

As normas fundamentais do novo Código de Processo Civil (ou, ‘as doze tábuas do processo civil brasileiro?’)

Paulo Eduardo Alves da Silva*

Sumário

1. Introdução – princípios, regras e normas fundamentais; 2. Os princípios processuais, em geral: a divisão de tarefas que caracteriza o modelo de justiça de um dado ordenamento; 3. As “normas fundamentais” do NCPC, em específico: 3.1. Interação com os valores constitucionais – discurso antigo, soluções contraditórias; 3.2. Princípio dispositivo Vs. Impulso oficial – processo das partes ou do juiz?; 3.3. Inafastabilidade da jurisdição e o sistema “multiportas” de resolução de conflitos; 3.4. A razoável duração do processo – avanço tímido e importância das pesquisas empíricas; 3.5. Contraditório, cooperação e boa fé processuais – um novo perfil para relação jurídica processual; 3.6. Paridade de tratamento – a isonomia na lei e a assimetria na prática; 3.7. Valores para a aplicação da lei e exigências para as decisões – uma lista extensa, variada e importante; 3.8. A ordem cronológica dos julgamentos – isonomia vs. eficiência; 4. Algumas notas conclusivas

1. Introdução – princípios, regras e normas fundamentais

Segundo se ensina, a Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., consolidou os antigos costumes romanos em um corpo de regras escritas que teria dado início ao direito romano. O seu registro e publicidade teria sido uma reivindicação dos plebeus em resistência ao arbítrio dos agentes públicos (os magistrados), então exclusivamente patrícios. Elas regulavam uma variedade de questões: o pátrio poder, heranças e testamentos, posse e propriedade, crimes e atos ilícitos, casamentos, cidadania e a coisa pública e, naturalmente, as formas oficiais de se resolver conflitos.

As regras “processuais” compunham logo as três primeiras “tábuas”: como citar e trazer o réu perante o magistrado, o direito de celebrar acordos sobre questões já levadas a julgamento, as fases do julgamento (oitiva das partes antes do meio dia, audiência e debate pela tarde e julgamento ao anoitecer), a convocação e participação de testemunhas, as técnicas para executar devedores confessos - e aqui, a famosa regra da “repartição” do corpo do devedor insolvente: *tertiis nundinis partis secanto*.

* Professor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Coordenador da Rede de Pesquisa Empírica em Direito (Reed). Visiting Scholar junto ao Global Legal Studies Institute, da Universidade de Wisconsin e do Center for Studies of Law and Society da Universidade da Califórnia/Berkeley.

Por absoluta trivial coincidência, a legislação processual que regulará, (supõe-se) a partir de março de 2016, a resolução oficial de disputas no Brasil inaugura seus 1.072 artigos pela apresentação de *doze* dispositivos intitulados como as suas *normas fundamentais*¹. É delas que trata este artigo.

Diferentemente dos códigos anteriores, o novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 2015, sistematiza, logo de início, e de forma concentrada, os princípios (ou regras) considerados fundantes do modelo de justiça e de processo civil brasileiro. Há, naturalmente, outros princípios de direito processual por todo o texto da lei – em espécies tanto mais diversas quanto o nosso ímpeto doutrinário de batizar novos princípios. Mas, não a toa, os doze primeiros artigos concentraram o que foi denominado de “normas fundamentais”.

A opção do legislador pela seleção e concentração de alguns princípios, e não de outros, é um dado que não pode passar despercebido pelo intérprete e operador do novo Código. Primeiramente, porque revela a escolha metodológica por considerá-los a base fundante da legislação, em evidente diferenciação de outros princípios e regras do Código. Ao menos é o que sugere a substituição do termo genérico “princípios e garantias”, presente no texto original do Senado, por “normas” fundamentais, como apareceu no Substitutivo da Câmara dos Deputados. Esta opção traz consequências para a interpretação de todo o Código.

A diferenciação entre princípios e regras é tema caro à teoria constitucional, e, como explica Virgílio Afonso da Silva, ao menos dois são os critérios comumente adotados: o grau de amplitude (“generalidade, abstração e fundamentalidade”) ou a sua qualidade e natureza (o “caráter lógico”)². O NCPC sugere ter adotado o primeiro critério, mais comum na tradição jurídica brasileira: princípios e regras como “normas fundamentais”. O segundo critério, de cunho qualitativo, geralmente atribuído às teorias de R. Alex, resulta na conclusão hoje difundida de que os princípios, diferentemente das regras, podem coexistir ainda que conflitem entre si.

¹ Lei 13.105, de 2015, Parte Geral, Livro I, Título Único, Capítulo I - *Das Normas Fundamentais do Processo Civil*.

² “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), 607-630.

Como pondera aquele autor, mais importante do que escolher o critério correto é utiliza-lo de forma coerente³. Se entendermos os princípios como normas fundamentais – como aparentemente faz o NCPC -, o critério adotado é o seu grau de abstração, generalidade e fundamentalidade: os doze artigos seriam normas gerais e fundamentais a todo o sistema do Código. Neste caso, não se terá adotado o critério de Alexy e, para ser coerente, não fará sentido dizer que os doze primeiros artigos podem conflitar e precisariam ser sopesados segundo a proporcionalidade, etc. Se foram classificados como “normas fundamentais”, devem ser considerados alicerces gerais da legislação e assim interpretados. Aceite-se ou não as teses daqueles autores, esta seria a primeira recomendação metodológica para a análise das “normas fundamentais” do NCPC.

Em segundo, a seleção de “normas fundamentais” do novo Código não apenas o funda, como também o caracteriza e o diferencia dos códigos anteriores. Desde o início do árduo trabalho de preparo do texto base, registrou-se a intenção de preservar os avanços teóricos e concretos alcançados pela legislação em vigor, restringindo as alterações apenas ao que fosse necessário⁴. Mas, como acontece com toda nova lei, o que dará conteúdo e sentido definitivos ao novo Código será a interpretação que farão os juízes na aplicação dos seus dispositivos - para o que a seleção que se fez das doze normas fundamentais é, por enquanto, a mais importante diretriz.

A questão relevante na caracterização do novo Código é, então, se o desenho formado por esta (e não qualquer outra) composição de normas fundamentais terá

³ Sintetiza este autor, “não há que se falar em classificação ou menos adequada, ou, o que é pior, em classificação mais ou menos moderna. Classificações ou são correntes e *metodologicamente* sólidas, ou são contraditórias – quando por exemplo são misturados diversos critérios distintivos – e, por isso, pouco ou nada úteis. Se se define “princípio” pela sua fundamentalidade, faz sentido falar-se em princípio da legalidade ou em princípio do *nulla poena sine lege*. Essas são, sem dúvida, duas normas fundamentais em qualquer Estado de Direito. Caso, no entanto, se prefira usar os critérios estabelecidos por Alexy, expostos no tópico anterior, é preciso cuidado ao se fazer uma “tipologia de princípios” - se é que uma tal tipologia faz algum sentido quando se distinguem princípios e regras por aqueles critérios - e, mais importante, é preciso deixar de fora dessa tipologia aquelas normas tradicionalmente chamadas de princípios - legalidade etc. -, visto que elas, a despeito de sua fundamentalidade, não poderiam mais ser consideradas como princípios, devendo ser incluídas na categoria das regras.” Idem, p. 614.

⁴ Como anunciara a Exposição de Motivos, “Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência.” De fato, o texto final reproduz, em larga medida, a estrutura e o conteúdo dos códigos anteriores; as inovações são pontuais, não estruturais. Mas nem por isso irrelevantes.

resultado em um modelo de justiça e de processo com tonalidades diversas do da legislação anterior.

Em terceiro, as encruzilhadas e dúvidas práticas sobre o NCPC nascerão muito rapidamente, mesmo antes da sua vigência - muitas já tem sido anunciadas por visionária doutrina. Para guiar com segurança o operador, tarefa de responsabilidade primária da dogmática jurídica, é preciso compreensão ampla dos objetivos e sentidos conferidos pela nova legislação.

Similarmente, a tarefa mais duradoura de consolidação jurisprudencial das regras do novo Código - as inéditas e também as antigas, que como se sabe, devem adquirir feições novas conformes o seu novo ambiente - também depende do que sinalizam as suas “normas fundamentais”.

Considerando-se, por fim, que o NCPC valorizou a função dos precedentes e da jurisprudência no sistema de justiça, a paulatina construção de entendimentos sobre a aplicação de regras de processo e procedimento será naturalmente influenciada por este conjunto de normas fundamentais. Aliás, não é outra a função primeira dos princípios e regras fundamentais em um ordenamento jurídico: caracterizá-lo e dirigir a aplicação das suas regras.

Diante disso, este artigo assumiu dois objetivos complementares, relacionados entre si como “parte e todo”: apresentar cada uma das normas fundamentais do NCPC e avaliar quadro mais amplo formado pelo seu conjunto e as diretrizes interpretativas que ele oferece. Trata-se de um texto de comentários sobre as normas fundamentais mas, também, não deixa de ser um ensaio sobre a feição que os sistemas de justiça e de processo podem adquirir a partir da nova legislação. Está organizado de forma bem simples: além desta introdução, um tópico com considerações gerais sobre princípios processuais e outro, mais detalhado, com questões específicas a cada norma fundamental. Ao fim, algumas considerações conclusivas.

Por uma limitação compreensível, foi preciso restringir-se aos doze primeiro artigos do NCPC. Outros princípios distribuídos pelo Código, na forma de regras ou convencioneados como princípios pela doutrina processual, não são objeto de análise e serão comentados apenas eventualmente.

2. Os princípios processuais, em geral: a divisão de tarefas que caracteriza o modelo de justiça de um dado ordenamento

É praticamente inviável, e creio que também desnecessário, sistematizar todas as regras que se têm denominado “princípios” de direito processual⁵. São tão variados em natureza e amplitude que é legítimo que o NCPC tenha feito a seleção por alguns deles. Ainda assim, convém fazer alguns comentários de ordem geral sobre o que, ao menos na teoria clássica, se tem entendido como princípios processuais e a sua função no sistema de justiça.

