

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

JOANA RITA DE SOUSA COVELO DE ABREU

MARCO FILIPE CARVALHO GONÇALVES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P962

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu; Marco Filipe Carvalho Gonçalves; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-505-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais. 4. Interpretação. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O VII Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado em Braga – Portugal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com a Universidade do Minho, Escola de Direito e Centro de Estudos em Direito da União Europeia, no período de 07 a 08 de setembro de 2017, sob a temática INTERCONSTITUCIONALIDADE: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas.

O Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA 1 desenvolveu suas atividades na data de 08 de setembro de 2017, no Complexo Pedagógico 2, no Campus da Universidade do Minho, de 09h00min às 13h00min, e contou com a apresentação de sete artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema comparado Brasil-Portugal de Direito Processual.

Os textos foram organizados em três blocos temáticos, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

1 – No texto intitulado “SISTEMATIZAÇÃO, ESTRUTURA E PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO”, a autora Helena Patrícia Freitas aborda o Código de Processo Civil de 2015, sistematizado para sua integração com as normas fundamentais processuais trazidas pela Constituição do Brasil de 1988. Examina incongruências entre o CPC/2015 e a CR/88 e a crise da efetividade processual, pela não conformação de alguns dispositivos da nova codificação civil com o devido processo constitucional.

2 – Para Ana Lucia Pretto Pereira, em trabalho apresentado sob o título “INTERCONSTITUCIONALIDADE: CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E CORREÇÃO LEGISLATIVA DE ATOS JUDICIAIS”, analisadas as possibilidades jurídicas de controle judicial de constitucionalidade e também de correção legislativa de atos judiciais, como resposta técnico-jurídica para o problema da correção legislativa de decisões judiciais. Ao final, conclui pela juridicidade da correção legislativa, com as ressalvas jurídicas apresentadas no texto.

3 – O trabalho intitulado “JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO: UM ESTUDO CRÍTICO-ANALÍTICO DO AMICUS CURIAE”, Fabrício Veiga Costa desenvolve o modelo de processo coletivo representativo apontando limitações a participação dos interessados na construção do mérito nas ações coletivas, pois o legislador define os legitimados à propositura da ação. Aborda que a atual sistemática do amicus curiae não legitima democraticamente a participação dos interessados no debate do mérito processual, reproduzindo o modelo autocrático de processo coletivo centrado na representatividade, pelo que necessária a busca de solução para o problema.

4 - Renata Bolzan Jauris e Luiz Fernando Bellinetti, em trabalho intitulado como “MEDIDAS ESTRUTURANTES DA DECISÃO E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS”, investigam a possibilidade de utilização das decisões estruturais como técnica de implementação dos direitos complexos e fluidos especialmente na implantação de políticas públicas, e se o direito processual civil brasileiro possibilita a utilização da referida técnica. Finalmente, o texto busca estabelecer as linhas gerais quanto ao controle judicial das políticas públicas, conceituar as medidas estruturantes e avaliar a possibilidade de sua utilização como forma de otimizar a efetivação judicial dos direitos sociais.

5 – Com a temática “NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: UM ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO NA EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL E NO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO NO BRASIL”, Rosalina Moitta Pinto da Costa desenvolve a ciência processual ao longo da história, e a viabilidade de aplicação de instituto no Brasil, diante da sua previsão no CPC/15. Estuda o processo cooperativo, quando analisa a possibilidade de realização de convenções processuais com respaldo nos direitos fundamentais e garantias constitucionais no atual processo civil brasileiro.

6 - Manoela Bitencourt desenvolve seu estudo “O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO FACE AO REGRAMENTO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA” com a análise das correntes interpretativas existentes na atualidade acerca da aplicação do instituto previsto no CPC/15 ao Direito Processual do Trabalho, observado o contraditório e da ampla defesa. Questiona a aplicabilidade ao processo do trabalho deste instituto, pelo princípio da simplicidade das formas dos atos processuais trabalhistas e o princípio da proteção, mas a conclusão é pela aplicabilidade, assegurando às partes o devido processo legal.

