

Normas Fundamentais do Processo Civil e os Princípios Constitucionais e Processuais no Novo CPC¹

Marcelo José Magalhães Bonizzi²

Eu, como procurador do Estado há 22 anos, não venho aqui exatamente para ensinar, mas para compartilhar dúvidas, preocupações, novidades sobre o novo Código, quem sabe traçar um paralelo sobre seus institutos fundamentais.

O novo Código de Processo Civil deve entrar em vigor daqui a um mês, se não mudar. Mas acho que não vai mudar, porque a ideia era que a magistratura exercesse certa pressão de modo que o Código demorasse mais tempo para entrar em vigor. Contudo, a magistratura fez uma pressão política e conseguiu pelo menos alterar dois pontos do novo Código de Processo, que já o modificaram antes mesmo de ele entrar em vigor, ou seja, “a volta dos que não foram”.

O primeiro ponto é o Juízo de Admissibilidade nos tribunais estaduais, que, como nós sabemos, havia sido eliminado na redação original do projeto, mas por conta dessa “reforma” retornou antes mesmo de o Código entrar em vigor. O que significa dizer que, na redação original, um recurso extraordinário/especial interposto subiria diretamente aos tribunais superiores, sem o juízo de admissibilidade, estadual ou federal.

1 Breves apontamentos sobre o Novo Código de Processo Civil apresentados pelo professor Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi durante o curso “Novo Código de Processo Civil e a Advocacia Pública”, realizado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

2 Procurador do Estado de São Paulo. Professor de graduação e de pós-graduação. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela USP. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Membro do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Autor de livros e artigos sobre Direito Processual.

Pela última reforma, os tribunais continuam fazendo o exame de admissibilidade. Eu, particularmente, acho uma coisa sem sentido, porque esse juízo de admissibilidade estadual só faria sentido se ele fosse recorrível, mas se cabe recurso, e continua cabendo recurso, que é o Agravo de Despacho Denegatório, do 544 do Código de 73, qual é o sentido efetivo de se manter os exames de admissibilidade estaduais e federais? Mas, enfim, era o que a magistratura pleiteava e efetivamente foi conseguido.

O segundo ponto foi a história da ordem cronológica dos julgamentos, prevista no artigo 12 do novo Código de Processo. Na redação original, a ordem cronológica de julgamentos exigia que o juiz ou tribunal, inclusive o tribunal superior, julgasse os processos exclusivamente na ordem cronológica de apresentação – mais ou menos o que acontece com os nossos precatórios. No entanto, a magistratura se sentia um pouco engessada com isso. Eu fui a congressos com desembargadores, ministros etc., e eles falavam assim: “Eu não digo ao Legislativo que lei ele tem que julgar primeiro: Julgue primeiro saúde, vote lei sobre saúde, vote lei sobre educação, sobre segurança...”; então, o Legislativo não pode me dizer qual é o processo que eu devo julgar primeiro. Havia uma instabilidade, uma dúvida, quanto à invasão de competência do Legislativo no judiciário e, por isso, a ideia foi removida. Portanto a ordem preferencial continua, mas ela deixa de ser obrigatória, ou seja, a ordem cronológica continua, mas ela deixa de ser obrigatória para o juiz, o que na prática significa dizer que ela desapareceu. Conforme a redação original do novo Código de Processo: “os juízes julgarão segundo a ordem cronológica dos processos apresentados”. Na redação atual: “os juízes julgarão *preferencialmente* os processos mais antigos” – o que significa dizer que não necessariamente os processos mais antigos serão julgados. Talvez, nesse ponto, deveria ter havido mais contato, mais diálogo com a magistratura, antes de o Código ser alterado.

Essas noções preliminares me permitem ir diretamente ao ponto ao qual eu fui chamado aqui hoje. Nessa primeira abordagem, antes do nosso intervalo, eu pretendo falar dos institutos fundamentais do novo Código de Processo Civil, da sua feição, qual é o perfil do novo Código de Processo. Não vou descer a detalhes desses institutos fundamentais porque eles serão abordados depois, em aulas específicas para isso, e vocês terão tempo para ver todos esses detalhes depois. Mas isso nos permitirá fazer um voo, dar uma panorâmica sobre esse novo Código e

entendê-lo na sua feição original; o que ele traz de novidade, o que ele efetivamente pode impactar a nossa atividade prática, como advogados públicos, inclusive, e o que é discutível, o que é preocupante em relação a tudo isso. Depois, no segundo momento, eu quero falar com vocês a respeito dos princípios do processo. Esse é um tema extremamente interessante porque nós temos um código que enumera princípios, um código que diz quais são os princípios aplicáveis a ele, o que é algo relativamente discutível em termos doutrinários, porque não é a lei que diz quais são os princípios aplicáveis, e sim o juiz, no caso concreto, e sim a doutrina. Mas, enfim, tudo isso nós vamos também destrinchar aqui, princípios processuais na segunda parte.

Vamos à primeira parte, então. O novo Código de Processo Civil estará em vigor daqui a um mês, e é preciso respirar fundo para imaginar que todo o sistema processual será modificado daqui a um mês. Eu lembro que quem trabalhou sob a égide do Código de 1939, e ele durou até 1973, provavelmente se formou e se aposentou sem ter visto uma única mudança na lei processual. Não houve. O Código de 1939 permaneceu intacto até 1973. O Código de 1973 sofreu pouquíssimas alterações até o início dos anos de 1990, quando começaram as reformas: em 1992 veio a tutela antecipada; 1994, a tutela das obrigações de fazer ou não fazer do artigo 461; e de 1996 em diante acelerou, aí mudou a execução civil, que passou a ser sincrética – artigo 475 e todas aquelas discussões. Quando, finalmente, já nos anos 2000, nós estávamos contentes com essas mudanças, estávamos relativamente seguros em relação a elas, veio o novo Código de Processo Civil. O novo Código de Processo Civil não é uma evolução do Código de 1973. Nós poderíamos pensar assim: “Então, o Código de 2015 é o Código de 1973 melhorado. Nós vimos o que deu certo e o que deu errado, aproveitamos o que deu certo, consertamos o que deu errado e fizemos o novo Código”. Não, não foi isso. Nós fizemos um novo. Simplesmente ignoramos as experiências boas e más que tínhamos durante o Código de 1973. Então, eu poderia dizer, e isso não é um fenômeno nacional, que as leis, em geral, são marcadas por descontinuidade. O Código de 1973 não é uma evolução do Código de 1939, e o Código de 2015 não é uma evolução do Código de 1973. É algo absolutamente novo. Aí vai uma crítica também, porque, para que fazer algo totalmente novo e nos obrigar a consolidar de novo caminhos

doutrinários e jurisprudenciais até as coisas se assentarem lá na frente? A ideia é mais ou menos essa.

Dentro desse novo Código de Processo Civil, eu identifico quatro pilares fundamentais, quatro colunas das quais depende, a meu ver, a sua efetiva aplicação.

A primeira delas, talvez a mais importante, é a ideia de respeito aos precedentes. Por que nós estamos preocupados com isso? Porque desde os anos de 1970, não só aqui no Brasil, mas também lá fora, os litígios de massa são uma preocupação efetiva de todos os países do mundo ocidental – tirando Inglaterra e Estados Unidos, justamente porque respeitam precedentes. Um juiz hoje aproximadamente tem de dar 50 sentenças por semana para cumprir as metas do CNJ. Assim também um desembargador. Dentre essas 50, 60 decisões semanais a que ele está obrigado, provavelmente a metade delas são causas repetitivas, temas repetitivos. Nós, que estamos aqui representando a Fazenda Pública, no âmbito municipal, federal e estadual, temos nos debatido com esse problema, temos enfrentado esse problema por mais de uma década. Quantas vezes as nossas contestações, os nossos recursos são repetitivos também? Isso infantiliza o nosso trabalho. Quando meu filho pergunta o que eu faço, eu falo: “Eu recorro e faço defesas”. “Ah é? Do quê?” Eu quase falo assim: “É sempre a mesma coisa. Desde que eu entrei, há 22 anos, é exatamente o mesmo tema”. Não, eu minto e falo: “Tem casos extremamente complexos, tem problemas...”. Se eu falar que é exatamente a mesma coisa, ele vai falar: “Meu pai é um autômato, então. É um carimbador”. Assim também como um desembargador, que hoje conta com assessores para isso, e é normal que conte, tem de dar 10, 15 votos sobre o mesmo tema durante muito tempo. Em reuniões, e eu já vi a Ministra Ellen Grace comentar comigo uma vez num evento que eu participei, que é motivo de piada lá fora a apresentação de um ministro do Supremo brasileiro; quando o ministro do Supremo brasileiro começa a falar, todos começam a rir, porque a primeira coisa que ele fala é assim: “Eu julgo por ano 100 mil processos”. E o juiz norte-americano, 200, quando muito. E o juiz italiano, 300. O francês, 400. “Mas por que 100 mil?” Cem mil! Se nós dividirmos pelo número de horas trabalhadas, efetivamente trabalhadas, dá um acórdão a cada 10 minutos. Daí ele fala: “100 mil, mas 98% são causas repetitivas”, ou seja, a constitu-

cionalidade da lei tal, o problema da desapropriação, enfim, juros e correção monetária, e tudo o mais. Então, essa infantilização nossa que ocorreu a partir dos litígios de massa dos anos de 1980 fez com que os sistemas processuais aqui e lá fora começassem a criar meios de lidar com litígios de massa. O primeiro deles foi prático e óbvio. Os Ministros e Desembargadores passavam isso para assessores, julgavam por lotes, falavam: “Separe para mim todos os casos que dizem respeito ao tema tal. Quantos são? Dez mil? Então, esses 10 mil eu julgo dessa forma. Daí você recorta e cola a decisão”. Mas é óbvio que não há como julgar 100 mil processos por ano. O segundo passo, quando o sistema começou a perceber que ele estava abarrotado de processos, foi municiar o Código de Processo Civil de mecanismos aptos a lidar com demandas repetitivas. A primeira munição que nós tivemos em relação a isso foi com o art. 285-A do Código de 1973. O juiz podia liminarmente, e isso foi mantido no novo Código, julgar improcedente um pedido quando ele fosse repetido em relação a outros que o mesmo juiz julgou no passado. Então, por exemplo, sou juiz de Andradina, julguei que o IPTU desse município é constitucional e, a partir desse momento, qualquer demanda de contribuinte que me apareça aqui, eu julgo improcedente sem citar o réu. Isso é uma forma de o sistema lidar com a multiplicação de causas, com a grande demanda que está aí. Depois veio a ideia de súmulas impeditivas de recurso. O art. 518 impedia que a apelação subisse quando o tema da sentença estivesse amparado em súmula dos tribunais superiores, súmula impeditiva de recurso – e isso não está no novo Código de Processo, portanto, se nós apelarmos e nossa apelação for contrária à súmula/jurisprudência/seja lá o que for, ela vai subir de qualquer forma. Ainda no Código de 1973, nós reforçamos os poderes do relator. O artigo 557 permitiu que o relator julgasse *monocraticamente*. Isso significa dizer que ele não precisava mais remeter o processo à Turma, ele julgava sozinho, quando manifestamente improcedente, protelatório, quando já houvesse jurisprudência dominante àquele respeito. Era o sistema se “fechando” contra a litigiosidade de massa. Depois, mais recentemente, veio a técnica de julgamentos de recursos repetitivos do 543-A, B e C, ainda do Código de 1973. Essa técnica, que tem origem no sistema alemão, foi mantida no novo Código de Processo. O professor Barbosa Moreira, do Rio de Janeiro, tem um artigo excelente a respeito desse tema chamado “Súmula, jurisprudência, uma escalada e suas incertezas

