

Discurso do Professor Dr. Humberto Theodoro Júnior

[...]

É uma satisfação muito grande voltar a este Tribunal numa tarde tão festiva, tão importante, como a do momento em que Ele realiza uma efeméride de cultura jurídica de primeira grandeza, que é o lançamento de uma revista em nível acadêmico, em nível científico, capaz de integrar melhor a jurisprudência com a academia, com a sociedade, enfim, em geral. Estão de parabéns os responsáveis por essa iniciativa vitoriosa, e os meus votos são para que a publicação siga no ritmo e na qualidade desse exemplar inicial. Não faltam entre os membros desta Corte, não faltam entre os magistrados em geral e aqueles que convivem culturalmente com o Tribunal capacidade e oportunidade de participar deste evento, desta jornada tão importante. Parabéns!

Eu agradeço, em primeiro lugar, a saudação generosa feita por uma ex-aluna, que é brilhante desde os bancos acadêmicos e que continua sua trajetória excelente na magistratura superior. Muito obrigado pelas palavras generosas de amizade e de afeição.

Nós pensamos em falar, neste momento, em algo que fosse ligado ao principal instrumento da magistratura, dos tribunais, para cumprir a sua função constitucional, que é, justamente, o processo, instrumento que liga a judicatura à realidade prática da vida, de fazer atuar as garantias constitucionais e de realizar o chamado processo justo, hoje construído essencialmente sobre pilares de ordem constitucional.

Só para lembrar a importância, e o que me orientou para a escolha do assunto, é importante destacar que temos dois séculos, praticamente, do processo tratado cientificamente em níveis que correspondem àquilo que hoje se considera um ramo autônomo, não só da lei, mas da própria ciência jurídica, que é o processo. Para aquilatar essa importância, é bom lembrar que o processo acompanhou mais ou menos a evolução político-social do constitucionalismo, do direito dentro da sociedade civilizada nos últimos dois séculos.

E o que aconteceu nos rumos do direito nesses 200 anos? Depois do século XIX, depois da Revolução Francesa, depois da vitória do direito sobre o autoritarismo, sobre o poder absoluto, apareceram o direito e a jurisdição

preocupados com a realização da ordem jurídica, e, então, dizia-se que o direito era, na justiça, traduzido na expectativa de fazer vigorar o princípio da legalidade: a lei acima de tudo.

E agora que superamos o autoritarismo, a aristocracia, então, o direito se apresenta como um instrumento de defesa da lei, da ordem jurídica. Essa foi a primeira postura do direito emancipado, do direito civilizado do século XIX. O primeiro código no Brasil, que mereceu e gozou do título de Código de Processo Civil, retratou bem isso, que foi o código de 1939, no qual eu me formei; no qual iniciei minha carreira de advogado, depois de juiz, de professor, e fui passando muito anos e convivendo com aquele estatuto que era considerado razoável e significativo para demonstrar essa importância da legalidade controlada pelo Poder Judiciário, por meio das sentenças judiciais.

Esse foi o primeiro estágio da própria ciência do Direito Processual, que ganhou autonomia frente ao direito material para poder dar vida efetiva e garantia ao direito material. A primeira fase, aquela caracterizada pela autonomia do Direito Processual, deu-lhe vida própria e objeto específico, com metas, com instrumental, e, enfim, com formas tendentes a cumprir essa missão. Mas, depois da Segunda Guerra Mundial, as coisas mudaram, e não basta mais usar o processo apenas para aplicar o direito positivo. Assim, ficou assentado na consciência democrática que o Poder Judiciário não pode contentar-se em fazer valer a lei simplesmente. O processo de hoje é, sobretudo, um veículo encarregado, pela Constituição, de fazer justiça; é inquestionavelmente instrumento de justiça, e a justiça é um valor que nem sempre se extrai da lei. A lei também serve à justiça, mas a justiça é algo maior do que o direito, maior do que a lei.

Daí, o que se passou a pensar, já depois da Segunda Guerra Mundial, que não bastava usar o processo como instrumento, chamado “do devido processo legal”, quer dizer, de um processo comprometido com a lei: o processo agora deveria estar comprometido com a ordem constitucional. E a ordem constitucional era uma ordem de justiça, uma ordem de valores, valores que não se contêm exatamente na norma. A norma serve aos valores, utiliza os valores, e, aqui entre nós, o grande professor da Universidade de São Paulo, Professor Miguel Reale, filósofo do direito, já vinha defendendo, desde meados do século passado, que o direito não se compõe e não se realiza apenas em uma norma.

O direito existe na norma como um projeto, mas, na verdade, o direito só existe e atua concretamente quando se conjugam diante do fato da vida a norma, o fato e o valor que está debaixo disso tudo. E aí nós chegamos ao código de 1973, que já foi um código bem mais avançado do que o de 1939, e já fazia transparecer essas preocupações com os princípios acima das normas.

E, finalmente, chegamos ao código de 2015 e agora sim, temos um código de justiça, um código que se enquadrou completamente na corrente do justo processo da lei, que é a expressão adotada pela Constituição da Itália, quando, pioneiramente, introduziu essa ideia de justiça do processo dentro da Constituição. E é isso que nós hoje, já com experiência europeia, as nossas raízes ancestrais do primeiro mundo, também tentamos implantar esse novo código: um código capaz de retratar na ordem jurisdicional, na ordem prática, os valores, os princípios e as garantias da Constituição, porque é assim que se imagina um processo justo, e não apenas um processo legal. Um processo justo que dá proeminência aos valores e princípios da ordem constitucional.