A justificativa para o trabalho de sistematização de princípios de direito processual é de fundo científico e comparativo. Do ponto de vista científico, a missão de sistematizar um conjunto de princípios processuais surge da necessidade de consolidação do direito processual como área autônoma do conhecimento jurídico. Por isso, no final do século XIX, fez todo sentido dispor de um rol de princípios específicos sobre o processo civil.

Complementarmente, os princípios também servem como identificação político-jurídica do modelo de justiça adotado em um dado ordenamento e a tarefa de os organizar atende a uma necessidade de definir o sentido político deste ordenamento. Na síntese de Barbosa Moreira, “a preocupação de compendiar em “princípios”(‘máximas’) as diretrizes políticas jurídicas que se podem acolher na ordenação do processo”⁶. Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco, “atribui-se extraordinária relevância a certos princípios gerais que não se prendem à técnica ou à dogmática jurídicas - , trazendo em si seríssimas conotações éticas, sociais e políticas, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador”⁷.

Atribui-se à teoria jurídica alemã do século XIX o delineamento inicial de princípios processuais, consolidando-se em máximas a contraposição entre liberdade das partes no processo e autoridade exercida pelo órgão judicial. A expressão *Verhandlungsmaxime*, segundo Barbosa Moreira, ‘princípio do debate’, “estaria

⁵ Como o objetivo deste item é apresentar o “estado da arte” do tema na teoria processual, reservo-me utilizar aqui o termo “princípios” indistintamente, sem a recomendação metodológica de diferenciação de regras e normas fundamentais feita acima.

⁶ “O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. In: *Temas de direito processual civil*, quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 35 e ss.

⁷ *Teoria Geral do Processo*. 14ª. Edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 50.

possivelmente a indicar a limitação do material utilizável no julgamento àquilo que os litigantes mesmos cuidem de trazer à discussão em juízo”. A ela “contrapunha-se a *Untersuchungsmaxime*, expressão traduzível por ‘máxima (ou princípio) da investigação’ – isto é, da livre investigação pelo órgão oficial”⁸. Mais tarde, fora adicionada a expressão *Dispositionmaxime*, no sentido da liberdade das partes em utilizar ou não o processo para buscar seus direitos, em contraposição à *Offizialmaxime*, a instauração oficial de processos.

A concepção teórica sobre princípios processuais adotou, desde a origem, o estilo de compor duplas concorrentes, o que é explicável pela própria natureza das regras processuais, traduzida na significativa ilustração de Barbosa Moreira: uma “divisão de trabalho” entre partes e juiz. Em pares, essas máximas exprimiam a contraposição entre poderes do órgão oficial e liberdades das partes (*Verhandlungsmaxime/Untersuchungsmaxime* e *Dispositionmaxime/Offizialmaxime*).

A larga consolidação doutrinária que se seguiu manteve o estilo: princípios relativos às partes concorrendo com princípios relativos ao juiz, ora promovendo-as e as assegurando, ora tolhendo-as e as restringindo, acompanhados de ressalvas e exceções práticas. Para ficar no exemplo clássico, o capítulo IV da obra *Teoria Geral do Processo*, de Cintra, Grinover e Dinamarco, traz quatorze itens com princípios que bem podem ser analisados pela perspectiva da liberdade das partes ou dos poderes do juiz⁹. E que geralmente aparecem em contraposição acompanhadas de exceções: as facetas inquisitiva e acusatória do princípio da ação, os princípios da disponibilidade e indisponibilidade, o princípio dispositivo e o da livre investigação, entre outros.

A generalidade dos sistemas processuais de filiação romano-germânica reserva às partes a instauração e da delimitação do objeto do processos, e, ao juiz, a condução do processo com vistas à formação de um conjunto de fatos e provas que lhe subsidiem o julgamento. Mas nada impede que, em contextos e diante de motivações específicas, se opte por alguma outra configuração, reservando às partes

⁸ Idem, nota de rodapé n. 5, p. 39.

⁹ Relativos ao juízo, seriam a imparcialidade, o princípio inquisitivo, a livre investigação de provas, o impulso oficial, a persuasão racional, a motivação das decisões, publicidade, duplo grau de jurisdição. Mais diretamente relativos às partes, seriam os princípios da igualdade, do contraditório e ampla defesa, da ação/acusatório, da disponibilidade, do dispositivo, da oralidade, da lealdade. Além dos princípios gerais, a clássica obra traz os chamados “princípios formativos”, assim considerados aquelas “normas ideais que representam uma aspiração de melhoria”, estão o princípio lógico (meios eficazes), o princípio jurídico (igualdade e justiça), o princípio político (garantia social e liberdade individual) e o princípio econômico (acessível em termos de custo e tempo).

outro espaço de liberdade e ao juízo poderes sobre outros aspectos do processo. Essencialmente, costuma ponderar a doutrina, não existe modelo padrão e os sistemas jurídicos processuais oscilam entre paradigmas extremos de poderes judiciais ou de liberdades das partes e a configuração que articulam entre os dois extremos é o que lhes caracterizará¹⁰.

O cenário hoje observável na doutrina processual é o de uma profusão de princípios processuais em variedade tão grande quanto a lei inspire e a criatividade permita. Diante de amplo espectro, a nova legislação optou por privilegiar alguns e qualificá-los como as suas normas fundamentais. Manteve o estilo da contraposição entre liberdade das partes e poderes do juiz, permeada de ressalvas e exceções, e o fez por meio de uma calibragem específica desses elementos.

As questões que a opção legislativa sugere, e cujo esclarecimento depende de se compreender o resultado desta calibragem, seriam: a nova legislação confere um quadro mais amplo ou mais restrito de liberdades às partes e de poderes do juiz? Que tipo de alterações houve em termos do que as partes podem e o que o juiz deve realizar no processo? Essas alterações foram suficientes para alterar a tonalidade político jurídica do nosso modelo processual? Em que sentido? E como deve ser a interpretação do novo Código pela jurisprudência a partir dessas conclusões? Na prática, qual orientação as normas fundamentais do Código oferecem para resolver os vários problemas concretos que já são anunciados? Este artigo procura indicativos para respondê-las.

3. As “normas fundamentais” do NCPC

Conheçamos, então, em mais detalhes, o que o novo Código entendeu como suas “normas fundamentais” e algumas questões que se lhes pode implicar.

3.1. Interação com os valores constitucionais – discurso antigo, novidades contraditórias

¹⁰ Para citar dois clássicos, o já referenciado artigo de Barbosa Moreira, p. 35 e a obra clássica *Teoria Geral do Processo*, p. 50.

O primeiro artigo do NCPC substituiu aquele que, no Código de 1973, era reservado a apresentar o poder jurisdicional civil de âmbito nacional. Em vez da jurisdição, o NCPC enfatiza a relação entre o processo civil e as normas e valores da Constituição Federal:

Art. 1º. 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.

O aperfeiçoamento da legislação processual, originalmente editada em 1973, para adequar à Constituição Federal, de 1988, era uma das justificativas da ideia de se criar um novo código. Tanto a Exposição de Motivos do Projeto de Lei do Senado, elaborado por notável Comissão de Juristas, como a apresentação do Substitutivo da Câmara pelo Deputado Paulo Teixeira, enfatizaram que este seria o primeiro código de processo civil construído em um período democrático - já que os dois anteriores foram concebidos em períodos de regimes autoritários e ditatoriais, 1939 e 1973. Daí a alegada necessidade de se atualizar o CPC à feição democrática da Constituição¹¹.

A relação entre valores constitucionais e legislação processual não é novidade em lei ou em teoria. As normas processuais e de organização da justiça concebidas nas décadas de 1980's e 1990's se caracterizaram pela inspiração explícita e intenção declarada de concretizar as garantias processuais do texto constitucional (então em debate), como o acesso à justiça, a ampla defesa, o contraditório, a publicidade, a licitude dos meios de provas, a presunção de inocência, entre outros valores comumente postos de lado em julgamentos do período ditatorial antecedente.

Em teoria, a interação é defendida antes mesmo da promulgação da CF/88, por ocasião dos trabalhos de base para a elaboração dos seus dispositivos processuais – as garantias processuais e as ações constitucionais. Tratou-se de um período de produção teórica que já adotava a perspectiva metodológica da relação entre o direito processual e os valores e garantias constitucionais¹². Pode ser considerado uma fase teórica de valorização do acesso à justiça e das garantias das partes no processo, como

¹¹ Nas palavras usadas na Exposição de Motivos, “A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais.”

¹² As obras, já clássicas, de José Frederico Marques e, em seguida, José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover, Cândido R. Dinamarco, Kazuo Watanabe, Rogério Lauria Tucci entre outros são exemplos desta tendência metodológica.

a ampla defesa e o contraditório, acompanhada por um período em que a legislação processual adotou a técnica da valorização dos poderes do juiz e da diferenciação da tutela jurisdicional como caminhos para assegurar o acesso à justiça e efetividade do processo¹³.

A mesma tendência metodológica de análise do direito posto pela perspectiva constitucional também se desenvolveu na produção teórica de outras áreas da dogmática jurídica brasileira. Ganharam importância as correntes denominadas “neoconstitucionalismo”, “direito civil constitucional”, “direito penal constitucional”, “direito tributário constitucional”, entre outras¹⁴.

A teoria processual seguiu no desenvolvimento dos caminhos de interação do direito processual aos valores constitucionais, o que acabou consagrado na linha metodológica adotada no NCPC e traduzida em seu primeiro artigo¹⁵.

Na prática, a interação entre normas processuais e valores constitucionais deve ser destaque na jurisprudência que se consolidará a partir do novo Código. E, neste aspecto, é lícito indagar em que termos se dará a integração. Isso porque, cumpre desde logo advertir, nem sempre o texto do NCPC é reflexo perfeito das garantias processuais constitucionais, ao menos como elas têm sido entendidas até agora. Em alguns casos, sim, pode-se vê-las com nitidez na nova lei. Em outros, nem tanto. Explico.

