

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A [IN]COMPATIBILIDADE DO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Renata Minuzzi Dorneles

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

A [IN]COMPATIBILIDADE DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

por

Renata Minuzzi Dorneles

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientador Prof. Dr. Cristiano Becker Isaía

Santa Maria, RS, Brasil

2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**A [IN]COMPATIBILIDADE DO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

elaborada por
Renata Minuzzi Dorneles

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Dr. Cristiano Becker Isaía
(Presidente/Orientador)

Danielli gadenz
(Mestranda - Universidade Federal de Santa Maria)

Alexsandra Gato Rodrigues
(Mestranda - Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 17 de dezembro de 2013.

“O que preocupa, no entanto, é que não temos condições de transformar esse estado de coisas, pelo menos enquanto não superamos nossos paradigmas”.

(Ovídio Araújo Baptista da Silva)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e meu irmão, todo o meu amor incondicional. As minhas conquistas serão sempre de vocês.

Ao professor Dr. Cristiano Becker Isaía, além do brilhantismo profissional, o meu muito obrigada pela grande colaboração, paciência e compreensão, que tornaram possível a conclusão deste trabalho.

À professora Dra. Jânia Saldanha, pelo trabalho na monitoria, pelas contribuições teóricas, e por ser um exemplo a ser seguido desde o início dessa caminhada, a minha eterna admiração.

Aos mestres do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, tão importantes na minha vida acadêmica e no que sou hoje.

Aos meus queridos, Dr. Ricardo Lozza e Dra. Josianne Zanoto, exemplos de profissionais e pessoas de suma importância para mim.

A todos os meus colegas nessa jornada, em especial à Bruna, Débora e Rafaela, pela amizade que se construiu para além dos espaços dessa Universidade.

Ao Felipe, pelo incentivo e apoio constantes ao longo da realização deste trabalho, além da amizade e companheirismo de todas as horas.

Aos familiares, amigos e amigas pela compreensão nas minhas ausências e torcida por mais essa conquista, além de todos os que, de alguma forma, contribuíram para que os anos da minha graduação tenham se tornado inesquecíveis.

Por último e não menos importante, à Universidade Federal de Santa Maria, em especial ao Curso de Direito, que me acolheu, com a prestação de um ensino público e de qualidade, e em breve concretizará o meu sonho de concluir a Graduação.

RESUMO
Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

A [IN]COMPATIBILIDADE DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

AUTOR: RENATA MINUZZI DORNELES

ORIENTADOR: CRISTIANO BECKER ISAÍÁ

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 17 de dezembro de 2013.

O processo civil passou por diferentes compreensões ao longo do tempo, desde o antigo processo romano e frente às mutações ocorridas no papel do Estado em sua roupagem liberal e social. Com efeito, no Estado Democrático de Direito, diferentemente dos demais paradigmas já vivenciados, o direito processual civil está ao lado da imprescindível participação do povo na configuração e efetivação de direitos fundamentais, tem uma preocupação com a Constituição e com a satisfação dos direitos nela declarados. Assim, o presente trabalho possuiu dois enfoques principais: O primeiro consistiu na demonstração da crise do sistema processual civil, bem como nos problemas enfrentados pela sociedade na resolução das lides. O segundo foi uma decorrência do primeiro, na medida em que se analisa o Projeto do novo CPC e surge a necessidade de averiguar um modelo ideal de processo para o Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, emerge o problema de saber em que medida os anseios do Projeto de CPC e seus pilares, até então apresentados, são compatíveis com o paradigma atual.

Palavras-Chaves: a crise do processo civil; projeto do novo CPC; estado democrático de direito.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

THE [IN] COMPATIBILITY OF BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE WITH THE DEMOCRATIC STATE OF LAW

Author: Renata Minuzzi Dorneles

Adviser: Cristiano Becker Isaia

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 17, 2012.

The civil case went through different understandings over time, since the ancient Roman process and forward to the changes that occurred in the state in its role and social liberal guise. Indeed, in a democratic state, unlike other paradigms have experienced the civil procedural law is beside the essential participation of the people in the setting and enforcement of fundamental rights, have a concern with the Constitution and with the satisfaction of the rights stated therein. Thus, the present study possessed two main approaches: The first was the demonstration of the civil procedural system crisis and the problems faced by society in tackling chores. The second was a result of the first, in that it analyzes the design of the new CPC and the need arises to determine optimal process model for the democratic rule of law. In this context, the problem arises of how far the wishes of the Draft CPC and its pillars, hitherto presented are compatible with the current paradigm.

Key-Words: the crisis of civil procedure; design of the new CPC, democratic state of law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
10 DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA MODERNIDADE	15
1.1 Processo Civil e Estado: Uma relação necessária	15
1.2 O estado da arte do Direito Processual Civil	24
20 PROJETO DE NOVO CPC E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	37
2.1 Avanços e retrocessos do projeto do CPC	37
2.2 A necessidade de se falar em um processo civil democrático	46
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

É inegável que a vida em sociedade necessita de uma normatização. Foi partindo dessa premissa que surgiu o direito como um conjunto de normas que regula a vida em sociedade. Para o cumprimento dessa árdua tarefa o Estado utiliza o direito processual, e é o processo, instrumento de atuação do direito material, um dos caminhos de solucionar um conflito de interesses estabelecidos entre particulares, uma coletividade ou, até mesmo, de toda sociedade.

O processo civil passou por diferentes compreensões ao longo do tempo, desde o antigo processo romano e frente às mutações ocorridas no papel o Estado em sua roupagem liberal e social. O Estado Liberal construiu um modelo pelo qual se deveria evitar qualquer intervenção na gestão da vida privada, sendo que os contornos do processo civil nesse contexto eram de um forte controle estatal sobre a autoridade judiciária quando da proclamação de suas decisões, igualando o comportamento dos juízes às orientações políticas dos governantes. Contava-se com um amplo controle sobre as decisões tomadas pelos magistrados, de modo a garantir a supremacia da legislação. Nesse viés, nenhum dos atores processuais contribuía para a compreensão do sentido do direito.

Tendo em vista que a neutralidade do modelo apresentado não satisfiz as reais exigências da camada mais oprimida da população surge o Estado Social, que ampliou o conceito de direito publico subjetivo e criou os direitos sociais, exigindo políticas governamentais positivas que garantissem o mínimo de bem-estar a população, limitando o poder econômico, objetivando implementar a igualdade material. O fato é que não se vislumbrou esse mínimo bem-estar, ou a garantia de direitos na prática, razão pela qual esse conceito estatal necessitou de uma certa 'ampliação'.

O que se tem estampado hoje, no artigo primeiro de nossa Carta Magna de 1988, é um Estado que diz-se constituir Democrático de Direito, estado esse que reclama uma postura pro-ativa, que deve se antepor aos fatos, buscando 'controlar' a sociedade, pautado nos ditames da justiça, solidariedade, pluralismo e ausência de preconceito entre os cidadãos.

Além desse modelo de Estado vir inserido na nossa Constituição Federal, criou-se uma comissão para a criação de uma nova legislação processual civil no país, com o objetivo de adaptar as normas processuais atuais às mudanças

ocorrentes na sociedade. A importância do tema proposto nesse trabalho está justamente aí, pois ao objetivar, no futuro Código de Processo Civil, a sua harmonização com a Constituição da República Federativa do Brasil, que clama por um agir pro-ativamente por parte do Estado, com execução de políticas públicas, se torna de alta repercussão e relevância social o conhecimento do projeto do CPC e a sua inserção no paradigma de Estado que vivemos hoje.

Com efeito, no Estado Democrático de Direito, diferentemente dos demais paradigmas já vivenciados, o direito processual civil está ao lado da imprescindível participação do povo na configuração e efetivação de direitos fundamentais, tem uma preocupação com a Constituição e com a satisfação dos direitos nela declarados. Ademais, há tempos o Estado não pode mais ser um inimigo da sociedade, mas deve desempenhar um papel primordial de transformação das estruturas sociais a partir da concretização de direitos, tudo em um ambiente democrático. Em razão disso é que se mostrou obsoleto o atual Código de Processo Civil Brasileiro, datado de 1973, perante a demanda de uma sociedade que está em constante evolução, principalmente ao surgimento de novos direitos, tais como o direito a um meio ambiente saudável, consumidor, biotecnologias, etc.

Nesse contexto, emerge o problema de saber em que medida os anseios do Projeto de CPC e seus pilares, até então apresentados, são compatíveis com o paradigma atual, bem como fazer uma reflexão acerca de um modelo ideal de processo civil. Objetivou-se com a presente pesquisa fornecer os elementos para a compreensão de algumas das mudanças do novo processo civil que vivenciaremos a partir da entrada em vigor de um novo código, bem como essas se mostrarão inseridas em nossa sociedade atual, uma vez que como já sabido pela comunidade jurídica, a atual legislação processual civil não tem se mostrado eficiente na solução de conflitos complexos da contemporaneidade.

Não se buscou aqui, de forma alguma, esgotar todos os institutos processuais de nossa legislação, – tanto a vigente quanto a futura – mas sim a análise de alguns deles, a fim de traçar seus objetivos e, então, poder refletir sobre eles e um modelo de processo democrático.

O método de análise do tema proposto será realizado através de uma abordagem hermenêutico-dialética. O método dialético está sendo utilizado em razão de que o tema proposto apresenta um conteúdo dinâmico, bem como toda ciência jurídica, que ‘conversa’, ou seja, interage com outros fenômenos e áreas como a

sociologia e a filosofia. Adota-se também a abordagem hermenêutica em razão da ciência jurídica manifestar-se através da linguagem, sendo necessária a busca de sua compreensão.

Vale mencionar, por oportuno, que a pesquisa utiliza como metodologia procedimental os métodos histórico e monográfico. O primeiro é utilizado de maneira que se estabelece uma evolução histórica do processo civil, construindo seus conceitos como são entendidos atualmente. O método monográfico é utilizado para se chegar às conclusões para os questionamentos propostos, porquanto objetiva uma descrição do tema, baseado em materiais já publicados, constituídos principalmente de livros, artigos científicos, legislação e material disponibilizado na internet.

O trabalho em si apresenta-se dividido em duas partes. Na primeira, denominada 'O processo civil na modernidade', primeiramente se trata da necessária relação entre o processo civil e o Estado, realizando o estudo de como se dava tal ramo do direito desde o surgimento do Estado Moderno, no qual tínhamos preponderando o Liberalismo, passando (nos séculos seguintes) pelo Estado Social de Direito, até a decadência desse no século passado.

Em seguida apresenta-se a atual situação do direito processual civil, com o esclarecimento sobre pontos relevantes do Código Buzaid, de 1973, a explanação de problemas jurídicos atuais, como por exemplo, o fato de a justiça não cumprir, em muitas demandas, suas funções dentro de um prazo razoável, e a constatação de uma crise no processo civil brasileiro. Com relação à segunda parte da pesquisa, vislumbra-se uma análise do Projeto de Novo Código, com seus avanços e retrocessos em relação ao modelo atual e, ainda, enaltece-se na pesquisa a necessidade de se falar em democracia no ramo do direito processual civil.

Vale ressaltar, ainda, que o processo é o meio eleito pelo legislador e pelos doutrinadores como correto para que todos possam ter acesso ao Estado Judiciário. Assim, não há como buscar democracia sem pensar em Processo Civil, sendo o meio propiciador de todo o tipo de manifestação e participação, onde o cidadão será ouvido sempre.

Mais do que nunca, falar em democracia nos leva a falar em Direito Processual Civil, um processo formal, formalidades essas valorativas e não meramente impeditivas de efetividade. Pensar em democracia, por assim dizer, fará ligação com a noção de Processo cooperativo, onde as partes colaborarão ao

máximo para a obtenção da verdade real e formal, que poderá repassar aos demandantes o mínimo critério de justiça e democracia.

1 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL NA MODERNIDADE

1.1 Processo civil e Estado: Uma relação necessária

A ideia de processo e cultura é necessária para se aprimorar o conhecimento acerca das modificações que a ciência processual perpassa, conforme as transformações no mundo jurídico e social. Tem-se como surgimento do Estado Moderno, um resultado de lutas entre os diversos poderes medievais, a superação da divisão medieval ou, ainda, 'o Estado dotado de ordenamento unitário próprio, isento de toda e qualquer sujeição à Igreja e ao Império, mas limitado em seus poderes por sua própria constituição, com um sistema de garantias dos direitos 'individuais', sendo essa a ideia de Estado até os dias atuais.¹

Ainda que, nesse ínterim, o Estado tenha sido de suma importância para a burguesia que emergia, o poder permanecia irreduzível nas mãos do soberano. Por esse motivo, aquela classe se viu obrigada a lutar contra toda essa arbitrariedade, fazendo com que o governo fosse limitado no sentido de que os cidadãos pudessem tomar decisões acerca de suas próprias vidas sem interferência do soberano.

Temos que o Estado de Direito Liberal institucionalizou-se após a Revolução Francesa, de 1789, constituindo o primeiro regime jurídico-político da sociedade que materializava as novas relações econômicas e sociais, colocando de um lado os capitalistas (burgueses em ascensão) e do outro a realeza (monarcas) e a nobreza (senhores feudais em decadência). Nele, destacam-se as seguintes características básicas: não intervenção do Estado na economia, adoção da Teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu, vigência do princípio da igualdade formal, supremacia da Constituição como norma limitadora do poder governamental e garantia de direitos individuais fundamentais.

Nesse contexto, a classe burguesa emergente detinha o poder econômico, enquanto que o poder político estava sob o domínio da realeza e da nobreza. Logo, percebe-se que o princípio da não intervenção do Estado na economia, defendido pelo Estado Liberal, foi uma estratégia da burguesia para evitar a ingerência dos antigos monarcas e senhores feudais nas estruturas econômicas da época,

¹ DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoria do estado**. Tradução portuguesa de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

garantindo a liberdade individual para a expansão dos seus empreendimentos e a obtenção do lucro.