Feito esse introito, que eu queria que fosse menor, e já está ficando grande, não precisava ter dito tanta coisa, vamos, então, agora entrar, mais diretamente, naquilo que é o texto que preparei para essa tarde.

O direito processual civil na roupagem do CPC de 2015

1. Introdução

O *iluminismo*, magnífico e abrangente movimento filosófico que mudou definitivamente a história cultural e política da humanidade a partir do século XVIII, fez nascer o atual Estado Democrático de Direito, em substituição ao Estado autocrático e absolutista, em que as pessoas viviam sob a falsa proteção do monarca, quando, na realidade, se portavam como *súditos*, que deviam obediência e subserviência ao Poder Público, cuja força se justificava por uma fantasiosa filosofia que lhe emprestava uma “indiscutível”, mas indemonstrável, origem divina.

A nova Era gerou o constitucionalismo, base racional e humanista do Estado atual, em que é o Poder Público que serve (ou deveria servir) aos homens, e não mais estes que servem àquele. Toda a nova ordem jurídica coloca o homem no

centro da atividade política e normativa da sociedade, de sorte que, no Estado Democrático de Direito, o papel primacial da Constituição é, antes de tudo, o de declarar os direitos fundamentais do homem e definir as garantias necessárias a dar-lhes efetividade.

Em segundo lugar, a Constituição organiza o Poder Público, não para exacerbá-lo, mas limitando-o de modo a defender os homens contra abusos e desvios praticáveis por parte daqueles que recebem da sociedade o mandato para geri-la. Essa singular organização social restaura o direito natural fundando-o na proclamação da dignidade da pessoa humana e, em consequência, elimina por completo a figura do *súdito*, revelando, em seu lugar, o *cidadão*.

Cidadão, outrossim, não é mais apenas aquele autorizado a votar na escolha dos governantes, é, no Estado Democrático de hoje, a pessoa titular dos direitos fundamentais, colocada e assegurada no efetivo e pleno desfrute de tais direitos, cujo somatório (a cidadania) se acha comprometido visceralmente com a inviolabilidade da dignidade do gênero humano.¹

Uma vez que a função tutelar da Justiça é o principal instrumento do exercício do Poder Público em garantia dos direitos individuais, é a própria Constituição que assume a supremacia entre as fontes do direito, no campo da solução dos conflitos civis, como, aliás, proclama e ressalta o art. 1º do CPC de 2015:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na [Constituição da República Federativa do Brasil](#), observando-se as disposições deste Código.

2. Objetivo visado pelo Direito Processual Civil

Segundo os partidários da antiga corrente civilista, em que o direito processual civil seria apenas um apêndice do direito material, o objetivo visado pelo processo consubstanciar-se-ia na reação do próprio direito individual ou subjetivo

¹ Quando a Constituição, no art. 1º, aponta como um dos fundamentos do Estado brasileiro a *cidadania*, esta compreende um “sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos”, qualificando os participantes da vida do Estado e reconhecendo o “indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal”. E, nessa integração, a cidadania conexiona-se com “o conceito de *soberania popular* (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático”. *Dignidade da pessoa humana*, também fundamento do Estado brasileiro, “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida” (SILVA, 1998, p. 108-109).

ameaçado ou lesado contra a agressão sofrida. Da autonomia do direito processual, no entanto, surgiu a concepção doutrinária que vê nesse ramo do direito um objetivo específico e autônomo que vem a ser o de resguardar a própria ordem jurídica, de modo que, ao pacificar os litígios, o órgão jurisdicional cumpre função eminentemente pública, assegurando o império da lei e da paz social.

Embora seja inegável o objetivo *imediato* do direito processual de manter a autoridade da ordem jurídica, cabe-lhe, no plano constitucional, a missão de atuar simultaneamente na proteção aos direitos individuais, de modo que o acesso ao processo constitui, ele mesmo, uma garantia fundamental (CF, art. 5º, XXXV). Já se chegou a defender o entendimento de que ao Estado, quando aplicasse o direito processual civil, não interessaria com quem estaria a razão, mas apenas definir qual a vontade concreta da lei, diante da situação litigiosa.

É de se ponderar, todavia, que, além da neutra função de sentenciar e definir os conflitos, o Estado Democrático, ao vedar a justiça privada, assume o dever, perante os titulares de direito subjetivo violado ou ameaçado, de prestar-lhes a necessária tutela jurídica. Para essa tutela concreta, serve-se o Estado do *processo*, de sorte que, embora a garantia de acesso ao processo seja, de início, indiferente à prévia comprovação do direito material da parte, não o é quando, enfim, soluciona o conflito travado entre os litigantes. É que, então, aquele que comprovar a necessidade da proteção jurídica estatal para restaurar sua legítima situação de direito será o beneficiado com o provimento propiciador da efetiva tutela jurisdicional, pouco importando a posição ativa ou passiva ocupada na relação jurídica processual.

Embora seja científico, no plano puramente processual, o entendimento de o processo e o regulamento normativo que o disciplina atuem com autonomia diante do direito material invocado pelo promovente da atividade jurisdicional, este não pode ser o único ângulo com que se há de analisar a prestação realizada pelo Estado-juiz. Na ordem global, enraizada, sobretudo nas bases constitucionais, há um dever de tutela, que é de acesso amplo e de caráter cívico, que vem a ser a garantia fundamental de que nenhum titular de direito subjetivo violado ou ameaçado ficará privado do acesso à tutela da Justiça (CF, art. 5º, XXXV). O estudo moderno do direito processual de tal sorte não poderá deixar de registrar essa conexão importantíssima, no Estado de Direito Democrático, entre a ordem jurídico-constitucional e o direito processual.