A garantia do acesso à justiça, clássica e elementar, sempre fora interpretada pela doutrina de forma ampla: condições para ingresso no sistema de justiça, apresentação de suas razões, produção das provas necessárias e obtenção de uma tutela que efetivamente proteja o direito. Não poucos dispositivos do NCPC enfatizam, reforçam e abrem caminhos necessários para o acesso à justiça. A menção a que o prazo razoável abrange a efetivação das decisões (outra norma fundamental, comentada abaixo) é um notável exemplo, dentre muitos outros.

¹³ Velhos e novos artigos do CPC foram revisitados e analisados pela teoria processual na tarefa de se buscar efetividade para a tutela jurisdicional pela mais intensa condução do processo pelo juiz, pela sistematização de poderes instrutórios, pela atipicidade da ação e diferenciação da tutela em adequação às situações de direito material, pela modulação do exercício da cognição em profundidade e amplitude, estudos dos precedentes judiciais, entre outras profícuas teses.

¹⁴ Importância que pode ser medida, por exemplo, pelo ingresso de pelo menos dois expoentes de cada uma dessas correntes no Supremo Tribunal Federal, Luis Roberto Barroso e agora Luis Edson Fachin.

¹⁵ Há pelo menos dez anos, trabalhos de alta qualidade técnica têm protagonizado a renovação da perspectiva metodológica da interação entre a Constituição e o direito processual, alguns deles por autores com participação efetiva nos debates havidos junto aos trabalhos de elaboração do novo Código.

Há, porém, dispositivos da nova lei em que a garantia constitucional parece não conversar com a regra processual – ou, caso conversem, ainda não as vejo se entendendo. Permaneço com o ideário de acesso à justiça. O novidadeiro “incidente de resolução de demandas repetitivas” (IRDR) parece bem desenhado para reduzir o volume de processos judiciais, mas isso não necessariamente significa que promoverá ou assegurará o acesso à justiça. Na realidade, o IRDR opera pela restrição (legítima ou não) de acesso à justiça, ao menos na acepção que sempre recebeu. Pelas suas regras, uma massa de pedidos similares de tutela têm o processamento impedido e recebem todos uma solução pronta, padronizada, rápida e (acredita-se) segura, vinda diretamente do órgão hierarquicamente superior.

Ao se tentar resolver o problema do volume de demandas repetitivas na Justiça (uma demanda legítima de organização da justiça, convém registrar), corre-se o risco de se restringir alguns elementos básicos do acesso à justiça: os direitos da parte ter seu pedido processado, instruído, analisado e julgado pela jurisdição. Trata-se de uma opção legislativa, acompanhada de sólidas justificativas. Atento apenas a que ela implica, no outro extremo, em algum déficit de garantia constitucional – a despeito da máxima de interação com a Constituição com que se anuncia e se inaugura o código.

Como este, há outros possíveis focos de tensão entre novidades do NCPC e valores constitucionais. E isso não deixa de ser esperado. Os valores constitucionais foram consagrados em um período em que a legitimidade do sistema de justiça dependia de que a população voltasse a procurar o Judiciário (o combate à chamada “litigiosidade contida”, sintetizou Kazuo Watanabe). E o NCPC tem suas justificativas próprias, bem mais pragmáticas: reduzir o volume de demandas e de recursos nos tribunais. Ambas as motivações são justificáveis e não precisam necessariamente convergir. Resta saber se estamos todos cientes do risco de colisão e se, neste caso, a que lado tenderá a jurisprudência e em que tons será desenhada a interação com a Constituição.

1.2. Princípio dispositivo Vs. Impulso oficial – processo das partes ou processo do juiz?

O **artigo 2º** do NCPC reproduz, no Código, a divisão de tarefas tradicionalmente adotada em modelos processuais de tradição romano-germânica: *O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial*. Ou seja, instauração, delimitação e demonstração das alegações cabem às partes; condução e decisão, ao juiz. Mas o dispositivo já ressalva existir exceções¹⁶, as quais, pelo se depreende do restante do Código, estão concentradas mais na atividade de condução do que na instauração do processo. Vale dizer, há no Código hipóteses em que as partes conduzirão o processo, mas são raras as que o juiz o instaurará.

O mais evidente exemplo de condução/impulso privado (ou misto) do processo parece ser o conjunto de possibilidades abertas pela flexibilização ou disponibilização do procedimento, como as faculdades do artigo 190 e o calendário processual do artigo 191, NCPC. No primeiro caso, em se tratando de direitos que admitam composição, as partes poderão estipular mudanças no procedimento, nos prazos, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou depois do processo. Como estas hipóteses cobrem basicamente todo o gênero de regras processuais (prazos, poderes, ônus, etc.), pode-se dizer que, nesses casos, as partes terão um papel até então inédito na condução do processo. O impulso continuará oficial, mas restará ao juiz impulsioná-lo de acordo com o que as partes convencionaram (NCPC, 190, parágrafo único).

De similar natureza, o novo “calendário processual”, instrumento adotado pelo *judicial case management* das cortes federais norte-americanas, poderá ser construído e vinculará ambos, partes e juiz, sendo que aquelas não precisarão ser intimadas dos atos previstos no calendário (NCPC, art. 191). Mais do que flexíveis, as regras de procedimento tornam-se, nesses casos, disponíveis.

Outra máxima tradicional, a de que as partes quem delimitam o objeto do processo, parece ter sido não só enfatizada como fortalecida no NCPC. Isso porque, agora, o juiz não apenas estará adstrito ao pedido formulado (regra clássica, reproduzida no art. 492), mas também aos argumentos trazidos pelas partes, inclusive quanto àqueles considerados de ordem pública. Esta é a polêmica novidade do artigo 10 do NCPC, comentada em tópico próprio, adiante.

¹⁶ Art. 2º *O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.*

Uma nova exceção ao princípio dispositivo, sem qualquer relação com as raras hipóteses do CPC de 1973, parecer ser o já comentado incidente de resolução de demandas repetitivas, IRDR. O autor ou autora do caso selecionado para representar a controvérsia pode não ter requerido sê-lo e nem ter pedido, desde logo, uma tutela vinda diretamente do órgão jurisdicional superior e, menos ainda, com projeção *erga omnes*. Ainda assim, por iniciativa do juiz ou relator ou do representante do Ministério Público ou Defensoria Pública e pela decisão do presidente do tribunal, seu caso será submetido à apreciação do órgão superior competente e a tutela que lhe será proferida se estenderá a todos os demais casos que apresentem idêntica questão de direito envolvida (NCPC, arts. 976 e ss.). Neste sentido, o IRDR se aproxima das máximas do *Offizialmaxime* e do *Untersuchungsmaxime* de que falava a doutrina alemã, na medida em que admite a ampliação, de ofício, do pedido e do objeto do processo.

3.3. Inafastabilidade da jurisdição e o sistema “multiportas” de resolução de conflitos

O **artigo 3º** do NCPC reproduz, em seu *caput*, a regra, já prevista no inciso XXXV do artigo 5º. da Constituição Federal, da inafastabilidade do controle jurisdicional, componente de destaque da já mencionada garantia de acesso à justiça.

A novidade do Código, aqui, fica por conta dos seus três parágrafos, que pavimentam o caminho, no Brasil, em direção ao que o jurista norte-americano Frank Sander chamou, em 1974, de “sistema multiportas” de resolução de conflitos¹⁷. Por ocasião de uma conferência para discutir as causas da insatisfação popular com a Justiça (a famosa *Pound Conference*), Sander previu que no então longínquo ano 2000 as cortes de justiça disponibilizariam à sociedade uma variedade de processos de resolução de conflitos, desde a negociação entre as partes, passando pela conciliação e mediação, avaliação neutra, arbitragem e, por último, a adjudicação de um julgamento estatal. Hoje, a diversificação dos métodos de resolução de conflitos parece ser uma

¹⁷ Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

tendência internacional e, no Brasil, compõe a pauta de debates teóricos, o corpo das políticas públicas (a Resolução 125 do CNJ é o principal exemplo) e, paulatinamente, espaço na prática de advogados e outros profissionais ligados à solução de conflitos.

A relação entre os chamados meios “alternativos” de solução de conflitos e a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional nem sempre foi amistosa, o que justifica o Código ter instituído os parágrafos do artigo 3º. A sedimentação da arbitragem no ordenamento brasileiro é o caso mais emblemático. A Lei 9.307, de 1996, conferiu à resolução arbitral eficácia equiparável à da jurisdição estatal e criou mecanismos para coibir que a parte que houvesse optado pela arbitragem, no desespero e por conveniência, buscasse socorro do Poder Judiciário. A constitucionalidade dessa lei foi questionada justamente com base na garantia da inafastabilidade da jurisdição, argumento que acabou afastado após alguns anos na gaveta do Ministro Nelson Jobim, então no Supremo Tribunal Federal.

O artigo 3º do NCPC busca justamente evitar que a conciliação e a mediação sejam submetidas à mesma sabatina constitucional a que foi submetida a Lei de Arbitragem de 1996. Para isso, resolveu, desde já, deixar bem claro que fica preservada a inafastabilidade da jurisdição e, sem prejuízo, devem também ser praticados outros métodos de solução de conflitos. Ainda que isso parece difícil de se compatibilizar do ponto de vista lógico, a opção do código é plenamente compreensível se considerado o seu escopo maior de reduzir o acervo dos tribunais, para o que se tem recomendado o recurso a outros métodos além do processo judicial.

A diversificação dos métodos de resolução de conflitos passa a ser, portanto, uma norma fundamental do CPC e isso não há de comprometer a inafastabilidade da jurisdição.

Na mesma linha, foram consolidadas as regras do artigo 139, inciso V (dever do juiz de promover a conciliação), art. 149 (que categoria o mediador e o conciliador judicial como órgãos auxiliares da justiça) e a seção composta pelos arts. 165 ao 175, que, entre outras regras, consolida a criação dos centros judiciários de solução de conflitos, regula a atividade do conciliador e do mediador e organiza a integração com o solução adjudicatória no processo judicial.

