato estadístico que diera soporte a la mera eliminación de los *embargos infringentes* ni que analizase cuál será realmente su efecto. Existe sólo un interés político, un recurso del sistema ha sido eliminado, pero convengamos que es muy poco para respaldar el camino seguido inicialmente.

La postura de adecuar los *embargos infringentes*, modificando su configuración, que pasa a darse de oficio, nos parece positiva:

"Art. 955. Cuando el resultado de la apelación fuese por decisión no unánime, en el sentido de reformar la sentencia, el enjuiciamiento proseguirá en sesión junto con otros jueces designados en los términos previamente definidos en el reglamento interno, número suficiente para garantizar la posibilidad de invertir el resultado inicial, asegurando a las partes y a eventuales terceros el derecho de defender oralmente sus razones ante los nuevos jueces.

- 1º Si fuere posible proseguir la deliberación en la misma sesión, cogiéndose los votos de otros jueces que acaso compongan el órgano colegiado.
- 2º Los jueces que ya hubiesen votado podrán revisar sus votos con ocasión de la prosecución del enjuiciamiento.

6 Conforme a lo argumentado por BARBOSA MOREIRA, J. C.; en *Comentários ao Código de Processo Civil, Forense*, Rio de Janeiro, 2009, vol. 5, pp. 518-519: «El anteproyecto Buzaid había dejado de lado los *embargos de nulidade e infringentes*, salvo como recurso procedente contra decisiones proferidas en las "causas de alzada" (art. 561)[...] En el proyecto definitivo, sin embargo, reapareció aquél recurso, con las mismas características que ostentaba en el código anterior, sin que la respectiva Exposición de Motivos diese explicación a ese giro de 180º»

7 Vid. SHIMURA, S.; "*Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01)*", en NERY, N.; ARRUDA, T. y WAMBIER, A. (coordinadores), "*Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Civeis*", en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002, p. 489. Vid. OLIVEIRA, P.; "*O novo regime dos embargos infringentes*", en NERY, N.; ARRUDA, T. y WAMBIER, A. (coordinadores), "*Aspectos*", en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002, p.611.

- 3º La técnica de enjuiciamiento prevista en este artículo se aplica, igualmente, al enjuiciamiento no unánime proferido en:
 - Acción rescisoria, cuando el resultado fuese la rescisión de la sentencia; en este caso, debe proseguir en un órgano de composición más numerosa previsto en el reglamento interno;
 - *Agravo de instrumento*, cuando el resultado fuese la reforma de la decisión interlocutoria de fondo.
- 4º No se aplicará lo dispuesto en este artículo en el enjuiciamiento del incidente de asunción de competencia ni en el de resolución de demandas repetitivas.
- 5º Tampoco se aplicará lo dispuesto en este artículo al enjuiciamiento de la interposición obligatoria.
- 6º En los Tribunales en que el órgano que profirió la decisión no unánime fuese el pleno o la corte especial, no se aplica lo dispuesto en este artículo".

Claro que la figura recursal en sí de los "*embargos infringentes*" deja de existir.

Pero el hecho que merece reconocimiento es que la propuesta perfecciona el recurso de apelación y adopta una forma más rápida de enjuiciamiento de los *embargos infringentes*.

V. AGRAVO

Una gran novedad es la extinción del agravo en la modalidad retenida, lo que debe ser objeto de aplauso. Recurso inútil e innecesario, con procedimiento especial y toda la dificultad que causa la tramitación del hecho y, en la mayoría de las veces, la parte se omite en el *petitum*, con pérdida de tiempo para las personas afectadas.

El caso es evitar la preclusión por otros medios, como la impugnación por parte del interesado, que será objeto de enjuiciamiento junto con el recurso de apelación.