Há, em suma, um direito processual que, em sua estrutura ordinária, merece ser tratado como um ramo autônomo e independente do direito material. Há, de outro lado, um direito processual que serve à Constituição e que, ao fazê-lo, não pode continuar sendo focado apenas dentro da perspectiva de sua autonomia técnica. Já, então, em razão da missão constitucional que cabe desempenhar, tem de ser avaliado em função do objetivo de tutelar a situação jurídico-material subjetiva em situação de crise, ou seja, de lesão ou ameaça. É, nessa altura, simplesmente o instrumento estatal de realização do direito material atingido por agressão ou ameaça ilícita.

3. Novos rumos do direito processual civil

Paralelamente à visão técnica do funcionamento da justiça oficial (fortemente inspirada em métodos forjados para enfrentar a *contenciosidade*), ganhou terreno, no fim do século XX e início do século atual, a preocupação dos cientistas do direito processual com a implantação, a par dos tradicionais, de novos métodos de composição de litígios, cuja motivação seria mais a procura da paz social do que propriamente a imposição autoritária da vontade fria da lei. Fala-se, nesse sentido, na criação de novas vertentes para certos tipos de prestação jurisdicional, que enriqueceriam o processo com instrumentos capacitados a realizar a justiça que Cappelletti chamava de *coexistencial*. Em lugar de contar apenas com a força da autoridade legal do juiz, as partes poderiam, muitas vezes, obter melhores resultados na solução de seus conflitos, recorrendo à experiência e à técnica de pessoas capacitadas a promover a mediação e a conciliação, e chegando, assim, a resultados práticos mais satisfatórios do que os decretados pela justiça tradicional.

A valorização do papel da mediação e da conciliação dentro da atividade jurisdicional se faz presente de maneira mais expressiva no Código de Processo Civil editado em 2015, que, além de prevê-las como instrumentos de pacificação do litígio, cuida de incluir nos quadros dos órgãos auxiliares da justiça servidores especializados para o desempenho dessa função especial e até mesmo de disciplinar a forma de sua atuação em juízo (arts. 165 a 175). E, mais do que disciplinar a conciliação no processo multiportas, o Código proclama o dever do Estado de promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, assim como impõe a juízes, advogados, defensores públicos e membros do

Ministério Público o encargo de estimular a solução conciliatória, inclusive no curso do processo judicial (CPC, art. 3º, §§ 2º e 3º).

Dessa maneira, aos poucos, vai-se encaminhando para processos e procedimentos em que o objetivo maior seja a solução justa e adequada dos conflitos jurídicos, e que, de fato, possam reduzir as tensões sociais, valorizando a pacificação e a harmonização dos litigantes, em lugar de propiciar a guerra judicial em que só uma das partes tem os louros da vitória, e à outra somente resta o amargor da sucumbência. É esse, sem dúvida, o caminho escolhido, com ênfase, pelo atual Código de Processo Civil brasileiro, que entrou em vigor em 18/3/2016 (Lei nº 13.105).

4. O Código de Processo Civil de 2015

No Brasil, a sequência do movimento reformador culminou em 2015 com a edição de um novo Código de Processo Civil, que é o atualmente em vigor.

A Comissão de Juristas, nomeada pela Presidência do Senado, orientou-se, na elaboração do Anteprojeto, pelos princípios universalmente preconizados para as leis processuais, que aspirem a dotar o Estado Democrático de Direito de um *processo justo*, e que se apresentam, na ordem constitucional, como a garantia a todos de acesso a uma tutela jurisdicional *efetiva*. Como tal, entende-se aquela que, a par de viabilizar a composição dos conflitos com total adequação aos preceitos do direito material,² faça-o dentro de um *prazo razoável* e sob método presidido pelas exigências da *economia processual*, sempre assegurando aos litigantes o *contraditório* e a *ampla defesa* (CF, art. 5º, LXXVIII).³ E foi esse o espírito com que o texto final do CPC de 2015 foi aprovado e sancionado, entrando em vigor em 2016.

² Barbosa Moreira, segundo a qual “querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e, por assim dizer, a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente da realização do direito material” (BARBOSA MOREIRA, 2002, p. 181).

³ É um verdadeiro truismo a proclamação a todo instante reiterada de que justiça tardinha não é justiça, mas rematada e evidente injustiça. Por isso, a Exposição de Motivos, atenta à lição de Cândido Dinamarco, reitera a advertência, que presidiu à confecção do Anteprojeto, de que o processo, “além de produzir um resultado justo, precisa ser justo em si mesmo, e, portanto, na sua realização, devem ser observados aqueles *standards* previstos na Constituição Federal, que

A propósito do ideário do *processo justo*, prevalece, na consciência da civilização de nosso tempo, a concepção de que um Código moderno, republicano e democrático há de observar um “modelo social de processo”, que esteja atento às exigências da instrumentalidade, da efetividade e da presteza na promoção da tutela aos direitos subjetivos em crise. Em tal modelo, é inegável, não podem merecer guarida as espertezas do litigante no manejo das puras técnicas procedimentais e argumentativas, como a causa do resultado da disputa travada em juízo. Para o processo justo (aquele exigido pelo Estado Democrático de Direito), o mais importante é que o processo seja construído e manejado “para possibilitar a descoberta da verdade dos fatos”, de maneira que só ganhe a causa a “parte que tiver a verdade do seu lado”, esta, e não a outra, é a “parte que tem razão” e que, por isso, terá sua situação jurídica protegida pelo provimento judicial.⁴ A par disso, o caráter democrático desse moderno processo jurisdicional reside numa concepção inovadora do contraditório que não mais se limita a uma simples bilateralidade de audiência, mas que confere aos litigantes o direito de participar efetivamente na formação do provimento judicial que haverá de compor o conflito estabelecido entre eles. O processo deixa de ser “coisa apenas do juiz” ou “coisa apenas das partes”, para se tornar obra conjunta de todos os sujeitos processuais, fruto de uma empresa compartilhada entre todos eles. Foram esses os critérios que prevaleceram na normatização do atual Código de Processo Civil Brasileiro (atual Lei nº 13.105/2015).