7 – Em trabalho intitulado “QUERELA NULLITATIS INSANABILIS COMO INSTRUMENTO DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS”, Poliana Cristina Gonçalves e Liliana Maria Gomes visam demonstrar que a Querela Nullitatis Insanabilis subsiste no Direito Processual brasileiro como meio de desconstituição da coisa julgada inconstitucional no âmbito dos juizados especiais cíveis, não se mostrando possível propor ação rescisória para rever uma decisão que se modelou em lei ou ato inconstitucional, embasando seu fundamento no próprio controle de constitucionalidade. O texto ainda aborda o princípio da segurança jurídica, a certeza e estabilidade das relações sociais, e o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual no eixo Brasil-Portugal e a necessidade de se evoluir na discussão sobre a atualização e perspectivas da Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho – PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA 1, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito Comparado Brasil-Portugal.

Braga-Portugal, setembro de 2017.

Professora Doutora Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu (UMINHO)

Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves (UMINHO)

Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

SISTEMATIZAÇÃO, ESTRUTURA E PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

SYSTEMATIZATION, STRUCTURE AND PRINCIPLES OF BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE

Helena Patrícia Freitas ¹

Resumo

O artigo examina o NCPC/2015 promulgado no Brasil, sistematizado para sua integração com as normas fundamentais processuais trazidas pela Constituição do Brasil de 1988 (CR/88). O problema com o qual se depara, no entanto, diz respeito às incongruências existentes entre o NCPC/2015 e a CR/88, bem como no que concerne aos termos em que a efetividade processual precisa ser analisada, baseada na observância aos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, para se colimar no provimento jurisdicional. Busca-se ainda suscitar a análise acerca da não conformação de alguns dispositivos da nova codificação civil com o devido processo constitucional.

Palavras-chave: Processo civil, Sistematização, Principiologia, Normas fundamentais, Efetividade, Devido processo constitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The article examines the NCPC / 2015 promulgated in Brazil, systematized for its integration with the fundamental procedural norms brought by the Brazilian Constitution of 1988. The problem it is facing, however, concerns the inconsistencies between NCPC / 2015 and CR / 88, as well as the terms on which procedural effectiveness needs to be analyzed, based on observance of the principles of the adversary , Ample defense and isonomy, to collapse in the jurisdictional provision. It also seeks to raise the analysis about the non-conformity of some of the provisions of the new civil code with due constitutional process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Civil process, Systematization, Principles, Fundamental rules, Effectiveness, Constitutional due process

¹ Mestranda em Direito Processual na PUC-Minas. Especialista em Direito Processual Constitucional. Advogada.

1) INTRODUÇÃO

O artigo examina o novo Código de Processo Civil brasileiro (NCPC) promulgado em 2015, que, em sua sistematização, buscou se integrar às normas fundamentais processuais trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), de forma a se compatibilizar o ordenamento processual civil e sua hermenêutica aos ditames do devido processo preconizado pelo Estado Democrático de Direito. As normas fundamentais estatuídas pelo NCPC são o direito de ação, direito ao juiz natural, a garantia à ampla defesa, garantia ao contraditório paritário e o direito à fundamentação das decisões judiciais.

O problema com o qual se depara, no entanto, diz respeito à não conformidade de alguns dispositivos da nova codificação civil com os ditames do devido processo constitucional, ante a inobservância dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. Outro aspecto de incongruência é o que diz respeito à efetividade do processo, quando se vincula à noção única de celeridade, enquanto que, pelas bases democráticas, deve a efetividade se vincular à conceituação de processo como garantia dos direitos fundamentais (ampla defesa, contraditório e isonomia). Com relação à inconstitucionalidade de dispositivos do NCPC/2015, cumpre destacar o art. 332, caput e §1º, que fere a garantia ao contraditório, assim como os arts. 382, §4º e 464, §3º, que maculam a ampla defesa.

Dessa forma, com a finalidade de expor e argumentar acerca do assunto demarcado, busca-se a pesquisa básica, a ser realizada através do método racional-crítico, visando demonstrar, de forma expositiva-argumentativa, de que maneira a nova codificação processual civil se moldou a partir do devido processo preconizado pelo Estado Democrático de Direito, bem como busca evidenciar as supostas incongruências dessa atual sistemática do NCPC.

2) SISTEMA, SISTEMATIZAÇÃO E ESTRUTURA DO NCPC

2.1) Sistema

Sobretudo após o advento da promulgação do NCPC, muito tem-se debatido acerca da **sistematização** deste Código, que surge da necessidade de compatibilização das normas fundamentais processuais estatuídas pela CR/88 com o **sistema** processual preconizado pelo **Estado Democrático de Direito**.