En relación al recurso de agravo, el primer y más grande equívoco es la vuelta al sistema del Código de 1939, con la indicación de las hipótesis de admisibilidad (art. 1028): I. Conceder, denegar, modificar o revocar la tutela cautelar; II. Versar sobre el fondo de la causa; III. Rechazar la alegación de convención de arbitraje; IV. Decidir sobre el incidente de levantamiento del velo; V. Denegar la solicitud de Justicia gratuita o acoger la solicitud de su revocación; VI. Determinar la exhibición o posesión de documento o cosa; VII. Exclusión del litisconsorcio; VIII. Denegar la solicitud de limitación del litisconsorcio; IX. Admitir o no la intervención de terceros; X. Versar sobre competencia; XI. Determinar la apertura de procedimiento de *avaria grossa*; XII. Denegar la petición inicial de reconvencción o juzgarla preliminarmente improcedente; XIII. Redistribuir las obligaciones de prueba en los términos del art. 380, § 1º; XIV. Convertir la acción individual en acción colectiva; XV. Modificar el valor de la causa antes de la sentencia; XVI. Suspender el curso del proceso en la forma del artículo 1050, § 4º; XVII. Que haya sido proferida en la fase de ejecución de sentencia y en los procesos de ejecución de inventario; XVIII. Resolver el requerimiento previsto en el artículo 990, § 4º.

Se mantiene la indicación de las piezas obligatorias (art. 1030): I. Obligatoriamente, con copias de la decisión agravada, del certificado de la respectiva intimación u otro documento

oficial que compruebe la conformidad y de los poderes otorgados a los abogados de las partes; II. Certificado que atestigüe la inexistencia de cualquiera de los referidos documentos en el inciso I de este artículo, que será expedida por la notaría en el plazo de veinticuatro horas, independientemente del pago de cualquier gasto; III. Facultativamente, con otras piezas que el *agravante* repute útiles.

De manera acertada, pasa a ser posible la corrección del instrumento, en caso de que exista algún error en cuanto a la forma (art. 1030, § 3º y art. 645, párrafo único. Antes de considerar inadmisibles el recurso, el ponente concederá el plazo de cinco días al recurrente para que subsane el vicio o complete la documentación exigible).

Debe excluirse todo formalismo innecesario que impida el enjuiciamiento sobre el fondo, como advierte la jurisprudencia⁸:

"todo lo que el exagerado rigor procesal ha hecho, in casu, fue colaborar para que el proceso gire sobre sí mismo, y principios como el de la economía, de la efectividad, de la duración razonable, se volvieran letra muerta. La obediencia burocrática a la forma no puede, en ningún caso, comprometer las metas para las cuales fue concebida. El proceso civil fue creado para que haya enjuiciamientos sobre el fondo de los asuntos, no para ser, él mismo, objeto de los enjuiciamientos que proporciona. La extinción de los procesos debe ser excepcional, la anulación de actos sólo puede ocurrir en los casos en que su aprovechamiento genere graves lesiones a algún derecho fundamental de una de las partes e incluso, sería hasta conveniente que esa lesión fuese expresamente declinada en las decisiones de anulación. Fuera de esos casos, el apego a la forma no se justifica. El proceso debe seguir su curso. El aparato judicial es muy caro para la sociedad y cada proceso representa un coste altísimo. Anularlo, por tanto, es una medida de excepción".

Aquí se produce una mejora relevante, al establecer que si el recurso fuese enviado a través del sistema de transmisión por fax, los documentos obligatorios sólo deben presentarse con el original, evitando así una obligación innecesaria e inútil para el recurrente y para los servicios judiciales (art. 1030, § 4º).

Se mantiene la correcta obligación para el *agravante*, de comunicar la interposición del *recurso de agravio* al juez de instancia (art. 1031), además de la relación de documentos, inclusive para permitir el desistimiento. Desde nuestro punto de vista, la finalidad primera es hacer posible al *agravado* tener certeza en cuanto al contenido del recurso, sin necesidad de desplazarse al Tribunal y, en un segundo momento, permitirle desistir de la acción, pero no debe ser esta la interpretación en la medida en que es una regla diferente a la del actual art. 526 del Código procesal civil.

La interpretación deberá ser en el sentido de no ser obligatoria la práctica del acto, lo que, desde nuestra perspectiva, es perjudicial.

8 STJ- REsp. N° 970.190-SP, ponente Min. Nancy Andrighi, j. 20.05.2008. en el mismo sentido: «El proceso no puede ser un fin en sí mismo, dirigido exclusivamente a la preservación de la letra de la ley. A día de hoy, la ciencia procesal propugna un proceso civil de resultados, en el que las técnicas procesales sean capaces de producir resultados legítimos y justos, dando tutela jurisdiccional útil a quien tuviese razón. Para eso, deben aprovecharse al máximo los actos procesales, regularizándose, siempre que sea posible, las nulidades o irregularidades subsanables».