5. Principais inovações do CPC de 2015

I - Normas fundamentais

Na Parte Geral, o Código atual dispensou grande atenção à constitucionalização do processo, dedicando seus 12 artigos iniciais para definir aquilo que denominou de Normas Fundamentais do Processo Civil, entre as quais merecem especial destaque as que consagram os princípios:

constituem desdobramento do *due process of law*” (DINAMARCO, 2009, *apud* SENADO FEDERAL, 2010, nota 6).

⁴ SOUSA, 2009, p. 17.

- (a) da supremacia dos princípios constitucionais na aplicação das normas processuais (art. 1º);
- (b) do contraditório efetivo (arts. 7º e 10) e sem surpresas (art. 9º);
- (c) da cooperação entre partes e juiz na atividade de formulação do provimento jurisdicional (art. 6º);
- (d) da sujeição de todos os participantes do processo ao comportamento de acordo com a boa-fé (art. 5º);
- (e) da duração razoável do processo (art. 4º);
- (f) da dignidade da pessoa humana (art. 8º);
- (g) da eficiência da prestação a cargo do Poder Judiciário (art. 8º);
- (h) da submissão do próprio juiz ao contraditório (art. 10);
- (i) da fundamentação adequada das decisões judiciais (art. 11);
- (j) da vedação de privilégios na ordem de julgamento das causas (art. 12).

Entre as normas fundamentais, figura também a que estimula a prática da justiça extrajudicial e coexistencial (juízo arbitral, conciliação e mediação) (art. 3º, §§ 2º e 3º).

O principal objetivo da instituição de normas fundamentais pelo CPC/ 2015 foi o de ressaltar a convergência entre o processo civil e os direitos do homem, universalmente consagrados nos tempos atuais. Na douda observação de Arruda Alvim, “antes de serem princípios e garantias constitucionais, os preceitos mencionados, aplicáveis ao processo civil, constituem direitos humanos universalmente consagrados”.⁵

II - Os negócios jurídicos processuais

O Código atual adotou a teoria dos negócios jurídicos processuais, por meio da qual se conferiu certa flexibilização procedimental ao processo, respeitados os princípios constitucionais, de sorte que se consiga dar maior efetividade ao direito

⁵ ARRUDA ALVIM, 2021, p. 53.

material discutido.⁶ Assim é que disciplinou a possibilidade de mudança procedimental pelas partes no art. 190 e seu parágrafo único.⁷

Esclarece Leonardo Greco que a aceitação dessa figura representa admitir que as partes, “como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública”.⁸

A ideia se coaduna com o princípio da cooperação, que está presente no Código atual, devendo nortear a conduta das partes e do próprio juiz, com o objetivo de, mediante esforço comum, solucionar o litígio, alcançando uma decisão justa.⁹

III - *Precedentes judiciais vinculativos: direito jurisdicional*

Adotando uma política de expressiva valorização da jurisprudência, o grande diferencial (quem sabe, o maior) entre o Código de 2015 e o que o antecedeu, talvez deva ser visto, sobretudo, no papel atribuído aos tribunais a ser desempenhado através da interpretação uniformizadora e vinculante da ordem jurídica (arts. 926 e 927). Sem romper abruptamente com a tradição do *civil law*, deu o legislador pátrio um grande passo no sentido de reconhecer à jurisprudência uma função significativa no plano das fontes do direito. “Esse renovado panorama - na observação de Mancuso - induz ao reconhecimento de uma clara aproximação ou nivelamento,

⁶ MAZZEI; CHAGAS, 2014, p. 225. Segundo os autores, a ideia de negócios jurídicos processuais também pode ser vista em diversos pontos da arbitragem.

⁷ “Embora a discussão a respeito das convenções processuais se tenha acentuado nos últimos anos, não se trata de uma novidade. Atos de disposição das partes sobre seus direitos processuais e acordos cujo objeto são situações jurídicas no processo existem no CPC/1973 em diversos momentos. Veja-se, como exemplo, a possibilidade de convenção sobre distribuição de ônus da prova (art. 333, parágrafo único, do CPC/1973); suspensão do processo (art. 265, II, do CPC/1973); adiamento de audiência de instrução e julgamento (art. 453, I, do CPC/1973); realização de liquidação por arbitramento (art. 475-C, I, do CPC/1973), entre outras. Além de reproduzir essas hipóteses, o CPC/2015 apresenta ainda outras possibilidades, como, por exemplo, a escolha convencional do perito (art. 471) e a delimitação, pelas próprias partes dos pontos controvertidos de fato e de direito sobre os quais recai o saneamento do processo (art. 357, § 2º)” (ARRUDA ALVIM, 2021, p. 641).

⁸ GRECO apud MEDINA, 2008, p. 290-291.