Há uma teoria dos sistemas, que conecta logicamente estruturas a uma unidade, colocando para a ciência conceitos orientadores. Busca-se perquirir, neste sentido, o que vem a ser **sistema**, assim como examinar de que forma este se relaciona com a estruturação processual delineada **coinstitucionalmente**¹. **Sistema**, em nível conceitual filosófico, é tido como “conjunto de elementos, materiais ou não, que dependem reciprocamente uns dos outros de maneira a formar um todo organizado” (LALANDE, 1993). A orientação de Kant em *Crítica da Razão Pura* é no sentido de que sistema é a unidade dos diversos conhecimentos debaixo de uma ideia (KANT, 2002). O conceito kantiano não traz uma concepção epistemológica de sistema, já que trabalha com **ideia** e não com **proposições** de bases crítico-científicas, conforme elabora Popper, que entende sistema pela aglutinação de teorias elaboradas e logicamente construídas, **aberto a críticas** que podem trazer novos pressupostos e modificações do próprio sistema (POPPER, 2014, p. 63)². Enquanto Kant traz carga de psicologismo na conceituação de sistema, Popper o faz com esquete em sua epistemologia quadripartite (técnica – ciência – teoria – crítica)³.

A teoria dos sistemas de Luhmann vem sustentar um **sistema fechado** e autopoietico, que se reproduz *em si* e *por si* mesmo, de forma que o Direito advém de operações sociais que estão embutidas no próprio sistema jurídico. O pensamento luhmanniano acerca do Direito se define não como um sistema normativo, mas sim como uma rede de operações fáticas – de bases sociológicas, portanto – que se forma através da comunicação (linguagem), o que reporta Luhmann a alguma aderência aos entendimentos de Gadamer (giro linguístico) e Habermas (agir comunicativo). Luhmann, neste sentido, critica

¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2016, p. 351: “Com a processualização da Constituição em 1988, é certo que nenhuma lei codificada com vigência anterior ou posterior à Constituição poderia ter validade e legitimidade, senão produzida em conformidade com os ditames do processo legislativo em sua configuração plena que impõe uma procedimentalidade ordinária instaurada pelos legitimados ao processo legislativo (art. 61 da CF/88) e conduzida pelos legisladores aos quais compete também o exercício do contraditório e a da ampla defesa quanto aos pressupostos subjetivos e objetivos de admissibilidade da iniciativa postulatória legiferante, decidindo, em forma de lei, a matéria que compõe o objeto (*meritum*) da pretensão normogênica.”

² POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Ed. Cultrix: São Paulo, 2014, p.63: “O sistema deve ser formulado de maneira suficientemente clara e completa, de sorte a tornar qualquer novo pressuposto prontamente reconhecido pelo que ele é: uma modificação e, portanto, uma revisão do sistema.”

³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2010, p. 71: “Tem-se **democracia**, portanto, no sentido de uma teoria da sociedade aberta pela proposição popperiana e **processo** como instituição teórico-linguístico-autocrítica e jurídico-normativa de instalação da **democracia jurídica** pela implantação de um sistema em bases constituintes e constituídas, que ofereça a todos uma **testabilidade processual** incessante (controle difuso amplo e irrestrito de legalidade) dos fundamentos jurídicos de sua produção, atuação, aplicação (*cumprimento*), modificação ou extinção.”

as teorias do Direito que o delineiam como estrutura jurídica normativa, entendendo-o como sistema de operações sociais (CHAMON, 2005, p. 76). O sistema fechado sustentado por Luhmann traz uma concepção jurídica de suposta redução de complexidade do meio, o que significa que há diversas alternativas a serem selecionadas para a solução de controvérsias. Ou seja, há uma abertura do Direito e do próprio Processo às causalidades externas, dando-se azo à incidência de fatores **extrassistêmicos** para a solução de demandas, o que enseja absoluta insegurança da ordem jurídica, sobretudo com latente afronta ao Estado de Direito, que estabelece a observância das normas legalmente instituídas.