Sin modificaciones, el procedimiento del *agravo* ante los Tribunales: a) podrá atribuírsele efecto suspensivo al recurso o ser aprobado, en tutela cautelar, total o parcialmente, la pretensión del recurso, comunicando al juez su decisión; b) se intimará al agravado personalmente y por carta con acuse de recibo, cuando no tuviese representante procesal constituido, o por el *Diário da Justiça*, o por carta dirigida a su abogado, con acuse de recibo, para que responda en el plazo de quince días, permitiéndole adjuntar la documentación que entendiéndose necesaria para el enjuiciamiento del recurso; c) se realizará la intimación por medio electrónico al Ministerio Público, cuando esté personado, para que se pronuncie en el plazo de quince días.

El plazo será de un mes para el enjuiciamiento del *agravo*, contado desde la intimación del *agravado* para responder (art. 1033).

Pensamos que se ha producido un error, pues el plazo debería ser el de la conclusión del ponente. Tras la intimación al agravado para responder en quince días, los servicios judiciales deberán aún esperar el agotamiento del plazo del protocolo integrado, actualmente de diez o quince días, lo que ciertamente sobrepasará el lapso temporal fijado en el art. 1033. En otros términos, el ponente recibirá el proceso con su plazo agotado o próximo a agotarse.

VI. AGRAVO INTERNO

A pesar de las discusiones sobre la constitucionalidad del art. 557 del CPC y la posibilidad de decisiones tomadas por órganos unipersonales, ha prevalecido el entendimiento de que esta posibilidad estaría en consonancia con la constitución Federal, especialmente por el hecho de existir una vía adecuada para someter la materia a la criba del órgano colegiado competente.

El *agravo interno* tiene esta finalidad, de permitir que las decisiones tomadas por órganos unipersonales sean enjuiciadas por órgano colegiado, debiendo obedecerse el reglamento interno de cada Tribunal (art. 1034).

Con la interposición de *agravo interno*, será posible la retractación del ponente, siendo que en el caso de mantenerse la decisión, el susodicho recurso deberá ser presentado para enjuiciamiento en la sesión siguiente a la de su interposición. En caso de que no se enjuicie en la siguiente sesión, deberá incluirse en la agenda.

Se mantiene el régimen actual en términos de sanción al *agravante*, pues cuando fuese manifiestamente inadmisibles o improcedente el *agravo interno*, así declarado en votación unánime, el tribunal condenará al *agravante* a pagar al *agravado* una *multa* fijada entre un uno y un cinco por ciento del valor corregido de la causa, siendo que la interposición de cualquier otro recurso quedará condicionada al depósito previo del respectivo valor, a excepción de los beneficiarios de la Justicia gratuita y de la Hacienda Pública que realizarán el pago al final.

VII. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

En la propuesta se mantendrá la naturaleza recursal de los *embargos de declaração*, dejando así de lado una discusión innecesaria en caso de que se produjese la modificación

inicialmente anunciada. Esta opción es tradicional del Derecho brasileño, donde se han producido profundos estudios sobre el instituto. El *cambio por el cambio* debe ser siempre excluido. Se hace necesario basarlo en un motivo plausible y que sea útil a la sociedad.

La propuesta, como podría dejar de ser, perfecciona el instituto, ampliando las hipótesis en que cabe su interposición, incluso pasando a prever expresamente el error material: a) esclarecer ambigüedades o eliminar contradicciones; b) suplir una omisión de algún punto sobre el cual debería haberse pronunciado el órgano jurisdiccional de oficio o a instancia de parte y; c) corregir un error material.

Tenemos que la posibilidad de utilización de los *embargos de declaração* para corregir el error en el análisis de requisitos extrínsecos de admisibilidad del recurso era innecesaria, pues tal situación se encuentra prevista en las demás hipótesis de procedencia de ese recurso.

Manteniéndose el plazo tradicional de cinco días, dejando de lado, de igual modo, la necesidad de pago de la preparación recursal, con innecesaria indicación (art. 1036) de que habrá recuento doble del plazo en el caso de litisconsortes con representantes procesales diversos (art. 229) ¿Cuál es la razón para una expresa mención que apenas podrá causar problemas en la interpretación de los dispositivos de los demás recursos?