⁹ A alteração convencional de alguns procedimentos que a lei autoriza para ajustá-los às especificidades da causa exige o preenchimento dos seguintes requisitos: (i) a causa deve versar sobre direitos que admitam autocomposição; (ii) as partes devem ser plenamente capazes; e (iii) a convenção deve limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes (art. 190, *caput*).

conceitual e operacional, entre a norma legislada e a norma julgada, implicando uma realocação do Direito brasileiro, agora postado a meio caminho entre as famílias do *civil law* e do *common law*, com o relevante e inevitável impacto em nosso ambiente processual”.¹⁰

Na douda observação de Arruda Alvim, “de todas as modificações trazidas pelo CPC/2015, talvez a mais significativa e com maior impacto no cotidiano forense seja a aposta feita no chamado *direito jurisprudencial*. O comportamento reiterado das cortes superiores e seus entendimentos consolidados ganham importância na medida em que passam a servir como um *norte* ao restante do Poder Judiciário.”¹¹

6. Doutrina e jurisprudência no campo das fontes do direito

Ponto alto das inovações trazidas pelo CPC/2015 é o da valorização da jurisprudência como fonte de direito, levada a cabo pela explícita e vigorosa instituição dos precedentes judiciais vinculantes. Portanto, é conveniente que se proceda a algumas observações a respeito do suporte doutrinário relativo à semelhante técnica.

Para a atual teoria geral do Direito, não há dúvida de que a doutrina e a jurisprudência são importantes fontes do direito processual civil, seja para a elaboração complementar das normas jurídicas em sentido *lato*, seja para a construção da norma concreta aplicável à solução do litígio que se apresenta ao Poder Judiciário.

A doutrina e a jurisprudência integram a dimensão do realismo jurídico. Sob a ótica da moderna teoria jusnaturalista, a doutrina não é vista como mera atividade descritiva. Na verdade, ela participa efetivamente da aplicação do direito, na medida em que o estudo do ordenamento jurídico e da sociedade auxilia a interpretação e a integração das leis. “El legislador, al regular una materia, puede hacerlo entrando en contradicción de decisiones. La doctrina actúa disolviéndola o, al menos, revelando que existe y ofreciendo las distintas posibilidades alternativas que ofrecen los preceptos que entran en colisión [...] La doctrina viene en ayuda de todos estos

¹⁰ MANCUSO, 2018, p. 8.

¹¹ ARRUDA ALVIM, 2021, p. 1.673.

problemas, introduce la racionalidad del sistema, que es coherencia y armonía entre sus partes, y disuelve de esta forma las imperfecciones".¹²

Nessa linha de pensamento, merece registro a tendência jusfilosófica que foge do dualismo direito-moral para conceber uma visão unitária, sociologicamente, na qual ética e direito seriam espécies de um mesmo gênero, o que impediria afastar do ordenamento jurídico os valores fundamentais, por exemplo, da justiça e da dignidade da pessoa humana,¹³ valores esses tão caros ao constitucionalismo estrutural do atual Estado Democrático de Direito, como destacaram o Preâmbulo e o art. 1º de nossa Carta Magna.

No direito positivo contemporâneo, a força da jurisprudência como fonte normativa deixou de ser especulação doutrinária e assumiu corpo dentro da própria ordem jurídica legislada. É a Constituição mesma que estabelece força vinculante para decisões do Supremo Tribunal Federal, no controle de constitucionalidade, e é a lei processual ordinária que autoriza julgamento de recursos com fundamento na jurisprudência dominante.

Sem dúvida, o vigente sistema processual brasileiro elevou a jurisprudência à categoria de fonte de direito. Não cabe, entretanto, atribuir-lhe um caráter absoluto, a qualificação de fonte primária, em total equiparação à lei. É que continua sendo, no Estado de Direito, fundamental o princípio da legalidade que consagra a primazia da lei, entre os direitos do homem, como freio ao autoritarismo do Poder Público (CF, art. 5º, II). Embora seja certo que a jurisprudência pode atingir em seus julgados, e em determinadas circunstâncias, força vinculativa *erga omnes*, seus precedentes só podem ser construídos a partir da lei ou do direito positivo *lato sensu*. Jamais poderão eles funcionar como mecanismo de revogação da lei ou de abstração de sua existência. É sempre a partir da aplicação da lei que, dentro de quadros fáticos concretos, pode surgir o precedente com autoridade geral, de sorte que, na sua origem, estará sempre alguma regra ou princípio ditado pela lei ou pelo sistema adotado pelo direito positivo. A atividade jurisdicional criativa é limitada à otimização da lei, e não ao seu afastamento ou desprezo.

¹² MORCHIN, 1998, p. 113.

¹³ DWORKIN, cf. GRAJALES; NEGRI, 2014, p. 444-445.

7. A força normativa dos precedentes e a ampliação da própria função jurisdicional

Diante das modernas técnicas de julgamento de causas repetitivas e da força vinculante *erga omnes* que o atual Código de Processo Civil reconhece à jurisprudência dos tribunais, pode-se entrever uma nova e maior dimensão para a função atribuída ao Judiciário. É que, no contexto atual, “o Poder Judiciário procura não apenas resolver, de modo atomizado e repressivamente, os conflitos já instaurados, mas se preocupa em fornecer, de modo mais estruturado e geral, respostas às controvérsias latentes e potenciais, de modo a propiciar a efetiva *segurança jurídica*”.¹⁴

Na verdade, o sistema de precedentes de força vinculativa, mais do que a proteção particular dos direitos individuais da parte, visa, sobretudo, à defesa do próprio ordenamento jurídico, promovendo-lhe *unidade, coerência e integridade*, resguardando, com efetividade, a *segurança jurídica*, em benefício geral da sociedade, que, assim, pode melhor compreender o direito positivo e ter mais confiança nele.¹⁵

Não se pode, outrossim, acusar o sistema de precedentes de permitir ao Judiciário invadir a esfera de competência do Legislativo, desrespeitando o princípio da legalidade. É que mesmo estando o juiz vinculado apenas à lei, isto não afasta a necessidade de uma teoria dos precedentes, como modelo normativo formal, tanto no aspecto de classificação de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, quanto na correlata função interpretativa e de preenchimento de lacunas e de resolução de antinomias, especialmente porque a função dos precedentes não é a criação de direito novo, mas sim “o aumento de racionalidade, igualdade, previsibilidade e efetividade do direito”.¹⁶

¹⁴ MENDES, 2017, p. 195.