O NCPC optou por não se filiar à tendência observada em outros países de condicionar o direito de ação à prévia tentativa de resolução alternativa do conflito –

vale dizer, exigir que o autor demonstre que tentou resolver o conflito por outro caminho antes de buscar o Judiciário. Esta opção legislativa, que a nós não seria inédita¹⁸, equivaleria a considerar a mediação e a conciliação obrigatórias no país, o que não foi o caso. Nem mesmo a audiência de conciliação, agora conduzida por mediador ou conciliador, será obrigatória (NCPC, art. 333, parágrafo 4º, inciso I). Já a nova Lei de Mediação, abaixo comentada, parece ter se criado a obrigatoriedade da primeira audiência de mediação nos casos em que as partes houverem pactuado previamente a mediação como forma de resolver suas disputas (Lei 13.140, de 2015, art. 2º, parágrafo 1º).

A arbitragem e a mediação e conciliação acabam de receber novas regulamentações legislativas próprias. A arbitragem passa a ser regulada pela Lei 13.129, de 2015, recém sancionada, complementarmente à já mencionada Lei 9.307, de 1996. A nova lei amplia o âmbito de aplicação da arbitragem, dispõe sobre a escolha dos árbitros, regula a tormentosa questão da concessão de tutelas de urgência na arbitragem, entre outras regras. Já o chamado marco legal da mediação, Lei 13.140, de 2015, prevê a realização da mediação e conciliação tanto na esfera judicial como extrajudicialmente, de forma integrada ou autônoma a processo judicial ou processo arbitral. E prevê também, outra novidade, a mediação e prevenção de conflitos envolvendo a Administração Pública – os quais, convém anotar, representam uma parcela desproporcional de processos em andamento.

A disciplina oferecida por essas leis é inovadora e as mudanças que devem provocar serão profundas. Do ponto de vista da jurisdição e do serviço público, o Poder Judiciário passa a oferecer um outro produto além do julgamento dos pleitos que lhe são dirigidos: a resolução consensual desses conflitos. Do ponto de vista da organização da justiça, o Poder Judiciário não é mais exclusividade de varas, cartórios e processos judiciais. Conviverão com eles centros de solução de conflitos, mediadores, conciliadores e a estrutura necessária para tanto. Do ponto de vista do mercado de trabalho, abre-se toda uma nova opção para os operadores, seja para advogados diversificarem a oferta de serviços à sua clientela, seja para os profissionais interessados em prestar serviços como mediadores e conciliadores judiciais. E, do ponto de vista da formação jurídica, tradicionalmente restrita às regras

¹⁸ O artigo 161 da Constituição Imperial de 1824 estabelecia: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”.

do processo judicial focado nos julgamentos, um novo repertório de competências e habilidades passará a ser oferecido nos cursos de direito e acrescido às provas e concursos públicos.

Embora autônomos, a mediação e a conciliação judiciais se integram ao processo judicial. Este é o recado do parágrafo 3º do artigo 3º do NCPC. Tanto mediação como conciliação podem ser realizados previamente ao processo judicial como incidentalmente a ele – o mesmo deverá valer para a conciliação e mediação incidentais à arbitragem, nos termos do art. 16 da Lei de Mediação. A parte não precisa optar por um ou outro mecanismo e, em tese, não é preciso que o processo judicial seja suspenso para que se inicie uma mediação ou uma conciliação. Do contrário, eles se integram e desta integração é que será possível encontrar a solução mais adequada ao caso.

Será preciso, entretanto, manter separados o debate havido por conta da tentativa de solução consensual e o debate que deve haver por ocasião do contraditório direcionado à sentença. Isso porque aquele debate tem por fim o acordo e este outro visa uma decisão, o que já é suficiente para diferenciá-los. Basta imaginar que, para se buscar um acordo, o debate entre as partes e o mediador/conciliador não é o mesmo que o contraditório entre as partes e o juiz para a formação do livre convencimento. Por isso é que a confidencialidade é uma das bases dos métodos de resolução “alternativos” de conflitos, do que se extrai a regra elementar de que o que for ali discutido não poderá ser levado pelo conciliador ao juiz do caso e menos ainda poderá servir de fundamento para o julgamento que este vier eventualmente a proferir (NCPC, art. 166, parágrafo 1º; Lei de Mediação, arts. 30 e 31).

Aspecto que nenhuma das novas leis aborda é a delicada questão, em intensa discussão em outros ordenamentos, da assimetria entre as partes¹⁹. As recentes pesquisas empíricas sobre esses mecanismos, conduzidas no exterior e também já no Brasil, claramente não recomendam a sua utilização nos casos em que as partes não estejam em iguais condições de negociar, mediar, conciliar ou exercer a opção pela arbitragem. Não é muito difícil entender esta conclusão. Os métodos de resolução “alternativa” de conflitos operam, essencialmente, pela valorização da manifestação de vontade das partes, ao ponto de substituir a decisão judicial - para usar os termos

¹⁹ No caso da Lei de Mediação, a isonomia é um princípio genérico listado no artigo 2º.

do art. 3º. do NCPC, afastar o controle jurisdicional. Essa manifestação de vontade se concretiza, por exemplo, na celebração da cláusula ou compromisso arbitral, no exercício da negociação pelas partes, na opção por se tentar uma solução consensual, nos debates havidos na mediação e na conciliação, na discussão, celebração e aceite do acordo então concebido. E, mais além, no cumprimento deste acordo. Se a manifestação de vontade não se fizer livre e presente em todos esses momentos, não se sustentará o método dito “alternativo”.

Nos casos em que houver assimetria entre as partes, e no caso do Brasil a longitude desta assimetria é considerável, a manifestação de vontade pode ficar substancialmente comprometida. Mesmo que a expressão de vontade seja válida do ponto de vista formal, o comprometimento substancial pode ser letal para a resolução definitiva do conflito e, naturalmente, menos ainda para a obtenção de justiça²⁰.

Também é compreensível porque a nova legislação não aborde esta questão. Como o seu escopo é reduzir o volume de processos dos tribunais, a assimetria não seria uma questão imediata. Ainda assim, é uma questão de relevância vital para a subsistência da política pública de tratamento adequado dos conflitos – o que faz da opção de não abordá-la um ledor engano.

3.4. A razoável duração do processo – avanço tímido da lei e a importância das pesquisas empíricas

O **artigo 4º** do NCPC finaliza um longo processo de recepção da garantia da razoável duração do processo²¹. A premissa de que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial” não é recente. O texto original, inserto na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, data de 1969 e entrou em vigor no plano internacional em 1978. No Brasil, foi integrada ao ordenamento em 1992, por

²⁰ A parte resistente buscará a via judicial, com as mais diversas alegações. E ainda que o Poder Judiciário a remeta de volta ao método “alternativo”- o que tem sido observado no caso da arbitragem no Brasil -, alguma perda de tempo e de dinheiro terá havido. No caso da conciliação e da mediação judiciais, o que se tem observado empiricamente é um alto índice de descumprimento de acordos celebrados em juízo, o que evidencia a importância de uma manifestação de vontade perene, e não momentânea para a efetividade substancial do método.

²¹ **Art. 4o** *As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*

meio do Decreto n. 678 e posteriormente expressamente reproduzida na Constituição Federal em 2004, por obra da E.C. no. 45, que introduziu o inciso LXVIII ao seu artigo 5º. Recebe agora ênfase pela legislação infraconstitucional, em condicionantes que merecem destaque.

O problema da demora na prestação jurisdicional, que se convencionou chamar de morosidade da Justiça, é comumente responsabilizado pelo cenário de crise que se tenta continuamente combater. A elaboração do texto base do NCPC soube ponderar que, embora bastante relevante, “a celeridade não é um valor que deva ser perseguido a qualquer custo”. De todo modo, o senso comum, confirmado pelos estudos de percepção realizados com a população, é de que a Justiça brasileira demora além do que seria esperado e isso parece concorrer para o seu baixo grau de confiança institucional²². É verdade que o problema não é incomum e afeta a generalidade dos sistemas de justiça no mundo. Também parece verdade que, no Brasil, a percepção quanto à Justiça é levemente melhor entre aqueles que já participaram de processos²³. Ainda assim, parece inquestionável que a morosidade processual é um problema concreto e dos mais relevantes na Justiça brasileira.

No NCPC, a ideia de duração razoável do processo recebeu importantes delineamentos. Primeiramente, a norma fundamental do artigo 4º. fez menção expressa à “solução integral do mérito”, o que detalha e especifica o texto original da Convenção para deixar claro que a cláusula também abrange, além da oitiva das partes, a resolução da questão substancial submetida a juízo. Da perspectiva metodológica instrumentalista, a plenitude da tutela jurisdicional deve ser oferecida em prazo razoável, não apenas a oitiva das partes.

A locução do artigo 4º ainda estende a regra (seria princípio?) para as atividades satisfativas - execução, cumprimento ou efetivação das decisões judiciais. Como se sabe, a demora dos processos judiciais não se limita ao processo de conhecimento. Pelo contrário, parece ser no processo e fases executivas que mais sofrem as partes na espera da concretização dos seus direitos.

²² De acordo com o Relatório “Índice de Confiança na Justiça”, da FGV, de 2014, “Dentre as 11 instituições avaliadas, o Judiciário ficou atrás, em ordem decrescente, das Forças Armadas, da Igreja Católica, do Ministério Público, das Grandes Empresas, da Imprensa Escrita, da Polícia, das Emissoras de TV e do Governo Federal. Nos 2º e 3º trimestres de 2014, o Judiciário foi considerado mais confiável do que o Congresso Nacional e os partidos políticos (estes sempre na última posição).”

²³ Idem.

O NCPC também elegeu a razoável duração como critério para a cooperação que deve haver entre os sujeitos envolvidos no processo, nos termos do artigo 6º, comentado no item a seguir. E, de modo geral, o novo Código como um todo tentou promover a simplificação dos atos e procedimentos e potencializar os resultados do processo de forma a, direta ou indiretamente, reduzir a morosidade.

Por outro lado, a medida da razoável duração haverá de computar os efeitos de outras normas fundamentais do Código, como as de valorização do contraditório e de ampliação da exigência de fundamentação para o que foi discutido pelas partes, comentadas abaixo. As respectivas regras deverão estender legitimamente o tempo dos processos e, assim, o que se há de entender por “razoável duração”.