Por otra parte, entendemos que la previsión de que si hubiese posibilidad de modificar la decisión (art. 1036, § 2º), se hace necesaria la intimación, en orden a que la parte contraria se manifieste. Se trata de una práctica del sistema actual, en consonancia con los postulados constitucionales del principio de contradicción. La positivación de esa posición jurisprudencial servirá para garantizar derechos de una manera más precisa.

Existe el objetivo de evitar la posición de algunos juzgados de no permitir la determinación de las cuestiones de Derecho en determinado tema (art. 1038), a pesar de que será de dudosa utilidad, ya que, existiendo omisión, se violará la regla específica: "se consideran incluidos en la sentencia los elementos que el embargante pleiteó, para fines de delimitación de las cuestiones de Derecho, aunque los *embargos de declaração* sean inadmitidos o rechazados, en caso de que el tribunal superior considere que exista error, omisión, contradicción o ambigüedad".

Se excluye, con acierto, el efecto suspensivo de los *embargos de declaração*, manteniéndose la interrupción de los plazos para los demás recursos. Con todo, se permite, adecuadamente, al ponente, aprobar el referido efecto en situaciones en las cuales, una vez demostrada la probabilidad de desestimación del recurso o, siendo relevante la fundamentación, existiese riesgo de daño grave o de difícil reparación (art. 1039, § 1º).

No existiendo alteración en la decisión *embargada*, será innecesaria la ratificación del recurso anteriormente presentado por la parte contraria, disposición actualmente exigida por el *Superior Tribunal de Justiça*⁹.

9 REsp 886.405-PR, ponente Min. Aldir Passarinho Júnior, DJe 1.12.2008: «El órgano colegiado, al proseguir el enjuiciamiento, entendió, por mayoría, que es extemporáneo el recurso de apelación interpuesto antes del enjuiciamiento de los *embargos de declaração*, sin posterior ratificación o reiteración, en plazo de recurso, de los términos de la apelación protocolada prematuramente».

Se ajustarán las sanciones por la utilización irregular de los *embargos de declaração*, una práctica infelizmente común, es decir, si fuesen manifiestamente dilatorios los *embargos*, el juez o el tribunal condenará al embargante a pagar al *embargado* una *multa* que no excederá del dos por ciento del valor de la causa. En la reiteración de los *embargos* manifiestamente dilatorios, la multa se eleva al diez por ciento sobre el valor de la causa.

Punto interesante será el de la inadmisión automática de los nuevos *embargos de declaração* cuando los dos anteriores hubiesen sido considerados dilatorios. Nuestra posición es la de que se ha perdido la oportunidad de dejar claro que la interposición de nuevas declaraciones, en esta situación en particular, no tendría el efecto de interrumpir el plazo para los demás recursos, evitando la utilización de mecanismos procesales para impedir la situación de cosa juzgada.

VIII. RECURSO ORDINARIO

La denominación del instituto como recurso ordinario constitucional, utilizada por la Constitución Federal y por la doctrina es correcta, pues se trata de un medio de impugnación de las decisiones expresamente previsto en la Constitución federal (art. 102, II y 105, II de la Constitución federal de 1988; arts. 539 y 540 del CPC; arts. 33 a 35 de la Ley de los Recursos; arts. 247 y 248 del Reglamento Interno del STJ), con carácter ordinario, considerando la inexistencia de requisito de admisibilidad especial, más allá de aquellos usualmente exigidos para los demás recursos, haciendo posible el entrar a conocer de los hechos, al contrario de aquéllos de naturaleza extraordinaria que sólo permiten el análisis de cuestiones jurídicas (constitucionales o infraconstitucionales).

Su naturaleza jurídica, obviamente, es la de un medio de impugnación, es decir, de recurso, poseyendo las características de una apelación.

La previsión de un recurso ordinario constitucional es tradicional en nuestro Derecho, pudiendo ser mencionada la Constitución de 1891 y el Decreto 848 de 1890¹⁰. En un primer momento, hasta las decisiones de concesión de *habeas corpus* hacían viable su utilización, posibilidad posteriormente excluida (CF-1934, art. 76, II, "c" y CF-1937, art. 101, II, "b").