¹⁵ “Não se trata, portanto, de uma tutela voltada à proteção individual dos direitos dos cidadãos ou mesmo dos direitos coletivos dos diversos grupos sociais. Ao revés, trata-se de uma tutela jurisdicional prestada em caráter estritamente objetivo e não particularizada, exclusivamente voltada à proteção da própria ordem jurídica, de sua unidade, coerência e integridade, atributos os quais não podem ser renegados nem desprezados no Estado Democrático de Direito” (FREITAS, 2020, p. 158-159). Em sentido igual: MITIDIERO, 2014, p. 51-74.

¹⁶ ZANETTI JR., 2016, p. 293-294. Lembra o autor que, inspirando-se a teoria na interpretação e na defesa dos direitos fundamentais, “cabe aos juízes e tribunais garantir a aplicação direta e imediata das normas constitucionais autoaplicáveis com eficácia imediata” (*Op. cit.*, p. 300-301).

A objeção que, às vezes, tem sido feita em doutrina à constitucionalidade do sistema de jurisprudência vinculante do CPC/2015 procura apoio, principalmente, no princípio de legalidade. Argumenta-se que só a lei pode obrigar a todos, genérica e abstratamente (CF, art. 5º, II). Acontece que nenhum princípio, nem mesmo constitucional, é absoluto, e, necessariamente, todo princípio tem que coexistir e harmonizar-se com os demais que incidem sobre o mesmo fato. Na espécie, não se pode cogitar apenas do princípio da legalidade, mesmo porque o sistema jurisprudencial em causa foi instituído por lei, e, ainda, porque vários outros princípios, também constitucionais, justificam a uniformização vinculativa dos precedentes jurisdicionais. Se alguma colisão puder ser detectada entre eles, a solução jamais será dada à supervalorização do princípio da legalidade ou de qualquer outro isoladamente. Esse conflito, apenas aparente, resolve-se, na técnica constitucional, pelo critério hermenêutico da proporcionalidade, o qual, na espécie, aponta, razoavelmente, para a prevalência da garantia constitucional da segurança jurídica, da igualdade de todos perante a lei, da duração razoável do processo, bem como na necessidade lógica de unidade e coerência do ordenamento jurídico.¹⁷

8. Uma palavra sobre o processo cooperativo

O CPC de 2015 adotou ostensivamente o modelo processual *cooperativo*, ao inserir entre as suas normas fundamentais a regra de que “todos os sujeitos do processo devem *cooperar* entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito *justa e efetiva*” (art. 6º).

Trata-se de princípio processual que já era preconizado por importantes manifestações doutrinárias, mesmo antes da lei atual¹⁸ e que atua ao lado e em complemento aos princípios do contraditório e da boa-fé.¹⁹

¹⁷ GRINOVER, 2016, p. 161. Também Strätz, na mesma linha, entende que, “embora o nosso Direito continue tendo a lei como sua fonte formal por excelência, o direito aplicado pelos tribunais, sobretudo os de superposição, passa agora a ocupar um papel de proeminência na interpretação jurídica, já que esta, a partir do Novo Código, deverá debruçar-se também sobre os textos produzidos pelos Tribunais Superiores. Se assim não for, de que adiantará a lei ser a mesma para todos? Sê-lo-á apenas no papel, se os juízes puderem, cada um à sua moda, aplicarem-na do modo que quiserem e sem respeito ao sentido interpretativo fixado pelas Cortes de vértice” (STRÄTZ, 2017, p. 459).

¹⁸ Entre outros: BARBOSA MOREIRA, 1989, p. 66; GRINOVER, 1990, p. 7; OLIVEIRA, 2003, p. 227-259; GOUVEIA, 2009, p. 32-53.

¹⁹ “A cooperação entre todos os sujeitos do processo deve significar a colaboração na identificação das questões de fato e de direito e de abster-se de provocar incidentes desnecessários e

A exemplo do direito português,²⁰ nosso CPC de 2015 consagrou o princípio da cooperação na múltipla dimensão de deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio,²¹ que sujeitam reciprocamente as partes e o juiz.²² O seu fundamento - explica Mitidiero - “está na necessidade de uma *equilibrada distribuição da cota de participação* para cada um dos participantes do processo. Vale dizer: seu fundamento remonta não só à *participação*, cuja expressão mais clara no âmbito do processo civil é o *direito ao contraditório*, mas também na necessidade de promoção da *igualdade* ao longo do processo civil”. Isso, ainda segundo o mesmo autor:

significa, desde logo, encarar o *diálogo* como ferramenta essencial para condução do processo, *evitar o desperdício* da atividade processual, *preferir decisões de mérito* em detrimento de decisões processuais para o conflito, *apurar a verdade* das alegações das partes a fim de que se possa bem aplicar o direito e *empregar as técnicas executivas* adequadas para a realização dos direitos. O que a colaboração promove aí é a *viabilização do triunfo* - quanto possível - de decisões de mérito sobre decisões processuais. Em outras palavras, a relativização do binômio direito-processo.²³