– temas de Direito Processual”. É um sistema de *civil law* preocupado com a sua jurisprudência, municiando o sistema legal com meios para lidar com demandas repetitivas, porque 70% do trabalho do Judiciário é repetitivo. Se nós estivéssemos num sistema de *common law*, ou seja, Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, nós teríamos um precedente que diria: “Tal gratificação não é incluída no benefício do servidor público”, portanto não inclui. “E não adianta vir pedir de novo porque eu já vou dizer que não inclui. Respeite a jurisprudência formada.” Em países de *civil law*, o precedente não é fonte de Direito. Quando nos formamos na faculdade, nós aprendemos que a fonte de Direito é a lei – eventualmente a analogia, os princípios, os costumes, e tudo o mais. Mas precedente é persuasivo. Um juiz, um tribunal, segue o precedente na medida em que ele é interessante. Se não seguir, é certo, e se seguir também é certo, portanto o juiz escolhe. Onde o precedente é fonte de Direito? Na *common law*. Por razões históricas, por razões de conveniência, pragmatismo, praticidade, o que um tribunal decidir, seja lá de que Estado for, aplica-se a todos os demais tribunais do território nacional. Por isso que grandes litigantes nos Estados Unidos têm medo que os processos cheguem aos tribunais, porque eles falam assim: “Se nós perdermos no tribunal, a gente não vai perder só essa causa. A gente vai perder todas, no território nacional inteiro”. Isso gera um temor justificado, legítimo, em relação ao Judiciário de não se arriscar com demandas repetitivas. E à medida que é repetitivo e impactante, vamos fazer um acordo, negociar, imaginar uma forma de lidar com isso. Na *civil law*, não. Tanto aqui quanto lá fora, quanto mais repetitivo, melhor. De repente, cai com um desembargador, com um juiz que é favorável à nossa tese, e o pior: aquelas causas para lá de derrotadas que nós conhecemos às vezes são vitoriosas em alguma Câmara, com algum desembargador. Isso nos leva ao estímulo da litigiosidade contra as questões repetitivas. Isso efetivamente não pode mais continuar. O novo Código de Processo Civil dá um passo extremamente importante nesse campo. Ele é o primeiro país de *civil law*, que tem como fonte de Direito a lei, a erguer, a levantar o precedente como fonte de Direito. Não há país de *civil law* no mundo ocidental que diga que um precedente é fonte de Direito. “Posso julgar contra um precedente?” “Posso.” “E agora?” “Agora eu não posso mais.” Nós já fomos os primeiros, uma vez, no âmbito do processo coletivo. Em quase nenhum país do mundo tem lei sobre processo coletivo; há umas

poucas francesas e italianas, mas da forma como temos aqui não há. Então, nós somos uma espécie de laboratório processual para quem está do lado de fora. E agora as atenções do mundo se voltam para nós aqui no Brasil para saber como um país de *civil law* vai aplicar o precedente como fonte de Direito. Não é da nossa tradição, não é costume para nós, utilizar o precedente como fonte de Direito. “A vinculação do precedente brasileiro é só horizontal ou é vertical também?” A vinculação, quando horizontal – para a mesma instância –, não é tão problemática. Significa dizer que a Sétima Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo fixa um precedente, e as demais câmaras do mesmo tribunal estão vinculadas a isso – e só elas. Os juízes de primeiro grau continuam livres para julgar como quiserem, mas quando aquilo chegar ao tribunal, só será julgado daquela forma. O STF poderia fixar precedentes horizontais: “Aqui se decide dessa forma. Como vocês vão decidir, o problema é de vocês. Se chegar aqui, a gente decide dessa forma”. Isso não é tão preocupante e de alguma forma já existe entre nós, pelo costume. A aplicação do artigo 543-A, B e C, do Código de 1973, fixa precedentes horizontais há muitos anos sem que a gente sequer tenha percebido. Isso porque, quando o Ministro do STJ ou do STF julga em sede de recurso repetitivo o tema X, os demais ministros estão vinculados àquela decisão, e eles falam: “Não, isso aqui já tem decisão em sede de recurso repetitivo, portanto não conheço do recurso. Ou, se conhecer, já dou provimento no sentido da tese fixada como em julgamento de recurso repetitivo”. Isso é vinculação horizontal. Nenhuma lei manda observar o julgamento de recurso repetitivo, mas os ministros do STJ e do STF obedecem ao precedente horizontal por respeito ao colega, por praticidade, porque ele não vai romper o sistema criado pelo 543-A, B e C, o que significa dizer que nós já temos precedentes horizontais sem que eles causem absolutamente nenhum desconforto entre nós. Infelizmente, os Tribunais de Justiça de São Paulo e dos demais Estados, inclusive da área federal, não respeitam seus próprios precedentes, porque se arvoram na ideia de liberdade para julgar, livre convencimento. Estou cansado de ver acórdãos que falam assim: “Não obstante o entendimento dominante deste Tribunal, preservo meu entendimento de julgar em sentido contrário”. Só ele julga daquele jeito, e fica assim durante 10, 20 anos. Não estou dizendo que está errado; estou dizendo que está deslocado do sistema. Estou dizendo que isso quebra segurança jurídica e estabilidade de

muitos processos que nós temos pela frente. Por conta disso, o novo Código de Processo Civil cria meios para que a vinculação ou precedente seja não só horizontal, mas também vertical. Basicamente, por meio de três dispositivos legais. O primeiro deles é o artigo 926. Nele está escrito – e esse talvez seja o coração do sistema – que os tribunais observarão a sua jurisprudência. Está escrito que os tribunais devem manter essa jurisprudência íntegra, estável, coerente. E mais: nós, por meio do artigo 926, daremos a essa jurisprudência um caráter vinculante, não só horizontal, como também vertical. “Art. 927 – os juízes e os tribunais observarão”, leia-se *seguirão*, inclusive porque os incisos I e II confirmam essa ideia. “[...] 1- as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade”, ou seja, a ADIN e a ADECON. Vejam a enorme utilidade dessa regra. Os juízes e os tribunais observarão o que foi decidido em ADIN e ADECON. É óbvio, nós sempre observamos e seguimos o que está em ADIN e ADECON. Veja a importância, também, do inciso II: “os juízes e tribunais observarão os enunciados de súmula vinculante”. É isso mesmo? Se não houvesse essa regra, eu não observaria os enunciados de súmula vinculante? Os dois primeiros incisos são desnecessários, mas servem para confirmar a ideia de vinculação. Poderia, talvez, o legislador ter uma técnica um pouco melhor e ter dito assim: “os juízes e tribunais observarão os precedentes, assim como observam as súmulas vinculantes e as decisões da ADIN”. Faria todo o sentido. Mas ele usa de um modo um pouco indireto para nos dizer o seguinte – e aí vamos ao inciso III, que é o verdadeiramente importante: “os juízes e tribunais observarão os acórdãos em incidente de assunção de competência”, vocês vão ver isso lá na frente, mas, assim como há no Código de 1973, no Código atual, tribunais podem assumir uma competência com relação a uma determinada causa que lhes pareça interessante, “[...] e também observarão aquilo que for decidido no julgamento de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos”, que são as técnicas do 543-A, B e C do Código de 1973 que foram repetidas no Código de 2015. Então, os juízes e tribunais estão vinculados assim como estão vinculados às súmulas e aos enunciados, “àquilo que for decidido no incidente de assunção de competência ou àquilo que for decidido no julgamento de demandas repetitivas”, artigo 927, inciso III. E inciso IV: “os juízes e tribunais observarão os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria

infraconstitucional”. Inciso V: “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”. As verdadeiras regras importantes a respeito desse tema estão, portanto, nos incisos III, IV e V do artigo 927. Em todas essas situações, nós teremos não só enunciados de súmulas, que são coisas extremamente fáceis para que a gente entenda – as súmulas, nós estamos acostumados a trabalhar com elas há muito tempo –, nesse ponto vale uma lembrança de que há muitas súmulas desatualizadas. Eu penso que os tribunais farão uma revisão das suas súmulas e editarão novas no sentido de que aquelas são vinculantes e estas não são, o que vai nos dar segurança jurídica. Mas a súmula, nós já sabemos, é uma fórmula jurídica pronta: “O tributo X é constitucional”. Ok, a *ratio decidendi* está aí. O enunciado já nos diz o que é que vincula ou não. Por outro lado, nós também passaremos a trabalhar com outras formas de vinculação que não os enunciados. Quais são? Os precedentes. Esses precedentes – e aí nós podemos pular para o artigo 976 do Código – não serão formulados a partir de súmulas. Esses precedentes emergirão, aparecerão, de casos concretos. “O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar um determinado tema, extrairá desse tema um precedente. Esse precedente será vinculante e se aplicará a todos os casos idênticos.” Aí eu os remeto aos diversos parágrafos que estão no artigo 926, que são uma síntese da doutrina norte-americana sobre aplicação de precedentes. Eu os remeto também ao livro do meu amigo, professor Guilherme Marinoni, do Paraná, sobre precedentes no Brasil. São três livros. Diz a doutrina que os parágrafos do artigo 926 enfeixam a experiência norte-americana a respeito de precedentes. Em qualquer universidade norte-americana de Direito, praticamente do primeiro ao último ano, os alunos estudam precedentes, porque o precedente é fonte do Direito. Então ele vai dizer depois de formado, como advogado, que determinado cliente tem ou não um direito com fundamento na decisão proferida no caso *Madison versus* Estado de Ohio de 1942, no qual o precedente ficou fixado assim. Quem tiver curiosidade de comprar o *Black’s Law Dictionary*, ele enfeixa praticamente todos os precedentes mais conhecidos que estão no território norte-americano. Então, o advogado razoavelmente, no início do estudo de um processo, vai no *Black’s Law*, encontra ou não o precedente e, a partir dali, passa a fazer uma pesquisa para ver qual é o precedente aplicável ao seu caso. Isso é extremamente complexo. Nós estamos acostumados a trabalhar

com uma espécie de “mingau”, uma “papinha” feita pelos tribunais. Eu julgo, debato e, finalmente, dou para você um “mingauzinho”: Súmula X – tal tributo é constitucional. Por que é constitucional eu não digo, mas a súmula está lá, temos que seguir, ou vamos ter de seguir daqui para a frente – isso é muito fácil, extremamente tranquilo. Mas um precedente nasce de um caso concreto. E, num caso concreto, nós temos circunstâncias especiais relacionadas àquele caso que dizem respeito às partes, aos atos que elas praticaram, e, a partir de um caso concreto, nós extrairemos um precedente, portanto uma força vinculante. Aí aparecem duas distinções muito importantes que vão estar na moda nos próximos anos. Isso se os tribunais resolverem aplicar essa regra; porque também pode ser uma regra tão complicada que ela vire letra morta e vamos em frente assim – daqui a 40 anos, o Código muda e ninguém aplicou. Mas duas expressões vão ser muito claras daqui para a frente. A primeira delas chama-se *obiter dictum* – aquilo que foi dito desnecessariamente para efeito de vinculação. Pode ter sido importante para aquele caso concreto, para que as partes entendam porque ganharam ou porque perderam, mas, para efeito de vinculação, aquilo é *obiter dictum*, letra morta. O *obiter dictum* é aquilo que não nos interessa, e aí nós já começamos a ter de separar na decisão o que é o *obiter dictum*. A segunda expressão que será importante para nós é aquela que diz respeito à *ratio decidendi* – as razões de decidir. Não por acaso, o novo Código de Processo Civil se preocupa muito intensamente com a motivação das decisões judiciais. A decisão que criar um precedente precisa ser muito clara sobre o que é *obiter dictum* e o que é *ratio decidendi*, porque é da *ratio decidendi* que vamos extrair a força vinculante daquele caso. “Tal tributo é inconstitucional.” Imaginem que nós estamos já na nova era criada pelo novo Código de Processo Civil, e que nós somos um país de *civil law* que vai passar a seguir seus precedentes. Então, nós temos um precedente, que o tribunal diz que é precedente – isso pelo menos está lá no artigo 926, o tribunal fixará o precedente, isso nos dá razoável segurança – e, ao dizer qual é o precedente, nós teremos de analisar aquele precedente, porque não haverá uma súmula extraída dele, e descobrir quais são as razões de decidir que vinculam. “Tal tributo é inconstitucional”, diz o precedente. Ao ler o precedente, descobrimos assim: “É inconstitucional porque trata-se de mercadoria provinda do exterior”, “É inconstitucional porque essa empresa tem sede no Paraná, onde existe uma

isenção tributária”, “É inconstitucional porque foi criado, segundo a lei do Paraná, no mesmo exercício em que está sendo cobrado, então fere a anterioridade”. São três *ratio decidendi* que levam à conclusão da inconstitucionalidade do tributo. Quando nós formos aplicar esse caso aos casos seguintes para dizer que há vinculação (suponham que eu sou juiz no Paraná e aparece de novo uma questão relacionada à constitucionalidade daquele tributo, eu falo assim: “Meu tribunal – ou tribunal superior – já tem um precedente a respeito”. Será que esse precedente se aplica a esse caso concreto? Como esse juiz irá saber se isso se aplica ou não? Pela *ratio decidendi*. Não pelo *obiter dictum*. No acórdão tem 40 folhas, das quais eu extraio três *ratio decidendi*, o resto é *obiter dictum*. Quando eu for advogado nesse caso, qual será minha missão? Se eu quiser provar que o tributo é inconstitucional, eu provo que o meu caso, o caso do meu cliente, está de acordo com o precedente. Mas quando eu quiser provar o contrário, ou seja, que meu caso está distante do precedente adotado, eu, advogado, terei de analisar a *ratio decidendi* e fazer uma **distinção**. Essa palavra é extremamente importante para nós, porque a distinção vai afastar a aplicação do precedente do meu caso concreto. *Distinguish* é uma expressão utilizada pelo Direito norte-americano com extrema intensidade, porque, se o advogado conseguir afastar os elementos que aproximam o precedente do caso que está sendo discutido, o precedente deixa de ser aplicado, e nós, advogados, tanto para vencer quanto para impedir uma derrota, precisaremos ter uma visão preparada para saber o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* naquele caso. Mas isso é só o começo dos problemas. O que eu estou falando aqui provavelmente deve corresponder à primeira hora de aula do primeiro ano de faculdade nos Estados Unidos, porque, depois, eles seguem com centenas de problemas. E, de novo, eu os remeto ao prof. Luis Guilherme Marinoni, que é, na doutrina, quem deu os primeiros e excelentes passos nesse sentido, de nos explicar o que é o precedente. Qual é o próximo passo? Nós poderíamos dizer, por exemplo, que aquela regra expirou – porque os fundamentos da decisão, porque a *ratio decidendi* já não tem mais razão de existir –; não faz mais sentido aplicar esse precedente porque a lei do Paraná mudou, porque a Constituição não é mais essa, não há mais problemas com o princípio da anterioridade tributária, ou seja, o anacronismo levou à extinção da regra, e tentaremos provar aos tribunais que aquelas regras não fazem mais sentido,

terminaram, *overruling* – segundo problema dos advogados e dos juízes quando forem pensar nos precedentes. Eu, particularmente, vislumbro três problemas: primeiro, como fixar o precedente; o tribunal dirá que isso é um precedente, mas eu tenho dúvidas se ele dirá o que é *obiter dictum* e o que é *ratio decidendi* – se disser, ótimo, mas se não disser, vamos ter de destrinchar. Segundo problema: saber se aquilo se aplica a casos idênticos, e o que é caso idêntico. Se não for idêntico, não se aplica. Então, nosso problema é distinguir – *distinguish*. Terceiro problema: saber se os fundamentos da *ratio decidendi* permanecem vivos até hoje ou se já perderam a razão de existir – e aí falamos em *overruling*.

