

O NEOPROCESSUALISMO, O FORMALISMO-VALORATIVO E SUAS INFLUÊNCIAS NO NOVO CPC

*THE INFLUENCES OF THE NEOCONSTITUTIONALITY
AT THE NEW CPC*

Haroldo Lourenço

Advogado, palestrante e consultor jurídico no RJ

Mestrando na Universidad de Jaén (Espanha)

Pós-graduado em Direito Processual Civil (UFF)

*Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ). Professor de Direito Processual
Civil nos seguintes cursos (presencial telepresencial e on line)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Fases Método lógicas do processo civil; 1.1 Praxismo (ou fase sincretista); 1.2 Processualismo (ou fase do autonomismo); 1.3 Instrumentalismo; 1.4 Neoprocessualismo ou formalismo valorativo ou formalismo ético; 2 Algumas considerações sobre o neoconstitucionalismo; 2.1 Nova dogmática interpretativa; 2.2 Constitucionalização do Processo;

3 Algumas considerações sobre neoprocessualismo; 3.1 Instrumentalidade e Formalismo-valorativo; 3.2 Combate ao formalismo excessivo; 4 Influências de tais postulados no Novo CPC; 4.1 Algumas notas positivas sobre a consagração dos princípios; 4.2 Algumas notas negativas na consagração dos princípios; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca analisar algumas premissas do neoconstitucionalismo e, principalmente, suas influências no processo civil, como o formalismo valorativo e o neoprocessualismo. Para tanto, mostrou-se necessária uma análise das fases metodológicas do processo civil e, para finalizar, o impacto de tais idéias no Anteprojeto de Lei para um Novo CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Neoprocessualismo. Formalismo valorativo. Teoria dos Precedentes. Novo CPC.

ABSTRACT: This work want to analyse some neoconstitutionality assumptions and their influencies at civil law. It was necessary analyse methodological stages of civil law, and to finish it, see how it works at the New CPC project.

KEYWORDS: Neoconstitutionality. Formalism evaluative Theory of Precedent. New CPC.

INTRODUÇÃO

Desde a celebração do I Pacto Republicano (2004) iniciou-se, incisivamente, a busca por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetiva, a partir do qual foram aprovadas inúmeras reformas legislativas. A harmonia entre as funções, na acepção jurídica, é uma cláusula pétreia, contudo, de maneira mais profunda deve significar uma estreita colaboração entre Legislativo, Judiciário e Executivo.

Nessa linha, foi nomeada no final de setembro de 2009 pelo Senado uma comissão de juristas com a incumbência de elaborar o anteprojeto de novo Código do Processo Civil, presidida pelo Ministro Luiz Fux, à época pertencente ao Superior Tribunal de Justiça.

O mencionado projeto foi apresentado ao Senado Federal, tendo sido designado pelo no. 166/10. A principal justificativa para tal empreitada, apesar de inúmeros juristas entenderem ser desnecessário¹, foi o fato de que o CPC vigente, após inúmeras reformas e alterações legislativas, teria perdido a sistematicidade.

Nota-se pela exposição de motivos do mencionado projeto que a meta é estabelecer uma maior celeridade processual, evitando-se o desprestígio do Poder Judiciário, detectando barreiras para a prestação de uma justiça rápida, bem como legitimando democraticamente as soluções, extirpando o formalismo excessivo, e promovendo um enxugamento do sistema recursal.

Realmente é notório que o projeto busca reestruturar o CPC, à luz dos paradigmas doutrinários e jurisprudenciais, corrigindo ou

1 Nesse sentido já se manifestaram diversos juristas. Gilmar Mendes: "Não tenho muita segurança de que seja necessário um novo CPC. Mas é preciso simplificar ritos, como já é feito nos Juizados Especiais. Além disso, a sociedade brasileira precisa encontrar formas alternativas, como conciliação e arbitragem". Ada Pellegrini Grinover: "...a simples edição de um novo CPC não bastará para dar maior celeridade aos processos, porque se trata de um problema de mentalidade. Segundo ela, seriam necessários estudos para identificar os problemas que atrasam o andamento dos processos nos cartórios, o que até hoje não foi feito." Fonte: <<http://www.portaldoholanda.com/noticia/44231-ministros-do-stf-e-advogados-discutem-a-necessidade-de-um-novo-cpc>>. Acesso em: 20.09.2011. De igual modo, com conclusão semelhante: *Relatório com a síntese das conclusões e sugestões do grupo de discussões no I Encontro nacional dos jovens processualistas*. Faculdade do Largo de São Francisco, 04 e 05 de dezembro de 2008. Relator: Fredie Didier Jr. (BA - relator). Demais membros: Dierle José Coelho Nunes (MG), Graciela Marins (PR), Heitor Vitor Mendonça Sica (SP), Marcos André Franco Montoro (SP), Paulo Magalhães Nasser (SP), Rita Quartieri (SP), Mirna Cianci (SP), Roberto Gouveia Filho (PE), Sandro Gilbert Martins (PR), Sidnei Amendoeira Jr. (SP), Valéria Lagrasta (SP), Robson Godinho (RJ), Antônio do Passo Cabral (RJ) e Alexandre Bahia (MG). Fonte: <<http://www.frediedidier.com.br>>. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 56.

eliminando os institutos vistos como inadequados e acrescentando novos. Tenho, contudo, dúvida em afirmar que está sendo criado um “Novo CPC”, sem amesquinhar o projeto, mas parece que o Código Buzaid está sendo, somente, organizado e sistematizado.

Agora não podemos deixar de mencionar que há uma grande falha, contudo, não do seu conteúdo, mas no caminho trilhado para a sua elaboração. Melhor explicando, com as devidas vênias, o Judiciário se aproximou exageradamente do Legislativo e Executivo, submetendo seus trabalhos ao calendário político do Senado Federal, tendo o texto sido feito as pressas, sem a realização de um autêntico debate².

Há, inclusive, protestos por parte de membros da Comissão³, bem como por comunidades jurídicas que afirmam que as audiências públicas foram realizadas antes da conclusão dos trabalhos, sem a divulgação prévia de um texto base para orientar as sugestões. Um ponto é inequívoco, o que por si só já permite questionar legitimidade democrática do mencionado projeto, o texto, com exceção de uns poucos trechos, foi mantido em sigilo, até a sua apresentação no Senado.

Enfim, a proposta do presente trabalho não é criticar, mas analisar o material apresentado à luz do neoprocessualismo e do formalismo valorativo, buscando, tão somente, colaborar.

É nítido que a Comissão procurou alinhar o novo Código ao Estado Constitucional e ao modelo constitucional de processo civil, como se extrai nos comandos enfeixados nos dispositivos iniciais do NCPC (art. 1º ao 11), o que, por si só, já é digno de aplausos. Há, contudo, algumas falhas, as quais serão melhor analisadas em separado.

No intento dessa sintonia fina busca-se uma harmonia da lei ordinária com a Constituição, incluindo-se no Código princípios constitucionais processuais. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por

2 Com a mesma impressão: BORRING, Felipe. Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no Novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 5, v. VII, jan./jun. p. 27-28.

3 DONIZETTI, Elpídio. *Reflexões de um juiz cristão - sobre os meandros da Comissão do Novo CPC*. Fonte: <<http://www.elpidiodonizetti.com.br>>, acessado em 20.09.2011>. No mesmo sentido, Ricardo de Barros Leonel, Disponível em: <<http://www.professorcostamachado.com.br>>. Acesso em: 20 set. 2011, mesmo sem ser integrante da Comissão.

exemplo, as que prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera a pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”⁴.

Está expressamente formulada a regra no sentido de que o fato de o juiz estar diante de matéria de ordem pública não dispensa a obediência ao princípio do contraditório, bem como se criou um incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, como inspiração no direito alemão⁵, com intento de se atingir segurança jurídica e evitar a dispersão da jurisprudência, rendendo-se, definitivamente, as influências do *common law*, onde a jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores devem nortear as decisões de todos os Tribunais e Juízos singulares do país, de modo a concretizar plenamente os princípios da legalidade e da isonomia.

Diante de tal postura da Comissão percebemos a necessidade de se abordar alguns comentários sobre as influências sofridas pelo nosso ordenamento, caminhando pelas fases metodológicas do processo civil, chegando à era do neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, formalismo valorativo (ou formalismo ético), as quais, provavelmente, em muito influenciaram os membros da Comissão.

1 FASES METODOLÓGICAS DO DIREITO PROCESSUAL

O processo civil em uma análise evolutiva passou por algumas fases metodológicas, onde prevaleciam algumas idéias que com o tempo foram se mostrando anacrônicas. Nesse contexto histórico, importante uma razoável visão sobre essas etapas, para que possamos compreender a fase atual, denominada de neoprocessualismo ou formalismo valorativo, que emerge da influência sofrida pelo processo civil do direito constitucional ou uma constitucionalização do processo civil. A rigor, os modelos processuais são representados por quatro fases.