Dessa forma, os capitalistas em ascensão tinham liberdade para ditar a economia a seu favor. Pregava-se a mínima intervenção do Estado na economia, defendendo a ordem natural da economia de mercado, com o escopo de expandir seus domínios econômicos. É notório que as características de Estado Liberal aqui se confundem com os anseios da burguesia e sua luta pelo espaço da iniciativa privada, no qual não mais teríamos o protagonismo constante do ente estatal que, até então, se fez presente. Com relação à Teoria da Separação dos Poderes, proposta por *Montesquieu*²:

(...) tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Como se depreende do trecho acima citado, essa doutrina, além de ter identificado quais seriam as funções exercidas pelo Estado, também defende a necessidade de cada uma dessas funções seja atribuída a diferentes titulares. Montesquieu, aqui, já sob a influência do Liberalismo, propôs essa limitação da atuação do Estado como uma maneira de reduzir seu poder. Assim, essa foi a prescrição das Constituições que pregariam que a não separação de poderes implicaria na ausência de democracia.

Ainda no tocante à Teoria da Separação dos Poderes da obra de Montesquieu, adotada pelo Estado Liberal, observa-se que o objetivo dele ao idealizar os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, era preservar os privilégios da sua própria classe, a nobreza, ameaçada tanto pelo rei, que almejava recuperar sua influência nacional, quanto pela burguesia, que dominando o poder econômico, intentava o poder político. Elaborou, então, sua teoria que repartia o poder entre a burguesia, nobreza e realeza, afastando, deste modo, a possibilidade da burguesia em crescimento ser a sua única detentora.

Outra já mencionada característica do Estado Liberal é a defesa do princípio da igualdade, uma das maiores aspirações da Revolução Francesa. Porém, é preciso observar quais os fatores que influenciaram a burguesia em ascensão a

²Montesquieu, Charles de Secondat Baron de. "O Espírito das Leis." São Paulo: Martins Fontes, 1993. Pág. 181.

pregar a aplicação de tal princípio. Ressalte-se que a igualdade aplicada é tão somente a formal, na qual se buscava a submissão de todos perante a lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação. Logo, sob o manto de tal fundamento, todas as classes sociais eram tratadas uniformemente, pois as leis teriam conteúdo geral e abstrato, não sendo específicas para determinado grupo social.

Tratou-se de outra tática da burguesia, pois se sabe que o sistema feudal possuía uma estrutura estatal ou de ordens, isto é, era composto por várias classes sociais, a que correspondiam diferentes ordenamentos jurídicos. Essa pluralidade de textos legais vigentes representava que a lei e a jurisdição eram distintas, variando conforme o grupo social do destinatário da norma. Tal situação acabou fazendo com que a realeza e a nobreza tivessem uma série de privilégios, enquanto a burguesia era discriminada.

Percebe-se, pois, que esse grande número de ordenamentos jurídicos gerava temor à classe burguesa, pois temia que a nobreza, ainda detentora do poder político, continuasse implementando leis que conferissem privilégios apenas à sua casta. Dessa forma, os capitalistas idealizaram a criação de um único ordenamento jurídico, defendendo a igualdade formal, no qual todos eram iguais perante a lei, que possuía conteúdo geral e abstrato, aplicando-se indiscriminadamente a todos os grupos sociais, não permitindo o estabelecimento de prerrogativas para determinada classe em detrimento das outras, surgindo o conceito de Estado de Direito e a figura da Constituição, que passava a limitar os poderes do governante, visando conter seus arbítrios, que preponderavam no Estado Monárquico.

O Estado de Direito trouxe a possibilidade do cidadão, sendo o titular do direito, ter a faculdade de exigir-lo em desfavor do Estado, regulando a atividade política, situação que não era prevista no Absolutismo, no qual apenas estabelecia direito subjetivo dos indivíduos nas suas relações recíprocas, isto é, o cidadão podia exigir o cumprimento de uma obrigação pactuada com outro cidadão, mas não em face do Estado.

Desta forma, o Estado de Direito, ao passar a impedir o exercício arbitrário do poder pelo governante e garantir o direito público subjetivo dos cidadãos, reconhece, constitucionalmente, e de uma forma mínima, direitos individuais fundamentais, como a liberdade (apregoadas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

de 1789, a qual foi mantida como preâmbulo da Constituição Francesa de 1791), consoante os ensinamentos de Norberto Bobbio³, assim delineados:

na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio invioláveis.

Assim, o Estado Liberal cria os chamados *direitos de primeira geração*⁴, que decorrem da própria condição de indivíduo, de ser humano, situando-se, desta feita, no plano do ser, de conteúdo civil e político, que exigem do Estado uma postura negativa em face dos oprimidos, compreendendo, dentre outros, as liberdades clássicas, tais como, liberdade, propriedade, vida e segurança, denominados, também, de direitos subjetivos materiais ou substantivos. É preciso ressaltar que tais direitos exigiam do Estado uma conduta negativa, isto é, uma omissão estatal em não invadir a esfera individual do nacional, que deixou de ser considerado mero súdito, elevando-se à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes estatais. Segundo Nunes⁵:

Com base nesse prisma de análise, delineavam-se, em regra, legislações e sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, agora liberais (liberalismo processual), quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura⁶ (mantida da fase pré-liberal) e, especialmente, o princípio dispositivo. Todos esses princípios técnicos buscavam a manutenção da imparcialidade e de um comportamento passivo por parte do juiz.

Ainda em relação à supracitada igualdade formal, o referido autor traz que⁷ no processo liberal havia uma impossibilidade de compensações de desigualdades (sociais e econômicas) – estratégias corretivas – pela atividade judicial ou pela

³ BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, pag. 19.

⁴BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Disponível em: <<http://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>>. Acesso em: 29 de outubro de 2013.

⁵ NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático: Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

⁶ Princípio segundo o qual o juiz devia apenas julgar com base nos escritos, sem nunca entrar em contato direto com as partes e testemunhas. A escritura era considerada uma proteção do juiz contra a parcialidade.

⁷NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.* p. 75.

assistência de advogados subsidiados pelo Estado. Também refere, mencionando trecho de Damaska, que⁸

[...] todas as partes são tratadas da mesma forma no tocante à alocação dos instrumentos processuais, exatamente como todos os votantes têm o mesmo direito na regulamentação das eleições (um homem, um voto). Em outras palavras, as partes são tratadas abstratamente, abstraindo-se delas as diferenças pessoais (substanciais) e tratando-as como titulares de direitos processuais equivalentes.

Aqui não se considerava a realidade entre os indivíduos que se encontravam frente a frente no processo – igualdade material -, mas equiparavam-se todos como se não houvesse qualquer disparidade entre eles. Com relação ao modo como se compreendia os poderes em relação ao direito tínhamos que:

[...] o direito era identificado pela lei e sua titularidade era exclusiva do legislador, o qual aparecia como único protagonista da juridicidade com preterição e quase total sacrifício do juiz, que nada mais era do que a boca da lei.⁹

O Estado de Direito foi aquele em que vigorou o chamado "império da lei". Este termo engloba alguns significados: primeiro que, neste tipo estatal, as leis eram criadas pelo próprio Estado, através de seus representantes politicamente constituídos; o segundo aspecto é que, uma vez que o Estado criou as leis e estas passam a ser eficazes (isto é, aplicáveis), o próprio Estado fica adstrito ao cumprimento das regras e dos limites por ele mesmo impostos; o terceiro aspecto, que se liga diretamente ao segundo, é a característica de que, no estado de direito, o poder estatal é limitado pela lei, não sendo absoluto, e o controle desta limitação se dá através do acesso de todos ao Poder Judiciário, que deve possuir autoridade e autonomia para garantir que as leis existentes cumpram o seu papel de impor regras e limites ao exercício do poder estatal.

Assim sendo, aqui o Poder Judiciário não passou de um garantidor do legislativo e o juiz, de um mero reproduzidor de leis.

Nessa senda, pode-se constatar que a configuração de um processo remetido integralmente à autônoma iniciativa individual dos particulares, no

⁸NUNES *apud* DAMASKA, Mirjam R. I voltidellagiustizia e Del potere: analisicomparatistica Del processo. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 75.

⁹ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira, SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278/2061>> Acesso em: 2 de novembro de 2013.

qual a intervenção do juiz era reduzida ao mínimo, respondia às ideologias burgo-liberais. O processo civil forjava-se, nesse sentido, de um lado pelo dogma da liberdade das partes privadas no processo e, de outro, pelo dogma da mais completa tutela dos direitos processuais das partes. É fácil verificar que o domínio das partes sobre a gestão do processo transfere o ideal da autonomia da pessoa da esfera da ideologia política à administração da justiça. O processo civil foi, desta feita, reconduzido a um ideal individualista como controvérsia de duas partes autônomas frente a uma corte passiva, pensado, ainda, como uma mera continuação de outros meios de relações privadas instituídas sob os auspícios da cultura da época. Resta claro, portanto, que o Estado Liberal Clássico construiu um modelo de juiz passivo a concordância com a concepção liberal pela qual o Estado deve evitar qualquer intervenção na gestão dos afazeres privados. Ao mesmo tempo, moldou os contornos do processo civil a partir de um forte controle estatal sobre o juiz no momento de decidir, uniformizando rigorosamente o comportamento dos juízes às orientações políticas do governo, usando todos os instrumentos lícitos ou ainda ilícitos, como pressões de arrecadações e sanções burocráticas ou disciplinares sobre aqueles que ousassem se comportar de modo independente. Obtinha-se, dessa forma, um amplo controle sobre as decisões tomadas pelos juízes, de modo a garantir a supremacia da legislação. Nesse viés não era dado nem ao juiz, nem às partes contribuir para a compreensão do sentido do direito. O perfil do processo no Estado Liberal Clássico, portanto, pode ser resumido no seguinte binômio: “total liberdade das partes privadas frente ao juiz; forte controle político sobre o juiz por parte do governo”.¹⁰

No que tange à importância do Estado Liberal de Direito, registre-se que¹¹

Se atualmente é possível falar na afirmação dos direitos sociais-fundamentais, paulatinamente positivados nas constituições modernas, isso se deve justamente ao nascimento dos movimentos constitucionalistas desde o constitucionalismo liberal, do século XVIII, o qual buscou dar atenção principalmente aos indivíduos e a sua proteção contra eventuais abusos cometidos pelo Estado e pelos outros indivíduos que compunham a sociedade.

Todavia, a igualdade tão somente formal aplicada e o absentismo do Estado Liberal em face das questões sociais apenas serviram para expandir o capitalismo, agravando a situação da classe trabalhadora, que passava a viver sob condições miseráveis. O descompromisso com o aspecto social, agravado pela eclosão da Revolução Industrial, que submetia o trabalhador a condições desumanas e degradantes, a ponto de algumas empresas exigirem o trabalho diário do obreiro por doze horas ininterruptas, culminou com a Revolução Russa de 1917, conduzindo os trabalhadores a se organizarem com o objetivo de resistir à exploração.

¹⁰ ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira, SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. *Op. cit.* p. 7.

¹¹ ISAÍÁ, Cristiano Becker. Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: A metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo. 2 Edição – Revista e Ampliada. Curitiba: Juruá, 2011. p. 34.

Esse movimento configurava a possibilidade de uma ruptura violenta do Estado Liberal, devido a grande adesão de operários do ocidente europeu. A burguesia, hesitando a expansão dos ideais pregados pela Revolução Russa, adotou mecanismos que afastassem os trabalhadores da opção revolucionária, surgindo, então, o Estado Social, com as seguintes características: intervenção do Estado na economia, aplicação do princípio da igualdade material e realização da justiça social. Segundo Cristiano Becker Isaia:

Isso se deve ao fato de que o constitucionalismo do final do século XIX e início do século XX foram marcados pela luta de classes, por inspirações socialistas que almejavam o bem-estar da sociedade, local habitado não mais por indivíduos em sua singularidade, mas pela coletividade. Nesse ambiente é que o Estado Social trouxe às suas Constituições os direitos sociais, econômicos, ambientais, etc. E é justamente a partir daí que a perspectiva de um Estado neutralizado, absenteísta, dará lugar a um Estado interventor, a um Estado de gestão, diretamente vinculado e comprometido com a realização da chamada 'questão social'.¹²

Verificou-se que a burguesia, agora detentora do poder político, passou a defender o intervencionismo estatal no campo econômico e social, buscando acabar com a postura absenteísta do Estado, preocupando-se com os aspectos sociais das classes desfavorecidas, conferindo-lhes uma melhor qualidade de vida, com o único intuito de conter o avanço revolucionário. Para alcançar tal intento, os capitalistas tiveram que substituir a igualdade formal, presente no Estado Liberal, que apenas contribuiu para o aumento das distorções econômicas, pela igualdade material, que almejava atingir a justiça social.

O princípio da igualdade material ou substancial não somente considera todas as pessoas abstratamente iguais perante a lei, mas se preocupa com a realidade de fato, que reclama um tratamento desigual para as pessoas efetivamente desiguais, a fim de que possam desenvolver as oportunidades que lhes assegura, abstratamente, a igualdade formal. Surge, então, a necessidade de tratar desigualmente as pessoas desiguais, na medida de sua desigualdade. Com efeito, registra Nunes:

Caberia ao juiz a assunção de um duplo papel: a) de educador: extraprocessualmente, este deveria instruir todo cidadão acerca do direito vigente, de modo a auxiliá-lo na defesa de seus direitos; b) de representante dos pobres: endoprocessualmente, o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade e com o princípio dispositivo, assumir a representação da classe mais pobre.
(...)

¹² ISAÍÁ, Cristiano Becker. *Op. cit.* p. 38.