En la Constitución Federal de 1946, el recurso ordinario constitucional estaba previsto en el art. 101, inciso II, apartados "a" y "b", con poca variación con respecto a la redacción actual. Leyendo los estudios de PONTES DE MIRANDA sobre el susodicho dispositivo de la Constitución de 1946¹¹, se llega a la conclusión de que bastaría con que la decisión fuese denegatoria y dictada en sede de *habeas corpus* o de una acción en defensa de derechos fundamentales para autorizar la utilización del recurso ordinario constitucional.

10 BRADÃO CAVALCANTI, Th.; *A Constituição Federal Comentada*, José Konfino Editor, Rio de Janeiro, 1956, vol II, pp. 326 y ss.

11 PONTES DE MIRANDA, F.; *Comentários à Constituição de 1946*, Livraria Boffoni, Rio de Janeiro, pág. 222: «Contra cualquier decisión judicial que deniegue el *habeas corpus*, existe recurso ordinario frente al Supremo Tribunal Federal. Los jueces locales y federales, los tribunales locales y federales e, inclusive, el Supremo Tribunal Militar [...], y el Superior Tribunal Electoral [...] desde que se niegue el *habeas corpus*, están sujetos a que contra su decisión se interponga el recurso del art. 101.II, a)»

En teoría, sería posible la interposición del recurso ordinario constitucional incluso cuando la interpretación no fuese originaria, creando una "tercera instancia" de forma absolutamente superflua.

En la Constitución de 1969 se modificó este instituto, con la inclusión de competencia para entender, en sede recursal, de los crímenes cometidos contra la seguridad nacional o las instituciones militares, además de aquellos cometidos por los Gobernadores de Estado y sus Secretarios, en relación a los mencionados delitos¹². Se vetó, incluso, el procedimiento de *habeas corpus* originario, substituyéndolo por el recurso ordinario constitucional.

Ahora se contará con el mecanismo procesal del recurso ordinario constitucional en el Código procesal civil (art. 1046). En términos de novedad, pasará a ser posible el enjuiciamiento de fondo, estando la causa adecuadamente instruida, a pesar de la posición contraria del STF¹³, con la cual no concordamos. De cualquier modo, tendremos que esperar un nuevo análisis del tema y la verificación de su constitucionalidad.

IX. RECURSOS EXTRAORDINARIO Y ESPECIAL

Sin duda se habrá mejorado el sistema de procedimiento de los recursos extraordinario y especial, a pesar de las innecesarias repeticiones del texto constitucional.

Se mantuvo la forma usual de interposición y procesamiento ante el Tribunal a quo.

En términos de novedad, podemos indicar las más relevantes: a) posibilidad de corrección de eventuales vicios de los recursos o incluso de su descuido, siempre que no sea grave. Pensamos que puede determinarse hasta el pago de la preparación, pero no se puede excluir la intempestividad; b) será viable, tratándose de recursos tramitados bajo la regla que trata de la resolución de demandas repetitivas, la suspensión por el Presidente del STF o del STJ, de todos los casos idénticos a nivel nacional; c) una mejor adecuación a la forma de solicitarse el efecto suspensivo, mediante solicitud en el propio recurso o en petición autónoma, tras el juicio de admisibilidad, permitiéndose cualquier instrumento si la demanda ya estuviese en el Tribunal Superior; d) se organiza la competencia para el análisis de la solicitud de efecto suspensivo: -al presidente o vice-presidente del tribunal *a quo*, si estuviese pendiente el juicio de admisibilidad; -al presidente del respectivo tribunal *ad quem*, durante el período comprendido entre el juicio de admisibilidad del recurso en el tribunal *a quo* y su distribución en el tribunal *ad quem*; -al ponente designado, tras el reparto en el tribunal *ad quem*.

12 Art. 129, de la CF/1969: "A la justicia militar compete procesar y enjuiciar, en los crímenes militares definidos en la ley, a los militares y a las personas que se les asemejan. § 1º. Ese foro especial se extenderá a los civiles, en los casos expresados en la ley, para la represión de crímenes contra la seguridad nacional o las instituciones militares. § 2º Compete originariamente al Supremo Tribunal Militar procesar y juzgar a los Gobernadores de Estado y a sus Secretarios en los crímenes de los que trata el § 1º. § 3º La ley regulará la aplicación de las penas de la legislación militar".