1.1 PRAXISMO (OU FASE SINCRETISTA)

Ocorria uma confusão entre o direito material e o processual, o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem

4 Informações extraídas da Exposição de Motivos do Anteprojeto de Lei 166/10.

5 No direito alemão a figura se chama *Musterverfahren* e gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu. (RALF-THOMAS WITTMANN. Il “contenzioso di massa” in Germania, in GIORGETTI Alessandro; VALERIO Vallefucio, *Il Contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*. Milão: Giuffrè, 2008, p. 178).

preocupações científicas. A ação era o direito material em movimento, ou seja, uma vez lesado o direito material, este adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Nessa fase ainda não se visualizava a autonomia da relação jurídica processual em confronto com a relação jurídica material. O direito processual não era um ramo autônomo do direito e, tampouco, havia estudos para uma pretensa autonomia científica. O que havia era um conjunto de formas para o exercício do direito, sob uma condução pouco participativa do juiz.

No século XIX, com o estudo pelos Alemães da natureza jurídica da ação, bem como da natureza jurídica do processo, tal fase começou a ruir, pois os conhecimentos eram empíricos, sem nenhuma consciência de princípios ou embasamento científico.

1.2 PROCESSUALISMO (OU FASE DO AUTONOMISMO)

O processo passou a ser estudado autonomamente, ganhando relevo a afirmação científica do processo. Durante praticamente um século tiveram lugar as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições da ação e os pressupostos processuais⁶.

A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação desse período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos. Caracterizou-se por ser uma fase muito introspectiva, sendo o processo pelo processo. Essa fase, a rigor, se tornou autofágica, distanciada da realidade, gerando um culto exagerado as formas processuais, no afã de enfatizar a autonomia científica.

1.3 INSTRUMENTALISMO

O processo, embora autônomo, passa a ser encarado como instrumento de realização do direito material, a serviço da paz social. Como a primeira fase metodológica não visualizava o processo

6 BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepcionais Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964. Tal obra é tida como “certidão de nascimento do processo civil” (DINAMARCO. *Instituições...*, v. 1, p. 258), todavia, o estudo do processo como relação jurídica vem de Hegel, sendo mais tarde lembrado por Bethmann-Holweg para só então ser trabalhada por Bülow (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro, 1997, tomo III, p. 435), *apud* DANIEL MITIDIEIRO, *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado UFRS, Porto Alegre, 2007, p. 20, nota 64.

como instituição autônoma, a segunda fase acabou enfatizando, demasiadamente, a técnica, o formalismo.

Nesse sentido, surgiu a instrumentalidade, negando o caráter puramente técnico do processo, demonstrando que o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir um fim, dentro de uma ideologia de acesso à justiça. Essa fase é, eminentemente, crítica, pois o processualista moderno sabe que a sua ciência atingiu níveis expressivos de desenvolvimento, porém o sistema ainda é falho na sua missão de produzir justiça. O processo passou a ser analisado a partir de resultados práticos, levando em conta o consumidor do serviço judiciário.

Cumprir registrar que tal fase ainda não exauriu o seu potencial reformista, porém já se tomou consciência do relevante papel do sistema processual e de sua complexa missão perante a sociedade e o Estado, basta nos recordarmos dos Juizados Especiais Cíveis, da ação civil pública, do mandado de segurança individual e coletivo, da Defensoria Pública, do CDC etc.

Não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, se estabelece entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido. É a chamada teoria circular dos planos processual e material, na visão desenvolvida por Carnelutti onde o processo serve ao direito material, ao mesmo tempo em que é servido por ele.

1.4 NEOPROCESSUALISMO OU FORMALISMO VALORATIVO OU FORMALISMO ÉTICO

A partir da evolução dessas fases metodológicas, sob a influência do neoconstitucionalismo, começou-se a cogitar no neoprocessualismo, que se interage com o instrumentalismo, também denominado por uma parte doutrina como de formalismo-valorativo ou formalismo ético.

Fato é que o direito processual civil está vivendo uma nova fase, uma quarta⁷, não importando a denominação que se utilize. Para uma maior clareza, abordaremos o estudo da quarta fase isoladamente, caminhando pelo neoconstitucionalismo, neoprocessualismo, instrumentalidade e formalismo-valorativo.

7 Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. fonte: <www.academia.edu/> p. 6.

2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O NEOCONSTITUCIONALISMO

Nosso ordenamento, tradicionalmente, é positivista⁸, onde o papel do juiz era o de tão somente descobrir e revelar a solução contida na norma, em outras palavras, o juiz formulava juízo de fato para o conhecimento da realidade, porém não fazia juízo de valor, o que envolveria uma tomada de posição diante da realidade. No positivismo jurídico a análise do juiz conduz ao entendimento acerca da imposição das leis como verdade única e sua configuração como expressão máxima do direito. Fundadas na obediência à lei, barbáries foram cometidas, como no nazismo e no fascismo.

Atualmente, é crescente a idéia de um direito processual civil que consagre a teoria dos direitos fundamentais, bem como a força normativa da Constituição. Tal fenômeno é designado por renomados autores de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo⁹. Processualmente, seguindo a acepção do neoconstitucionalismo, atualmente se fala em neoprocessualismo, como se verá adiante.

Ocorre que, tendo como premissa o neoconstitucionalismo, tais métodos e resultados, ainda que auxiliados pelos meios de integração, não podem mais ser avaliados independentemente do Texto Constitucional.

Tal afirmação pode soar ao leitor como um truísmo. Daniel Sarmiento¹⁰, comentando o ponto, afirma que o que hoje parece uma obviedade, era quase revolucionário numa época em que a nossa cultura jurídica hegemônica não tratava a Constituição como norma, mas como pouco mais do que um repositório de promessas grandiloqüentes, cuja efetivação dependeria quase sempre da boa vontade do legislador e dos governantes de plantão. Para o constitucionalismo da efetividade, a incidência da Constituição sobre a realidade social, independentemente de qualquer mediação legislativa, contribuiria para tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade.

8 Para o Positivismo jurídico o Direito é aquilo que é posto pelo Estado, sendo então esse o objeto que deve ser definido, cujos esforços sejam voltados à reflexão sobre a sua interpretação.

9 As expressões não são unânimes, principalmente em razão da sua vagueza. Não é por outra razão que alguns autores referem-se a vários “neoconstitucionalismos”. Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: <www.academia.edu/> p. 2, citando Daniel Sarmiento.

10 SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Marcelo Novelino (org.) Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 31-32.

Nesse novo modelo o magistrado deve estar preparado para constatar que a solução não está integralmente na norma, o que demanda um papel criativo na formulação da solução para o problema, tornando-se, assim, co-participante do papel de produção do direito, mediante integração, com suas próprias valorações e escolhas, das cláusulas abertas constantes do sistema jurídico.

Não é demais lembrar importante lição de renomada doutrina que o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado¹¹.

A relação entre a Constituição e o processo se dá de forma direta e indireta. Diretamente ocorre quando a Lei Fundamental estabelece quais são os direitos e garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Será, porém, indireta quando tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc.), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto¹².

Nessa linha, o processo é um importante mecanismo de afirmação dos direitos reconhecidos na Constituição. A expressão “neo” (novo) chama a atenção do operador para mudanças paradigmáticas, pois o Direito não pode ficar engessado aos métodos arcaicos, engendrados pelo pensamento iluminista do século XVIII¹³, devendo ser focado em

11 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <www.alvarodeoliveira.com.br>.

12 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 1.

13 Trata-se de um movimento cultural europeu, que ocupa o século que corre entre a Revolução Inglesa (1688) e a Revolução Francesa (1789). Foi uma teoria filosófica que, em termos práticos, insurgiu-se com a Revolução Francesa. Tinha por fundamento, a razão acima de todas às coisas. E mais especificamente, fazer com que fosse assegurado na Carta Política dos Estados – sua Constituição –, princípios fundamentais inerentes à pessoa humana, os quais, são ínsitos ao Direito Natural. Como forma de garantir aos cidadãos direito coletivos e individuais perante o Estado, ocorreu uma divisão dos poderes, facilitando o controle dos governantes, repudiando, assim, o absolutismo do poder. Criou-se o Estado

sua concretização, em pensamentos contemporâneos, não se dissociando da realidade e das múltiplas relações sociais, políticas e econômicas. Esse é o desafio dos estudiosos ao combater o imobilismo conceitual, buscando práticas mais adequadas a aquilo que a Constituição põe como objetivo fundamental, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF/88).

