

Entrevista do Prof. Hugo Nigro Mazzilli à Rádio Justiça sobre o CPC de 2015 e o processo coletivo (30-07-2015)¹

<https://www.youtube.com/watch?v=H-BIQue8was&feature=youtu.be>

Acesso em 31-07-15

Jornalista Pedro Beltrão: Estamos de volta no programa *Revista Justiça*, na Rádio Justiça FM — 104,7 em Brasília, via satélite para todo o Brasil, e, na internet, para o mundo. Acesse o nosso site, é o radiojustica.jus.br. Nós conversávamos no bloco passado com o Dr. Herval Sampaio Júnior, que está toda quinta-feira comentando sobre o novo Código de Processo Civil, e agora a gente começa uma nova visão sobre o Código, um novo ponto que a gente vai abordar — a omissão do novo CPC sobre a disciplina do processo coletivo. E a gente vai ter a felicidade agora de conversar com o Dr. Hugo Nigro Mazzilli, jurista, parecerista, professor de Direito, foi Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Dr. Hugo, seja bem-vindo à Rádio Justiça, bom-dia!

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Bom-dia, Pedro Beltrão, ouvintes da Rádio Justiça!

Jornalista Pedro Beltrão: É sempre uma felicidade tê-lo aqui ao nosso lado, Dr. Hugo, principalmente nesta quinta-feira, num programa importante para a gente, e hoje para falar sobre a omissão do novo CPC sobre a disciplina do processo coletivo. Realmente, ficou faltando essa parte, Dr. Hugo, na sua visão — a parte do processo coletivo, dentro do novo CPC?

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Ficou, Pedro. O que ocorreu é o seguinte: o Código anterior, de 1973, omitiu-se sobre o processo coletivo, mas este código de 73 tinha razão de omitir-se, porque em 1973, o processo coletivo não era uma realidade nem na Europa nem no nosso próprio País. O que nós tínhamos em alguns países da *common law*, no sistema anglo-saxônico, eram as ações de classe, mas ainda não havia um sistema processual de tutela coletiva. Então, que o Código de Processo Civil de 1973 fosse omissivo, a gente compreende, mas que o Código de 2015 — mais de 30 anos depois do advento do processo coletivo no Brasil — fosse omitir a disciplina do processo coletivo, isto é injustificável.

1. Disponível em <http://www.mazzilli.com.br/pages/informa/entr-30-07-2015.pdf>.

Jornalista Pedro Beltrão: Mesmo se tendo uma lei sobre a ação civil pública e mesmo tendo a previsão no Código de Defesa do Consumidor, o senhor acredita que deveria ter pelo menos um capítulo sobre a tutela coletiva?

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Exatamente! Eu não posso dizer que o Código de 2015 tenha desconsiderado a tutela coletiva. Não. Ele tem institutos sobre a tutela coletiva, como o incidente de resolução de demandas repetitivas; tem a assunção de competência; tentou permitir a conversão de ação individual em coletiva; trouxe a valorização dos precedentes — tudo isso indica uma preocupação com o processo coletivo. Mas o que faltou ao Código de 2015 foi *disciplinar* harmonicamente o processo coletivo, como um instituto que se integre à tutela individual. Na verdade, a existência da Lei da Ação Civil Pública e do Código do Consumidor significa hoje uma colcha de retalhos. Nós não temos uma harmonia na tutela coletiva. É verdade que o Código de 2015 — pelo menos a exposição de motivos mostrou isso — tentou deixar a tutela coletiva fora de seu seio, pelo fato de que ele decidiu não abordar matérias de leis especiais, e até porque a comissão que começou a trabalhar no anteprojeto do Código em 2010 colheu naquele momento a existência de um projeto — o Projeto 5.139, que já estava em andamento desde 2009 —, o qual pretendia dar disciplina ao processo coletivo. Então, os juristas que fizeram parte da comissão que elaborou o anteprojeto do Código de 2015 pensaram o seguinte: bom, já que nós não vamos cuidar das ações previstas em leis especiais, e já que a tutela coletiva já está disciplinada em leis especiais e também já existe projeto em andamento para disciplinar o processo coletivo, então nós não vamos cuidar do processo coletivo... Só que esta interpretação foi muito leviana, pois o processo coletivo hoje é uma lei especial porque, quando ele foi feito na década de 80, o Código de Processo Civil de 1973 já existia, mas agora não: agora que se fazia um código novo, era o momento de se fazer uma disciplina harmônica e integrada do processo coletivo com o processo individual, até porque aquele Projeto 5.139, que estava em andamento em 2009, fora arquivado pelo Congresso Nacional muito antes de a própria comissão que fez o anteprojeto de Código de Processo Civil encerrar os seus trabalhos. É verdade que contra o arquivamento do Projeto 5.139 existe um recurso, mas esse recurso está para ser julgado nas calendas gregas pelo Congresso, daí não tem futuro... O que se devia ter feito a meu ver era aproveitar o momento em que se reformulava a legislação processual civil, para dar disciplina à competência, à legitimação para agir, à coisa julgada, às liminares, à execução do processo coletivo, porque todas essas matérias, como eu já disse, são uma verdadeira colcha de retalhos na legislação atual, que está em vigor.