Pergunta: Qual é a diferença desse instituto do recurso especial com base na divergência jurisprudencial?

Resposta: Eu penso que, no efeito, não há diferença, porque ambos estão ligados à ideia de lidar com litígios de massa. Portanto, julgar vários casos de uma vez só, aplicar um precedente, e precedente como fonte do Direito. Acho que a literatura pioneira entre nós sobre precedente como fonte do Direito é do professor José Rogério Cruz e Tucci, da *Revista do Tribunais*, sua tese de Titularidade, um dos melhores livros que eu já vi a esse respeito – precedente como fonte do Direito, mas publicado numa época que nós não tínhamos um Código com essa feição. Talvez a diferença estaria mais na sua formatação do que propriamente nos seus efeitos, porque efeito é vinculante em ambas as situações. Um, no entanto, já tem uma fórmula jurídica preconcebida, quase como uma súmula: “Isso aqui é julgamento de recurso repetitivo e, portanto, o tribunal nos dará a fórmula jurídica a ser aplicável àquele caso”. Lembro, por exemplo, do julgamento da URV pelo Supremo, que nós já sabemos qual é a fórmula jurídica, ela é razoavelmente, facilmente extraível de uma decisão do Supremo em julgamento repetitivo, que passou a ser um *leading case* e, portanto, nos guia. Agora, quando eu estou falando de um precedente da forma como eu imagino o sistema norte-americano e da forma como eu razoavelmente imagino que será daqui para a frente, nós estaremos diante de um caso concreto, que o tribunal elegerá como precedente e não nos dirá a fórmula fixa a ser aplicável àquele caso. Ele não dirá assim: “O tributo tal é inconstitucional”. Ele dirá: “No precedente Empresa X *versus* Estado do Paraná, ficou fixado que o tributo X é constitucional”. E aí nós teremos de analisar, partindo da teoria

dos precedentes, o que é *ratio decidendi* e o que é *obiter dictum* sem que o tribunal nos diga. Essa é a escola pura da teoria dos precedentes. No entanto, há quem, na doutrina, esteja dizendo que nós criaremos precedentes à brasileira. Nós teremos duas opções daqui para a frente: seguir a clássica história dos precedentes norte-americanos e trabalhar com *obiter dictum*, *ratio decidendi* e tudo o mais; ou nós criaremos um jeito próprio de lidar com precedentes, o que nos tornará “ratos de laboratório” extremamente interessantes para pesquisas estrangeiras, porque falarão assim: “Não só eles adotaram um precedente, como criaram uma nova forma de lidar com ele”. Preocupado com isso, eu entendo que o legislador foi sábio nesse sentido. A estrutura dos parágrafos do artigo 926 remete à filosofia norte-americana sobre o jeito de lidar com precedentes. Se nós vamos criar um meio novo e ter precedentes à brasileira, não se sabe o que pode sair daí. Como é que lidaremos com isso? Talvez criem fórmulas jurídicas, ou enunciados, ou súmulas a partir de precedentes. Mas o fato é que, lendo os parágrafos do artigo 926, nós veremos que o tribunal poderá modificá-los, criará incidentes que permitirão às partes discutir formas de modificação do precedente, formas de distinção do precedente. Não sabemos o que virá pela frente. Mas se vamos adotar precedentes, precisamos pelo menos conhecer como os países de *common law* lidam com eles.

O artigo 926 me parece ser o coração desse tema, não só porque ele determina que os tribunais fixem os precedentes, mantenham-nos estáveis, íntegros e tudo o mais, como também os parágrafos criam formas de revisão, distinção, modificação dos precedentes já fixados. Mas uma coisa é certa: precedente não é súmula – não é “mingauzinho” pronto: “Tributo é constitucional.”, “Por quê?”, “Não sei, ele é constitucional.”, daí pouco importa se ele vai ou não ser aplicável, se haverá ou não distinção em relação a todos esses casos. Isso é uma coisa extremamente interessante entre nós, porque a gente fixa súmulas e primeiro já as aplica em casos pretéritos. Um exemplo bem simples: o STF passa a dizer que no recurso extraordinário é preciso uma preliminar de repercussão geral e aplica aos recursos extraordinários interpostos antes da vigência dessa regra. “Quando eu interpus recurso extraordinário, não era preciso preliminar.” “Ah, não, tem de ter, portanto eu não conheço do recurso.” Isso é uma preocupação intensa dos sistemas de *common*

law porque, quando se fixa uma súmula, um precedente, é daqui para a frente. Se eu digo que tem de ter repercussão geral, é para os recursos extraordinários interpostos a partir desse momento. Então há, inclusive, a ideia importantíssima, com que nós não estamos acostumados a trabalhar, da irretroatividade do precedente. Aí a Justiça ou a Doutrina norte-americana fala em *prospective overruling*, isto é, nós temos de mudar a lei, o precedente, daqui para a frente, o que é muito razoável no sistema norte-americano, de *common law*, que não é fundado em leis; ele é fundado em precedentes. As faculdades de jurisprudência norte-americanas só estudam precedentes do começo ao fim. Recentemente faleceu um juiz importantíssimo da Suprema Corte norte-americana, e isso provocou um alvoroço enorme no sistema jurídico, porque, quando morre um ministro, quando muda um juiz da Corte, a jurisprudência pode passar a deixar de ser seguida. Se eu sou um advogado norte-americano e tinha contra mim um precedente, contra meu cliente, uma tese que me era desfavorável, com a morte desse juiz eu vou ao tribunal e digo: “Eu quero ir contra o precedente”, porque o membro do judiciário que o formou morreu, e o novo pode ter entendimento diferente, então o sistema lhe dá o benefício da dúvida e você vai contra o precedente porque mudou a composição do tribunal. Isso decorre de mais de mil anos de refinamento, mil anos de história, sobre como lidar com precedentes como fonte do Direito. E nós temos exatamente menos de um mês sobre como lidar com precedente, porque nós vamos passar a lidar a partir de março, o que vai gerar, provavelmente, grandes problemas. Ou seguiremos o grande respeito do precedente norte-americano ou vamos criar o nosso próprio sistema.

Concordo com a ideia de que a criação de precedentes não modificará competências. Quem tem competência para julgar sobre a Constituição continuará sendo o Supremo, mas se o Supremo fixar um precedente, ele passa a ser obrigatório no âmbito do território nacional. Na medida das suas respectivas competências, os tribunais terão grande autoridade sobre aquilo que decidirem. É aí que está a diferença entre o precedente vertical e o horizontal. Certa medida, como matéria constitucional, o seu precedente, do TJ paulista, será horizontal, mas ele não vai verticalmente determinar o que será decidido ali. À medida que não existam questões federais ou estaduais, ali a questão ganha mais

intensidade, no sentido da forma de lidar com litígios repetitivos. E aí vem uma afirmação extremamente importante: não esqueçam que esse sistema foi criado para lidar com as demandas repetitivas; ele não foi feito para respeitar a igualdade entre os cidadãos – até onde eu participei, o que estava em discussão na mesa era “Como tirar da frente 50 mil recursos iguais?”, “Julga pelo precedente”. Então é, antes de tudo, uma forma, uma reação do sistema, que já vinha desde os anos de 1990 (no nosso Código de Processo de 1973), criando anticorpos contra uma megainvasão de demandas repetitivas. O segundo passo nessa direção é o artigo 976, o chamado IRDR. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas permite a instauração de um incidente quando houver efetiva repetição de processos que tenham controvérsias sobre a mesma questão unicamente de direito. O IRDR é o segundo passo no campo ou na forma de se lidar com demandas repetitivas, permitindo que os tribunais federais e estaduais criem um incidente quando houver uma multiplicação de processos com uma mesma controvérsia numa mesma questão de direito – inciso I, e, inciso II, quando houver risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica; o que eu acho uma mentira total: eles não estão preocupados com a isonomia e a segurança jurídica, mas está na lei. Nessas duas situações, o pedido de instauração do artigo 977 será dirigido ao presidente do respectivo tribunal, pelo juiz ou relator de ofício, pelas partes por petição, pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública também por petição. Então, eu sou parte num processo, mas eu estou envolvido num processo que é absolutamente idêntico a 5 mil outros processos. Eu peço ao presidente do tribunal, por petição, a criação de um incidente de resolução de demandas repetitivas. Eu sou o Ministério Público, eu sou o Defensor Público, peço a instauração. Eu sou o juiz, de ofício, eu mando um ofício ao presidente do Tribunal de Justiça falando assim: “Por favor, crie um incidente de resolução de demandas repetitivas para que a gente consiga resolver vários processos de uma vez só”. A primeira consequência, quando entrar em vigor o novo Código, da instauração desse incidente será a suspensão de todos os processos que tratarem sobre tema idêntico. Isso já existe parcialmente, porque hoje, no 543-A, B e C, o que existe é a suspensão de recursos que versem tema idêntico. E o STJ, por vontade própria, tem mandado suspender todos os processos, não só os recursos, porque ele, por racionalização, quer que seja assim. E o STJ, como está mais exposto a recurso do que

o STF, que hoje tem repercussão geral, toma a frente e fala: “Todos os processos que tenham tema idêntico estão suspensos”. Mas isso não está na lei. O 543-A, B e C manda suspender todos os recursos. Essa experiência foi transportada e ampliada para o novo Código de Processo Civil de modo que se diga assim: “Instaurado o IRDR – 976 –, todos os processos poderão ser suspensos pelo respectivo tribunal, inclusive juizados especiais”, ou seja, “Não decidam mais nada a esse respeito enquanto eu não julgar o IRDR”. Qual é a primeira missão do advogado nesse caso, caso o seu processo tenha sido suspenso pelo IRDR? Provar que seu caso não é idêntico. De novo, o *distinguish*, a distinção. O advogado, primeiro, tem de descobrir o que está na petição inicial dessa causa; nós estamos partindo de um caso concreto. “Cadê a petição inicial dessa causa?” Se estiver em segredo de justiça, vai ser um problema, porque eu preciso saber se meu processo é idêntico àquele, porque ele foi suspenso, e eu só consigo saber lendo a petição inicial. “Mas é segredo de justiça.” Então, recorta e cola só a fundamentação, não me dá nomes, mas como eu vou distinguir sem saber o pedido e a causa de pedido que estão no processo objeto, o que deu origem ao IRDR? É um grande problema.

Uma questão extremamente interessante para nós, que somos advogados públicos. A ideia é diretamente relacionada à nossa atuação, ou à atuação do Estado em juízo, porque o Estado está envolvido em milhões de relações jurídicas, materiais, dos mais variados tipos. Quem trabalha há um mês na Procuradoria do Estado, na Defensoria também, de alguma forma no Município, na União, depois de um mês ele está horrorizado, porque ele tem desapropriação, acidentes, indenizações, causas de infelizmente, enfim, é um mar de coisas. Nós teremos de saber, administrativamente, o que a Administração Pública quer em relação àquele tema, porque, como advogados, nós não tomamos a frente sobre quais são os rumos jurídicos que a Administração Pública quer tomar.