Basicamente, os direitos foram assegurados, ou seja, formalmente existiam, porém, isso não é suficiente. Devem ser materialmente concretizados. Busca-se a melhor forma de interpretá-lo ou digeri-lo.

Luis Roberto Barroso sintetiza que vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida, pois os tempos não andam propícios a doutrinas, mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a injustiça passeia pelas ruas com passos firmes e a insegurança é a característica da nossa era. Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus¹⁴.

O neoconstitucionalismo pode ser dividido em três aspectos distintos: (i) histórico, (ii) filosófico e (iii) teórico.

- (i) Sobre o aspecto *histórico*, as transformações mais importantes no Direito Constitucional contemporâneo se deram a partir da 2ª Grande Guerra Mundial, na Europa, pois, com a derrota dos regimes totalitários, verificou-se a necessidade de serem criados catálogos de direitos e garantias fundamentais para a defesa do cidadão, frente aos abusos que poderiam vir a ser

Democrático de Direito, organizado e controlado por um documento denominado Constituição, com o poder na mão do povo, assegurando a igualdade, liberdade e fraternidade.

14 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 dez. 2010, p. 1.

cometidos pelo Estado ou por quaisquer detentores do poder em quaisquer de suas manifestações (político, econômico, intelectual etc.), bem como mecanismos efetivos de controle da Constituição (jurisdição constitucional).

Assim, a era da validade meramente formal do direito foi superada, não bastando o Estado cumprir o processo legislativo para que a lei viesse a ser expressão do direito. Foram estreitados os vínculos entre Direito e Política, na medida em que conceitos como os de razoabilidade, senso comum, interesse público etc. são informados por relações de poder. A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica, não se restringindo ao vínculo entre governantes e governados, mas se estendendo para toda e qualquer relação, mesmo entre dois sujeitos privados.

Os reflexos das alterações constitucionais, ocorridas na Europa, foram sentidos, significativamente, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988 que marca, historicamente, a transição para o Estado Democrático de Direito.

- (ii) No aspecto *filosófico* a expressão “vontade da lei” foi superada pela hermenêutica jurídica, distinguindo regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição.

Seria de pouca valia os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. A tal raciocínio denomina-se de pós-positivismo, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de preencher lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos.

Nessa linha, por exemplo, o artigo 126 do CPC, reprodução do art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁵, que é de 1942, consagra a proibição ao *non liquet*, impondo ao magistrado ter que decidir o litígio, não podendo abster-se, demonstra esse resquício, pois não resiste às interpretações

15 Redação dada pela Lei n. 12.376/10, onde foi substituída a vetusta expressão “Lei de Introdução ao Código Civil”, que notoriamente estava equivocada.

evolutivas do direito e teológica do papel do juiz, na medida em que a norma jurídica, enquanto resultado do processo hermenêutico, não mais se enquadra na arcaica visão da decisão enquanto um silogismo jurídico (premissa maior: a regra jurídica; premissa menor: os fatos; e conclusão), seja porque se adota no Brasil, desde a Constituição Republicana de 1891, o judicial *review* (isto é, o controle difuso da constitucionalidade), nos moldes norte-americanos, decorrente do caso *Marbury vs. Madison* (1803), com a possibilidade de se negar – no plano formal e/ou material - validade à regra jurídica por se opor a um princípio constitucional, seja porque a técnica legislativa se ampara cada vez mais nas cláusulas gerais (p. ex., art. 421, CC/02, ao tratar da função social do contrato; art. 1228 §1º CC/02, ao prever a função social da propriedade; art. 113 do CC/02, prevendo que os contratos devem ser interpretados à luz da boa-fé etc.), sendo os textos legislativos polissêmicos, a possibilitar mais de uma interpretação possível.

Em conformidade com esse artigo, os “princípios gerais do direito” são a última fonte de integração das lacunas legislativas. Há uma grave imprecisão, inadequada à nova realidade do pensamento jurídico. Em 1942, norma era a lei, entendida como regra; princípios não tinham eficácia normativa; dependiam das regras para concretizar-se. O pensamento mudou; a interpretação há de mudar, também. O juiz não decide a “lide” com base na lei; o juiz decide a “lide” conforme o “Direito”, que se compõe de todo o conjunto de espécies normativas, inclusive os princípios. Os princípios não estão “fora” da legalidade, entendida essa como o Direito positivo: os princípios a compõem¹⁶.

- (iii) O aspecto *teórico* reflete três vertentes: o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Afirmar a força normativa da Constituição é afastar o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político. Sua concretização ficava, invariavelmente,

16 DIDIER Jr., Fredie. Editorial 72, de 26.10.2009.

condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição¹⁷.

Daí se extrai a vetusta expressão de que a Constituição é uma carta de intenções. A vinculação positiva de todas as normas constitucionais, inclusive aquelas que a doutrina clássica taxava de programáticas, implica, conseqüentemente, na expansão da jurisdição constitucional.

A expansão da jurisdição constitucional nunca esteve tão em voga, principalmente com a explosão de litigiosidade, bem como do acesso à justiça. A difusão das causas de menor complexidade (principalmente com os Juizados Especiais cíveis e criminais), os litígios de massa (regulamentação da ação popular e da ação civil pública), ampliação da atuação do Ministério Público, possibilitaram que questões relevantes ficassem mais em evidência e pudessem possibilitar um melhor acesso à justiça, efetivando direitos fundamentais, colocando o Judiciário no centro das atenções e das perspectivas da sociedade.

Como dito, o *judicial review* aproxima o Judiciário da política, pois ações governamentais podem ser contestadas judicialmente. Nesse contexto, surgem críticas ao neoconstitucionalismo, onde se questiona o papel do juiz como um protagonista do sistema, eis que o magistrado não teria legitimidade democrática para tanto. Todavia, diante da crise da democracia representativa, pois, na maioria das hipóteses, a vontade do representante não coincide com a vontade do representado, bem como pela falência do parlamento, pelo excessivo número de Medidas Provisórias; mesmo os membros do Judiciário não tendo sido eleitos pelo povo, isso não lhes retira a missão constitucional de efetivar direitos fundamentais.

17 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 dez. 2010, p. 3.

A reserva do possível, a reserva de consistência¹⁸, o princípio da motivação e da proporcionalidade são os principais limites da atuação judicial. Logo, a postura do ativismo judicial deve ser reservada à concretização das condições materiais mínimas de tutela da dignidade da pessoa humana (mínimo existencial). A questão, por fim, do que vem a compor a esfera do mínimo existencial não está posta de forma explícita na Constituição, não prescindindo da necessária interação entre a Política e o Direito.

Posturas do Judiciário, que demonstram claramente um ativismo judicial, como a concessão de remédio para aidéticos devem sempre ser lembradas¹⁹.

Como última barreira à atuação do Poder Judiciário, impõe-se o mito do legislador positivo, pelo qual o juiz pode, nos moldes do pensamento iluminista, apenas declarar a vontade concreta da lei ou, no máximo, atuar como legislador negativo declarando a inconstitucionalidade de uma lei contrária à Constituição, não tendo ampla liberdade para a concretização de direitos. Tal compreensão não se compatibilizando com o modelo de Estado previsto na Constituição Brasileira de 1988, requerendo, além das prestações negativas para a garantia dos direitos de liberdade, também prestações positivas inerentes à implementação de direitos fundamentais à subsistência, à alimentação, ao trabalho, à educação, à saúde e à moradia²⁰.

As críticas são indispensáveis. A história do pensamento jurídico costuma desenvolver-se em movimento pendular: essas transformações puxam para um lado; as críticas, para o outro; no final do “cabo de guerra”, chega-se ao equilíbrio²¹.

2.1 NOVA DOGMÁTICA INTERPRETATIVA

Nesse contexto, gradualmente, a lei deixou de ser o centro do ordenamento jurídico. Algumas mudanças fundamentais podem ser

18 O Judiciário, ao proceder a interpretação judicial, deve apresentar argumentos substanciais de que o ato ou a omissão do agente público é incompatível com a Constituição.

19 STF, AgRgRE n. 271.286-RS, 2ª T., rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12.09.2000.

20 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. p. 15.

21 DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Fonte: <<http://www.academia.edu/>>. p. 6.

apontadas: princípios ao invés de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez de Poder Executivo ou Legislativo (ou mais Poder Judiciário e menos Poder Legislativo ou Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da constituição em vez da lei)²².

Tanto é que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária”²³.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto²⁴.