Jornalista Pedro Beltrão: Pois é, Dr. Hugo, e o senhor falou em uma disciplina harmônica, e eu ficava aqui pensando também no diálogo que deve acontecer agora entre o novo Código de Processo Civil e algumas leis, principalmente o Código de Defesa do Consumidor, nessa parte da tutela coletiva. Pelo menos no Código de Defesa do Consumidor tem uma previsão de que, em razão do processo coletivo, podem-se suspender as demandas individuais. Agora, o CPC tem até a suspensão coativa de processos indi-

viduais e coletivos. Tem como se ter esse diálogo entre o CPC e o Código de Defesa do Consumidor?

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Pois é, Pedro, veja bem que coisa impressionante... Este é um dos pontos que mais me preocupa no novo Código. O sistema do Código de Defesa do Consumidor é muito inteligente e muito bem elaborado, e respeita bastante as garantias constitucionais. Com efeito. O indivíduo que tem uma ação individual em andamento toma conhecimento de que foi ajuizada uma ação coletiva que engloba o seu pedido — ele é intimado nos autos do seu processo individual, pois o juiz manda dar ciência a ele do ajuizamento da ação coletiva. Pelo Código de Defesa do Consumidor, esse indivíduo tem o *direito* de pedir a suspensão ou não do seu processo individual. Por que é um *direito*? Porque o direito de ação é uma garantia constitucional: se o indivíduo quiser continuar com sua ação individual, esse é um direito dele — a Constituição garante isso a ele; mas se ele achar mais interessante, por estratégia processual, suspender a sua ação individual e esperar o julgamento da ação coletiva, para, quem sabe, beneficiar-se desse julgamento, então ele vai pedir ao juiz a suspensão da ação individual. O que é que faz, entretanto, o Código de Processo Civil de 2015? Ele *obriga* a que as ações individuais sejam coativamente suspensas, exceto se o indivíduo mostrar a distinção do seu caso. Ora... se ele mostrar a distinção do seu caso, significa que o caso dele não tem nada a ver com o processo coletivo, então não havia motivo para estar suspenso; então, na verdade, basta o caso dele estar compreendido no processo coletivo, que ele não tem mais acesso individual à jurisdição. Vocês vão falar: — bom, mas pelo menos resolve tudo de uma vez só. Sim, mas acontece o seguinte: essa suspensão da ação individual dura enquanto não se julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. A previsão do Código de 2015 é a de que esse incidente seja julgado em até um ano. Ora, Pedro... nós, que conhecemos a Justiça brasileira, nós sabemos que esse prazo é irreal. E mais: basta que o relator, numa decisão fundamentada, diga que esse prazo de um ano não foi possível de ser cumprido, que esse prazo fica prorrogado indefinidamente... Então eu lhe digo: durante o prazo da suspensão da ação individual, o indivíduo no Brasil não tem acesso à jurisdição! Isso é inconstitucional.

Jornalista Pedro Beltrão: Exatamente, porque acaba tendo uma força coativa, contra um direito constitucional, que é o direito de acesso à jurisdição.