13 "2. Inaplicabilidad del art. 515, § 3 del CPC -inserto en el capítulo sobre la apelación- a los casos de recurso ordinario en causa de amparo, dado que se trata de competencia definida en el texto constitucional". (RMS 24789, Relator Ministro Eros Grau) 3 *Recurso ordinario desprovido*" (STF - RMS 26.615, rel Min Carlos Britto, Primeira Turma, j. 20.05.2008, DJe-206).

Hipótesis de verdadera fungibilidad, por cierto jamás admitida, será la de la reconversión del recurso especial en extraordinario, cuando se determine la procedencia: "Art. 1045. Si el presidente, en el STJ, entendiese que el recurso especial versa sobre una cuestión constitucional, deberá conceder un plazo de quince días para que el recurrente demuestre la existencia de *repercussão geral* [interés constitucional] y se manifieste sobre la cuestión constitucional. Hecha la diligencia, remitirá el recurso al STF, que, en juicio de admisibilidad, podrá devolverlo al STJ".

Del mismo modo, cuando se trate de un recurso extraordinario que vehicule una materia preponderantemente legal: "Art. 1046. Si el STF considerase como inconsciente la violación de la Constitución afirmada en el recurso extraordinario, por presuponer la revisión de la interpretación de la ley federal o de algún tratado, deberá remitirlo al STJ para su enjuiciamiento como recurso especial".

Más allá de estos avances, de los que parece será posible no considerar la necesidad de determinar las cuestiones de Derecho, caso de que se mantenga la redacción propuesta para el párrafo único, del art. 1047: "Habiendo sido admitido el recurso extraordinario especial por un fundamento, se devuelve al tribunal *ad quem* el conocimiento de los demás fundamentos y de todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes para la solución del capítulo impugnado".

Pasarán a haber situaciones en que se presumirá la *repercussão geral*: I. Impugnar una decisión contraria a la *súmula*¹⁴ o a la jurisprudencia dominante del STF; II. Contradecir una tesis fijada en el enjuiciamiento de casos repetitivos; III. Cuestionar la decisión que hubiese reconocido la inconstitucionalidad de tratado o ley federal, en los términos del art. 97 de la Constitución Federal.

Tratándose de enjuiciamiento de la existencia de la *repercussão geral*, la *súmula* del juicio se publicará y tendrá el valor legal de sentencia de un *acórdão*¹⁵.

Será muy interesante observar cómo la jurisprudencia irá recibiendo estas positivas innovaciones.

X. AGRAVO DE ADMISIÓN

Contra la decisión que niega la continuidad al recurso extraordinario o al recurso especial, cabrá una nueva especie de recurso. Deja de ser utilizada la simple expresión "*agravo*" por el término "*agravo de admisión*" (art. 1055).

Se mantiene la necesidad de un *agravo* para cada decisión, en la hipótesis de la doble interposición de recursos extraordinario y especial, debiendo el *agravo* de admisión dirigirse al Presidente del Tribunal *a quo*, dispensándose los pagos de cosas y gastos de naturaleza postal.

Será obligación del agravante demostrar, de manera expresa, la distinción entre el caso de análisis y el precedente invocado cuando: I. El extraordinario se fundase en decisión

14 En Derecho brasileño, breve epitome en que se recoge la doctrina jurisprudencial pacífica o mayoritaria en relación con un asunto concreto [N. del T.].

15 En Derecho portugués y brasileño, sentencia dictada por un órgano judicial colegiado [N. del T.].

anterior del STF de inexistencia de *repercussão geral* de la cuestión constitucional debatida; II. El especial o el recurso extraordinario se fundasen en una interpretación firmada en juicio de casos repetitivos por un tribunal superior.

Se organiza la forma por la cual puede solicitarse el efecto suspensivo (art. 1055, § 8º): I. En la petición de interposición del propio recurso; o II. Por solicitud autónoma, que deberá instruirse con los documentos necesarios para el conocimiento de la controversia, cuando se formule después de su interposición.