Assim, não há controvérsia quando se defende, em tese, a dignidade da pessoa humana, mas quando, por exemplo, discute-se se, em determinado caso concreto, é possível a interrupção da gravidez de um feto com anencefalia²⁵, alguns defenderão, sob o argumento da tutela da dignidade humana, a vida do feto (bem indisponível e acima de qualquer outro direito contraposto), já outros, com o mesmo argumento da dignidade, em favor da gestante, argumentarão que deve ser preservada a integridade física e psíquica da mulher, evitando um sofrimento imenso e inútil, sabendo-se que a gestação é, cientificamente, inviável. Pode-se afirmar que ambas as argumentações são simultaneamente válidas; contudo, isto torna a dignidade da pessoa humana uma fórmula vazia, sem nenhum valor argumentativo.

Para dar conteúdo ao referido valor, uma das duas interpretações deve ser considerada, necessariamente, falsa, tornando a dignidade humana um valor relativo às circunstâncias situacionais importas pelo

22 ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2010.

23 Cfr. HC 9.892-RJ, 6ª T., rel. Min. Fontes de Alencar, julgado em 16.12.1999.

24 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 dez. 2010, p. 3.

25 Cfr. STF, ADPF nº 54.

caso concreto. Nesse contexto, quanto ao papel da norma verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo, bem como o papel do juiz não é apenas a de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo²⁶.

2.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A Constituição, portanto, é o ponto de partida para a interpretação e a argumentação jurídica, assumindo um caráter fundamental na construção do neoprocessualismo. A partir do momento em que se contemplaram amplos direitos e garantias, tornaram constitucionais os mais importantes fundamentos dos direitos material e processual, criando a denominada constitucionalização do direito infraconstitucional. Deste modo, alterou-se, radicalmente, o modo de construção (exegese) da norma jurídica.

A lei (e sua visão codificada do século XIX) perdeu sua posição central como fonte do direito e passou a ser subordinada à Constituição, não valendo, por si só, mas somente se conformada com a Constituição e, especialmente, se adequada aos direitos fundamentais. A função dos juízes, pois, ao contrário do que desenvolvia Giuseppe Chiovenda, no início do século XX, deixou de ser apenas atuar (declarar) a vontade concreta da lei e assumiu o caráter constitucional, possibilitando, a partir da judicial *review*, o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

Atualmente já se fala que a jurisdição é uma atividade criativa da norma jurídica do caso concreto, bem como se cria, muitas vezes, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto²⁷. Deve-se deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto²⁸⁻²⁹.

26 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 20-21.

27 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. I. Jus Podivm. p. 70.

28 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 34.

29 No mesmo sentido, imprescindível leitura de MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 94-97, onde clama que o estudioso, com serenidade, discuta o problema da criação judicial do direito, enumerando várias proposições em sua defesa.

O direito fundamental de acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, significa o direito à ordem jurídica justa³⁰. Assim, a designação acesso à justiça não se limita apenas à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa, que abrange: (i) o ingresso em juízo; (ii) a observância das garantias compreendidas na cláusula do devido processo legal; (iii) a participação dialética na formação do convencimento do juiz, que irá julgar a causa (efetividade do contraditório); (iv) a adequada e tempestiva análise, pelo juiz, natural e imparcial, das questões discutidas no processo (decisão justa e motivada); (v) a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos materiais (instrumentalidade do processo e efetividade dos direitos)³¹.

Assim, para uma perfeita compreensão de acesso à ordem jurídica justa faz necessário o conjunto de garantias e dos princípios constitucionais fundamentais ao direito processual, o qual se insere no denominado direito fundamental ao processo justo.

Nesse conjunto de garantias e princípios constitucionais processuais incluem-se o direito de ação, a ampla defesa, a igualdade e o contraditório efetivo, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, da independência e imparcialidade do juiz, a motivação das decisões judiciais, a possibilidade de controle recursal das decisões etc. Desse modo, pode-se afirmar que o direito ao processo justo é sinônimo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.

Essa constitucionalização dos direitos e garantias processuais torna-se relevante, pois, além de retirar o Código de Processo da centralidade do ordenamento processual, fenômeno designado de descodificação, ressalta o caráter publicístico do processo.

O Direito processual está, atualmente, divorciado da visão privatista, deixando de ser um mecanismo de utilização pessoal, para ser visto como um meio de realização da justiça.

30 Cfr. Kazuo Watanabe. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988. p. 135.

31 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 25.

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE NEOPROCESSUALISMO³²

A conformação da legislação processual ao texto constitucional não deve ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador novas práticas, para que seja possível resistir a toda a forma de retrocessos, para a concretização da consciência constitucional e a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa linha, sobressai o neoprocessualismo, termo polissêmico, como interessante função didática de remeter imediatamente ao neoconstitucionalismo.

Sendo a tutela jurisdicional um direito fundamental (art. 5º, XXXV da CF/88), devendo ser prestado de modo efetivo, célere e adequado (art. 5º, LXXVIII da CF/88), há uma vinculação do legislador, do administrador e do juiz, pois os direitos fundamentais possuem uma dimensão objetiva, constituindo um conjunto de valores básicos e diretivos da ação positiva do Estado³³. Como cediço, os direitos fundamentais geram influência sobre todo o ordenamento, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos³⁴.

Nessa linha, é possível afastarmos a clássica dicotomia entre direito e processo, passando-se a cogitar na instrumentalidade do processo e em técnicas processuais. A instrumentalidade, na visão de Dinamarco³⁵, possui aspectos negativos e positivos.

Negativamente, como a instrumentalidade se combate o formalismo, afastando a visão do processo como um conjunto de armadilhas ardilosamente preparadas pela parte mais astuta em detrimento da mais incauta, todavia, sem gerar alternativismo destrambelhado, capaz de produzir a insegurança jurídica. Positivamente, com a instrumentalidade o processo torna-se apto a produzir todos os seus escopos institucionais (jurídicos-políticos-sociais), como na ampliação dos Juizados Especiais,

32 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O Processo Civil Na Perspectiva Dos Direitos Fundamentais*. Fonte:<www.alvarodeoliveira.com.br>.

33 Cfr. Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998. p. 140.

34 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 266.

35 Cfr. Cândido Rangel Dinamarco. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de processo*, v. 109, p. 9-38.

ampliação das defensorias públicas, consolidação do papel do Ministério Público, o dinamismo do processo na relação entre as partes, entre elas e o juiz, como entre o juiz e o processo, a plenitude e a restrição das garantias processuais, dentro da proporcionalidade, a justiça das decisões, a efetividade das decisões (como a melhor distribuição do ônus do tempo, a ampliação das sentenças mandamentais e executivas *lato sensu*, a concretização dos provimentos urgentes baseados em cognição sumária, o abandono da rígida separação entre cognição e execução, a desmitificação da verdade processual “*obtida*” formalmente com a coisa julgada etc.).

Assim, a construção de técnicas processuais hábeis a tutelar direitos materiais tornaram-se o grande desafio do legislador e do juiz na concretização do direito a tutela jurisdicional adequada. Aquilo que depender do processo civil, da técnica processual, deve ser solucionado de modo adequado.

Nesse contexto, alguns pontos assumem grande relevância: o princípio da adequação do procedimento à causa; pensar na tutela de interesses coletivos³⁶, pois o CPC foi idealizado em uma visão individualista, bastando consultar o seu art. 6º (que disciplina que a regra é ir a juiz em nome próprio, na defesa de direito próprio) e 472 (limites subjetivos da coisa julgada material); a melhor distribuição do tempo como um ônus a ser dosado de forma isonômica entre as partes; a aproximação da cognição à execução, incentivando poderes de efetivação da decisão, como o previsto no art. 461 §5º do CPC (princípio da atipicidade dos meios executivos)³⁷; a ampliação das chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, superando o princípio da congruência (art. 128 c/c 460), permitindo-se, mesmo sem pedido expresso, que o juiz aplique o meio necessário à efetividade da tutela jurisdicional.

A EC 45/04 ressaltou a necessidade da razoável duração do processo, enfatizando a necessidade de ampliação de técnicas como as do art. 273, 461 e 84 do CPC, adotando-se meios de coerção diretos

36 Nesse sentido, merece crítica a postula do STJ a cancelar a redação do art. 16 da Lei nº 7.347/85, bem como a inovação legislativa (Lei nº 9.494/97 que alterou o mencionado dispositivo), limitando a tutela coletiva. STJ, 1ª T., AgRg nos EDcl no REsp. 639.158/SC, rel. Min. José Delgado, julgado em 22.03.2005.

37 Tais poderes, por óbvio não podem ser desmedidos, para não se gerar arbitrariedade, devendo ser controlado pela proporcionalidade: (i) deve ser adequado (compatibilizando-se com o ordenamento); (ii) deve ser necessário (deve ser indagado se há outro meio menos oneroso); (iii) as vantagens da adoção do meio executivo devem se sobrepor as desvantagens. Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. Controle do poder executivo do juiz. Revista de processo, v. 127. p. 54-74.

e indiretos³⁸, bem como uma maior adoção do sincretismo processual, extinguindo-se o processo autônomo de execução, transformando-o em uma fase executiva (cumprimento de sentença, na forma do art. 475-I).