Segunda ideia: definido o rumo, compete a nós, como advogados, pedirmos a instauração do IRDR, como partes no processo, com a anuência dos nossos superiores, e dizemos assim: “Presidente do Tribunal de Justiça, fixe o precedente”. Aí vem o problema, porque o IRDR não gera “mingau”, não gera “sopinha de neném”: “Olha, o enunciado é esse”. Ele vai gerar um precedente. E esse precedente, de novo, nos forçará a descobrir o que é *ratio decidendi*, o que é *obiter dictum*. Vejam: não é

porque eu estou pedindo que ele será a meu favor; o tribunal pode, sim, fixar um precedente contra os interesses da Fazenda. Até aí faz parte do jogo processual, nós não temos como lidar com isso. Mas haverá formas de você sustentar suas razões, o Ministério Público participará, haverá até a oportunidade de associações, de as entidades também emitirem opiniões a esse respeito, antes da formação do precedente. “Fixado o precedente, haverá meios de modificar etc. instaurando-se novos incidentes lá na frente...” Então, isso está diretamente relacionado à atuação da Advocacia Pública em todos os seus níveis. O grau de responsabilidade nosso é tão grande que nós precisamos saber da posição dos nossos órgãos a respeito. Eu não vou, nos casos que eu atuo, pedir um incidente se isso não é, naquele momento, para o meu “cliente”, interessante sobre pontos de vista jurídicos ou fáticos econômicos etc. Pensem que, durante o processo de fixação do precedente, todos os processos estarão suspensos. Os processos de primeiro grau – e, eu como procurador do Estado, terei de dizer diferente daquilo –, os processos de segundo grau, também, e tudo em suspenso, inclusive os julgados, para que a gente lá na frente fixe um precedente, e a partir da fixação do precedente, todos serão resolvidos (vide o artigo 926); todos os juízes, verticalmente e horizontalmente, estarão vinculados naquilo que foi decidido. Então, o artigo 976 vertical, só no âmbito estadual. Mas aí vem um detalhe: caberá recurso especial da decisão que fixar um precedente. Esse recurso especial é tão especial que ele não está sujeito a juízo de admissibilidade. Esse recurso especial vai para o STJ. E aí o STJ decidirá se mantém a suspensão de todos os processos, agora em território nacional; e se o STJ mantiver o precedente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o precedente passará a vincular em todo o território nacional. Há uma válvula de escape, que parte de um caso concreto, passa pelo Tribunal Regional, Federal, chega no STJ, seja matéria constitucional ou não, como instância revisora ou juízo ordinário de revisão, e lá o STJ dirá: “Mantenha suspensão”, ou “não”, e ao final dirá: “Mantenha precedente”, ou: “Crie outro”, ou não fala nada, e aí isso passa a valer para o território nacional inteiro. Vejam a projeção e importância de um precedente nesse caso.

Nós sabemos que o Estado de São Paulo deve ter cerca de um milhão e meio de servidores públicos, e uma política remuneratória que envolva esse um milhão de pessoas discutida no IRDR, eu acredito que

é motivo de intensa preocupação, acompanhamento e, se o Estado for “derrotado”, terá uma válvula de escape de ir ao STJ e, de novo, perante o STJ, intenso acompanhamento, razões, memoriais, sustentações e tudo o mais, para que o STJ mude o entendimento agora a seu favor. Fixado o entendimento e ele sendo favorável ao Estado, isso será extremamente bom, mas se for desfavorável, será ruim. Seja qual for o caminho adotado no precedente, para nós, advogados públicos, haverá uma total diminuição da quantidade de trabalho.

Entendo que a Advocacia Pública precisa exigir do Estado, em todos os seus níveis, um posicionamento efetivo sobre demandas repetitivas, o que para nós, como processualistas ou como advogados, é extremamente bom, porque, afinal de contas, o Estado terá de tomar uma posição, e se ele não tomar, pode ser que o advogado do autor da ação, que versa sobre o tema repetitivo, peça a instauração do incidente, pode ser que esse incidente venha instaurado de ofício pelo tribunal, e aí sempre tem aquela ideia: de que quem toma a iniciativa que parece ter razão, parece que ganha o *status* de falar: “Eu tenho tanta razão que eu quero que isso seja decidido em termos de julgamentos repetitivos”. Está aí uma influência psicológica e de necessidade da adoção de uma postura que vai se tornar cada vez mais frequente daqui para a frente para a Administração Pública.

Acho que há uma grande tendência de valorização, inclusive porque a nossa responsabilidade como profissional vai ter de ser muito mais apurada, na medida em que, quando eu estiver diante de um cenário de causas repetitivas, terei caminhos para lidar com isso que não só contestar. Eu preciso também advertir o meu cliente das consequências. A boa notícia em relação a tudo isso é que a lei se preocupa, em várias passagens, em fixar precedentes exclusivamente sobre matéria de Direito. Então não tem precedente de matéria fática, que é o que tende a fazer o Direito norte-americano pela sua grande experiência nesse sentido. Uma empresa poluidora tem o dever de reparar os danos da poluição, precedente: “Sim, a empresa X deverá reparar todos os danos decorrentes...”, isso é fato, porque dever de reparar é norma, isso é inerente a um sistema jurídico, mas, no caso concreto, no Brasil, isso será um precedente de fato, e a lei se preocupa em dizer em várias oportunidades que o precedente é exclusivamente jurídico, o que também nos auxilia em algumas

situações, como grandes acidentes, como a barragem que rompeu em Minas e inundou toda aquela região, e outras regiões também, aquilo é um fato. As pessoas terão direito a indenização, por processos coletivos e tudo o mais, todos serão agrupados, direitos difusos e coletivos... agora ali não haverá precedente. “Todos prejudicados pela barragem têm direito a indenização”, isso decorre da Constituição, da lei, não precisa de precedente. Saber se uma questão jurídica é idêntica em diversos processos, essa é a missão do nosso novo Código, especialmente na área em que o Estado está envolvido, porque ele está em milhões de processos idênticos.

A terrível distinção entre normas, regras e princípios é uma coisa filosófica e um pântano, no bom sentido, no qual particularmente eu não gosto de pisar. Mas a ideia é de que você tem um conjunto de regras do qual se extraem as normas. As normas, portanto, são sentimento que você extrai de um conjunto de regras. Normas como, por exemplo, dever de boa-fé ou de reparar danos. Eu os remeto a Humberto Ávila, o clássico “Teoria dos princípios”, que tem muita coisa escrita nesse sentido. Fontes do Direito são as regras. A partir de um conjunto de regras infra e constitucionais, nós extraímos normas, como dever de boa-fé, dever de reparação, dever de indenizar e tudo o mais. Diante disso, nós temos a força normativa, e dentro dessa força normativa ora nos aparecem regras, ora nos aparecem princípios. Nesse novo cenário, fonte do Direito é precedente. O que quer dizer que o Código, quando abraça o precedente, ele colide. Colisão de regras, não de princípios, princípios não colidem, mas são sopesados. Há uma colisão de regras, a meu ver, com o Código Civil, que diz que o juiz, ao julgar, observará a lei. Agora vem o Código de Processo Civil e diz assim: “O juiz, ao julgar, observará o precedente”. Quando o precedente for contrário à lei, ele deve seguir o precedente, porque a desobediência à lei não acarreta as consequências no artigo 926. Nem no artigo 976. A desobediência à lei é um critério de julgamento. O juiz pode desobedecê-la quando enxerga princípios, normas que vão em contrário a ela. Mas o juiz que não observa o precedente sofre consequências, porque sua decisão está vinculada a ela. Isso quer dizer que nós vamos ter de reformular o pensamento de que o juiz está adstrito à lei; o juiz está adstrito ao precedente, então o precedente é fonte de Direito. É o que querem que o novo Código estabeleça.

Nesse mesmo sentido, nós iremos, por último, ao artigo 1.036, especialmente ao § 1º. O artigo 1.036, § 1º, fecha o circuito de regras que envolvem o precedente no nosso novo sistema processual. Esse artigo nada mais é do que a repetição do que já está no 543-A, B e C do nosso Código de 1973. “Julgamentos de recursos repetitivos dos tribunais superiores. Ao identificar uma multiplicação de recursos versando sobre o mesmo tema de Direito, o tribunal determinará...”, primeiro o tribunal elegerá dois, três e quatro recursos, que serão os *leading cases*, os julgamentos que serão feitos e a partir dali se espraarão para todos os recursos idênticos. A diferença básica que está no artigo 1.036 é que a nova regra manda suspender todos os processos, não apenas os recursos. Instaurado o IRDR (976), todos os processos estão suspensos, seja em primeiro ou segundo grau. Instaurado o julgamento de recurso repetitivo (1.036, § 1º): imaginem que eu estou no STJ e detecto uma multiplicação de recursos sobre o mesmo tema. Eu, Ministro do STJ, mando suspender todos os processos do território nacional que versem sobre tema jurídico idêntico àquele tratado ali. O que já é uma tendência jurisprudencial hoje, passa a ser a regra amanhã, quando o novo Código entrar em vigor. “O juizado Especial de Cárcere, no Mato Grosso, está suspendendo o processo de João *versus* José porque o Ministro do Supremo mandou suspender”, “o juiz da Fazenda Pública da Capital mandou suspender X, Y, Z processos porque o Ministro do STF, com fundamento no artigo 1.036, mandou paralisar”. Se não fosse vinculante, não mandava paralisar. Cada vez mais, o sistema nos diz o seguinte: “Isso aqui vai gerar um precedente”. Não é renunciável. E à medida que eu ditar qual é o precedente, aplica-se isso a todos os processos de primeiro, segundo grau, ou dos tribunais superiores que tratarem sobre tema idêntico. De novo vem a responsabilidade, tanto do advogado de Cárceres, no interior do Mato Grosso, quanto daqui da Capital, de mostrar que o seu caso não é idêntico ao que o ministro mandou suspender – *distinguish*. Julgados os recursos, aplicar-se-á essa tese a todos os processos de forma vinculante. O que há em comum em relação a todos esses dispositivos é: respeitaremos os precedentes. E isso será uma forma de ligar com a litigiosidade de massa que, em todos os graus de jurisdição, nos aflige, ora como autores, ora como réus. Tudo isso tem como pilar, como fundamento, a ideia de se saber o que é precedente, coisa com a qual nós não estamos acostumados a lidar. A magistratura vem dizendo que a vinculação ao precedente

é inconstitucional, porque fere a liberdade, a autonomia do juiz de julgar. O juiz de Cárceres dirá o seguinte: “Eu só posso julgar dessa forma porque houve um IRDR / porque o artigo 926 / porque o artigo 1.036 me manda julgar dessa forma, portanto eu estou vinculado a isso”. E aí a magistratura pensa assim: “Pode a lei infraconstitucional vincular a opinião de um juiz?” Isso é inusitado em todos os países de *civil law*. A França não adota isso porque ela teme a inconstitucionalidade de uma regra infraconstitucional vinculando os juízes. Nós nunca tivemos isso no Brasil nem vimos isso na Europa, porque apenas a Constituição é que vincula. Súmulas vinculantes são previsão constitucional. O julgamento de ADIN e ADECON, por assimilação, são obviamente de matriz constitucional. E agora nós estamos criando um sistema de vinculação aos precedentes feito com base exclusivamente em legislação infraconstitucional. Isso não existe em termos doutrinários. Então, o grande fundamento do novo Código de Processo Civil tem uma bomba-relógio dentro de si, porque se a magistratura resolver que isso tudo é inconstitucional, eu acho que tem fundamento para isso e, portanto, não vai aplicar nada disso. E aí nós viveremos exatamente como vivemos hoje. A outra teoria diz o seguinte: isso aqui, apesar de ter alguma inconsistência constitucional, essas regras ajudam os tribunais a lidar com o litígio de massa. E aí, um ministro / um juiz / um desembargador fala assim: “Eu digo que é inconstitucional, e eu continuo que dar 10 mil decisões iguais por mês”. Aí eu digo que é constitucional e faço assim: dos 10 mil, eu julgo um e paraliso tudo em primeiro e segundo grau. Eu acho que a magistratura oscila hoje entre brigar pela inconstitucionalidade e ficar com a mesa abarrotada de processos, ou abraçar esta ideia que está no novo Código e tirar da frente o que vem por aí, ou a grande quantidade de processos. Eu brinco: tem sistemas de informática que aderem ao gosto popular, nós sabemos quais, são os campeões de venda. E tem sistemas operacionais que são feitos por engenheiros para engenheiros e só funcionam para eles. Qual “cola” melhor? O que todo mundo quer que “cole”, o que as pessoas gostaram. Essa aproximação com a realidade me leva a crer que, como todo mundo vê que a magistratura vai gostar disso, em termos de efetividade e praticidade, “então é tudo constitucional”.

Indagação que vai nos afligir: se o meu caso é diferente do caso que está tido como de julgamento repetitivo, IRDR ou na jurisprudência em

geral, cabe a mim, advogado, mostrar que meu caso é diferente, portanto eu terei os recursos que o sistema me disponibiliza para isso. Não vai manter a litigiosidade como está? Se eu falo assim: “Vamos paralisar tudo enquanto eu julgo isso”, aí cria-se um precedente e está tudo decidido; daí vêm 80% dos advogados e falam: “Não é, meu caso é diferente...”. Sim, eu acho que se formos por esse caminho, a litigiosidade continuará tal como está, senão, potencializada. Nós vamos depender do grau de refinamento dos tribunais no momento da suspensão dos processos para decidir se isso gerará mais recursos ou não. Voltando a um juiz de uma comarca pequena, que tenha a notícia de que o Ministro do Supremo andou suspendendo todos os processos que versem sobre o tema X. Compete a esse juiz analisar os processos da comarca dele com proximidade e decidir: “Isso aqui é idêntico”. Eu até exigiria desse juiz uma decisão motivada. Eu até acho que se for parcialmente idêntico, nós teremos grandes problemas, porque apenas parte daquela tese diz respeito. A outra é diferente, eu posso ter uma causa/ação com duas causas de pedir. Uma diz respeito ao que o STF mandou suspender, e a outra é autônoma, é minha teoria. Então, não deve ficar suspenso, ou deve suspender parcialmente. Se suspender parcialmente é um absurdo. Eu tiro cópia do processo, a cópia anda e o original fica? Não tenho a menor ideia de como se suspende parcialmente. Eu diria que nós dependeremos da *expertise* dos tribunais de saber fixar a tese jurídica e dos juízes, desembargadores, que saberão identificar. Então o *distinguish* é um problema dos advogados e especialmente da magistratura, porque, se a magistratura não souber distinguir e paralisar o que está errado, ela vai ter mais trabalho do que ela teria da outra forma.