Na perspectiva do processo colaborativo, o empenho de buscar, em tempo razoável, a solução justa para o mérito da causa (CPC, art. 6º), caracteriza o comportamento de todos os sujeitos processuais, e não só das partes, mas também do juiz e dos auxiliares do juízo. O juiz, portanto, sem se afastar da autoridade imparcial que preside a marcha do processo e que detém o poder de definir a solução da demanda, vê-se, no entanto, na contingência de “dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, gravado na sua condução pelos *deveres de esclarecimento, prevenção, debate e auxílio para com os litigantes*”.²⁴

É muito importante destacar que a cooperação processual não figura apenas como um princípio, mas se acha disseminada em comandos específicos ao longo de

procrastinatórios. Essa vedação, aliás, decorre da expressa adoção do ‘princípio da boa-fé’ pelo art. 5º do novo CPC” (BUENO, 2015, p. 45).

²⁰ CPC/2013 de Portugal: “Art. 7º- 1- Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

²¹ “A cooperação de cada uma das partes com o juiz constitui também um enérgico ditame do princípio da *lealdade processual (g.n.)*, que veda a prática de atos tendentes a dificultar a instrução da causa ou a retardar a efetivação de medidas constritivas na execução forçada” (DINAMARCO, 2015, p. 75).

²² O dever de esclarecer é recíproco entre partes e juiz, cabendo ao juiz exercer em relação às partes os deveres de cooperação, isto é, o de prevenção, o de consulta e o de auxílio (SOUSA, 1995, p. 65-67).

²³ MITIDIERO, 2015, p. 104-105.

²⁴ MITIDIERO, 2015, p. 68.

todo o Código de 2015, bastando atentar para o elenco de deveres das partes e procuradores (art. 77), assim como do juiz (art. 139). São, outrossim, significativos os preceitos relativos aos deveres impostos ao relator na instância dos tribunais, entre os quais ressalta o que prevê que, antes de inadmitir qualquer recurso, deve ser concedido prazo ao recorrente para que seja sanado eventual vício ou complementada a documentação exigível (art. 932, parágrafo único). Da mesma natureza são ainda as regras de fungibilidade entre recursos inadequados e recursos corretos (art. 1.032), e a que recomenda a adequação da ação rescisória quando o caso seria de ação anulatória de sentença meramente homologatória (art. 968, § 5º) ou de melhor identificação dentro do processo do acórdão rescindendo com o respectivo deslocamento de competência. Por último, é bom lembrar a possibilidade de saneamento do processo em audiência, com participação efetiva dos litigantes (art. 357, § 3º), e também todo o regime de nulidades processuais que não permite ao juiz decretá-las por vício de forma sem que haja prejuízo para o direito de defesa (arts. 276 a 283).

O presente enfoque casuístico da cooperação processual adotada e valorizada pelo CPC é feito apenas de forma exemplificativa, sem qualquer pretensão de exaustividade, mas é, sem dúvida, revelador do caráter genérico, sistemático e principiológico com que o direito processual civil brasileiro se filiou ao regime do *processo justo*, com grande ênfase para o contraditório dinâmico e cooperativo, caminho pelo qual transitam e se viabilizam, com agilidade e eficiência, todas as garantias constitucionais específicas endereçadas pelo atual Estado Democrático de Direito à prestação da tutela jurisdicional, que, por sua vez, se mostra comprometida com os valores supremos da justiça, da segurança jurídica, da liberdade, da isonomia e da dignidade humana.

9. Uma última palavra sobre o processo justo na ótica constitucional

Inclui o Código de 2015 entre as *normas fundamentais* do processo civil a de que todos os sujeitos do processo têm direito de obter, em tempo razoável, decisão de mérito *justa e efetiva* (art. 6º). Com isso, explicita a adoção da ideia de *processo justo*, que é algo apontado como uma evolução da garantia do *devido processo legal*.

Sob os desígnios do Estado Democrático de Direito, emergente na civilização ocidental no pós-segunda guerra mundial, procedeu-se a uma acentuada constitucionalização de toda a ordem jurídica, cuja repercussão mais intensa se deu sobre a atividade estatal voltada para a tutela jurisdicional. Nessa altura, o *devido processo legal* foi conduzido a um *status* tutelar que ultrapassa a técnica tradicional de compor os litígios mediante observância das leis procedimentais, para assumir pesados compromissos éticos com *resultados justos*.

O direito positivo, então, sob acentuada influência das garantias fundamentais traçadas pela Constituição, incorporou valores éticos, cuja atuação se faz sentir não apenas na observância de regras procedimentais, mas também sobre o resultado substancial do provimento com que a jurisdição põe fim ao litígio. Daí falar-se, no século atual, em garantia de um *processo justo*, de preferência a um devido processo legal apenas.²⁵ E como *justo* é hoje o processo capacitado, antes de tudo, a cumprir todas as garantias estabelecidas pela Constituição para a prestação jurisdicional.

Impõe-se, dessa maneira, a necessidade de realizar a *justiça* tanto no terreno processual, como no campo do direito substancial: e, assim, o procedimento é justo quando se forma, desenvolve e encerra com estrita observância das garantias constitucionais e mediante o coroamento por provimento que interprete e aplique as normas de direito material, também segundo os princípios e valores prestigiados constitucionalmente.