Superou-se, ainda, o princípio da unidade e da unicidade do julgamento, que havia sido formulado por Giuseppe Chiovenda com fundamento na sua preocupação com a oralidade no processo e os seus desdobramentos (concentração dos atos processuais, imediatidade do contato entre o juiz com as partes e com as testemunhas, além da identidade física do juiz do começo ao fim do processo), os quais, na prática tanto brasileira quanto italiana, não resultaram na maior celeridade processual. Assim sendo, a efetivação do direito fundamental à tutela jurisdicional célere e a realidade forense implicou a necessidade de cisão do julgamento do mérito, ao contrário do que propugnava o modelo processual clássico³⁹.

Ocorre, porém, que todo esse afã por celeridade esbarra no garantismo. Mal comparando, mas é fato: toda vez que muito se acelera, muito se perde em segurança. Construir técnicas processuais adequadas e efetivas é adequar o sistema a efetividade, porém, é preciso compatibilizar tal processo com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do demandado.

Desde as lições de Luigi Ferrajoli⁴⁰, o garantismo se sustenta em três pilares: o Estado de Direito, a teoria do direito e a crítica do direito e, por último, a filosofia e a crítica da política. Enfim, busca-se um aporte teórico da democracia, em sentido substancial, que só se realiza com respeito aos direitos fundamentais, influenciando na construção do neoprocessualismo.

Por exemplo, a inversão do ônus da prova, bem como da teoria dinâmica do ônus da prova, são bons exemplos de técnicas processuais para uma melhor tutela jurisdicional, todavia, a decisões que invertem o ônus da prova na sentença ferem a garantia do contraditório, inviabilizando a ampla defesa do fornecedor em juízo.

38 Fala-se em meios de coerção indireta quando se mostra necessário contar com a vontade do obrigado, fala-se em meios de coerção diretos quando a vontade do obrigado é irrelevante. Maiores considerações no capítulo sobre execução, mas podemos exemplificar o primeiro com as *astreintes* e o segundo, também denominado de meios de subrogação, a execução de uma sentença de despejo, onde o magistrado requisita força policial para efetivar a sua decisão de desalijo.

39 Cfr. Luiz Guilherme Marinoni. *Técnica processual e tutela dos direitos*. p. 141-4.

40 Cfr. Derecho e razón. *Teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 2001. p. 851 e seg.

De igual modo, decisões que condicionam sempre à antecipação de tutela à prévia realização da garantia do contraditório, ignorando a urgência do pedido; bem como aquelas que tornam impossível a aplicação de presunções probatórias, exigindo, de forma rígida, que o demandante se desincumba da prova de um fato, cuja demonstração seria facilmente realizada pelo demandado, o que contraria a moderna teoria do ônus dinâmico da prova.

Portanto, a justa medida entre as tendências instrumentalista e garantista que, como acima observado, complementam-se, pela adoção do princípio da proporcionalidade, permitirá que os conflitos de direitos fundamentais sejam resolvidos, à luz do caso concreto, sem posturas inflexíveis que negariam tanto o neoconstitucionalismo quando o neoprocessualismo⁴¹.

Neste sentido, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo servem de suporte crítico para a construção não somente de “novas” teorias e práticas, mas, sobretudo para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas à prestação jurisdicional.

3.1 INSTRUMENTALIDADE E FORMALISMO-VALORATIVO

Com o reconhecimento da autonomia da ciência processual, a partir, principalmente, da obra de Büllow, iniciou-se um movimento de radical autonomia em relação do direito material. O escopo do processo foi redefinido, relacionando-se com a atuação do direito e na realização da justiça ou com a justa composição da lide.

No Liebman fundou a Escola Paulista de Processo, contando com ilustres discípulos como Alfredo Buzaid, Moacir Amaral Santos, José Frederico Marques (1ª fase da escola), bem como Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover (2ª fase da escola), inaugurando o estudo da instrumentalidade do processo, onde o direito processual civil passou a regular o modo de atuação em concreto do conteúdo das normas jurídicas. O processo passou a objetivar aspectos jurídicos, sociais e políticos.

A instrumentalidade tem vasta aplicação na doutrina pátria, passando a ser o núcleo e a síntese dos movimentos de aprimoramento do sistema processual. O processo é instrumento e *"todo instrumento,*

41 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>, p. 42.

*como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina*⁴².

Nesse sentido, a visão do formalismo-valorativo, tema muito pouco discutido nos manuais, não tendo recebido ainda merecida atenção e reconhecimento da doutrina processual brasileira que é muito focada no conceito de instrumentalidade do processo. De igual modo, a jurisprudência é muito tímida sobre o assunto.

Desenvolvida na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴³ que busca combater o excesso de formalismo, pois, diante do atual ambiente em que se processa a administração da justiça no Brasil, em que muitas vezes, para facilitar o seu trabalho, o órgão jurisdicional adota uma rigidez excessiva, não condizente com o estágio atual do desenvolvimento dos valores do processo, ou então a parte insiste em levar às últimas conseqüências as exigências formais do processo.

Nesse sentido:

Para Dinamarco, a instrumentalidade é o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, para Alvaro de Oliveira, este núcleo e essa síntese consistem no entrechoque dos valores efetividade e segurança jurídica. De um lado temos um valor (instrumentalidade) define a concepção do processo e seu aprimoramento (Dinamarco). De outro, uma dinâmica e conflituosa relação entre dois valores (efetividade versus segurança), é que resultará nessa concepção e aprimoramento (Alvaro de Oliveira).

Tais visões inauguram caminhos distintos a trilhar no que toca à evolução do processo civil. Tanto que na visão instrumentalista de Dinamarco, as formas seriam “apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual”. Não se distinguem forma em sentido estrito e forma em sentido amplo. Para Alvaro de Oliveira, o formalismo-valorativo, ou forma em sentido amplo, é muito mais do que estes meios preordenados: é limite de

42 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 206

43 Em obra premiada com a medalha mérito Pontes de Miranda da academia brasileira de letras jurídicas: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. Posteriormente, o mesmo autor, com o objetivo de refinar as idéias lançadas no mencionado livro: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista Forense*, v. 388, p. 11-28.

poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação das atividades processuais, ordenação do procedimento e organização do processo. E, tudo isso, marcado por profunda influência cultural, e talhado pelo constante conflito entre efetividade e segurança⁴⁴.

A rigor, cremos ser o formalismo-valorativo um neoprocessualismo com o reforço da ética e da boa-fé no processo, em original ponderação entre efetividade e segurança jurídica⁴⁵. As premissas desse pensamento são as mesmas do chamado neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um formalismo ético⁴⁶.

Em apertada síntese, apregoa o mencionado autor que formalismo ou forma no sentido amplo não se confunde com forma do ato processual individualmente considerado. Formalismo diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais.

Forma em sentido amplo investe-se, assim, da tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, e estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o ser desenvolvimento.

O formalismo processual contém, portanto, a própria idéia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento. Se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado a seu tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria em uma disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário. A forma assegura, ainda, uma disciplina na atuação judicial, garantindo a liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado.

44 Extraído da tese de doutorado de Guilherme Rizzo Amaral, que teve como orientador Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *A efetividade das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. UFRS, Porto Alegre, 2006, p. 16.

45 Com a mesma conclusão: Nesse sentido: DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: <<http://www.academia.edu/>>, p. 7.

46 URIBES, José Manuel Rodríguez. *Formalismo ético y nostitucionalismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 101 e segs., *apud* DIDIER Jr., Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: <<http://www.academia.edu/>>, p. 7.

Se o processo fosse organizado discricionariamente pelo juiz não se poderia prever o seu curso, faltando as garantias necessárias para o seu desenvolvimento.

De igual modo, o formalismo controla os eventuais excessos de uma parte em face de outra, atuando como poderoso fator de igualação dos contendores entre si, ou seja, uma paridade de armas.

Assim, o formalismo é elemento fundador tanto da efetividade quanto da segurança do processo, gera um poder organizador e ordenador, bem como um poder disciplinador. Ocorre, porém, que com o passar do tempo esse formalismo sofreu desgaste e passou a simbolizar um formalismo excessivo, de caráter essencialmente negativo.

De notar, ainda, que os verbos ordenar, organizar e disciplinar são desprovidos de sentido se não direcionados a uma finalidade. O formalismo, como o processo, é sempre polarizado pelo fim⁴⁷.

O processo é fruto do homem, não se encontra na natureza, portanto, a criação não pode se desprovida de qualquer valor. O direito processual é o direito constitucional aplicado, a significar que o processo não se esgota dentro dos quadros da mera realização do direito material, constituindo, mais amplamente, a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização de justiça e pacificação social.