Esta postura compensadora dos *déficits* de igualdade material entre as partes (a favor da mulher, do trabalhador, do menor e de todas as "vítimas do Estado").

Há, assim, uma semelhança entre o Estado Social e o Estado de Direito, na medida em que foi este, como vimos no tópico anterior, que originou o conceito de direito público subjetivo, cabendo àquele a abrangência de seu alcance, regulando, mais efetivamente, atividades políticas governamentais. Sobre as semelhanças e diferenças existentes entre estas duas formas de Estado, Gordillo¹³ assim enuncia:

A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas às quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre o Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios.

Verifica-se, assim, que o Estado Social (ou do Bem-Estar), apesar de possuir uma finalidade diversa da estabelecida no Estado de Direito, possui afinidades com este, uma vez que mantém o respeito aos direitos individuais, notadamente o da liberdade, para construir os pilares que fundamentam a criação dos direitos sociais. Surgem, desta forma, os "direitos de segunda geração", que se situam no plano do ser, de conteúdo econômico e social, que almejam melhorar as condições de vida e trabalho da população, exigindo do Estado uma atuação positiva em prol dos explorados, compreendendo, dentre outros, o direito ao trabalho, à saúde, ao lazer, à educação e à moradia.

Como visto, percebe-se que os direitos públicos subjetivos criados, minimamente, pelo liberalismo, exigiam uma postura estatal negativa, enquanto que o Estado Social reclamava por uma conduta positiva, dirigente, ativista, onde se implementassem políticas governamentais que, efetivamente, garantissem o mínimo de bem-estar à população. Assim, ampliam-se os direitos subjetivos materiais, exigindo um compromisso dos governantes em relação aos governados, com vistas a lhes proporcionar, dentre outros, direito a educação, saúde e trabalho, que se situam no plano do ter, diferentemente dos direitos assegurados pelo liberalismo, que se estabelecem no plano do ser.

¹³ GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público*. Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. Ed. RT: São Paulo, 1977, pág. 74

O Estado de Bem-Estar busca implementar a seguinte premissa lógica: "é preciso ter para ser". Ou seja, é necessário ter, materialmente, um mínimo de direitos assegurados e realizados, para que o indivíduo possa ser, realmente, um cidadão. Cumpre registrar que a primeira Constituição a consagrar os direitos sociais foi a do México, de 1917, apesar da Constituição Alemã de 1919 (de Weimar) ser a mais conhecida. No Brasil, a primeira Constituição a prever em seu texto os direitos sociais foi a de 1934, época do governo de Getúlio Vargas, que consagrou os direitos trabalhistas. Com relação também à continuidade de um modelo para o outro, Cristiano Becker Isaia¹⁴ aduz que:

Todavia, mesmo diante desse novo quadro estatal, onde a questão social se apresentou principalmente em razão dos movimentos do proletariado, do movimento sindicalista, dando azo a instituição das pretensões de massa (coletivas), o processo civil permaneceu atrelado à concepção subjetivo-individualista, continuando a se deter num rito apto à consecução de direitos individuais através da hipostasiação do procedimento ordinário declaratório e da subjetividade do jogador.

Na mesma obra, o jurista tece importantes comentários acerca da atuação do juiz do Estado Social, senão vejamos:

Entretanto, com o aparecimento da denominada "questão social" no movimento constitucionalista subsequente, tanto o processo quanto a atuação judicial modificaram-se. Nesse passo, de um perfil jurisdicional "reproducionista" se passou a conviver com um juiz discricionário. Com o juiz que romperia com a atividade judiciária mecanicizada, tanto no que tange ao *dizer o direito* quanto na condução do rito processual.¹⁵

(...)

A atuação dos juízes sofreu sérias implicações, até mesmo porque a eles também se exigiria uma contribuição para tornar efetivos os programas sociais¹⁶

(...)

Tomando-se emprestada a nomenclatura de Cappelletti na obra *Juízes Legisladores?*, é possível afirmar que o modelo de juiz no referido espectro estatal é o 'criativo', o que se justificaria pelo aumento do poder discricionário dos juízes oriundo da tentativa de implementação das políticas público-promocionais delineadas por este Estado.¹⁷

Válido mencionar, novamente, o professor Nunes¹⁸:

Tais tendências de socialização do processo representavam um movimento crítico contra as degenerações do sistema processual liberal, que permitiam à parte assistida por um advogado mais hábil a vitória no "duelo judiciário, em que o processo se transformava.

¹⁴ISAÍIA, Cristiano Becker. *Op. cit.* p. 46.

¹⁵*Idem, Ibidem.* p. 38.

¹⁶*Idem, Ibidem.* p. 40.

¹⁷*Idem, Ibidem.* p. 41.

¹⁸NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.* p. 105-106.

Como Salienta Picardi¹⁹:

É notório que, com a passagem do Estado liberal clássico ao Estado Social de direito, as atribuições do legislador e os aparatos administrativos foram multiplicados. Mas o aumento destes aparatos determinou [...] um incremento dos poderes do juiz. O fenômeno resulta acelerado, sobretudo pela patologia de uma legislação oscilante entre a inflação em alguns setores e a inatividade em outros.

A característica da chamada “inflação legislativa” não consiste somente na multiplicação das leis, mas também na desvalorização da lei. [...] multiplicação das disposições legislativas, não somente quantitativas, mas, sobretudo, qualitativa. [...] Foi sublinhado como a atividade jurídica é uma ars combinatoria de leibiniziana memória; o aumento do número de regras comporta, então, um desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinação: mais regras existindo, maiores serão as possibilidades de antinomias, de contradições internas do ordenamento. Além disso, a aceleração progressiva do iussuperveniens termina por transferir á jurisprudência atribuições consideradas próprias da legislação: da determinação dos efeitos da lei no tempo (abrogativos e retroativos) à mesma organização das fontes do direito.

Considerações feitas, o que se tem é que além do ativismo da atuação jurisdicional desse modelo estatal, não se vislumbra a resolução dos problemas sociais pela promoção das políticas públicas. Como se vê hoje, esse fenômeno, segundo Cristiano Becker Isaia, intensificou ainda mais a procura pela jurisdição como meio de atuação do político, marca registrada do Estado de feição democrática de direito.²⁰ Temos que o fortalecimento do papel do Judiciário trouxe para ele próprio a necessidade de suprir a carência legislativa. Passemos então a analisar a atual situação vivenciada pelo estado da arte da direito processual civil.

1.2 O estado da arte do Direito Processual Civil

O direito processual civil só adquiriu consistência científica e passou a ser concebido como uma disciplina autônoma no século XIX. As novas concepções sobre o direito de ação e sobre a relação processual possibilitaram a afirmação da autonomia do direito processual em relação ao direito material. Mesmo tendo a maior parte da história do processo civil transcorrido sem que se dispusesse do conhecimento da autonomia de seu estudo e de seu emprego, muitos aspectos do processo de hoje foram herdados dos procedimentos passados, principalmente dos romanos. A seqüência dos procedimentos, a livre análise da prova pelo juiz e o

¹⁹NUNES *apud* PICARDI, Nicola. La vocazione de nostro tempo per La iurisdizione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano: Giuffrè, p. 44-45.

²⁰*Idem, Ibidem.* p. 46.

direito a recursos são alguns exemplos dos elementos utilizados nos processos atuais.

Como referido em momento anterior, enquanto o modelo liberal atribuiu direitos ao indivíduo, o social distribuiu bens jurídicos que poderiam ser reivindicados por qualquer indivíduo ou classe. Passados longos anos desde o ápice do Estado Social, chegamos a situação do estado da arte do processo civil de que se dispõe atualmente. Um processo em crise, o que se deve, de um lado, ao seu desencontro com a Constituição e, de outro, ao encontro com percepções antidemocráticas, desveladas em seus inúmeros institutos, resumidos por a massiva parte dos doutrinadores, a mera técnica²¹. Com relação à crise do Estado social ao atual processo civil brasileiro, registre-se que

A própria justiça, de legal-formal, passa a legal-material, disponibilizando à sociedade uma série de mecanismos institucionais (e processuais) adequados a protegê-la. É nesse contexto que surgem os sistemas de proteção ao meio ambiente, ao consumidor, dentre outros.

Diante da reivindicação dessa nova condição alia-se uma condição de insuficiência do Estado em implementar os direitos sociais, o que acabou gerando dúvidas e conflituosidade. Por isso, tendo-se em vista as inúmeras transformações pelas quais passou o Estado social (por primeiro: de seu surgimento às décadas gloriosas; por segundo: do início anos 70 até o esvaziamento de sua plataforma estratégica), é importante referir que, principalmente na segunda fase, o mesmo se viu confrontado com suas próprias limitações, inviabilizando que as previsões constitucionais que o acompanhavam fossem levadas a cabo.

Disso resultou uma situação de exclusão social, o que o Estado do bem-estar não teve como controlar. Diante de um quadro de insuficiência na prestação das políticas públicas e de insatisfação popular na realização, pelo Estado, das promessas delineadas, o deságue das esperanças do povo não visualizou outro destinatário que não o judiciário. O juiz passa a ser chamado a desenvolver funções que antigamente eram desempenhadas por outras instituições, o que elevou consideravelmente seus poderes.²²

É nesse cenário que nos encontramos hoje. Podemos perceber como o Poder Judiciário encontra-se eivado de problemas de todas as ordens, como o afogamento das varas, que enfrentam diariamente pilhas e pilhas de processo; a morosidade da prestação jurisdicional; a falta de qualidade em muitas decisões em face do já mencionado volume de trabalho e, a partir daí, passamos para a análise de alguns institutos contemporâneos.

²¹ISAÍÁ, Cristiano Becker. O direito processual civil no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://neapro.wordpress.com/2013/04/02/o-papel-do-direito-processual-civil-no-estado-democratico-de-direito/>> Acesso em: 3 de novembro de 2013.

²² ISAÍÁ, Cristiano Becker. Processo civil e hermenêutica: A crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012. p. 150.

O processo civil, antes de servir como tutela dos interesses particulares, é um local de pacificação social e de reafirmação da lei. O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 segue esses entendimentos, a partir daí é que se faz uma análise da problemática do sistema processual vigente e dos pontos positivos e negativos das reformas que vêm sendo implementadas.

O Código Buzaid (Código de Processo Civil Brasileiro de 1973, assim conhecido em razão de o Código de 1939 ter sido reformado com base no anteprojeto do então Ministro Alfredo Buzaid) foi enaltecido desde o seu surgimento pela cientificidade de suas disposições. A partir dele, restou construído sistema de acordo com a doutrina e legislação alienígena – notadamente alemã e italiana –, embebidas nas concepções do Processualismo (corrente científica que destacava a autonomia do direito processual na Europa), vigentes no Velho Continente do final do século XIX e início do século XX.

Naquela época, se fazia importante a construção de um novel modelo processual, sendo, em 1964, entregue por Alfredo Buzaid o Anteprojeto do Código de Processo Civil – que viria, após muita discussão, a ser encaminhado ao Congresso Nacional em 1972, sendo sancionado no ano seguinte. O Código Buzaid, efetivamente vigendo no Brasil desde 1974, restou dividido, em termos de esquema para tutela dos direitos, em processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar.

A relativa autonomia dos títulos é evidente, cabendo destaque central ao processo de conhecimento, já que a execução e a própria medida cautelar mantêm vinculação direta com o resultado esperado daquele – tudo repercutindo na ordem lógica e cronológica seguida pelo Código. E dentro do processo de conhecimento, embora previsto o rito comum sumário, destaca-se o rito comum ordinário, especialmente projetado para prolação de sentença de mérito pelo Estado-juiz após “cognição plena e exauriente – ultrapassadas, na sequência, a fase postulatória, saneadora e instrutória”. Com relação ao procedimento ordinário, critica Acioli²³:

Ocorre que esse padrão procedimental tornou-se insuficiente e inadequado às exigências de uma sociedade de massas que logrou enorme progresso durante este século com o encurtamento das distâncias, modernizações das comunicações, que culminaram na instantaneidade das relações inter-humanas, provocando uma transformação sócio-cultural sem precedentes

²³ ACIOLI, José Adelmy da Silva. A crise do processo civil: uma visão crítica. Disponível em: <http://www.amatra19.org.br/artigos_/jose_aldemir/A_Crise_Processo_Civil_Uma_visao_critica.pdf> Acesso em: 12 de novembro de 2013.

na história da civilização do homem, exigindo um processo mais célere, a fim de decompor os “novos litígios” que não podem se sujeitar à morosidade do procedimento ordinário, trazendo à tona sua limitação e, mais que isso, sua superação.

A respeito dessa estrutura geral montada pelo Código Buzaid é oportuna a detida investigação elaborada por Daniel Mitidiero, em que, ao qualificá-lo como “individualista, patrimonialista, dominado pela ideologia da liberdade e da segurança jurídica”, explicita que o rito comum ordinário do processo de conhecimento só permite a decisão da causa após amplo convencimento de certeza a respeito das alegações das partes; sendo que tal concepção formatada pelo Código presta tributo a uma das ideias centrais das codificações oitocentistas, qual seja, a certeza jurídica, imaginada a partir de expedientes processuais lineares e com possibilidade de amplo debate das questões envolvidas no processo²⁴.

Tratemos, pois, de analisar, em maiores detalhes, os pilares que sustentam esse código processual – mencionando-se, nessa ordem, o respeito ao princípio dispositivo, os limites à relativização da causa de pedir/pedido, e as matérias reconhecíveis de ofício; o sistema recursal; e a técnica preclusiva. A própria posição do art. 2º do Código Buzaid revela a importância do princípio dispositivo para o sistema montado, vigente a partir da década de 70. O Estado-juiz não inicia o processo, cuja atribuição é da parte (cidadão) que se sentiu lesado no âmbito dos seus direitos, e que deve trazer ao Poder Judiciário a sua pretensão (pedido), como também os correspondentes fundamentos de fato e de direito (causa de pedir).