Gadamer, em sua obra *Verdade e Método* (1960), sugere um giro ontológico, no qual a hermenêutica é tratada não mais como método, mas sim como ontologia, ou seja, como o modo de ser do homem, seu modo de compreensão, de conhecimento, o que reduz a validade da teoria positivista, que coloca a razão como inquestionável. A hermenêutica passa a ser vista como explicação da realidade, vinculando-se a sistemas de cultura, historicismo (Heidegger), com relevante carga axiológica⁴. Gadamer relativiza a razão e ressalta que a interpretação e a compreensão se fazem a partir do contexto espaço-temporal do interpretante, gerando, assim, cadeia de interpretações feitas acerca do mesmo texto, o que, indubitavelmente, gera diversificação imensurável dos sistemas, comprometendo a estabilização do sentido normativo, de forma que, para cada intérprete, a cada leitura, haverá um sentido para o texto (círculo hermenêutico)⁵. Para Gadamer, o texto deve estar aberto à opinião e interpretação do autor. Na concepção do Estado Democrático de Direito, o Processo Constitucional deve garantir às partes a aplicação do Direito com base nos direitos-garantias fundamentais da **ampla defesa, contraditório e isonomia**, devendo o Juiz construir a decisão com fundamento nos argumentos e provas produzidos pelas partes em simétrica paridade (Fazzalari). Deve haver uma hermenêutica pautada na intrasignificância do sentido normativo, com base na discursividade de criação da lei, de modo a que não se deixe abertura para criação normativa por parte do Judiciário, a quem não compete essa atribuição, cumprindo-se afastar o decisionismo e o solipcismo judicial. A hermenêutica filosófica gadameriana

⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Ed. Vozes: São Paulo, 2015, p. 263: “[...] o direito, a religião, a filosofia etc, encontram-se despojadas de seu sentido originário e dependentes de um espírito que as faça aflorar e intermedie, espírito que, de acordo com os gregos, chamamos de Hermes, o mensageiro dos deuses. É a gênese da consciência histórica, a que a hermenêutica deve uma função central, no âmbito das ciências do espírito.”

⁵ GADAMER, Hans-Georg., *op. cit.*, p. 148: “Em princípio, compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e por isso é essencial o constante retorno do todo às partes e vice-versa. A isso se acrescenta que esse círculo está sempre se ampliando, já que o conceito do todo é relativo, e a integração em contextos cada vez maiores afeta sempre também a compreensão do individual.”

propicia a abertura interpretativa com bases metajurídicas (políticas, culturais, históricas), de forma que o sistema processual-constitucional fica exposto à incidência de componentes extrassistêmicos que comprometem a unidade do sistema processual democrático, delineado pelos ditames da CR/88⁶.

Assim como Gadamer, que através de sua teoria traz comprometimento à unidade do sistema processual (constitucional) democrático, Habermas busca um transcender para a filosofia da linguagem, em que a discursividade se dá em um **agir comunicativo intersubjetivo**, no qual a realidade encaminha a criação de uma existência jurídica. A teoria da ação comunicativa habermasiana não traz uma demarcação do sistema em que pretende se colocar. Ao contrário, em seu texto *Três modelos normativos de democracia*, Habermas trabalha com o sincretismo (conexão interna) de aspectos do **sistema liberal** (autonomia privada) e do **sistema republicano** (autonomia pública), para criar um terceiro modelo de concepção procedimentalista, o qual denominou **política deliberativa**. Essa política deliberativa, por sua vez, quer se crer em uma sistematização democrática de coesão interna entre negociações intersubjetivas, acrescidas de discursos de auto-entendimento e discurso sobre a justiça. Habermas sustenta que só há soberania popular se todos os afetados pelo objeto do debate democrático puderem dele participar ativamente, a partir de regras discursivas (HABERMAS, 2002). Neste modelo procedimental deliberativo habermasiano, o que é **justo** se estabelece por normas elaboradas pelos próprios sujeitos envolvidos na ação comunicativa, o que diverge frontalmente da concepção de justo para Kelsen, que defende uma interpretação autêntica da lei a partir do ajustamento da *mens legis* com a *mens legislatoris* (Positivismo Jurídico). Para estabelecer parâmetros conceituais ao Estado Democrático, Habermas busca a comunhão de aspectos sistêmicos do Estado Liberal e do Estado Social. No paradigma sistemático do Estado Democrático de Direito, não há espaço para o agir comunicativo que parece se fazer na ágora (espaço nu), dentro de um contexto positivista sociológico⁷, propagador de “democracias” metajurídicas, nas quais há crença de que o Direito e as decisões judiciais se assentam na política, na economia e na sociologia⁸.

⁶ GADAMER, Hans-Georg., *op. cit.*: “[...] o juiz tem a tarefa prática de decretar a sentença, e nisso podem entrar em jogo também muitas e diversas considerações político-jurídicas, as quais o historiador jurídico, que tem diante de si a mesma lei, não faz. Mas, com isso, o seu entendimento da lei é diverso? A decisão do juiz que “intervém praticamente na vida”, pretende ser uma aplicação justa e de nenhum modo arbitrária da lei; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação justa e isso inclui necessariamente a mediação de história e atualidade na compreensão.”