A dificuldade em aplicar a cláusula da razoável duração do processo não é, portanto, de carência de previsão legal, mas de falta de critérios para se apurar o que vem a ser “razoável duração do processo”. A doutrina processual tem se esforçado para deduzir critérios que poderiam dar algum parâmetro confiável e a jurisprudência, geralmente sob inspiração em tribunais internacionais que têm aplicado dispositivo semelhante, até tem fornecido alguns precedentes importantes.

Também já dispomos, registre-se, de relevantes pesquisas que iniciaram esta paulatina tarefa. Para citar alguns, estudo de âmbito nacional realizado pelo IPEA sobre o “Custo Unitário das Execuções Fiscais Federais” apurou que uma ação de execução fiscal na Justiça Federal dura na média cerca de 8 anos e 2 meses, que a localização do devedor demora cerca de 1280 dias, a penhora 540 dias e a etapa de leilão, 740 dias²⁴. Recente estudo da USP com o Conselho Nacional de Justiça sobre os juizados especiais cíveis em cinco estados diferentes apontou um tempo médio de tramitação de cerca de 200 dias, dos quais 168 dias foram necessários antes de se chegar à audiência de conciliação²⁵. Há alguns anos, estudos de casos sobre os cartórios judiciais apontaram tempos médios de 872 dias para procedimentos de rito ordinário e 615 dias para os de rito sumário – extintos pelo NCPC²⁶, com decomposição dos tempos parciais por fases dos procedimentos. O próprio Conselho

²⁴ IPEA, *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*. Brasília: Ipea, 2011.

²⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. *Perfil do Acesso à Justiça nos Juizados Especiais Cíveis*. (coord. Paulo Eduardo Alves da Silva). Brasília: CNJ, 2015.

²⁶ BRASIL, Ministério da Justiça. *Gestão e funcionamento dos cartórios judiciais*. (coord.: Paulo Eduardo Alves da Silva). Brasília: MJ/SRJ, 2007

Nacional de Justiça tem tentado sistematizar os dados de que dispõe para apurar tempos médios de diferentes processos²⁷.

Além do cálculo empírico dos tempos médios, essas pesquisas também indicaram as fases e os pontos processuais nodais com maior efeito sobre a duração do processo (os chamados “gargalos processuais”). Por exemplo, já se identificou que o maior tempo dos processos é gasto nas rotinas cartoriais e que os embargos à execução e os recursos, embora prolonguem consideravelmente a tramitação dos feitos, não são tão frequentes como soa nos discursos de reforma legislativa. Entre outros tantos indicadores quantitativos que podem auxiliar a aplicação da regra. Esses dados são públicos e, para além de inspirarem estudos e reformas legislativas – podem ser adotados como pontos de apoio na aplicação do artigo 4º em casos concretos. Eles fornecem a média de tramitação de diferentes procedimentos, o que é um parâmetro bastante adequado para se apurar quantitativamente o significado ainda genérico de “razoável duração”.

Não existe ainda, inclusive em legislação, definição clara das consequências concretas aplicáveis quando se conclui pela não observância da norma fundamental do razoável duração. As possibilidades são variadas e dependerão, naturalmente, da causa geradora da morosidade irrazoável e da responsabilidade do agente causador. Os precedentes internacionais que se têm notícia geralmente dirigem sanções ao órgão judicial e, no âmbito do direito internacional, ao país ao qual se vincule. Mas as sanções pelo descumprimento da norma não necessariamente precisam ficar limitadas ao órgão judicial.

A organização da justiça, sabe-se, é comumente responsável pela morosidade processual - os efeitos do funcionamento dos cartórios são um bom exemplo. Neste aspecto, o artigo 226 do CPC institui de forma inédita prazos específicos para o juiz: 5 dias para despachos, 10 dias para decisões interlocutórias e 30 dias para sentenças, extensíveis por igual período havendo motivo justificado. Mas a morosidade processual pode e também costuma ter causa na conduta das partes, o que projeta o problema para a delicada questão da boa fé e do abuso do direito processual – objeto do item seguinte. Como o NCPC conjugou ambos, a razoável duração e a boa fé, como normas fundamentais, as propostas que condicionem o exercício de direitos

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2012.

processuais a sanções por protelação injustificada tendem a ganhar força com a nova lei.

Em resumo, consagrar a razoável duração como norma fundamental da legislação processual civil, principalmente na abrangência que lhe foi dada, é um importantíssimo passo em direção à redução da injustificável morosidade da Justiça brasileira. Todavia, a norma ainda evidencia mais a sua função programático do que a de caminho preciso para a aplicação de sanções nos casos concretos. Levantamentos empíricos sobre a duração média de tipos de processos e os pontos de estrangulamento em seu fluxo podem ser os critérios para que o norma saia do papel e produza, na linha perseguida pelo NCPC, resultados mais efetivos.

3.5. Contraditório, cooperação e boa fé processuais – um novo perfil para relação jurídica processual

O novo Código optou por utilizar quatro artigos do capítulo das “normas fundamentais” para promover um novo modelo para o desenvolvimento da relação jurídico-processual, pautado por um padrão de contraditório efetivo, ético e comprometido, a ser exercido tanto pelas partes como, também, pelo juiz e todos aqueles que participarem do processo.

Para regular a postura e a conduta das partes e dos outros envolvidos no processo, o **artigo 5º** incorporou ao âmbito processual a ideia da *boa fé*, em evidência em outras áreas do direito: “*Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé*”.

O **artigo 6º** integrou à lei o princípio da *cooperação*, antes anunciado e defendido em doutrina: *Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*

Para reorientar a dinâmica do processo, os artigos 9º e 10º reproduziram a garantia constitucional do *contraditório* em fórmulas que a alçam praticamente ao *status* de condição para o exercício jurisdicional e de requisito de validade das decisões judiciais:

“Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.”

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

Três princípios (sim, creio que princípios...) foram convocados para a missão: a boa fé, a cooperação e o contraditório. O princípio da cooperação é inédito na legislação processual brasileira. A boa fé e o contraditório já são conhecidos pela lei e pela doutrina. O NCPC articulou os três de modo a buscar o padrão ético e o comprometimento com a justiça acima anunciados, o que parece lhes ter conferido nova significação. A boa fé processual, então uma previsão abstrata de raras manifestações concretas, ganhou um canal mais palpável de verificação, o que, espera-se, estimule a sua aplicação pelos tribunais²⁸. Já a garantia do contraditório foi realinhada para se tornar o canal de concretização das ideias abstratas de boa fé e a cooperação²⁹. O princípio da cooperação parece o elemento novo que pautou a reconfiguração.

O princípio da boa fé, classicamente anunciado como “lealdade processual”, abrange, em síntese doutrinária, o dever de empregar a verdade, agir lealmente e empregar artifícios não fraudulentos³⁰. Segundo se afirma, o desafio da nova legislação a seu respeito era a quase absoluta falta de aplicação pelos tribunais pátrios, quadro que se espera revertido por meio da articulação com o contraditório e a cooperação processuais.

A lei brasileira anterior já tutelava a boa fé na sua projeção processual. O CPC de 1973 dispunha regras para coibir a litigância de má fé, os atos atentatórios ao exercício da jurisdição, as defesas e os recursos protelatórios, a colusão, a fraude processual, entre outros. No final da década de 1990 e início de 2000's, o tema ocupou a pauta dos debates teóricos e produziu inovações legislativas importantes, baseadas na cominação de sanções de cunho processual para o descumprimento dos

²⁸ Neste sentido, uma factível interpretação dos artigos seria a de que partes que não cooperam não estariam cumprindo o dever de boa fé.

²⁹ O que não parece ter sido difícil, considerando a elasticidade do conceito (ciência bilateral das partes quanto aos atos do processo somada à possibilidade de reação), suficiente para abranger desde o modelo liberal do duelo entre as partes frente ao juiz espectador, até o modelo estadista do juiz pleno de poderes instrutórios, de direção, decisórios e executórios

³⁰ *Teoria geral do processo*, ob. cit.

deveres anunciados³¹. O NCPC reproduz boa parte dessas regras³² e inova ao prever, entre outros, a má-fé em casos de requerimento indevido de justiça gratuita (art. 100), ao executado que não cumprir as decisões judiciais em condenações em obrigações de fazer (art. 536, parágrafo 3º.) e ao autor e réu de ação monitória proposta ou embargada indevidamente (art. 702).

A ideia de cooperação processual ainda é bastante polêmica em doutrina. Proposta na última década sob inspiração na legislação de países europeus, argumenta-se que ela significa a exigência de uma postura colaborativa de todos para com a obtenção de uma decisão justa, rápida e efetiva (das partes entre si, do juiz para com elas e de todos envolvidos no processo).

Legitimamente, a cooperação projeta as exigências do ideário republicano e democrático de responsividade, atualmente invocado para a conduta do agente público, a todo aquele envolvido na relação pública que é o processo judicial. Aparentemente, a proposta pressupõe ir-se além da tese de um juiz ativo, intervencionista e dotado de poderes suficientes inclusive para o controle da lealdade processual - que dominou a discussão doutrinária das décadas passadas.

Em reação contrária à ideia de cooperação processual, argumenta-se que a colaboração entre litigantes seria uma quimera, com o risco de comprometer o próprio exercício das garantias processuais, na medida em que tolheria o espírito e a atividade dos seus legítimos defensores.

De todo modo, pela articulação desses três princípios, o NCPC parece ter cunhado, ao menos na lei, um novo *ethos* para o desenvolvimento da relação jurídica

³¹ São vários os exemplos, em sucessivas reformas, cada uma regulando aspectos específicos do processo. A redação dada ao artigo 18 pela Lei 9.668, de 1998, estabeleceu como dever do juiz condenar o litigante de má fé com multa e condenação indenizatória. Também é da época o parágrafo único do art. 14 do CPC de 1973, com redação dada pela Lei 10.358, de 2001, que, inspirado pelo instituto do *contempt of court* da *common law*, comina sanções para o descumprimento de decisões judiciais. Um pouco antes, ao instituir a antecipação dos efeitos da tutela, o legislador reformista de 1994 (Lei 8.952) escolheu, como a requisito alternativo de concessão, o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. No mesmo ano, pela Lei 8.950, a nova redação do artigo 538 estabeleceu sanções de multa e de restrição a faculdades processuais para o uso protelatório dos recursos. Em 2006, as sanções por protelação foram estendidas aos meios de defesa do executado (rejeição liminar e multa para os casos de embargos protelatórios, arts. 739, 740 e 746).