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Exatamente, não tenha dúvida alguma. Isso é uma coisa impressionante. E, aliás, em matéria de tutela coletiva, esse não é sequer o único ponto que me preocupa. Existe outro, ainda, tão ou mais grave. Preocupado com a previsibilidade, a estabilidade e a segurança das decisões judiciais sobre as relações jurídicas — aliás, uma preocupação justa, pois não há dúvida de que esses valores são muito importantes — o que é que o Código de Processo Civil de 2015 fez? Foi buscar, no Direito estrangeiro, exemplos de como resolver isto — a teoria dos precedentes. Ora, o Código de Processo Civil novo manda que os juízes *observem* as decisões dos precedentes. Se forem *observar* com o sentido de *levar em conta, considerar*, eu até acho saudá-

vel: é lógico que os juízes devem levar em conta as decisões anteriores. Mas é mais do que isso o que o Código de 2015 quer. Ele quer que os juízes *cumpram, sigam, obedeam* aos precedentes. Ora, para que eles obedeam aos precedentes, vamos ver o que diz a Constituição. A Constituição diz que o Supremo Tribunal Federal — e o Supremo Tribunal Federal somente — pode, ao julgar uma ação de inconstitucionalidade, tanto a declaratória de constitucionalidade como a declaratória de inconstitucionalidade, pode tomar uma decisão que terá efeito vinculante; aí essa decisão, por força da Constituição, terá efeito vinculante para todos os jurisdicionados do País; também as decisões do Supremo que se transformem em súmulas vinculantes terão força como se fossem uma lei: elas valem, por força da soberania do Estado. Muito bem: essa é a autorização constitucional. O que é que o Código de Processo Civil de 2015 fez? Ele se achou no mesmo nível da Constituição, porque ele aumentou esse rol. Agora não são só as decisões do Supremo em matéria de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade; agora não são só as súmulas vinculantes, mas todas as decisões do plenário do Supremo, todas as súmulas do Supremo Tribunal Federal, vinculantes ou não vinculantes — não existe mais diferença entre súmula vinculante e não vinculante; todas as súmulas do Superior Tribunal de Justiça; qualquer orientação de plenário de qualquer tribunal... Tudo isso vai criar normas obrigatórias para todos os juízes do Brasil, não só nos casos atuais sob julgamento, mas, pasmem todos os ouvintes, até para casos futuros! Ou seja, atrevidamente, o Código de Processo Civil de 2015 se achou no direito de dar o Poder Legislativo ao Poder Judiciário! O Poder Judiciário agora vai fazer leis abstratas, com validade não só para os casos concretos dos processos em curso, como para casos futuros... Agora, eu lhe pergunto, Pedro: dentro da repartição constitucional de competências, onde está a legitimidade do Poder Judiciário para legislar?

Jornalista Pedro Beltrão: É, não tem essa legitimidade. Não é só esse ponto que me preocupa, Dr. Hugo, eu vou até além, porque, acompanhando o dia a dia aqui do Superior Tribunal de Justiça, a gente percebe que às vezes se forma uma corrente, tem até precedentes ou súmulas persuasivas, não súmulas vinculantes, mas às vezes uma turma acaba mudando completamente o sentido de um precedente ou de um julgado, ou seja, de uma súmula, sem acabar nem citando o que consta da outra... Então essa insegurança nessa área também me gera uma preocupação.

Professor Hugo Nigro Mazzilli: É, e tem outra coisa, sabe, Pedro... Há o grande problema do Judiciário, quando legisla. É que os nossos legisladores e os nossos administradores têm investidura eletiva popular, que é a base e o fundamento da democracia. O Judiciário não tem investidura popular; falta a ele legitimidade para *criar* a lei; ele foi instituído para *aplicar* a lei, lei que foi criada pelos representantes do povo, numa democracia. Agora, eles, juízes, não podem fazer leis abstratas, não podem. E o que é pior, dentro de um sistema em que o Judiciário pode fazer a lei, e é o Judiciário que vai dizer o alcance da lei que ele próprio criou, nós temos a ditadura do Judiciário, ou seja, vai ser lei aquilo que o Judiciário quiser que seja lei, não só em termos de lei posta, mas até em termos de lei futura... Então isso aí me parece que é um vício que seguramente será

derrubado pelos tribunais, pelo Supremo Tribunal Federal, porque a inconstitucionalidade dessa previsão é flagrante. Nem se diga que a intenção do Código de 2015 seria apenas de que os juízes levassem em conta os precedentes: não! É tão forte a previsão do legislador de 2015, que o art. 988 do novo Código diz que, se o juiz não seguir o precedente, caberá reclamação! Ou seja, a intenção dele é a de que o juiz fique escravizado ao precedente. Ora, isso aí é inconstitucional.