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003, p. 65: “Durante a evolução social, o agir comunicativo permite liberar o potencial de racionalidade da linguagem e mobilizá-lo para funções de integração social. E o direito moderno infiltra-se nas lacunas funcionais de ordens sociais que carregam o fardo da integração social. Ora, na dimensão de

2.2) Princiologia do processo como marco hermenêutico

Em 1988, quando da promulgação da Constituição da República, estava em vigor o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), sistematizado a partir dos preceitos da Constituição de 1967, que foi outorgada durante o regime político ditatorial implantado em 1964. O CPC/73, portanto, não foi concebido dentro de uma sistemática orientada pelo Estado Democrático de Direito preconizado pela CR/88, razão pela qual houve a necessidade de se buscar uma **unidade sistêmica** entre as premissas contidas nas normas fundamentais constitucionais e as normas orientadoras do Processo Constitucional brasileiro. Acerca da relação entre Constituição e Processo, Baracho, em sua obra clássica *Processo Constitucional*, ensina, *litteris*:

A aproximação entre Constituição e Processo gera o surgimento do Direito Constitucional Processual ou Direito Processual Constitucional. [...] Não se trata de um ramo autônomo do Direito Processual, mas sim de uma colocação científica, de um ponto de vista metodológico e sistemático do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição. O direito processual constitucional abrange, de um lado, a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; de outro lado, a jurisdição constitucional. (BARACHO, p. 125-126, 1984)

Assim, a relação entre Constituição e Processo se dá na medida da necessária demarcação que deve orientar o enquadramento sistemático do Processo, o que, no ordenamento jurídico brasileiro, se faz dentro do sistema do **Estado Democrático de Direito**, orientador, portanto, da lógica da processualidade preconizada a partir da CR/88. Fez-se imperiosa a adequação da sistematização do NCPC aos preceitos da constitucionais democráticos, na medida em que o CPC/73 foi elaborado na vigência da Constituição outorgado no regime ditatorial, com uma roupagem de Estado Social, distante do Estado Democrático de Direito⁹.

validade desse direito, intensifica-se não somente a tensão entre facticidade e validade desse direito, como também o conteúdo ideal dos pressupostos pragmáticos do agir comunicativo, ambos inseridos na prática não formalizada do dia-a-dia.”

⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2016., p. 101: “O procedimentalismo democrático de Habermas só poderá ser factível pelo modelo e estrutura espaço-temporal regida pelo Processo como instituição constitucionalizada jurídico-principiológica e não por quaisquer interações comunicativas procedimentais ocorrentes na base cultural de produção do direito, ainda que constitucionalmente permissíveis.”

⁹ NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, F.D.A; OLIVEIRA, M. A. C. *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2009, p. 352: “Percebe-se [...] que

A Exposição de Motivos elaborada para justificar a criação de uma nova codificação processual civil, que culminou na promulgação da Lei n. 13.105/2015 (NCPC), começa fazendo uma demarcação da lógica sobre a qual deve se assentar, qual seja, a **lógica da processualidade democrática**, a partir do estabelecimento do sistema ao qual deve se vincular: Estado Democrático de Direito. Nessa toada, a Exposição de Motivos traz que:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

[...] A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República.

[...] A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, *princípios* constitucionais, na sua versão processual. 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 [...].

(sem grifos no original)

É, portanto, o fito precípua do NCPC a constitucionalização das normas que o compõem, de forma a colocar o **processo** como instituição jurídica constitucionalizada, com gênese na lei constitucional, a partir do devido processo. A principiologia e os conteúdos de fundamentação e aplicação do direito são criados em LEI e é processualizada pelos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório, isonomia (LEAL, p. 85, 2016). Com o acoplamento metodológico e sistemático da hermenêutica processual-constitucional, houve a formação da principiologia do **devido processo constitucional**, também chamado de **modelo constitucional de processo**, a abarcar tanto o processo jurisdicional constitucional, quanto o processo constitucional legislativo e o processo constitucional administrativo.