³² As condutas consideradas litigância de má-fé e as regras gerais nos artigos 79 a 81, o abuso do processo no artigo 142, a destinação da respectiva condenação (art. 96), a execução da condenação nos mesmos autos (art. 777) e, com algumas diferenças, os tipos e sanções para as defesas e recursos protelatórios (como litigância de má fé no art. 80, VII; como requisito da tutela de urgência no art. 311, I; como causa de rejeição liminar de embargos no art. 918, III; sanções ao embargos protelatórios nos arts. 1026, com a curiosa regra dos “dois primeiros embargos de declaração protelatórios livres”, no respectivo parágrafo 4º

processual sob o eixo da ideia de *cooperação* entre partes, o juiz e todos os demais partícipes da relação.

Na medida em que partes devem cooperar entre si, suplanta-se o antagonismo entre elas, o que, em tese, abre caminho para uma reinterpretação do regime de ônus e deveres processuais. Por exemplo, a presunção de veracidade decorrente da revelia tornar-se-ia ainda mais relativa (ainda que revel o réu, caberia ao autor cooperar para que o processo chegue a uma decisão justa). Outro exemplo imaginado, o efeito devolutivo da apelação poderia ser ampliado independentemente de recurso adesivo, dada a cooperação de todos para que a revisão da decisão impugnada fosse a mais correta. Pode-se ainda imaginar ainda novos deveres de produção e disponibilização de provas, na linha, inclusive, do também consagrado ônus dinâmico da prova (NCPC, art. 373, parágrafos). Há, certamente, outros tantos exemplos.

De modo similar, a inclusão do juiz na égide do dever de cooperação também reconfigura a relação jurídica processual e gera novas diretrizes interpretativa para o sistema de poderes-deveres judiciais. A sua figura perde eminência e é horizontalizada em relação aos demais polos do processo. A imagem de uma relação angular, de Hellwig, ou da relação triangular, de Wach, ambas com ângulo/vértice superior eminente, ocupado pelo juiz, terão sido suplantadas por um triângulo mais próximo do equilátero, sem vértice superior definido.

Considerando-se que o modelo de processo até agora vigente supõe um juiz ativo e responsável primário pela justiça do processo, a inovação parece resultar em decréscimo de responsividade do juiz – contrariamente, atente-se, à expectativa criada para sua colaboração. Em lugar do poder-dever do juiz de conduzir, *controlar* e definir o processo, é enfatizado o seu dever de *cooperar* para a solução mais justa, rápida e efetiva – o que parece um *minus*. A jurisprudência haverá de definir os contornos do que seria o dever de cooperação do juiz, com as eventuais sanções ao descumprimento, confirmando ou não esta hipótese.

A valorização do contraditório também parece impor-se às custas de alguma diminuição dos poderes-deveres do juiz. Pelo artigo 9º, como vimos, nenhuma decisão será proferida sem observância do contraditório. E, pelo artigo 10º, todo fundamento de decisão deve ter sido previamente conhecido pelas partes, ainda que de ordem pública. A atividade das partes e o debate por elas promovido não apenas

delimita o objeto do processo como pauta os fundamentos das decisões do juiz. E, na forma prescrita nos artigos, as legítimas: sem contraditório, o fundamento utilizado seria ineficaz; e se for o único fundamento, a decisão toda seria nula.

A inclusão expressa da questão de ordem pública na regra do artigo 10 também redimensiona os espaços de cada ator do processo. A questão de ordem pública, de regra, sempre foram apreciadas de ofício - assim, por exemplo, o impedimento do juiz, incompetência absoluta, a prescrição e as objeções de modo geral, com especial destaque para as relativas à objeção de pré-executividade. Pelo artigo 10º, a apreciação dessas questões fica condicionada ao prévio contraditório³³.

Outra consequência que parece advir desse conjunto de regras é a ampliação do espaço de adstrição do juiz. A atividade jurisdicional sempre estivera, e ainda está (art. 492) limitada ao pedido formulado pela parte, sob pena dos julgamentos *extrapetita*. Pela nova regra do artigo 10º, porém, a adstrição do juiz supostamente passa também a abranger os fundamentos utilizados pelas partes para sustentar seus pedidos e suas defesas, uma vez que ele não poderia invocar outros que não esses como fundamentos de suas decisões.

Estão dispensadas da exigência do art. 10º as decisões a respeito das tutelas provisórias de urgência e das de evidência nas hipóteses dos incisos II e III, quais sejam, nos casos em que a matéria de fato for demonstrável documentalmente e for pacífica a questão de direito (“tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante”) e nas decisões que determinam entrega do bem nos casos de “pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito”.

3.6. Paridade de tratamento – a isonomia na lei e a assimetria na prática

O artigo 7º do NCPC reproduz a antiga premissa de que as partes são iguais e lhes deve ser assegurado o uso paritário dos instrumentos disponibilizados pelo sistema. Na locução adotada, *É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos*

³³ É de se imaginar a curiosa hipótese de o juiz, tendo constatado a presença de algum fundamento que não fora percebido ou trazido pelos advogados das partes, consultá-las a respeito. Como me advertiu ironicamente um aluno, algo no estilo: “Vislumbro ocorrência de prescrição. Digam as partes”.

ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

A premissa de que todos são iguais perante a lei é fundamento elementar de praticamente a totalidade dos ordenamentos jurídicos. No Brasil, é cláusula constitucional na forma dada pelo *caput* do artigo 5º. A interpretação pacífica da regra, já de longa data, é a que remete ao conceito de isonomia ou igualdade substancial, mais completo que o de igualdade formal e que consiste em distribuir proporcionalmente a igualdade em função da desigualdade real entre os cidadãos (diz-se, “tratar desigualmente os desiguais”). No Brasil este desafio é ainda maior, como não deixam dúvida os nossos índices socioeconômicos.

No plano processual, a regra fundamental da igualdade tem relevância extraordinária, pois o uso que se possa fazer das ferramentas processuais é altamente determinante dos resultados dos julgamentos. Vale dizer, as partes são iguais perante a lei, mas o uso aprimorado da arsenal técnico processual disponível pode proporcionar a uma delas condição mais favorável do que a lei normalmente lhe atribuiria. Os exemplos são inúmeros: devedores condenados que usam o processo para protelar ou mesmo se furtar ao cumprimento de suas obrigações, réus condenados em processos criminais que manipulam as possibilidades legais e se livram das penas que lhe foram impostas, lesões ambientais ou urbanísticas que se perpetuam, não raro de forma irretirável, com auxílio de decisões judiciais provisórias, entre tantos outros exemplos.

É antiga a luta da legislação processual brasileira contra o abuso do processo que compromete a igualdade das partes e a justiça da decisão. Basta ler a Exposição de Motivos do CPC de 1939 para constatar que talvez a sua principal meta era combater o uso do processo pela parte mais favorecida, que se sagrava vitoriosa mais pelas “chicanas” que adotava do que por lhe assistir razão³⁴. Mais recentemente, o

³⁴ Veja, a propósito, as suas seguintes passagens: “O processo em vigor, formalista e bisantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces.” (...) “Em tal atmosfera o processo poderia continuar a ser um conjunto de regras destinadas a orientar a luta judiciária entre particulares, que delas se serviriam à mercê do seu interesse ou dos seus caprichos.” (...) “Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, que é o de tornar precisa em cada caso a vontade da lei, e de assim tutelar os direitos que os particulares deduzem em juízo, o processo decaía da sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas, e os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem ocorre em defesa do próprio.”

problema da inefetividade da tutela jurisdicional, sempre na pauta da doutrina e expressamente pontuado na Exposição de Motivos do NCPC, decorre, comumente, de situações como as ilustradas acima.

Providencial, portanto, que o NCPC tenha consagrado a igualdade como uma de suas normas fundamentais, projetando ao processo o que a Constituição estabeleceu no plano sócio-político. A fórmula adotada invocou a clássica locução doutrinária da “paridade de tratamento” e imputou ao juiz o poder-dever de zelar para que ela se manifeste concretamente pelo exercício efetivo do contraditório – o que não deixa de ser um outro destaque do NCPC ao princípio do contraditório e um novo item na lista dos poderes-deveres do juiz.

Não menos importante para a interpretação da norma fundamental do artigo 7º é a constatação empírica de que, na Justiça brasileira, a paridade é exceção e a assimetria, a regra. Basta uma rápida análise do perfil das ações judiciais no Brasil e dos mais frequentes litigantes, o que os dados do Conselho Nacional de Justiça já permitem visualizar com segurança³⁵. As demandas mais representativas nos tribunais brasileiros são as execuções fiscais, que contrapõem o Fisco ao contribuinte³⁶. Aquele é sempre um “repeat-player”; este, nem sempre. No plano dos juizados especiais cíveis, parcela também significativa do acervo processual brasileiro, as mais comuns reclamações envolvem consumidores contra bancos e empresas concessionárias de serviços de telecomunicações – aqueles, usuários eventuais da justiça e esses, assíduos³⁷.

É evidente que o uso frequente do Poder Judiciário proporciona um capital técnico e social acumulado nem sempre disponível à parte que usa a Justiça em uma eventualidade. O citadíssimo trabalho de Marc Galanter³⁸, que inspirou Mauro Cappelletti e Bryant Garth na concepção do Projeto Florença³⁹, já fazia esta constatação em 1974. E, considerando o diferenciado nível da formação jurídica no país, não se pode assegurar que a representação técnica profissional por advogado consiga balancear a assimetria entre as partes.

³⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Brasília: 2012.

³⁶ Idem. Também, BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2012.