Jornalista Pedro Beltrão: Pois é. Era a forma que muitos defendiam aqui na Rádio Justiça, Dr. Hugo, antes mesmo da aprovação do novo CPC, pois eles apontavam a falta de racionalidade dentro do sistema, pois às vezes duas partes diferentes entravam com uma ação com o mesmo objeto, e acabavam tendo decisões completamente diferentes. Então o argumento que eles traziam era trazer essa racionalidade e a Justiça dentro desse pedido. Mas a forma como foi feito, não sei se foi a melhor...

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Exatamente, o problema é exatamente a *forma*. A preocupação com a racionalidade das decisões — tornar a Justiça algo previsível, algo seguro, algo igual para todos — isso é um objetivo de Justiça social. Agora, nós não podemos fazer isso rasgando a Constituição, ou seja, nós estaríamos vestindo um santo para desvestir o outro: nós tornamos a Justiça segura, e ao mesmo tempo violamos um princípio democrático, que é o da legitimidade para a criação da lei — ou seja, o Judiciário não pode criar a lei! O que nós precisamos fazer é criar mecanismos para que aquelas decisões contraditórias sejam expurgadas do meio jurídico. Por qual meio? Por meio de recursos, por meio de revisão, por meio de uniformização de jurisprudência — ou seja, por meio de nosso sistema legítimo, e não por meio de um sistema novo, que foi, vamos dizer assim, inspirado no direito estrangeiro. Mas o direito estrangeiro tem outro embasamento de Lei Maior, outro sistema... Nós não podemos pegar impunemente o que se fez num outro país e importar para o nosso como se fosse a mesma coisa. Veja o que aconteceu, por exemplo: a exposição de motivos do Código de 2015 disse que usou uma inspiração do direito alemão, porque em 2005, na Alemanha, foi instituída uma inovadora ação de massa. Entretanto, vamos verificar o que foi feito na verdade. Em 2005, na Alemanha, foi criada uma ação de massa cujo objeto era limitado a controvérsias relativas aos ilícitos no campo financeiro, e, ainda assim, foi criada essa ação apenas como uma experiência a ser testada, que, se fosse bem sucedida, depois poderia ser aproveitada e estendida a outras hipóteses. O que se fez no Brasil? Fez-se o contrário: aqui no Brasil não se fez nenhuma experiência — pegou-se algo que nunca se experimentou, e, em vez de testá-lo, já codificaram! Ou seja, a meu ver, me parece que nem o exemplo que foi usado como modelo, nem ele foi seguido!

Jornalista Pedro Beltrão: Pois é. E a tradição, Dr. Hugo, até do nosso País como de *civil law*, será que atualmente começa a modificação? Eu gostaria até que o senhor comentasse isso, porque parece que o eixo começa a se inclinar para a *common law*, a partir desses precedentes. A tendência de observância, e até os termos que constam da lei do novo Código de Processo Civil, como o senhor citou aqui nessa parte de suspensão

coativa dos processos — será que o eixo começa a se inclinar para o outro lado agora, o lado da *common law*?

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Mas Pedro, essa mudança de eixo é possível, sem dúvida, mas ela precisa ser feita na Lei Maior. Nós não podemos pegar uma lei ordinária e mudar um sistema constitucional sem quebra da harmonia do Direito Fundamental. Não é possível que um Código de Processo Civil então fale: bom, agora eu não quero mais a *civil law*, vamos usar a *common law*... Ah, está bom... amanhã vem outro legislador ordinário e fala: não, não, vamos voltar para o sistema da *civil law*... E a insegurança? Não pode. Uma mudança desse nível, que crie precedentes obrigatórios, precisa ser consagrada na Constituição. Não é por outro motivo que a Reforma de 2004 introduziu na Constituição em vigor o princípio das súmulas vinculantes e do efeito vinculante das decisões nas ações declaratórias de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Por que ela fez isso na Constituição? Porque é lá que tem de ser dito isto.

Jornalista Pedro Beltrão: É verdade.

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Não basta chegar o Código de Processo Civil e fazer um dispositivo alterando a legislação ordinária, e dizer que agora o Supremo pode legislar! O Supremo não pode legislar: ele não foi criado para isso; as *únicas* hipóteses nas quais o tribunal pode legislar — e não é qualquer tribunal não, é só o maior tribunal do País — as *únicas* hipóteses são aquelas previstas na Constituição!