A hermenêutica das normas processuais, portanto, deve se dar a partir dos preceitos constitucionais e não a partir de uma interpretação axiológica supletiva da própria lei democrática, como quer crer Gadamer, mas sim alicerçada na **integração** do sistema processual com as normas constitucionais e fundamentais de processo e, neste sentido, fala-se

a disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo, pseudo-social (neoliberalismo processual) do processo, não pode mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não solipista e democrático do contexto normativo atual. Procura-se a estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado democrático de direito.”

adequadamente em **unidade interpretativa**, que traz lógica e coerência ao **sistema**, senão vejamos:

O novo CPC somente pode ser interpretado a partir de suas premissas, **de sua unidade**, e especialmente de suas normas fundamentais, de modo que não será possível interpretar/aplicar dispositivos ao longo de seu bojo sem levar em consideração seus princípios e sua aplicação dinâmica (substancial).

Ademais, **não será possível analisar dispositivos de modo isolado**, toda compreensão deve se dar mediante o entendimento pleno de seu sistema, sob pena de se impor leituras apressadas e desprovidas de embasamento consistente. (THEODORO JUNIOR, NUNES, BAHIA e PEDRON, p. 20, 2016)

São as normas fundamentais processuais contidas no bojo da CR/88, que serviram de diretriz à formação do NCPC/2015 e que orientam a aplicação e interpretação das normas processuais civis, formando, assim, um modelo constitucional de processo, que se vê guiado pelo devido processo. Neste sentido, o art. 1º do NCPC/2015 estatui: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”. O CPC/73 não trazia nenhum artigo que correspondesse ao artigo 1º do NCPC/2015, o que demonstra cabalmente o afinco em se expressar a correlação lógica de estruturação do processo civil brasileiro às normas fundamentais constitucionais delineadas pela CR/88. O referido art. 1º do NCPC/2015 preconiza a orientação do processo civil segundo os **valores e normas** fundamentais constitucionais. Acerca dos valores, estes devem ser entendidos como valores normatizados e consagrados no modelo constitucional vigente e não como “valores” dados à abertura aplicacional dos Juízes e Tribunais, que inadvertidamente criam normas para suprir aporias legislativas. Neste sentido:

Inicialmente, há de se entender que “valores e normas fundamentais” são direitos normados pelo sistema jurídico constitucional, logo não há admitir “valores” que sejam anormativos, ou melhor, que sejam induzidos de uma realidade não juridicamente vinculada pela normatividade constitucionalizada no Brasil a parti de 1988, *ex-vi* do inc. II do seu art. 5º que estabelece total ausência de validade e eficácia ao que for exigido de alguém *extra-legem*. (LEAL, p. 350, 2016)

Incorre-se no receio de que a expressão “valores” possa oportunizar o decisionismo e o solipcismo judicial deveras danosos ao devido processo e ao Estado Democrático de Direito. Para a formação da decisão judicial, os Juízes e Tribunais devem pautar-se em normas instituídas sob a égide do devido processo e não guiados por “valores” anormativos, que podem conter carga expressiva de subjetividade, que vá inclusive gerar abertura do

sistema às causalidades externas (Luhmann) ou uma interpretação circular dos sentidos do texto constitucional a ensejar ressignificação constante e insegurança jurídica (Gadamer).

2.3) Estruturalismo e a sistematização do CPC/73 e do NCPC/2015

O estruturalismo é um **método** de análise, que se propõe a construir modelos de explicação da realidade. Referidos modelos são chamados de **estruturas**, que constituem-se em um **sistema abstrato**, no qual os elementos são interdependentes, podendo ser descritos a partir da observação de fatos. No estruturalismo, **não existem fatos isolados, sendo estes a parte de um todo**. O estruturalismo compreende que a cultura e a sociedade construíram-se historicamente pelo homem e que os hábitos do homem existiriam em razão de estruturas ocultas¹⁰. A perspectiva histórica que interessa ao estruturalismo é a da história delimitada a uma estrutura específica e em um momento específico. Neste método, **os fatos não podem ser entendidos isoladamente e sim em relação aos seus pares antagônicos, possuindo uma relação interna**¹¹. É o estruturalismo, portanto, o método que vai indicar de que forma devem se organizar as codificações processuais civis e em que lógica deve se fazer referida organização, dentro de uma conjuntura espaço-temporal. A estrutura deve se coadunar com o regime político, assim como o contexto histórico interfere na compactação desta mesma estrutura.