O dever de colaboração e o dever ético ficou reforçado no novo Código. Nós dependeremos do grau de compromisso ético, de todos nós, uma solução certamente negociada, de colaborarmos com um processo justo e efetivo. O novo Código chama o advogado a essa responsabilidade.

O IRDR não é em si mesmo uma ação. Portanto, eu não estaria falando de legitimidade para as ações, como eu estaria falando de legitimidade para as ações coletivas, por exemplo. Aliás, há quem na doutrina aproxime esse tema, do respeito aos precedentes, do processo coletivo. Ambos estão ligados em termos de efeitos, porque visam a proferir decisões para fora do processo de eficácia vinculante e tudo o mais. Mas não

há problemas com a legitimidade, porque a legitimidade para o IRDR não é para o seu processamento, é só para o seu pedido de instauração. Feito o pedido de instauração, dali para a frente o tribunal assume toda a condução do processo sem que necessariamente existam autores e réus ali, ou, se pudermos pensar como na arbitragem, teremos um processo multipartes, porque o Ministério Público estaria trabalhando também, Defensoria Pública, órgãos, *amicus curiae* e tudo o mais. Portanto, não vejo problemas com a legitimidade. Sabemos todos que a conversão das ações individuais em coletivas saiu do texto do novo Código; foi vetada pela presidente da República, por vários motivos, inclusive segurança; dar ao cidadão particular a possibilidade de instaurar uma ação coletiva é algo que soou muito estranho, inclusive provocou algum ciúme nos legitimados, Ministério Público, Defensoria, Estado, Município, União, afinal de contas, nós somos muito acima ou temos mais conhecimento do que o cidadão; esquecendo que a *class action* nasce, nos Estados Unidos, a partir de uma ação individual.

Nos juizados especiais: primeiro, eles não terão competência para IRDR. A lei é clara ao falar que o IRDR é de competência dos tribunais, e colégio recursal não é tribunal. A justiça dos Juizados Especiais é justiça diferenciada, às vezes excessivamente diferenciada, e, de uma certa forma, não terão competência para IRDR, no entanto, estarão submetidos à força vinculante dos precedentes. Isso também me parece ser um ponto pacífico; não é porque eu estou no Juizado, seja em colégio recursal ou não, que eu não estaria obrigado a respeitar precedentes fixados na forma como nós já estabelecemos aqui, seria efetivamente contraproducente. A jurisprudência que já está se formando... lembram que eu disse agora há pouco que o STJ tem mandado suspender todos os processos? Inclusive dos Juizados Especiais. Então, nos Juizados Especiais hoje já seguimos mais ou menos a força vinculante do que está aí.

Sem mudança de mentalidade, nada acontece. Mas a essa conclusão, Aristóteles já tinha chegado: o que vale mais são bons juízes ou boas leis? Bons juízes, afinal de contas, são eles que aplicam as leis. Não creio numa mudança de mentalidade a curto prazo, e eu acho que ficaremos um pouco distantes disso nos primeiros anos de vigência do novo Código e razoavelmente, a partir do quinto ano de vigência, nós teremos a apli-

cação prática e efetiva de precedentes, da forma como nós estamos pensando aqui, ou na sua raiz, norte-americana, ou o precedente à brasileira.

Em termos de normas fundamentais, eu diria que o segundo ponto a ser abordado no novo Código de Processo Civil tem a ver com a valorização da participação das partes no processo. Ou, vamos falar em termos de gerenciamento do processo valorizando a posição das partes. Esse gerenciamento – já tem sido objeto, inclusive, de teses de doutorado – pressupõe a relativa diminuição do poder do juiz e o aumento do poder das partes. Com isso aumentam também os deveres éticos – os compromissos dos advogados e promotores, advogados públicos inclusive, no que diz respeito ao tratamento dos institutos e demais questões processuais.

Eu começaria esta exposição dizendo que houve uma efetiva ampliação do contraditório. No artigo 10 do novo Código de Processo Civil, nós temos uma breve visão do que vem pela frente, depois, em dezenas de outras situações, o Código exige que o juiz valorize o contraditório e que observe ele mesmo o contraditório. Isso tem repercussões extremamente intensas em vários institutos processuais. Mas o que diz o artigo do Novo Código de Processo que não dizia o Código anterior? Em primeiro lugar, ele diz assim: “Deve o juiz observar o contraditório, ou seja, ouvir as partes antes de decidir”. Até aí, ok. Mas o novo Código é explícito ao dizer, como já diz o artigo 16 do Código de Processo Civil francês desde os anos de 1970, “mesmo nas questões que ele pode decidir de ofício”. Aí está a grande novidade, porque, enquanto o Código de 1973 falava assim: “Observe o juiz o contraditório”, a magistratura, a jurisprudência, falava: “Pois é, mas quando eu vou decidir de ofício, eu simplesmente não estou obrigado a observar o contraditório, portanto, eu decido”. Exemplo: A e B discutem no processo sobre o valor de uma indenização por dano moral. Ninguém em nenhum momento tratou da legitimidade das partes. A certa altura, na sentença, o juiz fala assim: “Julgo extinto o processo sem julgamento de mérito porque o réu não é parte legítima”. O réu acha ótimo. Mas o autor fica horrorizado: “Desde o começo do processo só se discute aqui o valor, a existência do fato, quem causou, o dolo, a culpa e tudo o mais. E vem o juiz da sentença e entende que o réu é parte ilegítima?”, isso é uma surpresa. O réu acha ótimo, evidente porque ele é vitorioso. Essa situação que é/foi comum

entre nós muda radicalmente no novo Código. O que o juiz está obrigado a fazer, e o artigo 10 é claro: “Digam as partes sobre a possível ilegitimidade de parte do réu, porque o contrato... (seja lá o que for), que está às fls. tais, indica que o responsável por esse dano moral ou material seria outra pessoa. Digam as partes sobre isso – ou seja, participem da minha decisão – antes que eu decida.” E aí vem o aumento da participação das partes no processo, inclusive nas questões de ordem pública. O autor vai ter condições de convencer o juiz de primeiro grau de que o réu não é parte ilegítima, que o processo deve prosseguir. E o réu, óbvio, vai reforçar o que o juiz supõe ser parte, ou algo relacionado a uma condição da ação que razoavelmente ele pode conhecer de ofício nessa circunstância. Portanto, o juiz perde o poder de decidir de ofício matéria de ordem pública, sem ouvir as partes – que é o que acontece hoje com frequência. Isso se espalha a todos os demais institutos que os senhores puderem imaginar que o juiz possa conhecer de ofício. Por exemplo, prescrição. Por exemplo, decadência. “Estamos litigando...”, ninguém falou de prescrição ou decadência, e aí vem uma decisão e fala: “Prescrição”, quem não gostou, que apele. E agora não é mais assim. “Digam as partes sobre a possível prescrição nesse caso.” O réu vai adorar, de novo, e o autor vai ter de mostrar que não ocorreu a prescrição. Isso é participação das partes. É ampliação do contraditório. É redução do poder do juiz, não de conhecer matéria de ofício, porque obviamente o juiz continua com poder de conhecer matéria de ofício, mas ele não faz mais isso sozinho. Agora imaginem isso no tribunal. Tem uma apelação pendente hoje; eu estaria morrendo de medo, porque além de julgar o mérito, pode ser que o tribunal decida – o que a doutrina chama de *decisão surpresa* – que alguém não tem legitimidade, ou que falta interesse de agir, e aí vem o acórdão extinguindo o processo em julgamento de mérito. E isso para nós hoje é natural? Lá fora nunca foi e aqui deixará de ser, porque o Código, no artigo 10 – e esse é apenas um dos artigos, porque depois vêm várias situações lá na frente –, ele reforça essa ideia de forma mais específica. O Código exige prévia manifestação das partes, portanto o juiz faz observar o contraditório e observa ele mesmo. Portanto, diminuição de poder, ampliação da participação das partes no processo, mais diálogo. “Vou mudar o pedido ou a causa de pedir”: ouça as partes. Quando estudarem a coisa julgada, descobrirão que o juiz, no novo Código de Processo, poderá estender a coisa julgada aos motivos

da decisão, para resolver questão prejudicial. No entanto, o Código fala assim: “O juiz pode estender a coisa julgada aos motivos da decisão, desde que ouça as partes antes”, desde que dê a elas a oportunidade de debater a esse respeito antes de incluir a motivação da decisão na coisa julgada. Por aí, nós já temos uma grande janela de aumento de gerenciamento do processo também.

O segundo ponto que reforça a participação das partes no processo é chamado *negócio jurídico processual*, que está no artigo 190 do novo Código de Processo. Esse é um tema que, por si só, merece uma aula quase específica, mas a minha missão aqui é dar uma visão geral sobre instituto sob a ótica de ser uma norma fundamental, uma coluna fundamental do novo Código, dentro do gerenciamento do processo. Então, nossa primeira coluna foi precedente.

Nossa segunda coluna é aumento e valorização da participação das partes no processo: primeiro, pela ampliação do contraditório; segundo, pela possibilidade de ser celebrado o chamado negócio jurídico processual. Primeira observação vem do Barbosa Moreira dizendo assim: “Negócio jurídico processual sempre existiu”. No Código de 1973 é possível enumerar uns 10 ou 15, pontuais. Por exemplo: as partes elegem o foro onde deve tramitar um determinado processo. O juiz não pode se opor se as partes maiores e capazes elegem um foro qualquer, onde não é o domicílio do réu nem do autor e, também, não é o local do fato. Convenções sobre testemunhas, convenções sobre prescrição ou decadência, convenção sobre distribuição do ônus da prova... isso relativamente sempre existiu. No entanto, na linha do chamado gerenciamento do processo que se fala atualmente, as partes hoje podem celebrar negócios jurídicos processuais. Tem alguns detalhes na lei que, basicamente, querem dizer o seguinte: “Podem as partes – desde que isso não ofenda a liberdade do juiz de atuar, que não envolva questões de ordem pública – transacionar sobre aspectos do processo, sobre pontos processuais”. A doutrina já vem dizendo que há a possibilidade de calendarização do processo. Calendarizar significa, como na arbitragem, estabelecer, recíproca e de comum acordo, prazos, formas de prática de determinados atos processuais que destoam do nosso processo tradicional. Aí entra também a ideia de flexibilização do processo, a adaptabilidade às particularidades do caso concreto. Reparem que as partes, então, podem gerenciar

melhor. O juiz pode se opor na medida em que isso esbarre em normas cogentes, por exemplo: eu não posso celebrar um negócio jurídico processual sobre prazo de contestação, custas recursais, prazo recursal. O que é negócio processual e o que não é, e qual é a linha divisória, é precipitado falar. Mas quanto mais disponível for, e quanto mais palatável ou aceitável do ponto de vista da magistratura for, mais isso vai se consolidar. Eu, particularmente, tenho a opinião de que na fase instrutória encontraremos o *habitat* do negócio jurídico processual a que se refere o artigo 190, que inclusive já dá algumas pistas quanto a testemunhas e tudo o mais. Por exemplo: não é da nossa tradição e o nosso Código não prevê, mas eu acho que é um negócio jurídico processual permitir que as testemunhas deponham por escrito. Essas testemunhas apareceriam no processo através de depoimentos prestados nos escritórios de advocacia, desde que as partes combinem em relação a isso, e apresentada em juízo; se o juiz tiver alguma dúvida, ou se surgir alguma dúvida durante o processo, o juiz tem o poder de determinar a reinquirição da testemunha, e ele vai confrontá-la com que ela já escreveu: “O senhor já assinou um depoimento dizendo que um mais um é igual a três. O senhor confirma isso?”. Isso não retira o poder do juiz e me parece ser algo que contribui para um processo mais célere. Não sei como a magistratura vai encarar isso, mas se não esbarra em questão de ordem pública e também não retira poder do juiz, para mim é um negócio jurídico processual. Negócio jurídico processual é possibilitar que as testemunhas sejam ouvidas por videoconferência. O Código fala “sim”, mas, ao mesmo tempo, diz que, enquanto não houver instrumento para isso, os advogados poderiam fornecer esses instrumentos. Ou a videoconferência poderia ser feita a partir de seus escritórios com a presença do juiz. Isso é negócio jurídico processual. Prazo para memoriais, prazo para debates, forma de inquirição da testemunha – que vocês sabem que agora passou a ser direta. Eu estou sendo, de alguma forma, precipitado em tentar traçar uma linha entre o que é e o que não é negócio jurídico processual, eu não tenho certeza do que eu estou falando totalmente. A única certeza que eu tenho é: isso é uma participação ampliada das partes no processo, que passam a gerenciar o processo com o juiz, na medida em que eu tenho condições de, não esbarrando em normas cogentes, calendarizar, modificar, flexibilizar, alterar coisas que digam respeito ao rito procedimental, a meu ver, especialmente na fase de colheita de provas.