Confirma o art. 262 do Código Buzaid que o processo civil começa por iniciativa da parte, acrescentando, no entanto, que o feito desenvolve-se por impulso oficial. Ou seja, a parte requer a prestação jurisdicional e depois de proposta a demanda cabe ao Estado-juiz conduzir o processo para a rápida solução do litígio, inclusive propondo de ofício a produção de prova que entende necessária para dirimir a controvérsia – situação que não exclui, por óbvio, que as partes participem diretamente na condução do feito, requerendo ao juízo os impulsionamentos nos termos que, no entender de cada litigante, são mais apropriados (art. 125, II e art. 130, ambos do Código Buzaid).

Logo, não há espaço no Código Buzaid para relativizações do princípio dispositivo, quando se refere ao ato vital de propositura da demanda, com a devida

²⁴ MITIDIERO, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid” in Revista de Processo nº 183 (2010): 165/194.

limitação pela parte da causa de pedir e pedido, e aí está a razão pela qual se defende que o princípio dispositivo representa o grande limitador para o agir do Estado-juiz no processo. Quanto ao princípio dispositivo também há que se falar no sentido de que o impulsionamento do feito não deve ser deixado a cargo exclusivo das partes, a fim de que iniquidades e demoras injustificadas se perpetuem no transcorrer dos autos.

Mas, se uma das marcas do Código Buzaid, no seu tradicional rito comum ordinário do processo de conhecimento, é a rigidez quanto à aplicação do princípio dispositivo, outra evidência de rigidez no procedimento vem insculpida no art. 264, ao impossibilitar a alteração da causa de pedir/pedido após o saneamento do feito. A parte final do dispositivo, ao deixar claro que "em nenhuma hipótese" será permitida a alteração dos limites da lide após o despacho saneador, inviabiliza, nesse estágio, a relativização da causa de pedir/pedido mesmo que o Estado-juiz e o próprio réu estejam de acordo com a medida.

No que diz respeito às matérias reconhecíveis de ofício, outra importante base do Código Buzaid, em ainda incipiente posição já se admite que o julgador, sem intervenção direta das partes, tome determinadas medidas oficiosas, desde que devidamente catalogadas. Tratam-se de matérias específicas apontadas expressamente pelo Código como de interesse "supra partes", em que se admite então que o julgador possa sobre elas se manifestarem de plano, sem requerimento específico dos litigantes – como a temática probatória, de acordo com a primeira parte do art. 130. Vale ressaltar ainda o art. 267, § 3º ao autorizar que o juízo conheça de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, as condições da ação e os pressupostos processuais; o art. 245, § único ao apontar que as nulidades absolutas não estão sujeitas as penas preclusivas; e, mais recentemente, cabe registro ao art. 219, § 5º ao anunciar que o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

Pode-se dizer que o atual Código de Processo Civil vem estruturado com uma fase ampla de conhecimento; preocupa-se com a consagração do princípio do devido processo legal, prevê com rigidez a forma de impulsionamento inicial do Judiciário (sempre a cargo da parte), bem como prevê com rigidez a impossibilidade de qualquer um dos que figuram no processo modificar a causa de pedir e pedido a partir do saneamento do feito, admitindo, assim, maior participação ativa do juiz no controle do processo – sendo previstas hipóteses legais de reconhecimento de ofício em matérias elencadas como de ordem pública.

No entanto, devemos refletir se ao se permitir ao magistrado uma ampla liberalidade na produção de uma prova de ofício, não se corre o risco do mesmo perder sua imparcialidade, ou na buscada “verdade real”, valorando de modo desigual a prova produzida ex-offício. Aqui se apresenta como lógico que não se deveria permitir ao magistrado tal possibilidade. Segundo Pinto:²⁵

Também não se pode deixar de esclarecer que no processo civil atual, não se fala mais em verdade formal, mas sim, tanto quanto em processo penal, em verdade real. Observe que o magistrado irá buscar sempre chegar à verdade real, mas somente obterá uma certeza provável, essa busca pela verdade real, para grande parte da doutrina, é que permite que o magistrado possa produzir um a prova ex-offício, mas, frise-se que tal busca deve sofrer limitações imposta pela lei, para que não seja dada margem de se adentrar no perigoso campo do arbítrio.

Também, ainda que o nosso país tenha adotado o sistema da *civil Law*, não são raras as vezes em que os magistrados valem-se da jurisprudência, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para tentar se chegar a uma verdade provável. Vejamos, ainda as colocações do mesmo jurista²⁶:

Destarte, para que o magistrado no sistema da *civil Law*, não assuma um papel de juiz acusador ou parcial, nem mesmo para que não faça da sua verdade, uma verdade absoluta, desprezando incondicionalmente a lei e o direito das partes, fato este que abriria caminho para o arbítrio, deve o magistrado pautar sua conduta pró-ativa em três grandes pilares, quais sejam: 1) a real necessidade e adequação da sua intervenção para realização da prova; 2) a razoabilidade e a proporcionalidade daquela medida a ser tomada; 3) e a utilização das suas máximas de experiências.

Agora, o que não se pode deixar acontecer é a banalização e a utilização indevida dos pilares (princípios e medidas) retro mencionados.

Às vezes a hermenêutica jurídica, pode nos levar a várias interpretações sobre o mesmo artigo, nesta ótica, apesar da redação do artigo 130 do CPC, deixar transparecer que o magistrado, de ofício, deva produzir uma prova, a regra deve ser interpretada como um filtro que será feito pelo magistrado para saber quais as provas serão úteis à instrução do processo. Essa regra não deve ser vista como uma regra absoluta, evitando-se assim, que o magistrado vire um juiz acusador e parcial, ou melhor, evitará que o magistrado se transforme na própria prova.

Uma coisa é o juiz valorar a prova de acordo com seus conhecimentos pessoais; outra é o magistrado se transformar na própria prova dos autos, e outra ainda, é o magistrado determinar a produção de prova ex-offício.

²⁵PINTO. Maurício Luíz Pereira. Os poderes probatórios do juiz na *civil law* e na *common law*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1242740489174218181901.pdf>>. Acesso em: 05 de dezembro de 2013. p. 4.

²⁶*Ibidem*, p. 11.

Portanto, tem-se que, em um Estado Democrático de Direito, o juiz deva realmente assumir um papel pró-ativo no processo civil, mas o que não se tolera é que ele se valha de uma posição de protagonista do processo para assumir, injustificadamente, o papel que, via de regra, caberia à Constituição Federal.

Noutro passo, este quanto à matéria recursal, a preocupação do Código Buzaid com a “certeza da decisão”²⁷ a ser pronunciada leva a formação de sistema com um ‘leque’ de medidas recursais, seja diante da sentença, ou outra decisão proferida pelo juiz no curso do processo. Assim, se em virtude da extensão do rito comum ordinário do processo de conhecimento há ampla investigação da matéria levada ao juízo para a prolação da esperada legítima decisão final, por outro lado, há também ampla possibilidade de a parte levar às superiores instâncias a sua irresignação quanto ao teor desta decisão de mérito bem como quanto ao teor das anteriores que, direta ou indiretamente, tratam de afetá-la.

Temos nosso sistema recursal, consubstanciado no CPC de 1973, o artigo 496 que aponta oito tipos recursais cabíveis: apelação, agravo, embargos infringentes, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário e embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário. O recurso de agravo admite, no âmbito do atual CPC, três formas de interposição, que remetem o mesmo às seguintes denominações: agravo de instrumento, agravo retido e agravo interno. Ressalta-se, ainda, acerca do agravo, a sua admissibilidade na forma de agravo regimental, que, como indica a nomenclatura, resta prevista em regimentos internos de tribunais pátrios variados.

Cabe ainda constar que em defesa da “certeza da decisão” pronunciada exclusivamente contra a Fazenda Pública, o art. 475 do Código Buzaid prevê que a sentença de primeiro grau só produzirá efeitos depois de confirmada pelo Tribunal – instituto denominado de reexame necessário ou recurso *ex officio*. Também, faz-se necessário estudar a figura da preclusão, aplicada de forma bastante frequente ao longo de todo o andamento do feito. A aplicação acentuada da técnica preclusiva envolve diretamente a dinâmica no controle dos prazos para os atos das partes ao

²⁷Sobre o surgimento dessa certeza, explica Cristiano Becker Isaia que “a leitura do direito processual civil a partir da influência do pensamento racionalista presente no século XVII consiste num legado extremamente rico deixado pelo jurista Ovídio Baptista. Teve ele, como poucos, a perspicácia de observar a necessidade de investigar o processo para além do dogmatismo, advertindo que o processo de conhecimento foi construído sobre a exigência de que a verdade proclamada depois de um amplo debate judicial advém de um juízo de certeza, o que levou ao fortalecimento de um ‘instrumento’ capaz de abrigar essa filosofia, que possui na ideologia da separação dos poderes sua base de sustentação”. *Op.cit*, p. 89-90.

longo do procedimento (conhecimento, execução e cautelar), eis a razão pela qual se defende que a preclusão representa o grande limitador para o agir das partes no processo.

O Código Buzaid, de fato, apresenta rigidez na aplicação da técnica, à medida que a grande maioria das decisões judiciais e dos atos de impulsionamento estão submetidos à preclusão. Dessa maneira, presencia-se a atuação da preclusão sobre as sentenças e as decisões interlocutórias, bem como diante de atos de mero andamento processual (como na apresentação de contestação e documentos, quesitos, laudo do perito assistente, rol de testemunhas, impugnação à ata de audiência, impugnação à cálculo de execução, etc).

Sendo constante no processo, mesmo após o trânsito em julgado do feito, e produzindo efeitos, muitas vezes, graves e imodificáveis, a preclusão acelera a marcha do processo, atuando decisivamente na moldagem dos julgamentos – levando-se sempre em conta que o ato processual final é a sequencia lógica dos atos processuais anteriores. Sobre o Código de 1973, quando de sua criação:

Houve, portanto, a priorização da segurança jurídica, entendida como o direito dos litigantes à cognição exaustiva do direito em litígio, ensejando a amplitude do contraditório, da defesa, da interposição de recursos, etc. em detrimento da tempestividade da prestação jurisdicional, em última análise, entendida como acesso à Justiça.

Tem-se, na prática, uma tensão entre esses dois valores, que, abstratamente, são compatíveis e harmonizados pelo texto constitucional e entre os quais não há qualquer hierarquia, mas que na prática ensejam uma nítida colisão de direitos fundamentais, trazida à baila por ZAVASCKI, evidenciando a impossibilidade de sua interpretação de modo absoluto, haja vista sofrerem restrições pela própria Constituição e pelo sistema jurídico que dela emana.

(...)

O procedimento ordinário, primado no postulado da segurança jurídica, faz com que seja suscitada a desigualdade das partes na relação jurídico-processual, uma vez que o ônus da demora do processo recai exclusivamente no autor, tendo se afastado da realidade social, inserindo o princípio da neutralidade que obsta a criação de um procedimento capaz de distribuir racionalmente o tempo do litígio.

(...) tornou-se excessivamente formalista, preterindo a celeridade em detrimento da segurança, entendendo-se a demora do processo como um mal necessário à cognição definitiva do direito, havendo um afastamento da ciência processual em relação ao que se passa na realidade social, promovendo uma inquietação geral que transcende à ciência do Direito, preocupando sociólogos, antropólogos, psicólogos, economistas, políticos e a sociedade como um todo, que pode ser resumida numa indagação fundamental para o estudo da crise do processo, trazida por CAPPELLETTI, qual seja, a de 'a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam'.²⁸

²⁸ACIOLI, José Adelmy da Silva. A crise do processo civil: uma visão crítica. *Op. cit.*

O fato é que o processo, aqui de rito comum ordinário, que primou pela certeza/segurança, não tem mais vez em nossa sociedade, principalmente à tutela dos direitos de terceira geração e sua relação à prolação de sentenças condenatórias e sua tradicional dificuldade em implantar medidas concretas que sejam utilizadas para obrigar a parte a cumprir o mandamento sentencial.

O excessivo formalismo e a proliferação de atos no decorrer do processo põem em dúvida a efetividade que se espera na prestação jurisdicional a partir do procedimento ordinário. Deveras, não há mais dúvidas quanto a esta realidade, devendo haver uma análise da ineficiência do procedimento que hoje o ordenamento nos disponibiliza, notadamente à proteção do meio ambiente, consumidor, biotecnologias, bioengenharias, e direitos daí decorrentes. Conforme enuncia o professor Ovídio Baptista²⁹:

As vantagens oferecidas pelo procedimento ordinário, no sentido de permitir uma cognição plenária do conflito de interesses qualificador da lide, não mais compensam o gravame da morosidade e da inadequação às exigências da realidade social que dele reclamam respostas mais rápidas e capazes de transcender a abstração da decisão, modificando o status quo anterior à propositura da demanda.

Isto posto e, passando-se mais de vinte anos da entrada em vigor do Código Buzaid, operou-se natural modificação da sociedade, o que repercutindo no processo acabou por determinar a obrigatoriedade de retificações no modelo originário. Entretanto, não foram essencialmente alterados os pilares que deram sustentação a ele.

No conflito entre *segurança* e *celeridade*, ao que parece formou-se a convicção de que o CPC/1973 tinha um sistema processual bem articulado, mas moroso e burocrático e que, assim, não atingia em boa parte dos casos os seus propósitos derradeiros, em tempo útil. As reformas processuais, implementadas já na primeira metade da década de 90, voltaram-se para a busca incessante da efetividade da prestação jurisdicional, o que confirmou-se com a inclusão, já em 2004, do inciso LXXVIII no art. 5º da CF/88, que trata da *razoável duração do processo*.