Digna de elogio es la clara delimitación de la competencia para el análisis de este tipo de solicitud (art. 1055, § 10º): I. El Presidente del respectivo tribunal *ad quem*, en el periodo comprendido entre la interposición del recurso en el tribunal a quo y el reparto en el tribunal superior; II. El ponente designado, después del reparto en el tribunal *ad quem*.

A pesar de no haber ningún cambio sustancial, lo cierto es que tendrá lugar una sensible mejora en la forma de procedimiento del *agravo* de admisión en el nuevo reglamento propuesto.

XI. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

Finalmente, también se han propuestos cambios significativos en la regulación de los *embargos de divergência*, manteniéndose las directrices básicas de la admisibilidad tal como están en el actual régimen (art. 1056): I. En recurso extraordinario o recurso especial, que se diverja del enjuiciamiento de cualquier otro órgano del mismo tribunal, siendo que los *acórdãos* contengan decisiones de fondo; II. En recurso extraordinario o en recurso especial, que se diverja del enjuiciamiento de cualquier otro órgano del mismo tribunal, siendo que los *acórdãos* sean relativos al juicio de admisibilidad; III. En recurso extraordinario o en recurso especial, que se diverja del enjuiciamiento de cualquier otro órgano del mismo tribunal, tratándose de un *acórdão* que decida sobre el fondo y otro que no tenga conocido del recurso, aunque haya entrado a entender del litigio; IV. En las causas de competencia originaria, que se diverja del enjuiciamiento de cualquier otro órgano del mismo tribunal.

Aquí la gran innovación es permitir el uso de un recurso sin que se haya entrado a conocer del recurso extraordinario o especial, sino tan sólo desde que se hubiese entrado a analizar el fondo del asunto. Otro punto importante es que la *divergência* será admisible aunque esté situada en el ámbito de la propia admisibilidad del recurso (materia procesal).

No sólo serán admisibles los *embargos de divergência* en los recursos extraordinario y/o especial, pero de la misma forma, tratándose de causas de competencia originaria. La restricción actual no tiene ningún sentido, pues lo que es relevante es que no exista divergencia interna en el ámbito de los Tribunales superiores, incluso en materia procesal.

Se suspenderá el plazo para la interposición de un eventual recurso cuando se estén tramitando *embargos de divergência*.

XII. CONCLUSIONES

Existe realmente una necesidad de que pensemos y tengamos un Derecho procesal adecuado para una sociedad del siglo XXI.

El hecho es que no puede negarse que muchos de los cambios se realizan sin estudios que puedan dar respaldo a una u otra opción. Siempre se ha procedido de esta forma y este tipo de opción no puede persistir más.

De cualquier modo, en la parte ahora analizada, el hecho es que habrá grandes avances con la aprobación de la propuesta de un nuevo Código procesal civil, con la mejoría del Sistema Recursal, con una innegable posibilidad de mejoría en la práctica jurisdiccional.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Gregório Assagra de & GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. *Um Novo Código de Processo Civil para o Brasil*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
- ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 5. ed., 2013.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino editor vol. II, 1956.
- CHUEIRI, Mirian Fecchio & SOUZA, Emerson Cortezia de. *A remessa obrigatória e as ações coletivas em espécie – Sistema processual coletivo de proteção ao interesse público*. Revista de Processo. Ano 36. vol. 200. out. 2011.
- CHUEIRI, Mirian Fecchio & SOUZA, Emerson Cortezia de. *Estudo Crítico do Reexame Obrigatório Previsto no artigo 475 do Código de Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Tese apresentada junto a banca de Doutorado na PUC/SP, 2004 – não publicada.
- DIAS, Francisco Barros. *A Busca da Efetividade do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Revista de Processo 97, 2000.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da Reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. *Processo Civil*. Salvador: Juspodium, 3. ed., 2014.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Livraria Boffoni, s.d., vol. II.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Em Defesa da Revisão Obrigatória das Sentenças Contrárias à Fazenda Pública*. São Paulo: Revista Dialética de Direito Processual, n. 19, out./2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. 5, 2010.
- OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *O novo regime dos embargos infringentes*. En NERY, Nelson; WAMBIER, Alvim (coord.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de Outros Meios de Impugnação às Decisões Judiciais*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- SHIMURA, Sérgio. *Embargos infringentes e seu novo perfil (Lei 10.352/01)*. In NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, nº 5, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.