A terceira ideia, que diz respeito à valorização da participação das partes no processo, talvez seja a ideia mais problemática a ser tratada aqui, é o já controvertido artigo 6º do novo Código de Processo Civil. Por que estamos preocupados com esse dispositivo? Ele diz que as partes devem colaborar entre si e com a Justiça – porque todos somos responsáveis. “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” Sinceramente, como advogado, eu colaboro com meu cliente. É duro dizer isso, mas eu quero que o cliente da outra parte seja derrotado. Me parece intuitivo e até infantil falar isso em termos de advocacia. Imagine que alguém vai me contratar para cooperar com quem está brigando com ele. “Então briguem sozinhos.” Tudo isso, na superfície, fica até engraçado. De novo, é uma mudança radical de mentalidade sem que a gente tenha efetivamente debatido sobre o que é colaborar. A partir disso, surgem, na doutrina, duas correntes a respeito do que é a ideia de colaboração. Tem uma corrente mais radical nesse ponto, eu diria um pouco utópica até, porque essa corrente parte da premissa de que o nosso processo passou a ser colaborativo e, em um processo colaborativo, nós não temos um processo propriamente dito, mas uma comunidade de trabalho. Na comunidade de trabalho, o juiz não está acima das partes, mas em colaboração com elas, e a cada parte do processo, o juiz, em diálogo com as partes, chega à conclusão sobre como devemos tratar aquele caso. Em um mundo quase utópico, advogados, promotores e juízes são todos igualmente responsáveis pelo resultado do processo, o que lhe dá uma cara social: “Então não vamos mais litigar; vamos gerenciar, porque o processo é colaborativo”. Esse tipo de processo é tão bom e tão eficaz que ele nunca existiu em país nenhum do mundo em nenhum momento da História. Nem o processo norte-americano, nem a República socialista, nem o mais afcionado comunista chegou a pensar num processo como comunidade de trabalho. Essa ideia nasce basicamente na Europa, quando se busca um caminho entre um processo marcadamente público, um caminho ou o meio-termo entre um processo dispositivo e um processo inquisitivo; o inquisitivo, fortemente marcado pela atuação estatal, e o dispositivo, o Estado deixa as coisas um pouco mais à disposição das partes. Nunca houve na História um processo marcadamente dispositivo nem marcadamente público ou inquisitivo. Sempre há uma mistura em maior ou menor grau, e aí, penso eu, que quanto mais ampla

a democracia, o regime de liberdade, como nos Estados Unidos, mais dispositivo ele tem de ser, embora não necessariamente o processo esteja ligado a ideologia. A outra corrente diz o seguinte: “A ideia de colaboração é muito boa, ela já foi tentada da forma como nós estamos tentando aqui, quase com disposições idênticas, no sistema português dos anos de 1970, e não vingou, no sentido de se falar que estamos diante de um processo colaborativo”. Então, teríamos três processos: dispositivo, inquisitivo e colaborativo. Nunca vingou dessa forma. Como vingou no Direito português? Nós não temos como implementar um processo cooperativo; isso depende de muita coisa, mudança de mentalidade, por enquanto não estamos preparados para isso. Mas o que dá para fazer é o seguinte: nós incluímos no processo determinados pontos nos quais as partes são chamadas a participar e depois voltam para o seu cantinho. Por exemplo: negócio jurídico processual; distribuição do ônus da prova – o juiz ouve as partes antes de redistribuir o ônus da prova; participação em contraditório – “Fale mais no processo, eu vou te ouvir mais”. Mas daí a dizer que estamos num processo colaborativo, vai uma longa distância. O que nós temos diante de nós é uma ampliação e um redimensionamento do contraditório. Princípio ou colaboração no processo: como princípio, mas não como modelo processual. Para dizer que é um modelo processual, em primeiro lugar, eu preciso dizer ao advogado e às partes que elas não estão chegando no processo para litigar, portanto é um processo multipartes, não tem autor nem réu. Segundo, eu preciso dizer ao juiz que ele não está ali em uma posição de superioridade; ele tem de descer ao mesmo nível das partes e negociar com elas. “Vamos fazer prova pericial?”, diz o juiz. As partes falam: “Não queremos”. “Então podemos fazer a testemunhal?” “Testemunhal, só se for de testemunhas de tal região, as outras não precisamos ouvir.” Para chegar a esse nível de coisas, literalmente eu preciso “combinar com o zagueiro”. E o que eu tenho medo é de estar em um processo marcadamente dispositivo como o nosso, com nuances inquisitivas, no momento em que os poderes do Estado aumentem, e alguém fale para mim: “Você não está cooperando e, por não estar cooperando, vai sofrer as punições da lei”. E falarei: “Eu não vim aqui para cooperar. E o senhor não veio também para dialogar comigo, o senhor veio para julgar”. O juiz, em um processo colaborativo, não vem para julgar, ele vem para dialogar. Isso é uma mudança muito radical. Dá medo a ideia de que parte da doutrina

já sustenta que nós estamos diante de um processo colaborativo, de que amanhã eu apareça no processo litigando, como particularmente eu fui contratado para ser, e venha uma punição de algum juiz dizendo: você não colabora. “Eu não vim para colaborar, não faz sentido isso para mim.” Em processos norte-americanos, o juiz chama os advogados na sua sala e diz: “Os senhores têm absoluta certeza de que querem fazer isso no processo? O senhor quer ouvir mesmo essa testemunha? Pense bem”, “É, eu vou mudar de ideia...”. Há um senso ético muito maior, um dever e um pensamento do advogado norte-americano de que ele é parte integrante da Justiça, e aqui nós brigamos com a Justiça. Nós vemos uma Justiça inimiga: nós temos de brigar pela decisão interlocutória, brigar pela liminar. Imagine em um processo colaborativo, você entrar na sala do juiz e falar assim: “Eu quero uma liminar”. “Por quê?” “Por isso e aquilo.” “E o que o senhor acha?” “Eu acho um absurdo, mas vamos pensar assim: em prol da Justiça, é melhor que dê a liminar contra meu cliente. Estou pensando... Eu sou um administrador da Justiça.” E ele sai de lá e fala: “Olha, eu concordei com a liminar por tal motivo”. Se faz isso aqui, você vai preso, porque você traiu seu cliente. “Nós estamos aqui para brigar, não para colaborar. Por isso que, em termos de valorização das partes no processo, esse o ponto mais problemático, e não entendo que seja um problema imediato, mas eu sugiro que os senhores pensem antes de adotar a doutrina que diz uma coisa ou outra, de repente eu posso estar errado também, mas daí a dizer que estamos em um processo colaborativo, artigo 6º – e o artigo 6º provoca reflexos em outros pontos do processo –, eu sugeriria especial atenção aí.

Penúltimo: eu diria que houve uma grande valorização da ética e os remeteria aos artigos 77 a 81, com algumas nuances diferentes e reforçadas em relação ao Código de 1973, e daria como grande exemplo, prático inclusive, da valorização da ética o que está no artigo 339 do novo Código, com intensa aplicação prática para nós. Segundo o artigo 339, quando alguém alegar ilegitimidade de parte, deve dizer quem é a parte ilegítima. Sou réu hoje e alego ilegitimidade de parte, o juiz acolhe e extingue o processo, e o autor fica pensando: “Então, quem será a parte legítima?”. Hoje não só eu tenho que cooperar, com a Justiça, com a outra parte, como também, por fundamentos éticos, eu tenho que dizer o seguinte: “Eu sou parte ilegítima. Mas legítimo é...”, olha a

delação premiada no novo Código. Vejam o que diz o artigo 339, para chegarmos a esse conceito: “Sempre que tiver conhecimento, e sob pena de arcar com as despesas processuais e indenizar o autor, deve indicar quem é o sujeito passivo responsável”. Sou parte ilegítima, na verdade quem é legítimo é o fulano. É lógico que vão surgir dúvidas no processo quanto à expressão “sempre que tiver conhecimento”. E eu vou falar: “Eu gostaria muito de colaborar e de ajudar, mas eu não sei quem é a parte legítima nesse caso. Eu só sei que não sou eu”. E aí nós vamos avaliar em cada caso concreto se havia de fato possibilidade ou dever de conhecer ou não a parte legítima. Mas esse é um grande exemplo de chamada à participação e também de reforço de compromisso ético das partes no processo.

Na última abordagem nesse tópico, eu diria que a valorização da participação das partes no processo vem, também, pelo reforço do que a doutrina chama de garantismo processual. “Venham participar, que eu lhes garantirei uma posição confortável”. Eu serei fonte do Direito, eu “decisão judicial”, eu “Poder Judiciário” passo a ser fonte do Direito. “Eu ‘Poder Judiciário’ amplio o contraditório, autorizo você a celebrar negócios processuais em contrapartida a esse respeito que você está me dando.” E mais: “Pelo garantismo processual, eu me comprometo expressamente a seguir princípios. Eu me comprometo a ampliar a garantia da publicidade”, artigo 189 e também artigo 11. “Eu me comprometo a motivar melhor as minhas decisões judiciais”, art. 489, § 1º. “E eu me comprometo também a ouvir previamente todo mundo antes de decidir”, artigo 9º e artigo 10 do novo Código. São sinais evidentes de que as partes têm mais garantias em juízo, de que o sistema está mais comprometido com publicidade, com motivação da sentença e ampliação do contraditório. “Então, participem mais do processo, eu elevo o compromisso ético de vocês comigo, em contrapartida eu lhes dou garantias de respeito a princípios, a motivação e tudo o mais.”

Com isso, eu fecho o segundo tópico das normas chamadas fundamentais, que são relacionadas à valorização da participação das partes no processo. A não ser por um detalhe: eu poderia falar também no grande incentivo dado às partes quanto à conciliação e à mediação.

Eu iria especificamente aos artigos 165 a 175, e também 334, do novo Código de Processo. Os artigos 165 ao 175 tratam da forma de

selecionar árbitros e conciliadores. Nosso sistema é um dos poucos que diferenciam conciliação de mediação. Temos uma nova lei de mediação editada no ano passado, que envolve, inclusive, órgãos públicos; agora está previsto em lei, isso nos afetará especificamente. Mas unam essa lei nova de mediação ao que está nos artigos 165 e 175, especialmente no artigo 334 também, para chegarmos à seguinte conclusão – e aí vamos, como normas fundamentais, o novo Código incentiva a conciliação, a mediação: “Todo processo que for iniciado já na vigência do novo Código de Processo Civil passará obrigatoriamente por uma fase de mediação e conciliação”. Então sou juiz, recebo um processo novo, Fórum João Mendes. O que eu faço? Mando citar o réu? Não, mando intimá-lo para comparecer a uma audiência. Para entregar a contestação? Não, para conciliar. Quando começará a correr o prazo para contestação? Quando a fase de mediação estiver terminada. Quando isso ocorrer, se não surgiu a mediação, evidentemente, o juiz dará: “Fixo o prazo de 15 dias para contestação”, nesse caso, pode apresentar. Isso é algo impactante, isso torna a fase de mediação ou de conciliação obrigatória em todos os processos que vão tramitar no território nacional. Isso vai travar a pauta do Judiciário, porque para cada processo haverá uma audiência. “E os ritos?” Não existe mais rito sumário. Tudo tem um único rito: do artigo 334, que começa obrigatoriamente por uma audiência de mediação e conciliação. Quem vai conduzir a audiência será um mediador ou um conciliador. O que quer dizer que, projetado o futuro da forma como a lei quer, para cada novo processo do Fórum João Mendes haverá uma intimação para comparecer a uma audiência. Nessa audiência, aparecem os advogados e as partes, e então conciliadores e mediadores, e o juiz sai da sala. Dali para a frente, pessoas com formação na área de mediação, ou pelo menos que tenham participado de um curso oferecido pelo Tribunal de Justiça, e quem não participou do curso não pode ser nem conciliador nem mediador – isso está nos artigos 165 a 175. Essas pessoas, em uma, duas, três oportunidades, vão conversar com as partes, vão buscar uma solução negociada para aquele caso e, ao final, dirão: “Frustradas as possibilidades de conciliação ou mediação, devolvo os autos ao juiz”. E o juiz fala: “Então fixo prazo de 15 dias para contestar”. Se isso funcionar – e só para dizer o básico, eu diria que aqui no Fórum João Mendes o prazo para contestar vai começar mais ou menos dois anos depois da propositura da ação. Tudo isso eu acho

extremamente complicado de ser implementado, mas não deixa de ser uma das colunas fundamentais do novo Código, ou seja, o incentivo, a canalização de todos os processos para a fase de mediação. Os advogados já estão fixando em contrato o seguinte: “As partes não pretendem negociar”; “As partes elegem a Comarca de São Paulo, e também não pretendem negociar na forma do artigo 334, pelo que já dispensam a audiência de mediação”. Isso é válido? Antes de surgir um litígio, você já diz que não quer negociar. Não parece estranho isso? Mas, e se você quiser, você não pode voltar atrás? É um problema cultural. A nossa cultura como advogados não é conciliar, não é cooperar; a nossa cultura é brigar pelos interesses dos nossos clientes. Só que o Código nos chama, no primeiro momento, a conciliar, reforça os deveres éticos da parte, e parte da doutrina já diz que nós estamos num processo colaborativo. Portanto, soa estranho. Esta semana começa a graduação e, sinceramente, eu não sei o que falar para o aluno: “Aqui nós vamos basicamente formar um operador de Direito que lá no futuro vai fazer o quê? Ele vai cooperar com as partes?”, daí o aluno vai falar: “Mas se eu quisesse cooperar, eu ia ser médico. Eu vim aqui para brigar, eu quero defender grandes causas”, “Mas você veio para tornar o mundo melhor”, “Mas aí eu teria feito Agronomia”. Então, vamos implementar o novo Código com uma estrutura direcionada ao reforço da mediação. Se eu fosse juiz, eu diria o seguinte: “Então, vamos criar uma pauta paralela movida por mediadores e conciliadores”.