As reformas estruturais no sistema processual pátrio de 1973 começaram realmente a se definir em meados da década de 90, com o desenvolvimento

²⁹ BAPTISTA da SILVA, Ovídio. Curso de Processo Civil. v. 1. Porto Alegre: SAFE, 1987. p. 101.

das tutelas de urgência, objeto de alteração do art. 273 do CPC, a partir do seu caput – sendo que em período próximo seguiram-se alterações na seara recursal (com destaque ao regime do Agravo), deu-se a criação da ação monitória (com a construção do art. 1102-A e ss.), seguiram-se alterações nas obrigações de fazer (de não fazer e de entrega de coisa, com introdução dos arts. 461 e 461-A no CPC), passando por mudanças na parte de execução (especialmente a partir da implementação do art. 475-A e ss.), na admissibilidade de recursos repetitivos pelas últimas instâncias (com a criação dos conceitos de repercussão geral e seleção de recursos representativos da controvérsia, nos termos do art. 543-A e ss.) e aproximação das linhas de contato das cautelares com as tutelas de antecipação do mérito (com a introdução do § 7º no já aludido art. 273 do CPC).³⁰

Hoje, há necessidade premente de se priorizar tutelas fundadas na urgência de provimento, fugindo da visão retrógrada do procedimento ordinário de que juízos fundados em verossimilhança é um risco imensurável e inaceitável. O processualista tem de compreender, com ensina Ovídio Baptista³¹, que o “instrumento com ele labora não poderá jamais oferecer uma solução absolutamente ideal e imune a qualquer inconveniente”. Por fim, não se pode esquecer que fora do âmbito do CPC de 1973 foram também construídas alterações, via legislações independentes. Um Código voltado à proteção dos direitos individuais, seguramente haveria de ser complementado com disposições que tratassem de processos envolvendo a defesa de direitos coletivos e difusos.

Cabe o registro de que as reformas continuam, jogando-se a busca da efetividade, trazendo prejuízos sensíveis, e indevidos, à segurança jurídica – entendida com maior certeza do direito a ser reconhecido judicialmente. Nesse contexto concorda-se plenamente com Luiz Guilherme Marinoni³² ao registrar que é “equivocado pensar que reformas processuais possam, apenas por si, tornar a tutela jurisdicional efetiva e o processo justo”. Ainda em relação a crise do processo vivenciada em nossa sociedade:

(...) tornou-se insuficiente e inadequado às exigências de uma sociedade de massas que logrou enorme progresso durante este século com o encurtamento das distâncias, modernização das comunicações, que culminaram na instantaneidade das relações inter-humanas, provocando uma transformação sociocultural sem precedentes na história da civilização

³⁰RUBIN, Fernando. O Código Buzaid e o Código reformado. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18695/o-codigo-buzaid-cpc-1973-e-o-codigo-reformado-cpc-1994-2010>> Acesso em: 19 de novembro de 2013.

³¹SILVA, Ovídio Baptista da. Curso de Direito Processual Civil, 3 ed. Vol III. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. P. 15.

³²MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um renovado direito processual in Bases científicas para um renovado direito processual. 2ª ed. São Paulo: Juspodium. 2009. p. 125/146.

do homem, exigindo um processo mais célere, a fim de compor os “novos litígios” que não podem se sujeitar à morosidade do procedimento ordinário, trazendo à tona sua limitação e, mais que isso, sua superação.

Outro fato que surge na nossa sociedade é que em conjunto com a criação do Código de 1973 e, perpassando todas as reformas processuais, o sistema jurídico passou a conviver com verbetes, enunciados e súmulas, que em boa parte, eram sentidos pré-dados, buscando ‘resolver’ antecipadamente as diversas hipóteses de aplicação da lei.

Com o advento da Constituição, o sistema se complexou. Com recepções equivocadas da jurisprudência dos valores, da ponderação e do ativismo norte-americano, instalou-se um estado de natureza hermenêutico, que acabou por provocar uma espécie de adaptação darwiniana do *establishment*. Em outras palavras: na medida em que o ativismo e o *discricionarismo* foram ficando incontrolável, e o número de recursos foi crescendo de forma assustadora, implementaram-se dois mecanismos com nítidas pretensões de fechamento interpretativo: as súmulas vinculantes e a repercussão geral.³³

Com esses sistemas, passou-se a tratar casos concretos, cada um com suas peculiaridades, como se iguais fossem³⁴ e, ainda nas palavras do jurista supracitado, *a dogmática jurídica inserida no senso comum-teórico pretendeu dar respostas antes das perguntas*.³⁵

Detecta-se que ao identificar complexidades no sistema, os juristas venham se propondo a resolvê-las com esses modelos pré-concebidos de interpretação, uma vez que no Brasil não existem precedentes no sentido de que fala a *common law*.

Tudo isso pode ser resumido no seguinte enunciado: precedentes são formados para resolver casos concretos e eventualmente influenciam decisões futuras; as súmulas (ou os ementários em geral, coisa muito comum em *terrae brasiliis*), ao contrario, são enunciados “gerais e abstratos” – características presentes na lei – que são editados visando à “solução de casos futuros”.³⁶

³³STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?/ Lênio Luiz Streck, Georges Abboud. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 116.

³⁴Nas palavras de Dierle Nunes: *O discurso da produtividade industrial e de rapidez na prolação das decisões faz com que os provimentos deixem de buscar uma adequação constitucional (legitimidade), que partiria do julgamento do caso concreto em suas especificidades. Ao contrário, busca-se o julgamento de centenas de casos partindo de uma suposta identidade entre eles (v. g. arts. 285-A, 543-A e B, CPC), que, muitas vezes, somente permitirá um julgamento massificador e em larga escala. O judiciário fica predisposto a julgar teses jurídicas e deixa de se preocupar com o julgamento dos casos concretos. Op. cit., p. 210.*

³⁵*Idem, Ibidem*, p.35.

³⁶*Idem, Ibidem*, p.31.

O fato é que mesmo diante de todas essas reformas, só o que se tem vislumbrado nesse Estado é uma falta de democracia. Tem-se vivenciado o estado da arte neste que se diz constituir Democrático de Direito.

Tais alterações, ao invés de instaurar um modelo social de processo, o que já seria criticável, estabeleceu, em muitas hipóteses de aplicação, o neoliberalismo processual, com a massificação de julgamentos e a redução do processo, em seu aspecto técnico, a mera formalidade, e sua função legitimadora e formadora dos provimentos a mera função legitimante das concepções judiciais, que podem corroborar os interesses do mercado ou da Administração.

Desse modo, o discurso do neoliberalismo processual reduziu o processo a uma mera burocracia, que precisa ser eliminada, pois, em verdade, o processo corporifica um instituto legitimante e estruturador da participação cidadã e da própria democracia.

(...)

Mediante o discurso do protagonismo judicial, típico da socialização do processo, vai-se esvaziando o papel técnico e democrático do processo e vai-se idealizando e amalgamando a ideia de que este somente serve para legitimar as decisões dos agentes políticos, quando não é analisado como *formalismo que cria embaraços* e protela o auferimento de direitos pelo cliente-consumidor da 'prestação de serviços' judiciais.

(...)

Negligencia-se, assim, o aspecto de garantia que o processo representa, mediante a imposição da comparticipação.

Nos regimes democráticos, o processo estrutura, mediante o debate endoprocessual, a forma e o conteúdo das decisões e, por conseguinte, seu controle, mediante a implementação técnica de direitos fundamentais em perspectiva dinâmica.³⁷

Diante de tudo o que foi apresentado, desde a criação do Código Buzaid, além de todas as reformas que ele sofreu, passando por problemas vivenciados hoje na nossa sociedade, surgiu a ideia da edição de um Novo Código de Processo Civil, que atenda às necessidades de uma sociedade que não mais se 'encaixaria' nos moldes retrógrados do atual CPC. Nas próprias palavras do Presidente do Senado em 2010, quando da apresentação do anteprojeto do CPC e comissão de juristas que efetivamente participou de sua criação:

O Senado Federal, sempre atuando junto com o Judiciário, achou que chegara o momento de reformas mais profundas no processo judiciário, há muito reclamadas pela sociedade e especialmente pelos agentes do Direito, magistrados e advogados. Assim, avançamos na reforma do Código do Processo Penal, que está em processo de votação, e iniciamos a preparação de um anteprojeto de reforma do Código do Processo Civil. São passos fundamentais para a celeridade do Poder Judiciário, que atingem o

³⁷NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.* p. 210-211.

cerne dos problemas processuais, e que possibilitarão uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva.³⁸

Isso posto, passemos à análise desse projeto que vem sendo alvo e enaltecimento e também crítica por parte dos juristas, a fim de que possamos verificar sua adequação ou não com o Estado Democrático de Direito e se ele de fato poderá ajudar a resolver os problemas enfrentados pelo nosso Poder Judiciário na resolução das lides, em prol da efetivação dos direitos fundamentais e, assim, da justiça.

³⁸SARNEY, José. Um novo código do processo civil. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>> Acesso em: 16 de novembro de 2013. p. 3.

2 O PROJETO DE NOVO CPC E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 Avanços e retrocessos do projeto do CPC

O anteprojeto do Novo Código de Processo Civil foi elaborado por uma Comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux e teve como Relatora-Geral a Dra. Teresa Arruda Alvim Wambier. Na Exposição de Motivos do Código são apresentados os cinco objetivos que orientaram os trabalhos da Comissão: 1) A harmonização do CPC com a Constituição Federal; 2) A criação de condições para que o processo alcance uma maior satisfação efetiva; 3) A simplificação dos procedimentos e dos atos processuais; 4) O maior rendimento possível a cada processo; 5) A organicidade e coesão do Código de Processo Civil.

Segundo a Comissão redatora, a constitucionalização do processo civil foi buscada através da inclusão explícita no CPC dos princípios constitucionais do contraditório, da publicidade e da razoável duração do processo. No tocante à satisfação efetiva, a Comissão destaca a previsão da intervenção do *amicus curiae* e a facilitação da conciliação através da participação de conciliador ou mediador. Já a simplificação foi impulsionada, nos termos da Exposição de Motivos, por meio da extinção de muitos incidentes, da extinção das cautelares nominadas, da previsão da tutela de urgência e tutela à evidência, ou da previsão de remessa dos autos ao tribunal competente quando da inadmissão do recurso por incompetência.

Relativamente ao maior rendimento do processo, a Comissão cita como exemplo a previsão de que as partes poderão até a sentença modificar o pedido e a causa de pedir. Por fim, a Comissão sustentou que a ideia de organicidade do processo civil foi o pano de fundo dos trabalhos realizados, orientando a reorganização dos Livros do CPC e das suas normas processuais.

A questão que desde logo se coloca é se as alterações trazidas pelo anteprojeto do Novo Código de Processo Civil conduzirão efetivamente aos objetivos traçados pela Comissão. De modo geral, pode-se afirmar que o Novo CPC reorganiza as normas processuais, que foram tantas vezes modificadas desde o início da vigência do Código de Processo Civil de 1973. Não se pode negar, também de maneira geral, que o anteprojeto busca uma maior celeridade do processo por

meio da sua informatização³⁹. Menos evidente, no entanto, é a necessidade da eliminação de incidentes e de procedimentos, especialmente as cautelares nominadas, para a simplificação do processo.

Estruturalmente, o projeto do Novo CPC é constituído por cinco Livros: Parte Geral; Do Processo de Conhecimento; Do Processo de Execução; Dos Processos nos Tribunais e dos Meios de Impugnação das Decisões Judiciais; Das Disposições Finais e Transitórias. As várias modalidades de cumprimento de sentença recebem agora tratamento mais organizado, no Livro Processo de Conhecimento (arts. 490 a 504). Uma novidade, nesse contexto, é que a parte será intimada pessoalmente por carta (art. 490, §1º). Deverá ainda ser observado no cumprimento de sentença o disposto no Livro do Processo de Execução, que trata das execuções fundadas em título extrajudicial. No que diz respeito à execução contra devedor insolvente, seguirão sendo aplicados os dispositivos do Código revogado, até que se edite nova lei sobre a matéria, conforme o art. 970 do novo CPC.

Não há mais, como visto, Livro próprio para as cautelares. A tutela de urgência e a tutela da evidência, bem como os seus procedimentos estão regrados na Parte Geral, do art. 277 ao art. 296. Como ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

(...) o texto confunde tutela antecipatória com tutela cautelar, na medida em que submete ambas à demonstração do 'risco irreparável ou de difícil reparação'.⁴⁰

Efetivamente, o novo Código de Processo Civil não traz nenhuma distinção conceitual quanto ao perigo na demora ou perigo de ineficácia do provimento final. Do ponto de vista procedimental, faz-se somente a distinção entre as medidas requeridas em caráter antecedente e em caráter incidental. Acompanhando o raciocínio dos doutrinadores citados, é questionável se não teria sido melhor manter certas tutelas cautelares nominadas, como o arresto, o sequestro, as cauções, a busca e apreensão e o arrolamento de bens.

É igualmente importante referir que alguns procedimentos cautelares do Código revogado receberam tratamento diverso no anteprojeto. A produção

³⁹ Pode-se citar, por exemplo, a realização de prova a partir de fotos digitais ou extraídas da internet, assim como de e-mails (art. 405, §3º e §4º); a previsão da utilização de documentos eletrônicos no processo, desde que convertidos à forma impressa (art. 418); a alienação em leilão judicial eletrônico (art. 802, II, e art. 820); a divulgação do edital de alienação na forma eletrônica (art. 806, §2º).

⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O Projeto do CPC – Crítica e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

antecipada de prova, a justificação e a exibição passaram a ser regradas no Livro do Processo de Conhecimento, sob o Título “Das Provas” (arts. 257 a 276). Já as notificações e as interpelações são consideradas como procedimentos especiais não contenciosos (arts. 660 a 663).