O CPC/73 foi concebido dentro de um contexto político de regime ditatorial, que havia sido implementado no Brasil em 1964. Vigorava, na ocasião, a Constituição de 1967, com delineamento autoritário e distante do que preconiza o Estado de Direito Democrático¹², sem que o povo fosse tido como legitimado ao processo. Foram tempos tenebrosos no Brasil e, dentro desta perspectiva, o CPC/73 foi elaborado, o que lhe tolheu dispositivos

¹⁰ SEVERINO, Emanuele. *A filosofia Contemporânea*. Edições 70: Lisboa, 1986, p. 265: “Ao estruturalismo interessa fundamentalmente o modo como numa certa época histórica funciona uma certa estrutura (social, lingüística, etc.) – interessa a perspectiva “sincrônica” – e se despreza relativamente a perspectiva “diacrônica”, ou seja, a análise do modo como tal estrutura se formou historicamente.”

¹¹ SEVERINO, Emanuele. *op. cit.*, p. 264-265: “Esta relação entre elemento e sistema, ou seja, entre parte e todo, é derivada de Hegel [...], para o qual a percepção das partes é determinada e condicionada pela percepção do todo (o que quer dizer que o todo é algo de irreduzível à simples soma das partes.”

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006, p. 367: “A ascensão do elemento militar ao poder colocou a farda na crista dos acontecimentos e do regime por um period de mais de 20 anos, em rigor até 5 de outubro de 1988 [...]. É de assinalar que durante a ditadura dos militares o Brasil testemunhou a ação de dois poderes constituintes paralelos: um, tutelado, fez sem grande legitimidade a Carta semi-autoritária de 24 de janeiro de 1967; o outro, derivado da plenitude do poder autoritário e auto-intitulado poder revolucionário, expediu, à margem da legalidade formalmente imperante, os Atos Institucionais, bem como a Emenda n. 1 à Constituição de 1967, ou seja, a “Constituição” da Junta Militar, de 17 de outubro de 1969.”

relacionados a normas processuais fundamentais. No entanto, na **estruturação** desta codificação, houve influência do direito europeu através dos ensinamentos de Chiovenda e, dessa forma, o CPC se estruturou em cinco Livros, sendo: I – do processo de conhecimento, II – do processo de execução, III – do processo cautelar, IV – dos procedimentos especiais e V – das disposições gerais e transitórias. O Processo Civil, neste contexto, se apresentava com traços marcadamente individualistas (Estado Liberal) e após as duas guerras mundiais, clamou-se por uma valorização da coletividade (Estado Social), o que deu ensejo ao desenvolvimento de direitos processuais coletivos e difusos e, neste sentido, no Brasil, houve a promulgação de leis que cuidaram da ampliação da assistência judiciária, regulamentação da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo e dos juizados especiais. Além disso, a partir dos anos 90, várias reformas se sucederam, sendo a maioria no sentido de dar celeridade à prestação jurisdicional. E, conforme ensina Humberto Theodoro Junior:

Desse conjunto de novos institutos implantados no bojo da codificação processual de 1973 **surgiu uma nova estrutura para o processo civil**, na qual se anulava, em grande parte, a antiga e rígida dicotomia da prestação jurisdicional em processo de conhecimento e processo de execução. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 22) (sem grifos no original)

A nova estrutura processual civil surge da nova concepção de fundamentação do Estado como sendo **Democrático de Direito**, bem como a partir das **normas fundamentais** de direito processual insculpidas na CR/88 e dos reclames por maior efetividade e celeridade do processo. Assim, em sua estruturação sistêmica, o NCPC se organiza em duas partes, sendo, a **Parte Geral** (arts. 1º a 317), que se compõe por normas processuais fundamentais e normas processuais gerais e **Parte Especial** (arts. 318 a 1.072), que reúne normas disciplinadoras dos procedimentos contidos na codificação. O NCPC apresenta uma estruturação e sistematização absolutamente diferente do CPC/73, sobretudo porque a elaboração do código atual se fez em bases constitucionais democráticas.

3) DA PRINCIPIOLOGIA INSTITUTIVA DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

3.1) O que são princípios?

Os *princípios jurídicos*, segundo Ronaldo Brêtas (2015), podem ser compreendidos como “normas jurídicas que exprimem, sob enunciados sintéticos, o conteúdo complexo de ideias científicas e proposições fundamentais informadoras e componentes do ordenamento jurídico”. As normas jurídicas processuais, portanto, compreendem as regras trazidas em texto normativo, bem como os princípios institutivos e informativos do processo.