Eu acho que o advogado público, em especial, fica muito desconfortável e de certa forma desprotegido para entrar em mediação e conciliação. Apesar de haver lei e tudo o mais, nós sabemos que os órgãos de controle da Administração Pública – eu poderia começar da ação popular, passar pelos Tribunais de Contas e terminar com o Ministério Público – são um tanto agressivos em relação a isso: tudo é improbidade. Eu, sinceramente, não faria acordo em absolutamente nada, a não ser que essa instituição me desse um conforto suficiente para dizer o seguinte: “Presente tais elementos...”, então você faz a mediação. Por exemplo, causa repetitiva em que nós já fomos derrotados efetivamente, valor pleiteado razoável com o que a Jurisprudência fixou, inexistência de argumentos específicos para que aquele caso concreto em que você poderia vislumbrar... Esse é o objetivo. Se eu fosse advogado particular,

eu diria para o meu cliente e colocaria na mesa várias coisas que o influenciariam, e eu iria razoavelmente preparado dizendo o seguinte: “O que eu fizer, está feito, o meu cliente não vai discordar”. Mas se é na Administração Pública, o meu superior pode concordar, mas o Tribunal de Contas acha que não é assim, e aí o Ministério Público acha que eu sou um agente de improbidade, eu perco meu cargo porque eu fiz a negociação e pago multa ainda. Então, tudo isso precisa efetivamente de uma grande mudança de mentalidade. E de novo eu me reporto àquele ponto inicial de aderência à realidade. Eu entendo que o nosso novo Código tem excelentes pontos, grandes intensões, foi feito por gente de extrema grandeza em termos processuais, mas não adere à realidade nos pontos cruciais.

Estamos indo para a parte final, então, em que eu ingresso em Princípios. Eu entendo que a menção a princípios – especificamente o artigo 8º do Novo Código – é uma contrapartida, um conforto que se dá ao jurisdicionado devido ao aumento de poderes do juiz no novo Código. O aumento de poder vem, por exemplo, com a ideia de que a minha decisão passa a ser fonte de Direito, então, um precedente. O aumento de poderes do juiz, além de tudo isso que nós já vimos aqui, tem também um ponto crucial que é do artigo 139, inciso IV: o aumento de poderes do juiz é tão grande que agora o juiz tem, inclusive nas tutelas de cunho condenatório, os mesmos poderes que ele tem nas tutelas mandamentais, de obrigação de fazer, não fazer, e entregar coisa certa. Quais são os poderes que ele tem na tutela mandamental? I – impor multa; II – remover pessoas ou coisa; III – impedir atividade nociva, quando o devedor não cumpre obrigação de fazer. Então, quando o Estado não cumpre obrigação de fazer, vem multa e, se não vier multa, pode vir coisa pior. Transportem isso para obrigação de pagar. Segundo o artigo 139, inciso IV, vai ficar assim: “Não pagou precatório, eu mando fechar o Detran”, “Não pagou o precatório, a Secretaria de Segurança Pública deixa de funcionar – impedimento de atividade nociva”, porque agora está misturado, artigo 139, inciso IV, a tutela sancionatória das obrigações de fazer ou não fazer, que giravam em torno da ideia de mandamentalidade da sentença, agora misturou com as tutelas puramente condenatórias. Eu me lembro de notícias sobre advocacia da Justiça do Trabalho dos anos de 1970, que mandava bloquear a linha telefônica de quem não pagava

a condenação; era um absurdo, mas funcionava. Imagine nos anos de 1970 sem internet, sem nada e sem linha telefônica? Sua empresa ia à falência. Enquanto não pagasse execução trabalhista, a linha telefônica não voltava a funcionar e não adiantava recorrer para lugar nenhum. Essa experiência, de tão aterradora, funcionou. E veio para o Processo Civil, primeiro pelo artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, depois pelo 461 do Código de 1973, agora está no novo Código, e o pior: foi ampliada para as tutelas de pagar ou não pagar. Então, não pagou uma dívida/precatório? Pode incidir multa diária. Não pagou precatório? Eu posso determinar remoção de pessoas ou coisas. Eu tenho medo de acreditar que o novo Código não é publicista. “Ah, não, ele ficou privatista, agora tem negócio jurídico processual.” Pois é, tem negócio jurídico processual naquilo que não incomodar, porque o que incomodar não é negócio jurídico processual. Tenho reservas em relação a isso.

A última parte do inciso IV: “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”, que estão razoavelmente gerando superposição ou não, o fato é que os juízes hoje têm poderes para, por exemplo, bloquear você no Facebook. Enfim, por esses aumentos dos poderes do juiz, que nós já vimos aqui, e outros mais, o Código cria um conforto de fazer menção explícita a princípios – eu vou de novo ao artigo 8º. A técnica de dizer quais são os princípios aplicáveis a um sistema jurídico – eu particularmente acho lamentável, mas ela é razoavelmente aplicável no nosso sistema em diversas passagens. A Constituição fala quais são os princípios aplicáveis na Administração Pública, artigo 37. Há outros dispositivos legais que dizem: “Essa lei se regerá pelos seguintes princípios”. Então, se o princípio não estiver na lei, o juiz não pode aplicar. Por exemplo, o artigo 8º não fala do princípio da ampla defesa. Ele fala de todos os princípios aplicáveis nesse Código, mas não fala em ampla defesa. Portanto, o juiz não precisa observar ampla defesa no processo. Qual a utilidade de ter uma lei dizendo quais são os princípios aplicáveis ao processo se eles não são *numerus clausus*, evidentemente. E, segundo, compete ao Judiciário, ao juiz, em cada caso concreto, dizer qual é o princípio aplicável. E, de novo, aquelas distinções entre princípios e regras, e tudo o mais. Princípios, para mim, são mandamentos de otimização, mas isso é uma questão doutrinária. Por que eu vou ter uma lei dizendo quais são os princípios aplicáveis se eles não são limita-

dores do juiz? Eu enxergo isso como um conforto, uma contrapartida, aos aumentos dos poderes do juiz. Então, compete ao juiz respeitar a dignidade da pessoa humana. “Então, até agora não se respeitou a dignidade da pessoa humana, mas daqui em diante passaremos a respeitar?” Evidente que não. Em nosso novo Código só tem uma falha em relação à dignidade da pessoa humana, que era a mesma falha do Código de 1973: é mandar para a prisão o devedor infiel, de alimentos... “Ah, mas então não pode prender?” “Pode, mas em uma prisão digna.” Isso, para mim, é violar a dignidade da pessoa humana: colocar o devedor de alimentos em um local junto com outros criminosos. Se isso servir para mudar isso, já é um grande avanço. Compete ao juiz, também, observar os fins sociais e as exigências do bem comum – que é um mandamento constitucional, está lá em todos os direitos de propriedade, enfim, coisas extremamente amplas.

Proporcionalidade e razoabilidade são princípios de fundamento constitucional. Nasce no Direito Administrativo alemão da primeira metade do século passado. E agora passaram a ser princípios de fundamento infraconstitucional. O que quer dizer que, hoje, um tribunal que não observa a proporcionalidade profere uma decisão sujeita a recurso especial, já que violou o artigo 8º do Código de Processo Civil. Ao passo que, antes do Código, eu falo assim: “Violou a proporcionalidade, eu vou ao Supremo”. É nítida a hipótese de julgamento de recurso extraordinário. Então, eu não creio que a péssima técnica de redação de se fazer referência a princípios deturpe, inclusive, o destino de recurso lá na frente por reduzir a importância de um princípio que antes era de ordem constitucional, mas agora é infraconstitucional. “Compete ao juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, observar a legalidade.” Há um paradoxo aí: como é que eu preciso observar a legalidade se eu estou vinculado a precedentes? Se eu fosse juiz, eu entraria com embargos de declaração antes de aplicar o novo Código, “porque eu quero saber se eu aplico o precedente ou se eu observo a legalidade”. Publicidade e eficiência, que eu saiba, são mandamentos de toda a Administração Pública e estão na Constituição. Em resumo, o que eu observo aí, em primeiro lugar, não são princípios, são critérios; apenas no sentido de se reforçar aquilo que já vinha sendo dito, não só pela Constituição, mas também como os fundamentos doutrinários e constitucionais. Nesse ponto, a lei dos juizados

especiais – a Lei 9.099/95 – é muito mais avançada em termos técnicos do que o novo Código de Processo Civil, porque lá no comecinho diz assim: “Os Juizados Especiais se regerão pelos seguintes critérios”, eu não falo em princípios. Os critérios são a informalidade, a rapidez, a celeridade, enfim. Dentro do microsistema dos Juizados Especiais, o juiz deve observar critérios, não princípios. Princípios são algo, nós sabemos bem, inerente a todo tipo de sistema, deles se extrai – porque não existe princípio sem sistema – de uma forma explícita como mandamento de otimização. Basicamente, desde o mais longo doutrinador sobre princípios, a última coisa que ele esperava era que os princípios fossem positivados, e o nosso Código incorre nisso. Não faz sentido, a não ser como critério, como conforto ao aumento dos poderes do juiz. “Vamos aumentar os poderes do juiz, mas ‘não esqueça, juiz, tem de observar a razoabilidade, a proporcionalidade, a dignidade da pessoa humana’”, então, o artigo 139, inciso IV; quer adotar medidas coercitivas? Sim, mas que elas sejam razoáveis, proporcionais. É, de alguma forma, um contrapeso para o aumento dos poderes que nós tivemos no novo Código de Processo Civil.

Já próximo de terminar, eu poderia dizer que os verdadeiros princípios que estão no novo Código de Processo são os tradicionais que nós conhecemos, e aí nós vamos ao que chamamos de *tutela constitucional do processo*. Dentro da tutela constitucional do processo, eu tenho o contraditório; mas aí eu esbarro em um problema, porque eu falo, por exemplo, dentro dos princípios constitucionais, do princípio da motivação da sentença. Vejam que a motivação hoje foi reforçada, até por conta do garantismo processual que se procura dar em contrapartida ao aumento dos poderes. O artigo 489, § 1º, é efetivamente garantista, visa a combater todos os problemas relacionados à motivação da sentença que nós já tivemos até hoje, porque ele parte de uma negativa: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja lá qual for, quando se limitar à indicação ou reprodução, ou copiar apenas textos normativos. Quando empregar conceitos jurídicos indeterminados”, então “Julgo procedente o pedido porque o autor violou a boa-fé”. Desculpe, conceito jurídico indeterminado. O que é boa-fé nesse caso? Por que ele está sendo condenado? Não está fundamentada a decisão. “Invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, seria

como um juiz criar um modelo de sentença que fosse aplicável a tudo: acidente de trânsito, parte tributária, então ele vai a Platão, Sócrates, passa por Montesquieu, Maquiavel, enfim, no final das contas, aquilo lá serve para tudo – o que facilita, até certa altura, à defesa e ao autor, porque se faz um monte de coisas e ninguém fala nada, e no final o réu sai condenado sem que a gente tenha trabalho, basicamente é isso. Então, nós queremos uma decisão que não fale de conceitos jurídicos indeterminados, que explique o motivo concreto da sua incidência, no caso. “Não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, “Se limitar a invocar precedente”, “Deixar de seguir enunciado ou súmula”, vejam os incisos V e VI e façam uma ponte com os artigos 976, 926 e 1.036, para dizer que todo mundo tem de seguir os tais dos enunciados e precedentes e tudo o mais. O que está aí, senão um grande conforto que o sistema nos dá ao municiar o juiz de mais poderes. Se nós trocarmos em miúdos tudo isso, nós vamos precisar, do começo ao fim de um processo, de um juiz que leia os autos. Chega o processo, ele precisa ver se a tese veiculada ali já não é de manifesta improcedência e já rejeita o pedido antes de citar o réu – tem de ler os autos. Aí chega um processo, ele tem de fixar uma audiência de mediação e conciliação, excluindo os casos que não dá para negociar; então ele precisa ler o processo e ver se dá para negociar ou não. Aí ele precisa, mais à frente, saber se ali a liminar é tutela de evidência, tutela provisória, tutela cautelar, antecedente ou incidental, ou um processo, cada uma com suas consequências. Então não basta dar liminar, tem de saber de onde ela veio, tem de fundamentar. Depois ele tem de ler os autos para saber se dá para fazer negócio jurídico processual. Aí, depois, ele tem de ler os autos para sentenciar. Se nada disso funcionar, então nós vamos quebrar o sistema. Imaginem o trabalho que vai dar saber – vamos imaginar um juiz do interior com, razoavelmente, 2 mil processos prontos para serem julgados – se aqueles 2 mil processos foram ou não atingidos por uma decisão do Supremo que mandou suspender os que versem sobre o tema tal; ele vai ter de ler cada um deles e saber se “esse aqui versa parcialmente”, “esse aqui não versa”, “esse aqui versa integralmente”, “esse está suspenso”, tudo isso de forma motivada, o que é para a magistratura uma tarefa quase impossível de ser realizada. Não estou dizendo que o juiz não lê os autos, eu estou querendo dizer que nós nos acostumamos a um autocompletar na nossa cabe-