³⁷ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Perfil do Acesso à Justiça nos Juizados Especiais Cíveis. (coord. Paulo Eduardo Alves da Silva). Brasília: CNJ, 2015.

³⁸ GALANTER, M. Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Social Change, In *Law and Society Review*. p. 95-160, 1974, v. IX.

³⁹ CAPPELLETTI, M. e GARTH, B. Access to justice, vol. I – a world survey. Milano: Giuffrè, 1978.

Para concretizar a “norma fundamental” do artigo 7º, o NCPC confia ao juiz e ao contraditório a incumbência vital de assegurar que as partes efetivamente disponham de forma isonômica dos instrumentos processuais. Confia a verdade e a justiça, portanto, à higidez e ao grau de esclarecimento que apenas a dialética bem exercida são capazes de proporcionar, temperados de leve por uma genérica menção ao dever de guarda pelo juiz⁴⁰.

Considerando a dimensão e complexidade do problema da assimetria, não se deve esperar resultados substanciais das regras que o NCPC oferece para mitigá-lo. Do contrário, parece mais sensato apostar em um quadro de piora.

O desenho escolhido para o julgamento de demandas repetitivas, uma das principais novidades do NCPC, tem um risco nada desprezível de comprometer a norma fundamental da isonomia processual. Isso porque, em síntese, os critérios para a seleção do caso amostral que provocará o julgamento da tese são tênues e não conseguem impedir a escolha de um caso de parte com deficientes condições técnicas.

Para ilustrar a ponderação, lembremos o voto-vista do Ministro Herman Benjamin no julgamento do Recurso Especial n. 911.802, relativo a um dos casos repetitivos mais paradigmáticos no Brasil, o da cobrança da tarifa básica de assinatura fixa. Como pondera o Ministro,

É bem verdade que o Regimento Interno prevê a "afetação" de processos à Seção "em razão da relevância da questão jurídica, ou da necessidade de prevenir divergências entre as Turmas" (art. 127). Contudo, escolheu-se exatamente uma ação individual, de uma contratante do Rio Grande do Sul, triplamente vulnerável na acepção do modelo constitucional welfarista de 1988 - consumidora, pobre e negra -, para se fixar o precedente uniformizador, mesmo sabendo-se da existência de várias ações civis públicas, sobre a mesma matéria, que tramitam pelo País afora.

Como o IRDR desloca aos tribunais a competência para o julgamento da tese presente nas demandas repetitivas (CPC, art. 978), a norma fundamental do artigo 7º do NCPC e a garantia do contraditório estarão substancialmente comprometidos se a escolha do caso amostral recair sobre parte tecnicamente deficiente, bem como se seu

⁴⁰ Por mais esta razão, a recomendação que parece restar para a interpretação dos diversos dispositivos do Código é que o debate é sim importante e deve ser priorizado – se preciso, ante a própria celeridade da decisão. Afinal, segundo a própria Exposição de Motivos, “a celeridade não é um valor que deva ser perseguido a qualquer custo”. Eis uma outra medida para compor o sentido de razoável duração, do artigo 4º.

advogado tiver alguma dificuldade, técnica ou prática, para o livre acesso aos membros do órgão julgador.

3.7. Os valores para o juiz aplicar o ordenamento e as exigências para as suas decisões – uma lista extensa, variada e de destacada importância

Os artigos 8º e 11º do NCPC trazem “normas fundamentais” que contemplam valores e princípios jurídicos a subsidiar a aplicação da lei pelos juízes e a ser observados em seus julgamentos, sob pena de sua nulidade. Comento-os em conjunto.

O **artigo 8º** contempla uma ampla e genérica orientação de hermenêutica jurídica:

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O texto original da Comissão de Juristas incluía ainda a impessoalidade e a moralidade, excluídos pelo Substitutivo da Câmara.

O estilo da redação legislativa não é dos mais recomendados. Em um só bloco, são listados oito distintos critérios valorativos a serem considerados pelo juiz, o que, na concorrida prática forense, têm grande risco de acabar desprezados. Isso seria um lamentável equívoco, pois, analisado com paciência, o artigo traz uma esclarecedora seleção dos valores que subsidiaram a *mens legis* do Código de 2015.

Separemos o dispositivo em duas partes. A primeira faz menção ao atendimento aos *fins sociais e bem comum*, em manifesta reiteração do caráter publicista que deu origem e que, desde então, caracteriza a ciência processual. A ideia de que o processo é uma relação de direito público com escopo mais amplo e relevante do que o de proteger o direito subjetivo das partes foi fundamental para constituir a ciência e ainda é necessário para assegurar que, pelo processo, se alcance a efetiva justiça. Aparentemente, o artigo 8º do NCPC quis nos lembrar disso.

A segunda parte do artigo 8º lista seis valores genéricos e de diferente natureza e estatura política: a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ao primeiro, dignidade da pessoa humana, assegurado no artigo 1º. da Constituição, o comando ao juiz é de conteúdo ativo e reativo: ele deve promovê-la nos casos em que a perceba ausente e assegurá-la quando posta em risco.

Aos demais, o comando é simplesmente para que sejam observados, cumpridos, o que pressupõe tomá-los sempre em conta no exercício da jurisdição. Aparentemente, estamos diante de verdadeiros princípios na acepção de Alexy: mandamentos de otimização que podem até se opor uns aos outros e que, por isso, devem ser sopesados no caso concreto para se alcançar a sua máxima realização possível.

Tomando em conta o significado atribuído a cada um desses princípios, a intenção do legislador parece ter sido a de compor, de um lado, um equilíbrio entre legalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Uma recomendação a que o juiz componha ao legalismo algum tempero de ponderação - se é que se pode assim dizer. O que, saliente-se, está longe de significar a completa liberdade legal ou o preenchimento discricionário, por cada juiz, do que seja, para ele, razoável e proporcional. Ainda que sejam conceitos genéricos, a teoria e a jurisprudência têm construído significados concretos e seguramente utilizáveis para as ideias de razoabilidade e proporcionalidade. Bastará os julgadores se aterem a eles – o que, vale registrar, é uma responsabilidade institucional exigida de todo juiz nos sistemas que optam por adotar mecanismos de valorização de precedentes judiciais, como faz o NCPC.

Ao eixo legalidade/razoabilidade/proporcionalidade, o artigo 8º acrescenta os princípios da publicidade e da eficiência. O princípio da eficiência é novidade na codificação processual e, pelo que se percebe, incorpora ao funcionamento da justiça a corrente hoje valorizada do utilitarismo, consistente na otimização dos meios e valorização dos resultados.

A eficiência se manifesta, mais concretamente, em pelo menos três categorias de regras processuais: as que visam a celeridade (ou a redução dos efeitos da morosidade), como o novo sistema de tutelas provisórias; as que visam a eficácia, como as que, com base na instrumentalidade das formas, visam ao máximo aproveitamento dos atos processuais (v.g., o novo regime de nulidades, condicionadas ao prejuízo causado à parte, cf. arts. 276 a 281); e as que visam a otimização dos

julgamentos e a segurança jurídica, como as que valorizam os precedentes como critérios de decisão, buscam padronização de resultados e promovem os julgamentos de demandas repetitivas por amostragem.

O princípio da publicidade, que está na lista do artigo 8º, reaparece no artigo 11 em fórmula articulada com a exigência de fundamentação, também comentada acima (arts. 9º e 10º).

Art. 11. *Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.*

Novamente, o legislador reitera que fundamentação e publicidade são requisitos de validade das decisões judiciais. A tradicional exceção, expressa no respectivo parágrafo, fica reservada aos casos de segredo de justiça.

A importância conferida à publicidade no NCPC pode ser considerada uma saudável ênfase ao que já prevê a Constituição Federal e, ainda, um alinhamento explícito às exigências democráticas contemporâneas de transparência e *accountability*. Como se diz, a luz do sol é o melhor desinfetante e a opção do NCPC por inserir a publicidade no bojo de uma de suas normas fundamentais é outra chamada do legislador para que a Justiça não se furte ao controle democrático da sociedade, partes ou não.

3.8. A ordem cronológica dos julgamentos – isonomia vs. eficiência

O último dispositivo do capítulo das “normas fundamentais” é o artigo 12, que prevê a discutida novidade da ordem cronológica dos julgamentos:

Art. 12. *Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.*

A rigor, a regra não pode ser considerada, substancialmente, uma norma fundamental do NCPC. Trata-se, sem dúvida, de uma norma inovadora e bastante importante, principalmente porque viabiliza o tratamento isonômico a todos os usuários do sistema de justiça - uma derivação necessária da norma fundamental do artigo 7º, comentado acima.

A ordem cronológica de julgamentos amplia a ideia de igualdade processual para além das partes de um processo específico, estendendo-a a todos os litigantes de todos os processos judiciais no âmbito da unidade judiciária em questão. Na medida em que os recursos humanos e estruturais do Judiciário são limitados e o tempo de espera é uma inescapável contingência, a regra da ordem cronológica dos julgamentos permite uma organização isonômica do funcionamento das unidades judiciárias, inibindo a prática consolidada culturalmente do favorecimento de um ou outro caso, a pedido dos respectivos advogados – favorecimento, vale dizer, que não se traduz sempre na agilização do julgamento; pelo contrário, em muitos casos, pelo seu retardamento.

A regra da ordem cronológica, todavia, não pode ser considerada propriamente uma norma fundamental do NCPC porque não é alicerce absoluto de toda a construção do Código. Pelo contrário, ela se contrapõe a muitos outros artigos e princípios estabelecidos na mesma lei.

A eficiência, comentada logo acima, pode restar comprometida pela regra da ordem cronológica. Isso porque uma técnica de racionalização de rotinas muito comum nas serventias judiciais é a realização do expediente em blocos: determinado dia ou determinado período é dedicado a todas as conclusões ou a todos os julgamentos de casos de determinada matéria. Esta racionalização, criada para gerar mais eficiência na atividade dos cartórios, não segue, naturalmente, o critério da ordem de chegada, mas o da similitude de tarefas, questões ou casos.