O poder ordenador não é oco, vazio ou cego; não há formalismo por formalismo⁴⁸, deve ser pensado para a organização de um processo justo, alcançando suas finalidades em tempo razoável e, principalmente, colaborar para justiça material da decisão.

A efetividade e a segurança apresentam-se como valores essenciais para a conformação do processo a valores constitucionais, todavia, ambos se encontram em permanente conflito, em relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa⁴⁹.

47 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo, *Revista Forense*, v. 388, p. 10.

48 OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 87.

49 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo, *Revista Forense*, v.388. p. 13.

É, porém, importante visualizar que a segurança não é o único valor presente no ambiente processual, pois o processo, como dito, é polarizado no fim de realizar a justiça material do caso, por meio de um processo equânime e efetivo. De tal sorte, o formalismo excessivo pode, inclusive, inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.

A efetividade, por sua vez, está consagrada na CR/88 (art. 5º, XXXV e LXXVII), pois não é suficiente abrir as portas do Judiciário, mas prestar a jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus.

Nos dias atuais, vários fatores têm determinado uma maior prevalência da efetividade sobre a segurança, principalmente pela mudança qualitativa dos litígios trazidos ao Judiciário, em uma sociedade de massa, com interesse de amplas camadas da população, a tornar imperativa uma solução rápida do processo e a efetividade das decisões judiciais.

Após a 2ª Guerra Mundial abandonou-se a tramitação fechada e a minúcia dos procedimentos, para a adoção de princípios e a sua constitucionalização. O direito passou a ser mais flexível, menos rígido, determinando uma alteração no que concerne à segurança jurídica, que passa de um estado estático para estado dinâmico. A segurança jurídica é uma norma que se mede pela estabilidade de sua finalidade, abrangida em caso de necessidade pelo seu próprio movimento. A segurança deve ser um coeficiente de uma realidade, permitindo a efetividade dos direitos e garantias do processo.

A visão positivista do processo foi sendo, gradualmente, abandonada o problema enfrentado é posto como o centro das preocupações hermenêuticas. O emprego de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito geraram reflexos no processo.

A lógica argumentativa foi definitivamente adotada, incentivado o diálogo judicial na formação do convencimento, na cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes. O contraditório, nesse contexto, passou a ser essencial para um processo justo. A sentença deve resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo, exigindo um juiz ativo e leal, colocado no centro da controvérsia.

Não se pode admitir uma valorização excessiva do rito, como afastamento completo ou parcial da substância, conduzindo à ruptura com o sentimento de justiça.

3.2 COMBATE AO FORMALISMO EXCESSIVO

Pode acontecer do poder organizador e disciplinador gerado pelo formalismo, ao invés de concorrer na realização do direito, pode aniquilá-lo ou gerar um retardamento irrazoável da solução do litígio.

Essa é, exatamente, a proposta. O jurista deve estar apto para afastar as nefastas conseqüências do formalismo pernicioso ou negativo, impedindo esse desvio de perspectiva⁵⁰.

Não há mais espaço para a aplicação mecanicista do direito, o operador de se atentar às particularidades do caso concreto no trabalho de adaptação da norma, a rigor, o processo de aplicação do direito mostra-se, necessariamente, obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e criação. O legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida.

No direito processual, mais ainda do que em outros ramos do direito, seu caráter finalístico é evidente; finalismo esse que não pode ser voltado para si, pois inexistente finalismo em si, senão direcionado para os fins últimos da jurisdição. Visa-se atingir a um processo equânime, peculiar do Estado democrático de direito, que sirva à idéia de um equilíbrio ideal entre as partes e ao fim material do processo: a realização da justiça material.

Se a finalidade da prescrição foi atingida na sua essência, sem prejuízo a interesses dignos de proteção da contraparte, o defeito de forma não deve prejudicar a parte. A forma não pode, assim, ser colocada “além da matéria”, por não possuir valor próprio, devendo por razões de equidade a essência sobrepujar a forma. A não-observância de formas vazias não implica prejuízo, pois a lei não reclama uma finalidade oca e vazia.

O Tribunal Constitucional espanhol decidiu que “(...) *as normas que contém os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente*

50 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo, In: *Revista Forense*, v.388, p. 19.

*o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo.*⁵¹

Nesse sentido, por exemplo, em direito processual, o nome atribuído à parte ao ato processual, embora equivocado, nenhuma influência haverá de ter, importando apenas o seu conteúdo. De outro lado, o seu invólucro exterior, a maneira como se exterioriza, também perdeu terreno para o teor interno⁵². Seguindo a visão finalística, um dos pontos mais importantes de um código de processo moderno encontra-se nos “*preceitos relativizantes das nulidades*”, pois prestigiam, atualmente, o formalismo valorativo.

O formalismo excessivo deve, portanto, se combatido com emprego da equidade com função interpretativa-individualizadora, tomando-se sempre como medidas as finalidades essenciais do instrumento processual, os princípios e valores que são sua base, desde que respeitados os direitos fundamentais da parte e na ausência de prejuízo⁵³.

O autor tantas vezes aqui citado aponta alguns casos de aplicação do formalismo-valorativo⁵⁴: adoção do rito ordinário, em uma causa que deveria tramitar pelo sumário, pois será atingida de modo mais cabal a finalidade do procedimento sumário; a sublevação do prazo da ação rescisória, para uma melhor interpretação da lei e a busca de uma solução justa; a decisão que evitar a extinção do processo sem resolução de mérito, após toda a instrução probatória; a decisão que admite denunciação da lide, mesmo em hipótese de garantia imprópria, para se evitar uma ação regressiva autônoma; a visualização da existência de interesse de agir, mesmo quando o autor ajuíza ação de conhecimento, muito embora disponha de título executivo extrajudicial; as raríssimas

51 Sentença 57, de 08.05.1984, na linha de outros precedentes, como ressalta Francisco Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de La Constitución)*, Barcelona: Bosch, 1994, p. 315. No mesmo sentido, o mencionado tribunal entendeu haver excesso de formalismo na inadmissão de recurso por faltar 360 pesetas, em um preparo de 327.846.

52 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo, *Revista Forense*, v.388, p. 24.

53 Nesse sentido o STJ afirma que não há nulidade pela não manifestação do MP em feito que atua incapaz, desde que não haja prejuízo: STJ, 2ª T., Resp 818.978/ES, *Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 9/8/2011*. Precedentes citados do STF: RE 96.899-ES, DJ 5/9/1986; RE 91.643-ES, DJ 2/5/1980; do STJ: REsp 1.010.521-PE, DJe 9/11/2010, e REsp 814.479-RS, DJe 14/12/2010.

54 OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo, *Revista Forense*, v. 388, p. 26-28.

decisões do STJ⁵⁵ que, aplicando o princípio da cooperação, determinar que seja suprida a falha na formação do instrumento que acompanha o recurso de agravo, quando se trate de peça não obrigatória.

Como o formalismo-valorativo informa a aplicação da lealdade e da boa-fé, não somente para as partes, mas para todos os sujeitos do processo, inclusive o órgão jurisdicional com as partes e destas com aquele. Exatamente o emprego da lealdade no emprego dessa liberdade valorativa é que pode justificar a confiança atribuída ao juiz na aplicação do direito justo. Ora, tanto a boa-fé quanto a lealdade do órgão jurisdicional, seriam flagrantemente desrespeitadas sem um esforço efetivo para salvar o instrumento de vícios formais.

De igual modo, trata-se de formalismo excessivo a inadmissão de recurso por estar ilegível um determinado carimbo ou certidão lavrada pela serventia, bem como, a informação processual prestada de modo equivocado, por meio do sítio do Tribunal de Justiça, não pode inviabilizar, por exemplo, um recurso da parte. À evidência, não pode a parte pagar por erro da secretaria do Tribunal.

Como dito, ainda são poucas as decisões aplicando o formalismo valorativo, todavia, a adoção do ponto tem sido crescente.

Exemplificativamente, a hipótese de agravo de instrumento interposto via fax, perante o tribunal de origem, sem as cópias que formam o instrumento, posteriormente apresentadas juntamente com o original, o STJ⁵⁶, aplicando o formalismo-valorativo, afirmou que como a lei n° 9.800/99 não disciplina nem o dever nem a faculdade do advogado, ao usar o protocolo via fac-símile, transmitir, além da petição de razões do recurso, cópia dos documentos que o instruem, a interpretação que deve ser orientada pelas diretrizes que levaram o legislador a editá-la, agregando-lhe os princípios gerais do direito.