A Comissão buscou a simplificação dos procedimentos, por exemplo, reunindo na contestação todas as respostas do réu e a matéria de alguns incidentes do Código revogado. Eliminaram-se as exceções, de modo que a incompetência passa a ser matéria preliminar de contestação (art. 338, II). Do mesmo modo, é eliminado o incidente de impugnação ao valor da causa, que deverá ser realizada em preliminar de contestação, sob pena de preclusão (art. 256). Ademais, a própria reconvenção desaparece do sistema, sendo substituída pelo pedido contraposto (art. 337).⁴¹

A mesma simplificação foi buscada com a uniformização dos prazos para interposição de recursos em 15 dias (art. 907, par. único), salvo no caso dos embargos de declaração, cujo prazo segue sendo o de 5 dias (art. 938). Foram igualmente eliminados alguns procedimentos especiais e, por outro lado, criado o procedimento edital (art. 238), a ser adotado nas ações de usucapião, de recuperação ou substituição de título ao portador e em outras ações em que seja necessária a provocação de interessados incertos ou desconhecidos.

Outra modificação do Novo Código diz respeito à regulação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (art. 62 a 65), a ser utilizado em qualquer processo ou procedimento, sempre que houver abuso da personalidade jurídica ou abuso de direito por parte do sócio. Conforme o art. 64⁴², o sócio ou o terceiro e a pessoa jurídica serão intimados para, no prazo comum de quinze dias, se manifestarem e requererem as provas cabíveis. Tal medida judicial, já amplamente aceita pelos Tribunais pátrios, terá, assim, o seu procedimento assentado na lei processual.

Superada a explanação de uma visão geral no PL, passar-se-á a análise crítica do Novo Código.

Um dos mais polêmicos temas a se tratar em relação ao projeto do CPC visa a uniformização e a estabilidade da jurisprudência. O Novo Código traz o incidente

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>, bem como todos os artigos já citados no corpo do texto.

de resolução de demandas repetitivas (art. 895 e seguintes), que poderá ser instaurado a pedido do juiz ou relator, bem como das partes, do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Ao lado do julgamento de Recurso Especial e Extraordinário repetitivos, tal incidente terá por finalidade a adoção de decisão paradigmática, que deverá ser observada pelas instâncias inferiores.

Tais medidas impõem certa rigidez ao sistema, orientadas pela ideia de coerência jurisprudencial e pelo princípio da segurança jurídica. Por outro lado, a previsão da modulação dos efeitos de eventual alteração da jurisprudência dominante poderá gerar uma instabilidade jurídica com a instauração do incidente. Sobre tal instituto, tem-se a dizer que ainda que a justiça nesse país realmente necessite ser mais célere, o que fica é o questionamento de se medidas como o incidente de demandas repetitiva, trará tanta qualidade como celeridade para a decisão, devendo-se ter cautela na elucidação do referido novo instituto processual. Nas palavras do jurista Boaventura de Sousa Santos:

Dada a extensão dos impactos causados pela morosidade judicial, a celeridade salta logo à vista como medida mais adequada para avaliar o desempenho do sistema de justiça. Contudo, deve-se ter cautela. Não se deve associar direta e imediatamente ganhos de celeridade com maior eficácia ou qualidade no funcionamento dos tribunais. A organização e gestão do sistema deve ter a consciência de que o objetivo a se lograr é o controle dos atrasos e não a sua eliminação pura e racional. É preciso ter consciência dos tipos de morosidade que contaminam cada caso e o ideal de celeridade que se persegue, eliminando os atrasos inúteis e desnecessários.⁴³

Conforme referido pelo jurista, de nada adiantará eliminarmos os atrasos em detrimento de decisões que em nada colaborarão para a efetivação de decisões justas aos casos trazidos aos tribunais.

Como prevê art. 933 do NCPC, ao pleno dos tribunais, ou ao órgão especial onde houver, caberá o julgamento da admissibilidade do incidente, bem como do incidente em si. Deste julgamento que suspende o trâmite das demais ações idênticas (e obsta a propositura de novas) sairá um acórdão que terá efeito vinculante.

Ademais, esta previsto no art. 307, do NCPC, que o juiz singular deverá julgar liminarmente, dentre outros casos, aqueles que contrariarem acórdão proveniente do julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas. Parecido com este

⁴³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. Cit.*, p. 43.

artigo, também o art.285-A do ainda vigente CPC confere ao juiz, quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, o poder de dispensar a citação e proferir sentença de mérito de plano. Todavia, desta decisão cabe ao autor apelar,mostrando as dessemelhanças entre a sua situação concreta e a que foi definida na sentença que julgou o caso tomado como idêntico.

Mais adiante, no art. 483, do NCPC, que trata do duplo grau de jurisdição está previsto em seu parágrafo terceiro, inciso três, expressamente, que não estão sujeitos ao duplo grau de jurisdição, dentre outros, o entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas.

Nota-se, portanto, que com a adoção do paradigma proveniente do julgamento do incidente haverá clara limitação ao direito constitucional de ação, haja vista que enquanto o art. 285-A possibilita a escolha pelo julgamento liminar da petição inicial ou pela citação do réu, essa escolha não estará mais disponível conforme o art. 307do NCPC. Ademais, consoante ao mesmo artigo, o art. 483 tolhe, expressamente, a interposição de apelação desta decisão proferida liminarmente, a qual ainda é cabível pelo art. 285-A.

Na essência do incidente de resolução de demandas repetitivas está aquilo que a teoria do processo jurisdicional democrático mais abomina. Conforme Nunes⁴⁴, *na busca da rapidez e da eficiência: sumarização cognitiva extrema*.

Em continuação as propostas do projeto do CPC, chamam a atenção duas modificações do processo de conhecimento. Com boa-fé e sem importar prejuízo ao réu, poderão ser aditados ou alterados o pedido e a causa de pedir até a sentença (art. 314). Esta medida visa à celeridade processual, mas deverá em cada caso ser avaliada pelo juízo, sobretudo quando o requerimento do autor for posterior à resposta do réu. Uma segunda modificação diz respeito ao oferecimento da contestação após a audiência de conciliação (arts. 333 e 334), cujo procedimento se inspira na lógica dos Juizados Especiais, objetivando a celeridade e o aumento das chances de conciliação.

No domínio dos recursos, nota-se pelo rol do art. 907 a intenção da Comissão de diminuir os instrumentos recursais à disposição das partes, com a eliminação dos embargos infringentes. Outro aspecto essencial é que o juízo de admissibilidade da

⁴⁴NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.*

apelação será feito pelo Tribunal (art. 926). Quanto ao agravo de instrumento, importa ressaltar que as hipóteses de interposição serão delimitadas pelo art. 929. Será ainda assegurada a defesa oral à ação rescisória e ao agravo de instrumento interposto de decisões interlocutórias que versem sobre o mérito da causa (art. 857, §1º).

Mais uma vez aqui, apesar de o Projeto de CPC buscar inúmeros institutos para conferir celeridade também na seara recursal, vejamos a opinião de quem menciona que isso dependerá da postura dos operadores do direito quando de sua aplicação, vejamos:

O CPC projetado, como um todo, traz grandes inovações que pretendem, e de fato podem, imprimir maior efetividade ao processo. Não é diferente no sistema recursal. Exemplo disso é a regra geral de não atribuição de efeito suspensivo aos recursos, com a possibilidade de o juiz conferir-lhes tal efeito em hipóteses excepcionais.

[...]

É nesse sentido que se afirma não ser a reforma legislativa a solução única para os problemas do Judiciário brasileiro. É imperioso que, ao lado das alterações legais, haja uma mudança de postura não só dos advogados, como também dos juízes – ou seja, uma evolução da prática forense, de forma a adequar a cultura jurídica ao espírito do novo diploma processual.⁴⁵

Além de esse ‘depende dos atores’ estar presente no supracitado instituto, ou seja, o modo como se comportariam os advogados, juízes e etc. ao longo do feito, como ‘entenderiam’ a aplicação de certo instituto, tudo isso nos remete à análise de se o Novo CPC deixará espaços para a atuação descomprometida dos magistrados, casos em que o julgador, por exemplo, poderia agir conforme sua consciência.⁴⁶ Sobre o tema, ainda as palavras de Cristiano Becker Isaia:

Veja-se a título exemplificativo, que são inúmeros os dispositivos processuais que apostam no solipsismo judicial no atual anteprojeto do novo código de processo civil. Destacam-se, dentre os principais, o artigo 107, V, através do qual ao juiz incumbe adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito (sic), bem como o artigo 257, caput e parágrafo único que preveem, respectivamente: as partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz (sic); e b) a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz a luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos (sic). Também o artigo 260, que reza que o juiz

⁴⁵ VALADARES, André Garcia Leão Reis, GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel. O Sistema recursal à luz do projeto do novo código de processo civil. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/343/311> Acesso em: 20 de novembro de 2013.

⁴⁶ STRECK, Lênio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observando o contraditório.

Aqui resta claro que não só no sistema recursal a resposta judicial dependerá da atuação e do ‘pensar’ dos atores processuais, mais especificamente o magistrado. Ou seja, o PL está primando mais uma vez pelo solipsismo:

Ao se fazer uma análise mais detida do CPC projetado, fica claro que suas bases fundantes partem do velhíssimo e desgastado modelo social protagonista, que impõe o evidente receio de manutenção da matriz autoritária de processo social, capitaneado pelas correntes instrumentalistas, que acreditam, de modo romântico, nas virtudes soberanas do decisor e em sua capacidade de antever o impacto decisório (político, econômico e social). Ah, como isso é velho!

Veja-se o equívoco do projeto. Embora pareça assumir uma postura participativa (leiam seus primeiros 12 artigos), aposta, ao fim e ao cabo, no (velho) protagonismo (solipsista). Aliás, é um equívoco que corrói a raiz do projeto. Nisso há um *déjà vu*, que nos remete ao século XIX. Ouve-se, ao longe, o discurso de Bülow ao Imperador... Ora isso viabilizou, anos depois, o surgimento, por exemplo, das correntes voluntaristas, como a Escola do Direito Livre. Livre do que? Bingo: Livre da lei, é claro.

Igualzinho ao projeto do novo CPC. Livre da lei e atirado nos braços dos “precedentes”. Portanto, não é sem razão que os novos projetos de Códigos Processuais (sim, os dois projetos) não abrem mão do livre convencimento ou da livre apreciação das provas. E, além disso, apostam nos precedentes. Por isso, não tenho receio em afirmar que o projeto do novo CPC já nasce velho. O projeto favorece uma espécie de Judiciariocracia dos Tribunais Superiores.⁴⁷

Em outro texto, no qual o mesmo autor critica o solipsismo judicial temos que:

tanto o Anteprojeto do Código de Processo Penal, quanto o Anteprojeto do Código de Processo Civil, à luz de uma filosofia da linguagem, são reféns de uma concepção de mundo que entende o modo de decidir como vontade do intérprete, possibilitando discricionariedades e arbitrariedades.⁴⁸

Contudo, o autor adverte que, como “discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia”.

Assim, o que deve ser entendido é que a realização/concretização de direitos não depende— e não pode depender —de uma subjetividade assujeitadora (esquema sujeito-objeto), como se os sentidos a serem atribuídos fossem fruto da vontade do intérprete.

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em 06 de dezembro de 2013.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. P 47.

Com isso, Streck quer dizer que a tomada de uma decisão não pode ser dependente daquilo que está na consciência do julgador, querendo questionar, assim, o limite da interpretação judicial, chegando até a questionar o papel da doutrina, a qual vem sido enfraquecida, pois apenas vem reproduzindo aquilo que é decidido pelos tribunais, asseverando que “É o império dos enunciados assertóricos que se sobrepõe à reflexão doutrinária”⁴⁹

A crítica de Streck parece ser deveras contumaz ao estabelecer que seja necessário romper com o paradigma que aposta no sujeito-objeto, sendo necessária, então, uma teoria que seja efetivamente pós-positivista para se elaborar uma teoria da decisão judicial que seja adequada com os padrões normativos e filosóficos que temos hodiernamente, o que não se vislumbrou no NCPC.

Diante de tais apontamentos pontuais acerca do projeto do CPC, voltemos à análise daqueles já mencionados objetivos de tal PL, a fim de que possamos realizar uma minuciosa reflexão dos que serão os pilares do novo Código.

O primeiro objetivo listado reflete, exatamente, o anseio atual: a necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República. A metodologia jurídica atual, contemporânea, reconhece a força normativa dos princípios e tal ponto não poderia ser ignorado pela Comissão. Linhas fundamentais do CPC realmente só podem ser atingidas se pautadas nas premissas de um Estado Constitucional e no modelo constitucional de processo civil, refletindo princípios de segurança jurídica, igualdade de todos perante o Direito e o direito de participação no processo.

Um ponto é digno de nota: somente se mostra necessária a consagração expressa na legislação infraconstitucional em virtude da nossa inegável tendência positivista, pois, do contrário, bastaria a Constituição. A previsão de citados direitos fundamentais na legislação infraconstitucional, a rigor, desempenha um papel simbólico, pois, ainda que se não houvesse previsão, deveriam ser aplicados. Observe-se a redação do art. 1º do Anteprojeto:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 88.

Em uma primeira leitura pode parecer uma exposição do óbvio, contudo, como dito, talvez tal dispositivo desperte a atenção dos operadores do direito, forçando uma mudança cultural. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”; a necessidade de, mesmo diante de questões de ordem pública, ser observado o contraditório.