O gerenciamento de processos judiciais (*judicial case management*) também precisará se compor com a regra da ordem cronológica porque há um espaço em que ambos divergem essencialmente. O gerenciamento de processos judiciais abrange um conjunto variável de técnicas adotadas em lei ou pelo juiz para adequar o processamento, seu tempo e seu custo, ao caso concreto e, assim, à justiça da decisão. Compõe uma racionalidade gerencial, não simplesmente uma técnica⁴¹.

O novo Código promove o gerenciamento de processos por um conjunto variado de regras de saneamento e organização do processo (NCPC, arts. 357 e ss.), regras de flexibilização do procedimento e calendário processual (NCPC, arts. 190 e 191), diversificação dos métodos de resolução de conflitos pela mediação e

⁴¹ Alves da Silva, P. E. Gerenciamento de processos judiciais. Saraiva, 2010.

conciliação (NCPC, arts. 2º, 165 e ss., 334 e ss.) e, de uma perspectiva mais ampla, julgamento de demandas repetitivas. Também compõem o gerenciamento de processos judiciais as regras de organização da justiça e de gestão do funcionamento das serventias, da qual a regra da ordem cronológica é um exemplo.

As técnicas de natureza gerencial, em geral, não operam sobre padrões procedimentais rígidos. É de sua essência disporem de flexibilidade e adaptação para que sejam formulados, no caso concreto, os procedimentos mais adequados aos resultados que se busca obter com a técnica. Neste ponto, o gerenciamento de processos judiciais confronta a regra da ordem cronológica, que tem caráter rígido e geral, pouco permeável a eventuais outras formas de organização ocasionalmente adequadas. Pondere-se, todavia, que a divergência se dá em um aspecto bastante pontual do gerenciamento de processos judiciais, que é a ordem de julgamentos. Os seus outros tantos componentes, acima listados, não colidem frontalmente à regra do artigo 12.

A quantidade de exceções e condicionantes trazidos nos parágrafos e incisos do artigo 12 é um bom indicativo da intensidade dos debates que o cercaram. O parágrafo primeiro do artigo 12 determina a publicidade da lista de processos do juízo organizados por sua ordem cronológica, para permitir o devido controle.

O parágrafo segundo lista as exceções à observância da regra, em quantia consideravelmente extensa: *sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido; julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos; julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas; decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932; julgamento de embargos de declaração e de agravo interno; preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça; processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal.*

A exceção talvez mais comprometedora da regra parece ser a do último inciso, um tanto genérica: *a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.* Além delas, também devem ser observadas as prioridades processuais definidas em lei.

Os demais parágrafos do artigo 12 regulam, em detalhes, as hipóteses imaginadas no acalentado debate legislativo de ocorrências surgidas no cumprimento da regra – o que faz confirmar a sua importância que deve adquirir na prática.

3. Algumas considerações conclusivas

Calamandrei indagou-se, certa vez, se o exercício do direito de ação seria uma poder dos cidadãos exigirem do Estado a proteção de seus direitos subjetivos ou se seria uma oportunidade que o Estado teria para, pela provocação do cidadão, fazer com que fosse cumprida a lei que ele próprio instituiria. Para ele, as teorias da ação, então em acalentado debate doutrinário, traduziam versões intermediárias entre essas duas perspectivas extremas e nenhuma poderia ser considerada a única verdadeira. Elas seriam, eis o seu argumento de relatividade, o “espelho” da orientação política dominante, delineando por suas formulações diferentes fronteiras entre o direito subjetivo e o direito objetivo, entre a liberdade e a autoridade.

A Lei 13.105, nosso novo Código de Processo Civil, institui um sistema processual que cria uma combinação própria entre aqueles dois ingredientes – a preocupação com os direitos subjetivos ou com o cumprimento da lei, a liberdade ou a autoridade. Apesar de reproduzir praticamente a mesma estrutura e conteúdo do CPC de 1973, são leis distintas, elaboradas em épocas diferentes, sob justificativas e com objetivos próprios e, naturalmente, uma configuração própria de poderes, deveres e ônus processuais.

O conjunto das “normas fundamentais” do processo civil dizem algo importante para se entender qual combinação o NCPC fez entre liberdade e autoridade. Mais especificamente, para se entender como fica a “divisão de trabalho” entre as partes e o juiz que, segundo Barbosa Moreira, compõe o direito processual. Afinal, são as suas normas fundamentais, as “tábuas” do nosso processos civil, algo que o CPC de 1973 não sistematizava.

A análise dos doze primeiros artigos permite levantar algumas hipóteses. A primeira é a de que a nova lei desloca o modelo processual alguns pontos no sentido da interpretação de que o processo serve ao direito subjetivo, não ao direito objetivo; à liberdade, não à autoridade.

As normas fundamentais do novo Código priorizam o exercício do contraditório pelas partes, em algum detrimento do controle pelo juiz. Elas sugerem que é o contraditório, e não a condução do processo por um juiz ativo e com mais poderes, o melhor caminho para se alcançar a verdade e a justiça (arts. 9º e 10º). Também condicionam a validade dos julgamentos ao prévio contraditório e à justificação detalhada das suas motivações (arts. 10º e 11º). Mesmo quando a desigualdade entre as partes comprometer a justiça, a atuação do juiz será de guarda do contraditório (art. 7º).

O Código também compartilha com as partes poderes e responsabilidades antes exclusivos do juiz ou mesmo do legislador. Ao tentar criar, mais uma vez com ajuda do contraditório, um ambiente processual ético e colaborativo, compartilha entre todos que participam do processo, não apenas o juiz, a responsabilidade pelos seus resultados (art. 5º. e 6º). Também é dividida com as partes a função elementar, antes apenas da jurisdição, da resolução dos seus próprios conflitos pela mediação e conciliação, oferecendo-lhes nesses casos apenas um interlocutor, não um decisor (art. 3º). E as partes também passam a deter o poder, antes exclusivo do legislador, nem mesmo do juiz, de definir o procedimento cabível ao caso (art. 2º, c/c arts. 190 e 191).

Outra hipótese que se poderia formular para explicar a “divisão de tarefas” do NCPC é que este Código não visou um modelo mais liberal de processo, mas antes um modelo mais eficiente e seguro de justiça. E, para isso, chegou até a intensificar alguns poderes jurisdicionais. A eficiência foi priorizada em mais de uma norma fundamental: na consagração da razoável duração do processo (arts. 4º e 6º.) e como um dos princípios da lista de valores do artigo 8º. A segurança jurídica fora priorizada pela previsibilidade que decorre valorização da jurisprudência, disposta em diversas regras pelo código⁴².

Os poderes jurisdicionais, de fato, foram invocados nas regras que perseguem eficiência e segurança. O mesmo artigo 8º autoriza o juiz a combinar doses de razoabilidade e de proporcionalidade à legalidade, desde que esclareça seus motivos e busque a eficiência. E a valorização dos precedentes oferece eficácia extraordinária às decisões, capazes de vincular outros casos presentes e futuros. No caso do IRDR, até

⁴² Dada a importância que a valorização dos precedentes tem tido na caracterização do NCPC, estranho que não estejam dentre as normas fundamentais.

mesmo o contraditório é suspenso e suprimido em prol da padronização dos julgamentos e da segurança jurídica de que se espera desfrutar.

Outra interpretação possível, entretanto, seria a de que a promoção da segurança e da eficiência também deslocariam o processo no sentido de um modelo liberal de justiça, porque ampliam a previsibilidade dos litigantes. E, quanto aos poderes do juiz, poder-se-ia argumentar que o auxílio que prestam seria acessório, uma vez que haveria comprometimento letal do princípio elementar que é o livre convencimento, principalmente para os juízes de primeira instância. E o incremento de poder jurisdicional que vem a reboque do efeito vinculante dos precedentes se limitaria aos órgãos das instâncias superiores.

Não é possível, neste momento inicial do NCPC, confirmar qual das hipóteses seria confirmada no correr da sua vigência e aplicação. Talvez todas, talvez alguma outra não aqui aventada. De todo modo, a sistematização concentrada e inaugural de “normas fundamentais” e a seleção de alguns dentre outros princípios (as vezes, regras) revela uma caracterização político-jurídico própria do NCPC, a influenciar a doutrina, a jurisprudência que se consolidará a partir de agora e, naturalmente, a dura lida dos operadores do sistema de justiça.

-----∞-----

Referências

- ALVES DA SILVA, P.E. Gerenciamento de processos judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BARBOSA MOREIRA, J. C. “O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos”. In: *Temas de direito processual civil*, quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 35 e ss.
- BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Perfil do Acesso à Justiça nos Juizados Especiais Cíveis. (coord. Paulo Eduardo Alves da Silva). Brasília: CNJ, 2015.
- BRASIL, Constituição Federal de 1824.
- BRASIL, Constituição Federal de 1988.
- BRASIL, Exposição de Motivos da Lei 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil de 2015.
- BRASIL, Exposição de Motivos da Lei 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil de 1973.
- BRASIL, Exposição de Motivos do Decreto-Lei 1.608, de 1939 - Código de Processo Civil de 1939.
- BRASIL, Ministério da Justiça. Gestão e funcionamento dos cartórios judiciais. (coord.: Paulo Eduardo Alves da Silva). Brasília: MJ/SRJ, 2007
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Brasília: 2012.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2012.
- CAPPELLETTI, M. e GARTH, B. Access to justice, vol. I – a world survey. Milano: Giuffrè, 1978.
- CINTRA, A.C., GRINOVER, A.P., DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FGV, Relatório “Índice de Confiança na Justiça”, 2014,
- FGV; CBAr - Comitê Brasileiro de Arbitragem. Arbitragem e Poder Judiciário. Relatório de pesquisa, 2010.
- GALANTER M. Access to justice and its companions. In BASS, J.; BOGERT, W. A.; ZEMANS, F. H., eds. Toronto: Law and Society. Toronto: [s.e.], 2005.
- GALANTER, M. Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Social Change, In *Law and Society Review*. p. 95-160, 1974, v. IX.
- IPEA, Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal. Brasília: Ipea, 2011.
- IPEA. Acesso à Justiça Federal: dez anos de juizados especiais. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- SILVA, V. Afonso da. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, publicado na *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003), 607-630.