Observado o motivo e a finalidade da referida lei, que devem ser preservados acima de tudo, vários foram os motivos apontados: (i) não houve prejuízo para a defesa do recorrido, porque só será intimado para contrarrazoar após a juntada dos originais aos autos; (ii) o recurso remetido por fac-símile deverá indicar o rol dos documentos que o acompanham, sendo vedado ao recorrente fazer qualquer alteração ao

55 STJ, Corte Especial, EREsp 433.687-PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 05.05.2004.

56 STJ, Resp 901556/SP, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrigui, julgado em 21.05.2008.

juntar os originais; (iii) evita-se um congestionamento no trabalho da secretaria dos gabinetes nos fóruns e tribunais, que terão de disponibilizar um funcionário para montar os autos do recurso, especialmente quando o recurso vier acompanhado de muitos documentos; (iv) evita-se discussão de disparidade de documentos enviados, com documentos recebidos; (v) evita-se o congestionamento nos próprios aparelhos de fax disponíveis para recepção do protocolo; (vi) é vedado ao intérprete da lei editada para facilitar o acesso ao Judiciário, fixar restrições, criar obstáculos, eleger modos que dificultem sua aplicação.

Aplicando a tendência metodológica do formalismo-valorativo, há decisões sobre o vício de falta de citação de litisconsortes necessários, adotando o formalismo valorativo para superar a controvérsia entre o cabimento de ação rescisória (art. 485) ou ação anulatória (art. 486), na hipótese de sentença homologatória⁵⁷.

De igual modo, foi reconhecido ser um excesso de formalismo cogitar em ilegitimidade da comissão de defesa do consumidor de assembléia legislativa estadual para ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos do consumidor, relativamente ao aumento efetuado pela recorrida das mensalidades de plano de saúde dos segurados com mais de 60 anos, pois nos termos dos arts. 81, parágrafo único, 82, III, e 83, todos do CDC, e 21 da Lei n. 7.347/1985, pois a legislação somente exige a atuação em prol dos direitos dos consumidores, motivo pelo qual exigir que o regimento interno da referida comissão preveja expressamente, à época da propositura da ACP, sua competência para demandar em juízo constitui excesso de formalismo⁵⁸.

Há, porém, inúmeros casos onde se deveria aplicar o formalismo valorativo e não se aplica, emblematicamente, trago a baila o caso dos documentos do agravo de instrumento. A falta de procuração no recurso interposto na instância especial é causa de sua inadmissão, sendo é inaplicável o disposto no art. 13 do Código de Processo Civil, não se admitindo, inclusive, a juntada da procuração no agravo interno⁵⁹. De igual modo, se não comprovado no agravo de instrumento a existência de feriado local, não se admite a comprovação em embargos de declaração, tampouco em agravo interno⁶⁰.

57 STJ, Resp 1.028.503/MG, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andriighi, julgado em 26/10/2010.

58 STJ, Resp 1.098.804/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andriighi, julgado em 2/12/2010.

59 AgRg no Ag 1215835/SO, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, julgamento 21.10.2010.

60 EDcl no Ar 852908/RJ, 4ª T., Rel. Min. Honildo Amaral (convocado do TJ/AP), julgado em 01.06.2010.

4 INFLUÊNCIAS DE TAIS POSTULADOS NO NOVO CPC

Um dos pontos reconhecidos pela comissão de juristas responsáveis pela elaboração do Novo CPC é que com a ineficiência do sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais.

Vejamus um trecho da exposição de motivos, onde se demonstra a preocupação com uma conformação constitucional:

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

O primeiro objetivo listado reflete, exatamente, o anseio doutrinário 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 de CPC realmente só podem ser atingidas se pautadas das 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 consignação expressa na legislação infraconstitucional em virtude

do nosso inegável ranço positivista, pois, do contrário, bastaria a Constituição. A previsão de tais direitos fundamentais na legislação infraconstitucional, a rigor, desempenha um papel simbólico, pois, ainda que se não houvesse previsão, deveriam ser aplicados.

Enfim, o problema não é legislativo e sim cultural; ainda somos muito dependentes da lei.

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.

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.

Estão sendo incluídos, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”⁶¹; a necessidade de, mesmo diante de questões de ordem pública, ser observado o contraditório.

A razoável duração do processo está consubstanciada na melhor regulamentação do julgamento conjunto de demandas que gravitavam em torno da mesma questão de direito.

Como forma de uma melhor organização, o Novo CPC irá ganhar, inclusive, uma parte geral, onde, *ab initio*, serão disciplinados os princípios e garantias fundamentais do processo civil (art. 1º).

Cumpre, inclusive, registrar que o art. 6º do Novo CPC enfatiza essa visão neoconstitucional, deixando claro que a atividade do juiz, ao aplicar a lei, deverá atender aos fins sociais a que ela se dirige, as

61 O Novo CPC prevê expressamente que, antecedida de contraditório e produção de provas, haja decisão sobre a desconsideração da pessoa jurídica, com o redirecionamento da ação, na dimensão de sua patrimonialidade, e também sobre a consideração dita inversa, nos casos em que se abusa da sociedade, para usá-la indevidamente com o fito de camuflar o patrimônio pessoal do sócio.

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.

Observe-se que o atual art. 126 do CPC (*non liquet*) é reescrito, com o nítido propósito de “*atualizá-lo*” metodologicamente, apesar de alguns desacertos redacionais, como, por exemplo, afirma que princípio é fonte de integração de lacuna (princípio é uma norma), o art. 108 do NCPC afirma que “*o juiz não se exime de decidir alegando lacuna ou obscuridade da lei, cabendo-lhe, no julgamento da lide, aplicar os princípios constitucionais e as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*”⁶².

4.1 ALGUMAS NOTAS POSITIVAS SOBRE A CONSAGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

O anteprojeto consagra, explicitamente, alguns princípios constitucionais processuais, como a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 3º), a razoável duração do processo (art. 4º e 8º), princípio do contraditório e seus decorrentes, como o da cooperação e o da participação (art. 5º, 8º, 9º e 10º) e a publicidade (art. 11).

Consagra, ainda, uma cláusula geral onde o magistrado ao aplicar a lei atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e 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 (art. 6º). Nesse ponto, o projeto, para o estudioso do direito, literalmente é truísta, mas, como dito, ainda temos muito para evoluir, talvez tal redação atinja o incauto, que ainda não se familiarizou com o neoprocessualismo ou com o formalismo valorativo.

Observe-se que o projeto consagra a técnica da tutela jurisdicional a partir de cláusulas gerais, como “prazo razoável” (art. 4º), “fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 6º), “lealdade e boa-fé” (art. 66, II), medidas que considerar adequadas (art. 278), “lesão grave” e “risco de lesão grave e de difícil reparação (art. 278 e 283)”.

Assegura-se, ainda, a isonomia material (art. 7º) das partes no tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais,

62 DIDIER Jr., Fredie. A teoria dos princípios e o projeto de Novo CPC, In DIDIER Jr., Fredie. MOUTA ARAÚJO, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil*. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. JusPodium, 2011, p. 146.

aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório em casos de hipossuficiência técnica.

O tratamento igual de todos perante o ordenamento determina a necessidade de um processo civil cooperativo, uma distribuição dinâmica do ônus da prova, bem como uma assistência judiciária integral aos hipossuficientes.

Diante das peculiaridades do caso concreto, poderá o magistrado, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la, como se extrai do art. 262 do projeto. A adoção da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova supera a vetusta teoria estática que consagrada no art. 333 do atual CPC, prestigiando a isonomia material, evitando-se situações onde o próprio acesso à justiça seria negado.

Ressalta-se que Anteprojeto, no art. 107, inciso V permite ao magistrado adequar às fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa. Esse direcionamento atende ao modelo cooperativo de processo civil próprio do Estado Constitucional, que deve ser paritário no diálogo e assimétrica na decisão da causa⁶³.

A redação demonstra uma evolução, muito embora não afirme expressamente que a condução do processo deve ser cooperativa e que o juiz tem o dever de assegurar às partes igualdade de tratamento, diretrizes que emergem diretamente do texto constitucional (art. 5º, I e LIV da CR/88) e dos próprios fundamentos do anteprojeto (art. 5º, 7º, 8º, 10 etc.).

O mencionado inciso é complementado pelo art. 151 §1º, onde se determina que o juiz, quando o procedimento ou os atos a serem realizados se demonstrem inadequados às peculiaridades da causa, promova o necessário ajuste, depois de ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa. Cremos que tal dispositivo se mostra como um dos melhores sobre o tema.

63 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 87.

Observe-se que se extrai toda a potencialidade para a justa solução do caso concreto, afastando normas frias e estáticas, construindo o direito em conformidade com suas peculiaridades, sempre respeitando o contraditório.