Cumpra, inclusive, registrar que o art. 6º do Novo CPC aduz que a atividade do juiz, ao aplicar a lei, deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige, às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Entretanto, o modo como o PL traz a atividade do magistrado, vai de encontro com essa percepção. Ainda nas palavras do jurista supracitado:

O que o projeto faz, na esteira do que a maioria dos processualistas vem fazendo, é incorrer na chamada falácia naturalista: uma inversão normativa fundada na suposta força do factual. Na verdade, uma força atribuída ao factual em função do próprio ponto de partida interpretativo que se adota. O suposto do qual se parte é aquele segundo o qual a “realidade” é um obstáculo para a concretização da normatividade. Portanto, o projeto do novo CPC recupera pressupostos da dogmática jurídica, mas sacrifica os pressupostos filosóficos, que são a condição de possibilidade de o projeto se tornar compatível com o paradigma do constitucionalismo contemporâneo e não com posturas teóricas que, a pretexto de superar velhas fórmulas como “o juiz boca da lei”, nada mais fazem do que apostar em um “juiz protagonista”. Nada mais velho do que isso. Escopos processuais, instrumentalismo, agora com novos nomes.⁵⁰

Todavia, é nítida a falta de sistematicidade do atual CPC, não apresentando ordem e unidade, somente podendo ser compreendido como um sistema a partir de um esforço doutrinário para acomodar os seus elementos. Essa parece ter sido a proposta da Comissão. O “Novo” CPC pouco acrescenta, não revolucionando metodologicamente o processo civil, pois, como demonstrado, somente consagra as ideias já firmadas pela doutrina e jurisprudência.

⁵⁰STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>. Acesso em 06 de dezembro de 2013.

Quando Buzaid redigiu o CPC de 1973, houve uma ruptura com as premissas do CPC de 1939, estabelecendo no plano normativo o que de melhor se havia pensado na primeira metade do século XX, principalmente na Itália. Parece-me, com todas as vênias de estilo, que os operadores sentirão muito menos o “choque da mudança” com o novo CPC do que sentiram com a reforma da execução judicial determinada pela Lei nº 11.232/05.

Há, a rigor, simples incorporações de textos constitucionais e de diplomas legislativos infraconstitucionais extravagantes. Destarte, com o novo CPC dar-se-á mais organização ao sistema e, principalmente, se positivarão primados constitucionais no texto legal. Enfim, esse parece ser o grande lucro a ser obtido com tal mudança. Não obstante ser uma mudança de conteúdo simbólico, justamente por estar positivado, talvez alcance mais eco e melhor se aprofunde nos escaninhos da justiça.⁵¹

Um novo CPC já é realidade: o resultado de um novo código se verá daqui alguns anos de experiência, porém, de antemão, merece ser dito que a lei, por si só, não fará milagres. Diante das novidades acima transcritas tem-se que várias extremamente positivas (a exemplo da própria organização do Código), bem como várias são negativas. No entanto, no cotejo do que muda para melhor e para pior e do que fica como está, conclui-se que o projeto final destoa do que se legitimamente se esperava: um código que mantivesse os avanços e méritos do atual CPC e eliminasse institutos ultrapassados e fosse simples, claro e enxuto.

Pelo que se percebe, o que virá é um código complexo, que retrocede em muitos pontos, que pouco simplifica e não traz novidades que contribuam para a adequação com um Estado Democrático de Direito.

2.2 A necessidade de se falar em um processo civil democrático

Como já mencionado e comentado, tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei a fim de instituir um novo Código de Processo Civil. Verifica-se, porém, que esse novo Código de Processo Civil, por si só, não resolverá de forma definitiva os problemas enfrentados pelos operadores do direito da sociedade contemporânea e complexa que vivemos, tendo em vista que não é somente a forma de

⁵¹ LOURENÇO, Haroldo. O Neoprocessualismo, o formalismo-valorativo e suas influências no novo CPC. Disponível em: <<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CC8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.nucleotrabalhistacalvet.com.br%2Fartigos%2FO%2520NEOPROCESSUALISMO%2C%2520O%2520FORMALISMO-VALORATIVO%2520E%2520SUAS%2520INFLU%25C3%258ANCIAS%2520NO%2520NOVO%2520CPC.doc>> Acesso em: 25 de novembro de 2013.p. 36.

processamento das demandas judiciais a única causa que contribui para demora na solução dos litígios judiciais.

A nossa Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, logo em seu art. 1º que *a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*⁵². Nossa sociedade, assim como as demais, busca frequentemente a implantação da efetiva democracia, que foi apregoada na Carta Magna de 1988, sendo uma incessante pretensão dos cidadãos e juristas a obtenção de um resultado democrático. Atentemos às sábias palavras do jurista Boaventura de Sousa Santos⁵³:

A revolução democrática da justiça que aqui vos propus é uma tarefa muito exigente, tão exigente quanto esta ideia simples e afinal tão revolucionária: sem direitos de cidadania efetivos a democracia é uma ditadura mal disfarçada.

Ainda que a própria Constituição Brasileira aponte que vivemos um Estado Democrático de Direito, temos que refletir sobre até que ponto todas as garantias constitucionais que conhecemos são realmente aplicadas ou não passam de mero ‘dizer’ e aparência de democracia. O que se vê, veridicamente, em nosso país, é que obtivemos uma democracia apenas escrita, que está taxada, mas que na prática nunca se fez presente, o que se torna uma grande frustração. Talvez em decorrência do Poder eleito como produtor dessa democracia, o Legislativo, que efetivamente nunca conseguiu esse desiderato.

É em meio a todas essas mudanças que nos encontramos, vivendo uma suposta democracia que, efetivamente, não existe, visto que não passa de uma democracia plantada em mera folha de papel, ou seja, legalmente falando, pois a nossa Carta Magna refere que nosso país é um Estado Democrático de Direito, que de democracia pouco realmente existe. Não estamos conta a ideia de um Estado Democrático, até porque esse Estado, se realmente implantado, tornar-se-ia muito benéfico para todos os membros de nossa sociedade, o que claramente não se dá em nossos dias, sendo, essa ocorrência, mais uma demonstração de que a democracia apregoada está somente posta na letra da Lei, que se não aplicada e realizada no mundo fenomênico não passará de ilusão e mero sonho. A democracia deveria sim ser implantada, pois faria com que os cidadãos pudessem participar mais, fazendo com que o país seguisse, realmente, a linha que o povo definisse, já que todo o poder emana do povo que é representado por seus eleitos, os políticos, não se tratando de questão meramente política.

⁵² BRASIL. Constituição (1988). Constituição [da] República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma revolução democrática da justiça. – 3. ed. – São Paulo: Cortez, 2011.

Nisso vemos enormes problemas, pois aquilo que deveria ser, através dos políticos, a manifestação do povo, “a voz do povo”, efetivamente, não é, acabando por ser a reprodução da vontade interna de cada um dos parlamentares, que utilizam os poderes que lhes foram atribuídos pelo povo, para agirem em seu favor, utilizando para benefício próprio, o que nos põe nessa situação problemática em que nossa sociedade se encontra.

Em meio a toda essa problemática, poucas são as possibilidades que, veridicamente, o povo detém para exercer a democracia, participando de algo, diga-se como exemplo os plebiscitos ou ainda os referendos que chamam o povo para que deliberem sobre determinadas questões que sejam de interesse nacional e dos próprios cidadãos. Aparentemente a participação popular se encerra, a priori, com as eleições onde após a escolha dos representantes os cidadãos acabam esquecidos, até que venha, por mais uma vez, as próximas eleições, onde novamente o cidadão é importante para a “democracia” pois vota e ali põe toda a sua força participativa.

Realmente a democracia, que tanto se busca, por vezes através do Legislativo é complexa de ser realmente implantada e praticada, talvez pela forma em que a participação popular se dá, somente em momentos de eleições. No poder Executivo a situação é similar, guardando suas peculiaridades, mas que em nada de novo se apresenta.⁵⁴

Efetivamente, com relação a modelagem judiciária brasileira, que se apresenta hoje, não é capaz, com as exigências constitucionais atuais, de oferecer solução definitiva à morosidade, face, por exemplo, a multiplicidade de graus de jurisdição oferecidos à sociedade e decorrentes da ideia de Federação com uniformidade de pensamento jurídico, ainda que existam acentuadas diferenças culturais nas regiões do Brasil.

Outra vida de busca da aplicação real da democracia seria através do Poder Judiciário- utilizando-se do processo -, onde, tanto *a priori* quanto *a posteriori*, há maior participação dos cidadãos, que se utilizam do processo para chegar a participar da construção do dito Estado Democrático de Direito que é buscado e deveria ser veridicamente implantado.

O Poder Judiciário possui problemáticas internas naturais assim como os outros Poderes, mas, é totalmente diferente dos demais em relação à participação popular, pois aqui o cidadão que reclama do Judiciário uma solução receberá uma resposta a seu clamor – seja através de decisões interlocutórias ou ainda através de sentenças - e poderá contribuir, agindo nos autos do processo através de seu patrono, para a solvência da problemática que se impunha sobre determinada questão.

É disso que se está a falar, de participação efetiva e real, e não de uma mera participação esporádica que se dá somente de quatro em quatro anos por consequência das eleições que são efetivadas em cada um de seus níveis. Assim, se deve pensar, hodiernamente, em um processo civil que propicie a participação dos cidadãos, seja via ação individual ou ainda por ações coletivas, onde a participatividade será ainda maior, pois envolverá diversas pessoas que se manifestarão e serão ouvidas pelo Judiciário, seja via petições, recursos e manifestações através de seus procurados, ou ainda, como testemunhas ou informantes. Aqui se pode observar participação, algo que é intrínseco da democracia, embora saibamos que ela pode ser participativa ou representativa.

⁵⁴ THAMAY, Rennan Faria. A democracia efetivada através do processo civil. Disponível em: <<http://www.reajdd.com.br/html/ed3-8.pdf>> Acesso em: 27 de novembro de 2013.

Essa é a nova realidade que se apresenta em relação a democracia, onde o judiciário, através do processo, realizará a participação efetiva da população frente as problemáticas individuais e sociais que venham a se por.

Desse modo, não há como imaginar que a instituição de um novo Código de Processo Civil seja capaz de resolver definitivamente o problema. Na realidade, a tentativa de melhorar o desempenho temporal da solução dos conflitos judiciais se constitui apenas em um segmento da complexa teia da morosidade jurisdicional. Existem outros pontos que também devem ser enfrentados, portanto não é correto criar a expectativa de que estamos diante de uma solução única e definitiva, isto por que, na verdade, estamos enfrentando apenas e tão somente um segmento do problema e é assim que deve ser compreendida a iniciativa de instituir um novo Código de Processo Civil. É, apenas, uma das várias contribuições que são necessárias à melhora do desempenho do setor judiciário.

A antiga ideia de que democracia só poderia ser obtida através do Poder Legislativo, por outros através do Executivo, o que reduziria o exercício da democracia a uma mera participação eventual onde os cidadãos escolheriam seus representantes e, após tudo isso, nada fariam, aguardando que os representantes efetivassem todos os anseios da comunidade local, municipal, estadual e até nacional.

Esse modelo deve ser observado com outros olhos, o olhar da inefetividade que reduziu a democracia a uma mera previsão formal da Carta Política de 1988, mas que foi constituída para ser não só formalmente existente mas também materialmente, aplicando no mundo real essa noção democrática que seria, sem duvida, o ideal para pelo menos melhorar a situação atual de nosso país.

Para escaparmos dessa realidade necessitamos pensar em democracia ligada a um Poder que tenha uma maior possibilidade de promoção da participação efetiva e real dos cidadãos, respondendo a esses todos os reclames que forem efetivados. Pelo que se percebe não há outro Poder que possa propiciar isso, com seriedade e qualidade, do que o Poder Judiciário. Esse Poder tem problemas, assim como todos os outros, mas dentro de suas condições propicia claramente muito mais acesso e participação do cidadão do que qualquer outro Poder.

A partir desse manancial histórico, o processo civil no Estado Democrático de Direito merece ser pensado numa perspectiva que concilie um juiz participativo, distinto daquele reinante no Estado Liberal Clássico, sem que isso importe no amesquinamento do papel das partes, as quais devem

colaborar, ou seja, trabalhar em conjunto, numa espécie de parceria que reserva a singularidade de cada posição e interesse, com o órgão julgador no desenvolvimento do processo e na formação da decisão. Sob essa perspectiva, o processo civil vai encarado como uma comunidade de trabalho, como uma parceria de singularidades, estruturada pelos direitos fundamentais que enfeixam a ideia de um processo justo, superando, assim, tanto o protagonismo quanto a passividade do juiz.⁵⁵

Por isso, apregoa-se com esse trabalho a busca de aplicação efetiva de democracia ao Poder Judiciário, fazendo isso através do processo meio de resolução dos litígios que pode gerar a democracia que se busca há tanto tempo.

Essa participação se dá através da plenitude de defesa que o processo civil propicia as partes, onde os cidadãos que participam da lide poderão utilizar de todas as formas legalmente previstas para comprovarem o seu direito ou ainda se defender de uma determinada demanda.⁵⁶

Com toda essa possibilidade de participação popular através do processo poderá ser possível, realmente, escutar aquilo que os membros de nossa sociedade têm a dizer, abstraindo as suas dificuldades e celeumas, visando sempre a solução eficaz que, sendo colocada em prática, pode gerar, em decorrência do alto nível de participatividade, maior justiça.

Realmente vivenciar a democracia, em nosso país, se tornou algo difícil e também incomum, tudo isso em decorrência dos diversos desmandos e práticas de nossos representantes, que deveriam agir na conformidade daquilo que a própria Constituição Federal prevê o que seja um país que preze pela justiça e pela democracia.

Urge, assim, que se busque uma jurisdição apta a contribuir com os anseios populares de um Estado verdadeiramente democrático, que possibilite a efetividade da Constituição como uma forma apta a constituir a satisfação dos direitos fundamentais-sociais e da democracia através de um processo que aproxime procedimento e substância.⁵⁷

Em verdade, a democracia ainda pode ser implantada em nosso país, não que seja algo fácil, mas que pelo menos é possível, desde que comecemos a atribuir essa função de busca da verdade e da justiça ao Judiciário, que com o seu cuidado

⁵⁵ ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira, SANTOS, Igor Raatz dos. O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278/2061>> Acesso em: 2 de novembro de 2013.