ça. Vem uma petição inicial falando de URV, ponto: já faço a contestação, eu leio a primeira folha apenas. O juiz lê que as partes discutem sobre URV, ponto: ele já dá a sentença. Esse autocompletar é decorrência da massificação dos processos. Nos anos de 1930, o Tribunal anulou uma sentença porque o juiz datilografou a sentença e assinou embaixo. Mas se ele datilografou, como é que nós vamos saber se foi o juiz que escreveu a sentença? “Então está anulada e mando proferir à mão a sentença.” “Não pode datilografar.” Naquela época, um juiz dava dez sentenças por mês, 20 por ano, talvez. Mas o mundo mudou, a massificação chegou, e é óbvio que eu faço contestações “sem ler”, e o juiz julga “sem ler” também, e o acórdão sai sem que ninguém “tenha lido”. É uma realidade. Agora imaginem, mesmo diante de teses massificadas, você ter de ler os autos efetivamente em cada um nas suas oportunidades, a ponto de ter de ora marcar uma audiência, ora não, ora saber se é caso de suspender, ora não. Portanto, já falei da motivação da sentença como princípios ou garantias constitucionais. Eu reforçaria também a ideia de publicidade do processo, como um grande reforço, um grande conforto nesse ponto – artigo 189, inciso VIII. A última coisa que me falta abordar aqui é: em termos de princípios infraconstitucionais, o que é possível falar, muito *en passant* no que nos interessa a respeito do novo Código de Processo Civil, é que muita coisa mudou. Em primeiro lugar, nós passamos a adotar o que se chama de princípio da adaptação do procedimento – artigos 139, inciso VI, e 190 do nosso novo Código de Processo Civil. Basicamente, compete ao juiz perceber quais são as particularidades de cada causa que está em tramitação e adaptar o procedimento àquelas especificidades, o que nos reforça a ideia de flexibilidade. Eu concordo com a doutrina que fala assim: “Flexível, nosso procedimento sempre foi, mas hoje isso está consolidado e é lei”, portanto, o juiz fica com mais liberdade e fala: “Essa causa aqui, não dá para fazer o prazo de contestação em 15 dias, é impossível, então vou ampliar o prazo de contestação para 20”, “Neste caso aqui, não há outro jeito de ouvir as testemunhas, a não ser no escritório dos advogados por videoconferência”, então adapto para, nesse ponto, modificar procedimento, regras procedimentais e prazos. Essa ideia de adaptabilidade precisa estar motivada, fundamentada, ser explícita e mais: não ferir o contraditório. “Vou adaptar o procedimento à realidade do processo”, ótimo, ouço as partes antes. Essa também é uma pedra de toque do novo Código. Nin-

guém pode ser surpreendido com modificações. A doutrina também já está falando em princípio da mediação – artigo 166 do novo Código de Processo. A doutrina continua falando em princípio dispositivo, mas agora no sentido de que um juiz não pode iniciar uma ação – no Código de 1973 e no Código de 2015. O único exemplo que havia no Código de 1973 sobre a possibilidade de um juiz iniciar um processo estava no inventário, se eu não me engano, no artigo 980/981, que falava assim: “Compete a abertura do inventário: I – aos sucessores; II – ao Ministério Público; III – aos credores; IV – ao juiz da Comarca”. A História mostrou que, desde 1973 até hoje, talvez nem meia dúzia de juízes tenham tomado iniciativa, porque um juiz, quando dá início a um processo, de alguma forma ele se compromete psicologicamente, então tudo isso sempre foi complicado. Agora – nos artigos 615/616 – não há mais poderes para o juiz dar início a processo nenhum, nem mesmo inventário. O mesmo artigo 2º, no novo Código de Processo, ainda fala de impulso oficial. Portanto, as partes dão início ao processo, ou promotor, e ao juiz compete impulsioná-lo de forma oficial, aí também sem modificações. O princípio da oralidade, que era uma grande ideia no começo do século passado, simplesmente desapareceu no novo Código de Processo. Ele já vinha sofrendo fortes atenuações. O princípio da oralidade – e seus sub-princípios – queria dizer o seguinte: “Vamos evitar a prática de atos processuais, vamos praticá-los todos em audiência”, e isso nos levaria a um grau de comprometimento com a verdade, com regras éticas mais intensas, porque é difícil você olhar para a cara do juiz e ter uma conduta protelatória, ao passo que no papel, no computador, pelo sistema, você fala um monte de bobagem, e às vezes cola, às vezes não, e tudo bem, você segue em frente com isso. Mas essas ideias desapareceram, nós migramos para um processo essencialmente documental, não oral, assim como os sistemas europeus também migraram, exceto os de *common law*. E o último resquício de oralidade que havia em nosso sistema era o procedimento sumário, em que você entregava contestação em audiência, podia ser oral, tudo era concentrado em audiência, irrecorribilidade em separado das interlocutórias e tudo o mais. Agora não tem mais rito sumário, o que significa dizer que é tudo escrito; ninguém vai entregar contestação em audiência. Isso enterra por vez a ideia de oralidade. O princípio da eventualidade continua presente. O artigo 336 continua dizendo o que diz o Código de 1973: “Compete ao réu esgotar

toda a sua matéria de defesa na contestação”. Depois tem uma curiosidade no conjunto probatório, que fala da prova documental. Hoje em nosso sistema é pacífico, por decisão jurisprudencial, que as pessoas podem juntar documentos ao longo do processo, inclusive em segundo grau de jurisdição, e a jurisprudência acha isso perfeito – observado o contraditório e a ampla defesa. O novo Código, curiosamente, fala assim: “Compete ao autor juntar todos os documentos na inicial”, ao réu: “Todos os documentos na contestação”, “Salvo se provar justificadamente porque não os juntou lá atrás”, sob pena de o juiz indeferir a juntada de documentos no curso do processo; o que reforça, a meu ver, os compromissos éticos, porque, no sistema atual, diante de uma multiplicidade de contratos, as partes juntam aquilo que interessa e, à medida que o processo caminha, eles vão juntando mais e mais e mais, às vezes desdizendo o que uma testemunha falou, enfim, há uma margem de manobra em torno desse tema que o novo Código tenta eliminar. Por último, a estabilidade da demanda, que também é um princípio caro ao sistema – artigo 329, inciso II – continua exatamente da mesma forma que os artigos 264 e 294 do Código de 1973. O artigo 329, inciso II, diz que, depois da citação, depois de iniciada uma ação, não é possível modificar pedido ou causa de pedir, a não ser com a anuência do réu ou, se for depois do saneamento do processo, com o consentimento do réu, desde que assegurado o contraditório etc. Aquela velha história – artigos 264 e 294: à medida que o processo caminha, diminuem as possibilidades de alteração de pedido ou causa de pedir, o que nos leva a uma estabilidade do processo após o saneamento; ninguém mais vai poder modificar o pedido ou a causa de pedir. Se eu não me engano, em uma das redações anteriores havia essa possibilidade, mas depois todo mundo começou a ficar com medo dessa história. Os poucos sistemas europeus que adotavam, como, por exemplo, o italiano, acabaram abandonando também, porque, à certa altura, surge uma causa de pedir nova, tem de reabrir a instrução e tudo o mais. O que eu só discordo, em termos de uma teoria mais ampla, é que a motivação da sentença seja um princípio, e que estabilidade da demanda seja um princípio, porque são regras, apenas, de aplicação tão restrita que não têm o caráter genérico e abstrato que um princípio deve ter; o princípio para mim, verdadeiramente, é o contraditório, é a alma do processo, está presente do começo ao fim, inclusive na execução. Princípio é a ampla defesa: onde houver dúvida,

privilegia-se a defesa e tudo o mais; princípio da sucumbência: quem perdeu tem de pagar – isso é regra, quem perdeu paga as despesas do processo; princípio da eventualidade: tem de esgotar a defesa na contestação. Não é princípio, é regra, porque não tem um grau de abstração suficiente para ser princípio. Nós temos um mau uso aqui no Brasil, de alguma forma, de dizer o seguinte: tudo o que não está explícito é princípio.

Talvez a posição dos Tribunais, no sentido de salvar o processo e não invalidar uma decisão, seja exatamente nesse sentido. “Então, agora eu tenho de ouvir a parte antes de decidir sobre legitimidade.” Mentira: eu não ouço, julgo pela ilegitimidade e deixo apelar, porque no que apela supre a falha que teve, que é o pensamento dominante hoje. O novo Código de Processo Civil, não só pelo artigo 10, mas em várias passagens – e toda a doutrina já concorda –, quer evitar a todo custo que isso ocorra e, para termos um processo condizente com o novo Código, o juiz tem de se conscientizar de que ele pode ser convencido do contrário. “O réu é parte ilegítima, mas vamos ouvir o autor antes para saber se é isso mesmo? De repente, tem algo que eu não percebi.” Eu sempre me lembro de um exemplo que um advogado comentou comigo uma vez, que foi assim: ele ingressou com uma ação de indenização por acidente de trânsito – então vamos supor que tenha sido agora em 2016 –, e a petição inicial começava assim: “O acidente ocorreu em 22 de março de 2002”, portanto, a 14 anos atrás. “E aí o meu cliente ficou assim, então eu quero que o réu seja condenado a pagar R\$ 10 mil”. O juiz aqui em São Paulo pegou essa petição inicial e decretou a prescrição de imediato, porque ele falou: “Há 14 anos, por acidente de trânsito, é absurdo. É evidente que está prescrito, portanto decreto a extinção”. Aí ele apelou e falou: “Pois é, mas o meu cliente ficou em coma, desses 14 anos, por 13. Portanto, não corre a prescrição contra quem está em coma, não corre a prescrição contra quem está preso”; na prescrição há várias hipóteses suspensivas. E ele ganhou a apelação. Quatro anos depois voltou. No quinto ano, o juiz deu um despacho assim: “Então cite-se”, porque o Tribunal falou: “Reformo a decisão, não ocorreu a prescrição, porque, estando em coma, não há como decretar a prescrição”. Percebam que se o juiz tivesse observado o contraditório, antes de decidir, por mais evidente que fosse a prescrição, ele teria dado uma decisão mais justa: “Diga ao autor sobre a provável ocorrência de prescrição”, porque, se

o acidente ocorreu em 2002 e estamos em 2016, tem 14 anos, então me diga se há ou não prescrição. Se a magistratura, amparada no que diz a doutrina hoje, o que já vinha dizendo, inclusive, há algum tempo, se conscientizar de que poder conhecer de ofício não significa ignorar o contraditório – essa é a grande mensagem que o Código traz –, nós estaremos com um grau de justiça melhor do que esse que nós temos hoje. Em contrapartida, ninguém quer o juiz do “diga-diga”: “Vamos observar o contraditório? Diga o autor / diga o réu / diga o MP / diga a Fazenda”, “A Fazenda não está no processo? Intime a Fazenda a falar, porque, de repente, ela pode ter algo a dizer”, “Agora diga o Promotor sobre o que disse a Fazenda”, “Diga a Fazenda sobre o que disseram as partes / o perito / os assistentes”. Nem tanto ao juiz do diga-diga como também nem tanto ao juiz que, hoje, tem essa feição autoritária e tribunais, inclusive, de decidir de ofício matéria de ordem pública.

Na vertente ou na perspectiva de um processo mais colaborativo, a ideia é: “Participem mais do processo”. “I – Eu terei mais poderes; II – Eu lhe dou garantias de que eu exercerei esses poderes com razoabilidade, proporcionalidade etc.; III – Participe mais do processo comigo. Quando eu tiver matéria de ordem pública, eu vou ouvi-lo antes de decidir. É minha promessa, em contrapartida à ampliação dos meus poderes.” Não só por isso deixou de ser matéria de ordem pública. Eu não acho que a prescrição tenha deixado de ser matéria de ordem particular porque o juiz de outra vara pode conhecer de ofício. Enfim, não é uma discussão proveitosa. E mais: “Eu vou aceitar negócios processuais, eu vou admitir, de alguma forma, que a mediação e a conciliação, o diálogo entre vocês, paralise o andamento do processo por algum tempo”. Então, de alguma forma, eu tenho de discordar no sentido de que não estaremos abrindo exceções ao impulso oficial, mas sim valorizando a participação das partes no processo, dentro desse cenário instável que vem aí com o novo Código.