Essa postura rompe com a visão do Estado liberal, assiste-se, com o surgimento da democracia social, à intensificação da participação do juiz, a quem cabe zelar por um processo justo⁶⁴, capaz de permitir, nas palavras de Marinoni e Arenhart⁶⁵. O processo não busca somente atender ao interesse das partes, há um interesse público na correta solução do litígio.

De igual modo, o projeto assegura o direito ao benefício da gratuidade de justiça (art. 85), melhor organizando a Lei 1.060/50, permitindo que o magistrado determine de ofício a comprovação da insuficiência, bem como informa que das decisões que apreciarem o requerimento de gratuidade de justiça, caberá agravo de instrumento, salvo quando a decisão se der na sentença.

4.2 ALGUMAS NOTAS NEGATIVAS NA CONSAGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS

Um Estado Constitucional qualifica-se pela segurança jurídica, justamente por exalar um legítima confiança em seus cidadãos, na proteção à coisa julgada, bem como na adoção de precedentes vinculativos.

O legislador tem o dever de proteger a coisa julgada, como um postulado extraído do art. 5º, XXXV da CR/88, nesse sentido, os meios para a sua revisão devem ser bem delimitados.

Pretende-se reduzir os vícios rescisórios, como se observa do art. 884 do projeto, retirando-se, por exemplo, a rescisória por incompetência absoluta, bem como se reduzindo o seu prazo para um ano (art. 893).

O art. 496 §4º do Projeto repete a redação do art. 475-L §1º e art. 741, parágrafo único do atual CPC, que permite a revisão da denominada “*coisa julgada inconstitucional*”, sem, contudo, deixar claro que somente é

64 A expressão *processo justo* foi cunhada Cappelletti, sob a influência anglo-americana, denominado de *fair hearing*, como processo em que são asseguradas às partes todas as prerrogativas inerentes ao contraditório participativo.

65 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, tomo I, p. 192.

admissível tal revisão se ao tempo da formação da coisa julgada já existia firmada jurisprudência no STF sobre o assunto.

O projeto segue a tendência de nosso ordenamento de cada vez mais se aproximar do sistema da *common law*, emprestando mais destaque ainda à jurisprudência. Várias são as passagens que se podem extrair tais idéias: art. 285, IV; 317, I e II; 847 e 853, 865, 895 a 906 e 956 a 959).

Um sistema de precedentes persuasivos enfatiza, além da segurança jurídica, a isonomia perante o Direito, evitando o tratamento diferenciado entre os jurisdicionados. Cumpre, contudo, registrar que o Projeto perdeu uma grande oportunidade de aprimorar o sistema de precedentes⁶⁶.

Como demonstrado anteriormente, o magistrado, no contexto do neoconstitucionalismo, tem um papel criativo quanto o do seu colega do *common law*, controlando a constitucionalidade da lei, aplicando técnicas de interpretação conforme a constituição e, ainda, suprimindo omissões do legislador diante de direitos fundamentais⁶⁷.

Nessa linha, os precedentes são ferramentas extremamente valiosas para a concretização dos direitos fundamentais da igualdade, segurança jurídica e razoável duração do processo. Há que se pensar na igualdade diante das decisões judiciais, ou seja, não basta igualdade perante a lei, mas igualdade na interpretação da lei⁶⁸.

Diante de tal conjunto de idéias, esperava-se que o Novo CPC construísse uma teoria do precedente, não apenas regulamentasse a jurisprudência. O art. 847, art. 882, nas alterações apresentadas pelo Senador Valter Pereira, ignora, ao que parece, a diferença entre jurisprudência, decisão judicial e precedente.

66 Observamos a mesma conclusão em: MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 17. GARCIA, André Luis Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no NCP: uma oportunidade perdida, In DIDIER Jr., Fredie. MOUTA ARAÚJO, José Henrique. KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil*. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. JusPodium, 2011, p. 14.

67 MARINONI, Luiz Guilherme. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentista para o Brasil*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>.

68 GARCIA, André Luis Bitar de Lima. A ausência de um sistema de precedentes no NCP: uma oportunidade perdida, In DIDIER Jr., Fredie. MOUTA ARAÚJO, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil*. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha. JusPodium, 2011, p. 17.

Somente se pode cogitar em precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e magistrados. O precedente constitui decisão acerca de matéria de direito – ou, nos termos do *commom law*, de um *point of law* – e não de matéria de fato. A maioria das decisões judiciais diz respeito as decisões de fato⁶⁹.

De igual modo, além dessa imprecisão técnica, o NCPC não introduz um sistema de precedentes, não reconhecendo a eficácia vinculante dos fundamentos determinantes das decisões judiciais, tampouco aborda os institutos da *ratio decidendi*, *obiter dicta*, *distinguishing*, *overruling*, *prospectiver overruling*, *antecipatory overruling*, *overriding* entre outras.

É certo que não é função do legislador definir conceitos, contudo, estabelecer uma melhor compreensão das técnicas de confronto, interpretação, superação e aplicação do precedente seria ideal, inclusive para uma melhor obtenção dos anseios do NCPC, bem como mais coerência à ordem jurídica.

Observe-se que o Novo CPC incorre em grande contradição, pois, como demonstrado, utiliza-se muito, e positivamente, da técnica das cláusulas gerais o que, naturalmente, provoca por parte da jurisprudência a outorga de sentido aos textos normativos. Assim, é imperioso se atribuir força vinculante aos precedentes, do contrário, haverá um enorme estado de insegurança, pois cada magistrado poderá interpretá-lo no sentido que lhe aprouver.

5 CONCLUSÃO

Realmente 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 e, realmente, esse parece ser o resultado atingido. O “Novo” CPC pouco acrescenta, não revolucionado metodologicamente o processo civil, pois, como demonstrado, somente consagra as idéias já firmadas pela doutrina e jurisprudência.

Quando Buzaid redigiu o CPC de 1973 houve uma ruptura absurda sobre as premissas do CPC de 1939, estabelecendo no plano normativo

69 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 164-165.

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 se dará 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.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetividade das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. UFRS, Porto Alegre, 2006.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>.

_____. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 25 dez. 2010.

BORRING, Felipe. Considerações iniciais sobre a teoria geral dos recursos no Novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 5, v. VII. jan./jun. 2011.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>.

Derecho e razón. Teoria del garantismo penal. Madri: Trotta, 2001.

DIDIER Jr., Fredie. A teoria dos princípios e o projeto de Novo CPC. In DIDIER Jr., Fredie; MOUTA ARAÚJO, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. JusPodium, 2011.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. v. I. Jus Podivm.

_____. *Relatório com a síntese das conclusões e sugestões do grupo de discussões no I Encontro nacional dos jovens processualistas*. Faculdade do Largo de São Francisco, 04 e 05 de dezembro de 2008. Relator: Fredie Didier Jr. (BA - relator). Demais membros: Dierle José Coelho Nunes (MG), Graciela Marins (PR), Heitor Vitor Mendonça Sica (SP), Marcos André Franco Montoro (SP), Paulo Magalhães Nasser (SP), Rita Quartieri (SP), Mirna Cianci (SP), Roberto Gouveia Filho (PE), Sandro Gilbert Martins (PR), Sidnei Amendoeira Jr. (SP), Valéria Lagrasta (SP), Robson Godinho (RJ), Antônio do Passo Cabral (RJ) e Alexandre Bahia (MG). Fonte: <www.frediedidier.com.br>.

_____. *Teoria do Processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo*. Disponível em: <<http://www.academia.edu/>>.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Relativizar a coisa julgada material. *Revista de processo*, v.109.

DONIZETTI, Elpídio. *Reflexões de um juiz cristão* - sobre os meandros da Comissão do Novo CPC. <<http://www.elpidiodonizetti.com.br>>. acesso: em 20 set. 2011.

GARCIA, André Luis Bitar de Lima. *A ausência de um sistema de precedentes no NCPC: uma oportunidade perdida*, In DIDIER Jr., Fredie; MOUTA ARAÚJO, José Henrique; KLIPPEL, Rodrigo. *O projeto do Novo Código de Processo Civil. Estudos em homenagem ao Prof. José de Albuquerque Rocha*. JusPodium, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil*. Disponível em: <<http://www.professormarinoni.com.br>>.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. V, tomo I.

- _____. Controle do poder executivo do juiz. *Revista de processo*, vol. 127.
- _____. MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. MITIDIEIRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://www.alvarodeoliveira.com.br>>.
- _____. O formalismo valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista Forense*, vol. 388.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: 1997, tomo III, p. 435), apud DANIEL MITIDIEIRO, *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese de doutorado UFRS, Porto Alegre, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1998.
- SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Leituras complementares de Direito Constitucional – Teoria da Constituição. Organização de Marcelo Novelino. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Participação e processo*. Coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: RT, 1988.