⁵⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. As garantias do cidadão na justiça, coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo: Saraiva, 1993, p.149 e ss.

⁵⁷ ISAÍÁ, Cristiano Becker. Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica... p. 56.

e com sua imparcialidade natural poderá promover uma participação efetiva e real de muitos dos cidadãos.

Está-se a falar numa jurisdição e numa atuação jurisdicional democrática, compartilhada, antiarbitrária e antipositivista, fulcrada num processo que proporcione o fortalecimento (coerente) da Constituição a partir da aplicação dos princípios constitucionais e do respeito ao direito substantivo, ao caso concreto submetido a juízo.

A condição de possibilidade está em pensar o processo civil para além do reducionismo procedural-dogmático. De um *dar-se conta* de que todo caso apresentado exige ‘a’ resposta constitucionalmente adequada àquela situação conteudística (fática), que não é e nem pode ser ‘entificada’, ‘rotulada’ ou ‘fungibilizada’ (traços de um mesmo fenômeno), o que implica na superação do conceitualismo processual e de um modelo jurídico processual universalizante, que se esquematiza num sistema abstrato e logicamente preparado ao trato de questões estritamente jurídicas, preparado à solução de conflitos eminentemente individuais.⁵⁸

O meio próprio para que o Poder Judiciário consiga completar essa missão passa pela utilização do Processo Civil, como realizador da participatividade que se dá através das diversas opções de manifestação jurídico-processuais existentes, que garantem ao cidadão o livre acesso ao que pretendem. Essa democracia que poderá ser construída necessita de um “avalista”, que seja capaz de agir sem temer e que possa ser acima de tudo imparcial, requisitos que se acham posto no Poder Judiciário.

Esse poder só pode agir através do processo, meio eleito pelo legislador e pelos doutrinadores como correto para que todos possam ter acesso ao Estado Judiciário. Assim, não há como buscar democracia sem pensar em Processo Civil, sendo o meio propiciador de todo o tipo de manifestação e participação, onde o cidadão será ouvido sempre sem ser unicamente quando da época das eleições ou ainda de um plebiscito ou referendo, até porque a própria sociedade já se deu conta de que não pode ‘esperar sentada’:

Noutra dimensão, este é também um mundo em que progressivamente os cidadãos, especialmente as classes populares, têm consciência de que as desigualdades não são um dado adquirido, traduzem-se em injustiças e, conseqüentemente, na violação dos seus direitos. Longe de se limitarem a chorar na inércia, as vítimas deste crescente processo de diferenciação e exclusão cada vez mais reclamam, individual e coletivamente, serem ouvidas e organizam-se para resistir. Esta consciência de direitos, por sua vez, é uma consciência quanto o direito à diferença (étnica, cultural, de gênero, de orientação sexual, entre outras); por outro lado, reivindica o reconhecimento não só de direitos individuais, mas também direitos

⁵⁸ISAÍÁ, Cristiano Becker. Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica... p. 57.

coletivos. É essa nova consciência de direitos e sua complexidade que torna o atual movimento sociojurídico tão estimulante quanto exigente.⁵⁹

Portanto, falar em democracia nos leva a falar em Direito Processual Civil, um processo formal, mas de formalidades que sejam valorativas e não meramente impeditivas de efetividade. Pensar em democracia, por assim dizer, fará ligação com a noção de Processo cooperativo, onde as partes colaborarão ao máximo para a obtenção da verdade real e formal, que poderá repassar aos demandantes o mínimo critério de justiça e democracia.

Nas palavras de Dierle Nunes:

As tendências de centralidade dos Códigos (Civil, Processual Civil, Penal e Processual Penal) na aplicação do direito perderam-se no passado, em face da imposição da centralidade do constitucionalismo no curso do século XX. A evolução do constitucionalismo foi decisiva para as mudanças estruturais do estudo e do dimensionamento da ciência processual.

[...]

É impensável, na alta modernidade, que seja defensável um protagonismo das partes ou do juiz, uma vez que este acaba conduzindo a um comportamento belicoso entre as profissões jurídicas, o que aguça o conflito.

[...]

Não se pode, igualmente, permitir que o movimento pelo ativismo judicial gere os mesmos frutos nefastos ocorridos nos sistemas de socialismo processual, no qual o aumento demasiado do papel do juiz conduziu à apatia e à atecnia das partes.

Do mesmo modo como ocorreu nesses sistemas, faz-se necessário na atualidade, reforçar a responsabilidade e formação da advocacia e nela investir, como forma de se garantir um sistema policêntrico e vinculado a uma participação cidadã.⁶⁰

Devemos nos adequar a um cenário de democracia deliberativa e de contraditório participativo⁶¹:

Isto, pois, com a percepção do contraditório dinâmico se vislumbra que sua aplicação não se resumiria a formação das decisões unipessoais (monocráticas), mas ganharia maior destaque na prolação das decisões colegiadas, com a necessária promoção de uma redefinição do modo de funcionamento dos tribunais.

O “tradicional” modo de julgamento promovido pelos ministros que, de modo unipessoal, com suas assessorias, e sem diálogo e contraditório pleno entre eles e com os advogados, proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a este novo momento que o Brasil passa a vivenciar.

O contraditório, nesses termos, impõe em cada decisão a necessidade do julgador enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de,

⁵⁹SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. cit.* p. 17-18.

⁶⁰NUNES, Dierle José Coelho. *Op. cit.* p. 251.

⁶¹*Ibidem.*

em tese, infirmar sua conclusão. Perceba-se que caso as decisões procedam a uma análise seletiva de argumentos, enfrentando somente parte dos argumentos apresentados, com potencialidade de repercussão no resultado, haverá prejuízo na abordagem e formação dos precedentes; inclusive com evidente prejuízo para aplicação futura em potenciais casos idênticos.

Não é incomum a dificuldade atual dos Tribunais de segundo grau em aplicar os padrões formados pelos Tribunais Superiores, por eles não terem promovido uma abordagem mais panorâmica do caso e dos argumentos. Assim, os acórdãos, na atualidade, deveriam possuir uma linearidade argumentativa.

Em épocas de neoconstitucionalismo, a técnica deve ser utilizada para assegurar os direitos fundamentais na relação processual. Ainda, Nunes:⁶²

No pêndulo pró-juiz, de um lado, e pró-parte e advogado, do outro, a participação e o policentrismo buscam o dimensionamento e o equilíbrio de concepções liberais e sociais em face das nuances de aplicação normativa, de modo que a assunção de responsabilidade por todos os agentes processuais e a mudança de sua mentalidade no exercício das respectivas funções venham a representar um verdadeiro horizonte para a almejada democratização processual

Uma ‘saída democrática’, para uma boa prestação jurisdicional nos é apresentada por Isaía e denominada *sentença liminar de mérito*⁶³:

A questão central é que a primeira parte da demanda ocorra e forma oral, sumarizada e democrática. Na segunda, tem o prejudicado, querendo, a possibilidade de buscar seus interesses pela via da ordinariade e da penariedade, desde que superada a coisa julgada.

(...)

E etapa democraticamente sumarizada presente na sentença liminar de mérito pode eficazmente ultrapassar a clássica separação entre o intérprete (juiz) e o fato concreto (levado à jurisdição), isso a partir de uma atitude interpretativa hermenêutico-ontológica capaz de romper com a objetificação do *iter* processual ordinário a fim de satisfazer (efetivar) a Constituição.

Ele enfatiza, que ela resolveria os ‘velhos problemas’ já tratados nessa pesquisa, como a subjetividade das decisões, morosidade e uma maior aproximação judicial com o caso concreto que vai de encontro a institutos como o incidente de resolução de demandas repetitivas:

(...)a decisão proferida no procedimento fracionado, cuja primeira fase é a da *sentença liminar de mérito*, tende a gerar efeitos práticos (o juiz não

⁶² *Ibidem*.

⁶³ ISAÍÁ, Cristiano Becker. Processo civil e hermenêutica: A crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012. p. 354-355.

apenas *diz mas faz*) no mundo dos fatos, o que guarda relação com a *necessidade constitucional a um processo civil efetivo na satisfação direitos sociais*. Uma decisão construída democraticamente em eu se aproximem procedimento e substância, e em que as possibilidades de decisionismos (positivista) deverão ceder à percepção integrativa do direito (Dworkin), exigindo uma *applicatio* desvinculada de argumentos de política, mas argumentos de princípios (constitucionais, evidentemente) e decisões judiciais preexistentes, blindando a possibilidade da emissão de um provimento em conformidade com a consciência do julgador.⁶⁴

O fato é que está mais que na hora de nos preocuparmos em repensar o direito processual, independentemente da legislação utilizada, para que a técnica seja a garantia da observância da tutela dos direitos fundamentais, norteadores de um Estado Democrático de Direito.

⁶⁴ Ibidem.

CONCLUSÃO

Diferentemente de outros países com cultura jurídica mais avançada, aqui o que importa é mudar leis; aplicá-las é outro problema. Ninguém se ocupa em aplicar bem o que já existe, mas apenas em mudar o que está estabelecido. Diante de todo o trabalho exposto, mostrou-se que apesar de não ser mais discutível a existência ou não de um projeto de novo Código de Processo Civil, visto que esse já é uma realidade e, ainda, feita a análise de alguns de seus pilares e anseios, muito temos a progredir.

Ainda que possamos mencionar que a celeridade é um ponto negativo na justiça brasileira, ao primar por essa qualidade, o projeto do CPC nos remete ao antigo binômio *celeridade x segurança*, e nos faz refletir acerca de em detrimento do que se deve aplicá-la. Ainda, em época de decisões em massa, o Projeto em questão, veio ratificar e contribuir para que isso se torne uma espécie de 'regra' para julgamento de demandas ditas 'idênticas' e se deixe de lado a análise do principal, qual seja, o caso concreto e suas peculiaridades.

O fato é que diante de tudo o que se apresentou, não houve como não fazer uma reflexão acerca de um modelo ideal de processo civil no paradigma vivenciado por uma sociedade complexa na qual estamos inseridos. O que nos é apresentado atualmente, com o Código de 1973, pela análise feita, não será muito diverso do que se constatará com a entrada em vigor do Código Fux, como podemos chamá-lo, ou seja, uma ineficiência na solução de conflitos complexos da contemporaneidade. Nesses se incluem as demandas coletivas e, também as que versam sobre os temas mais atuais como o direito ao meio ambiente e os conflitos com direitos de propriedade, direitos cibernéticos, dentre outros.

Destarte, os operadores do direito têm de procurar pensar novas maneiras de se enfrentar a questão processual, seja tomando lições no direito estrangeiro, seja buscando soluções internas, não se conformando com a ideia de que somente pela cognição plena, com ampla dilação probatória, muitas vezes desnecessárias, se alcance a realização da tutela jurisdicional, olvidando os devastos efeitos que ela traz na vida dos litigantes, sobretudo nos mais débeis economicamente, e não concebendo tais danos como males necessários à boa distribuição de justiça.

O que se conclui é que em tempos de democracia deliberativa e contraditório participativo, o Estado deve agir proativamente, se antevendo aos fatos, pois necessita executar políticas públicas e formular leis que realmente assegurem os direitos de afirmação do ser humano, mas não só formalmente, como muitos direitos trazidos em nossa Constituição.

O processo civil democrático deve ir encarado como uma comunidade de trabalho, como uma parceria de singularidades, estruturada pelos direitos fundamentais que enfeixam a ideia de um processo justo, superando, assim, os paradigmas passados de Estados.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, José Adelmy da Silva. **A crise do processo civil: uma visão crítica.**

Disponível em:

<http://www.amatra19.org.br/artigos_/jose_aldemir/A_Crise_Processo_Civil_Uma_vi_sao_critica.pdf>

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia.** Tradução brasileira de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução Carlos Nelson Coutinho.

Disponível em: <<http://direitofma2010.files.wordpress.com/2010/05/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf>>.

BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.** Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado n.º166/2010:** Reforma do Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em:

<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249>.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos:** da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoria do estado.** Tradução portuguesa de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957.

ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira, SANTOS, Igor Raatz dos. **O processo civil no Estado Democrático de Direito e a releitura das garantias constitucionais: entre a passividade e o protagonismo judicial.** Disponível em:

<<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3278/2061>>

GUEDES, Jéferson Carús. **Novo Código de Processo Civil:** comparativo entre o projeto do novo CPC e o CPC de 1973. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GORDILLO, Agustín. **Princípios Gerais de Direito Público.** Trad. Brasileira de Marco Aurelio Greco. Ed. RT: São Paulo, 1977.

ISAÍÁ, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica:** a metáfora do juiz-instrutor e a busca por respostas corretas em processo. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. **Processo civil e hermenêutica:** a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. **O direito processual civil no Estado Democrático de Direito.** Disponível em: <<http://neapro.wordpress.com/2013/04/02/o-papel-do-direito-processual-civil-no-estado-democratico-de-direito/>>

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ideias para um renovado direito processual.** in Bases científicas para um renovado direito processual. 2ª ed. São Paulo: Juspodium. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel Francisco. **O Projeto do CPC: Crítica e propostas.** São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2010.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no processo civil:** pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **O processualismo e a formação do Código Buzaid** in Revista de Processo nº 183 (2010).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis.** São Paulo: Marins Fontes, 1993.

_____. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático:** uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

RUBIN, Fernando. **O Código Buzaid e o Código reformado.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18695/o-codigo-buzaid-cpc-1973-e-o-codigo-reformado-cpc-1994-2010>>

SILVA, Ovidio Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil, 3 ed. Vol III.** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia:** o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>>

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?/** Lênio Luiz Streck, Georges Abboud. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.