Nesse enfoque, o formalismo estabelecido pela lei processual só é, de fato, relevante enquanto necessário à garantia do processo justo preconizado pela Constituição.

10. Avaliação geral do Código atual, à guisa de conclusão

Numa visão geral do CPC/2015, pode-se concluir que o legislador esteve atento à advertência da moderna processualística de que, para se pensar numa ampla e verdadeira reforma de nosso processo civil, urge, antes de tudo, mudar a ótica deformadora do verdadeiro papel reservado à prestação jurisdicional, a ótica focada exageradamente no tecnicismo e no dogmatismo, como se o processo se

²⁵ THEODORO JÚNIOR, 2022, p. 118-119.

justificasse por si mesmo. É preciso, urgentemente, substituí-la pela objetiva e singela busca da justa e adequada realização do direito material na solução do conflito deduzido em juízo. Nesse sentido, é emblemática a proclamação da primazia da decisão de mérito feita, reiteradamente, pelo CPC/2015 (arts. 4º; 139, IX; 277; 282; 283, *caput*; 317; 488).

Não é pela teoria científica, que complica e tumultua o procedimento judicial, mas sim pelo espírito objetivo, capaz de hierarquizar os valores constitucionais e processuais, segundo a escala de priorização dos resultados práticos delineados pela lei, e, acima de tudo, pela primazia dos direitos e garantias fundamentais, que se pode imaginar a implantação bem-sucedida do *processo justo*. O teorismo obstaculiza ou dificulta o acesso à justiça, enquanto o procedimentalismo despretensioso, prático e objetivo o facilita e viabiliza.

O excesso de técnicas, na verdade, favorece muito mais uma concepção *pragmática* do processo (isto é, aquela para a qual não tem maior relevância o resultado prático). No entanto, o enfoque *objetivo* centrado, sobretudo, nos efeitos concretos da tutela propiciada pelo processo aos direitos materiais ameaçados ou lesados é o que, de forma *programática*, realmente se empenha, longe do teorismo estéril, na persecução dos fins éticos e sociais do processo justo.

É, dessarte, uma regulamentação nova, compromissada com a instrumentalidade, adequada à realização plena e efetiva do direito material em jogo no litígio, singela, clara, transparente e segura quanto ao procedimento o que se pode esperar de um novo Código, como o editado entre nós em 2015.

É preciso, por isso mesmo, que os intérpretes e aplicadores, seguindo a orientação básica da obra do legislador, também ajam de maneira superior às vaidades do tecnicismo, cientes de que nosso Código atual foi concebido com firmeza, objetividade e coerência com o programa moderno do *processo justo*. Urge, enfim, que os órgãos encarregados da prestação jurisdicional se empenhem, com afinco, na missão de pô-la em prática, com fidelidade à letra, ao espírito e aos propósitos da profunda remodelação do processo civil operada pelo Código de 2015. Nele, com efeito, se entrevê um verdadeiro desafio do legislador aos responsáveis pela efetiva implantação do *processo justo* no Brasil.

Em suma, estamos convencidos de que, tirante um ou outro defeito inevitável em qualquer criação humana, o CPC/2015 acha-se estruturado e aparelhado para cumprir a missão de um processo justo capaz de realizar a tutela efetiva dos direitos

materiais ameaçados ou lesados, sem apego ao formalismo anacrônico e de acordo com os princípios constitucionais democráticos que regem e asseguram o pleno acesso de todos ao Poder Judiciário.

Humberto Theodoro Júnior

16 de fevereiro de 2023

Referências

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de direito processual civil*. 20. ed. São Paulo: Ed. RT, 2021.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a participação do juiz no processo civil. *In: Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1989, 4ª série.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de processo*. São Paulo, v. 27, n. 105, p. 181, jan./mar. 2002.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CPC/2013 DE PORTUGAL.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, *apud* Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Brasília, Senado Federal, 2010, nota 6.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de processo*, São Paulo, v. 247, p. 75, set. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Ed. Harvard University Press, 2011.

FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Tutela jurisdicional mediante precedente judicial: a adequada proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo*. Dissertação (Mestrado) - UFMG. Belo Horizonte, 2020, n. 8.1.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de processo*, São Paulo, v. 172, p. 32-53, jun. 2009.

GRAJALES, Amós Arturo; NEGRI, Nicolás Jorge. Ronald Myles Dworkin e as teorias da argumentação jurídica (*in memoriam*). *Revista de processo*, São Paulo, n. 232, p. 444-445, jun. 2014.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: MEDINA, José Miguel Garcia, *et al.* (Coords.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *Revista de processo*, São Paulo, n. 237, p. 225, nov. 2014.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Incidente de resolução de demandas repetitivas - contribuição para a sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual (Tese)*. Rio de Janeiro: UERJ, 2017, n. 14.2.

MITIDIERO, Daniel Francisco. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 229, p. 51-74, mar. 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MORCHIN, Gregorio R. *Teoría del derecho* (fundamentos de teoría comunicacional del derecho). Madrid: Editorial Civitas, 1998. v. 1.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo do processo civil*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SENADO FEDERAL. *Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil*. Brasília, 2010, nota 6.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SOUSA, Miguel Teixeira de. Apreciação de alguns aspectos da “revisão do processo civil - projecto”. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 55, p. 65-67, jul. 1995.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu? Novos rumos da Justiça Cível*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 2009.

STRÄTZ, Murilo. Aportes à desmistificação do art. 927 do Novo Código de Processo Civil. *Revista de processo*, São Paulo, v. 269, p. 459, jul. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, v. I, n. 75.

ZANETTI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.