Jornalista Pedro Beltrão: É verdade. Por isso que tem um processo mais longo e um processo de maior envergadura e com a maior dificuldade de aprovação e modificação também, que é o processo de proposta de emenda constitucional, que passa por dois turnos, que passa por duas Casas, que tem o quórum específico — enfim, há todo um procedimento na nossa Constituição para que isso aconteça. E se isso começa a acontecer por lei ordinária, a insegurança, como o senhor falou, vai ser muito grande.

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Exatamente, Pedro: isso é o que me preocupa. Mas eu também vejo no Código de 2015 coisas boas; não vejo só esse aspecto negativo, que é gravemente prejudicial à segurança jurídica, mas nele também existem coisas muito boas. Eu quero, se você me permite, até destacar uma delas, que me impressionou muito bem. Foi uma coisa que acho que vai trazer um benefício muito grande ao nosso país. É o seguinte. Os arts. 303 e 304 permitem a extinção do processo com a concessão de tutela antecipada, em caso de urgência, quando não for interposto recurso. Vamos explicar isso ao ouvinte de uma forma mais simples. O que isso quer dizer? Quer dizer o seguinte: havendo urgência, se numa ação o juiz conceder uma tutela antecipada, e se aquela decisão judicial não for objeto de impugnação recursal, o caso será arquivado ou encerrado ali mesmo. Vamos dar um exemplo concreto. Você imagine uma pessoa que invadiu um terreno e está usando uma posição de força para ficar naquela situação de fato. Muito bem, no sistema processual tradicional, em que o lesado vai procurar a Jus-

tiça, existem recursos, esse processo pode levar dezenas de anos, com perícias, provas, até o juiz lá na frente decidir quem é que tem razão... Com o novo sistema, suponha que o juiz, à vista da urgência do caso, e baseado nos elementos de convicção que já foram fornecidos pelas partes até aquele momento, conceda uma tutela antecipada, dizendo que o João, que foi desapossado do imóvel, deve voltar para ele; ou que quem vai ficar na posse não é o João, e sim o José, e ele juiz dá uma tutela antecipada nesse sentido, naquele momento. Se não houver recurso contra a decisão, o caso estará arquivado. Isso resolve noventa por cento das controvérsias. Eu já ouvi dizerem que não vai resolver nada, porque *todos* vão recorrer. Não é verdade. Hoje, o sistema favorece o que? A procrastinação. Se amanhã o juiz der uma decisão razoável, fundada na prova dos autos, com sua mediação como autoridade imparcial, muitas vezes vai ser uma decisão correta e justa, uma decisão que comporá adequadamente a lide, na qualidade de autoridade imparcial do Estado. Muito bem. Que interesse terá a parte que não tem razão em recorrer? Ela pode até recorrer, mas ela já não terá a situação de fato que a favorecia, e, o que lhe é pior, o ônus agora de promover o processo é dela, que está errada... Então ela não tem interesse algum em levar adiante algo que vai ser caro, custoso, demorado, em que nem a procrastinação vai ajudá-la... Então eu acho que, nesse ponto, o Código, que cometeu sérios erros na parte da tutela coletiva, nesse ponto da tutela individual, por exemplo, me parece que trouxe um benefício notável.

Jornalista Pedro Beltrão: Nós queremos agradecer, como sempre, o Dr. Hugo Nigro Mazzilli, jurista, parecerista, professor de Direito, foi Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. Toda vez que se fala de Ministério Público, é lógico, vem à minha mente o Dr. Hugo Nigro Mazzilli. Todo esse tempo aqui na Rádio Justiça, quando falava em Direitos Difusos, Ministério Público, tutela coletiva, sempre me vinham à mente os ensinamentos do Dr. Hugo. Então, Dr. Hugo, eu quero agradecer por todo esse tempo de participação com a gente aqui na Rádio Justiça, a gentileza, a atenção e as explicações, como sempre trazidas aqui de forma bem direta, didática, bem clara, aos nossos ouvintes. Muito obrigado, em nome de todos os ouvintes da Rádio Justiça!

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Obrigado, Pedro Beltrão, e felicidades e parabéns pelo seu sucesso no concurso para Procurador Federal! Sentiremos muito a sua falta na Rádio Justiça!

Jornalista Pedro Beltrão: Muito obrigado, Dr. Hugo, um grande abraço!

Professor Hugo Nigro Mazzilli: Obrigado!