Partindo-se de uma análise conceitual-evolutiva, o jusnaturalismo que se evidenciou no século XVI colocava os princípios como manifestação de um direito natural e independente de normatização estatal. Já no final do século XIX, com o advento do Estado Liberal, a *Teoria Pura do Direito* desenvolvida por Hans Kelsen, embaixadora do Positivismo Jurídico, acabou por delinear o Direito como sistema fechado de regras, inadmitindo-se, portanto, a recorribilidade aos princípios jurídicos. A partir da segunda metade do século XX, surge o Pós-Positivismo, que se caracterizou pela equiparação dos princípios às regras jurídicas, fazendo com que referidos princípios passassem a compor o quadro de normas jurídicas, formadoras do ordenamento jurídico. Houve, portanto, neste período, destaque para as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, que elaboraram estudos acerca da relação e diferenciação entre regras e princípios. Acerca do assunto, Alexy se manifestou no seguinte sentido:

[...] regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXY, 2008, p. 87)

Alexy defende que os princípios são *mandados de otimização*, que devem ser aplicados ao caso concreto pelo julgador, a partir da consciência e sabedoria deste. Esses princípios, segundo Alexy, incidem na maior medida possível, a partir da avaliação das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto que as regras são normas que inadmitem gradação da observância, devendo haver a aplicação das mesmas ao caso concreto, independentemente da consciência do julgador. Clenderson Cruz entende que:

Para Alexy, compete ao juiz estabelecer a aplicação, extensão e sentido do princípio de forma que se aproxime ao máximo do comando normativo ali existente (o que, em tese, admite a interdição do princípio). Ademais, caso haja choque entre princípios, cabe ao juiz a realização da ponderação, que

significa estabelecer uma hierarquia entre os princípios aplicando um com a abstenção do outro. (CRUZ, 2016, p. 76)

A crítica que se faz, neste sentido, à teoria dos princípios sustentada por Alexy, é de que esta não se alinha aos preceitos democráticos, na medida em que, neste paradigma, não se pode atribuir ao juízo a vontade de aplicação dos princípios e sequer a gradação entre eles (ponderação). Ao tratar especificamente do princípio da ampla defesa, Cruz o define como um direito líquido e certo formalizado na base instituinte da lei, o que afasta a possibilidade de interdição de sua extensão pela autoridade. Sustenta ainda que a ampla defesa é um direito-garantia coextenso ao contraditório e à isonomia, não se confrontando com outros princípios, por ser condição de legitimidade do próprio sistema democrático. Conclui afirmando que a ponderação quanto à extensão da ampla defesa seria gradação da própria democracia, o que não se admite (CRUZ, 2016). Ronald Dworkin formula o seguinte entendimento a respeito da relação entre regras e princípios:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam [...], aquele que vai resolver o conflito em de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é. As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são funcionalmente importantes ou desimportantes. (DWORKIN, 2002, p. 42- 43)

No paradigma democrático, não se pode admitir a gradação entre princípios, conforme formulado por Dworkin, na medida em que os princípios institutivos do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia), assim como toda a gama de princípios informadores do processo, estão alinhados com o sistema constitucional. Deve haver observância dos princípios institutivos do processo desde o nível instituinte da lei, não havendo que se cogitar em hierarquia ou confronto principiológico em bases democráticas.

As teorias dos princípios defendidas por Alexy e Dworkin não se sustentam, portanto, no paradigma democrático também em razão da abertura que se dá ao juízes para aplicação do direito com bases deontológicas, axiológicas e com gradação principiológica não admitida constitucionalmente. Rosemiro Pereira Leal ensina que “em Alexy, o que se otimiza é a talentosa liberdade que se concede ao leitor e aplicador da lei em seus solitários saberes emersos de ideais universais ou colegiadamente pragmatizados (atividades jurisdicionais) aos

moldes de Rawls e Dworkin.” (LEAL, 2016, p. 175). A incompatibilidade das teorias de Alexy e Dworkin com os preceitos democráticos acontece, portanto, em virtude da hierarquização principiológica defendida por ambos e, na lógica da processualidade democrática, os princípios não podem ser ceifados, limitados ou hierarquizados, vez que não há permissivo, neste sentido, no modelo constitucional de processo.

3.2) Principiologia do NCPC

A CR/88 trouxe **garantias fundamentais**, que asseguram uma processualidade democrática, tanto no nível instituinte da lei, quanto no nível constituinte e constituído, o que se faz em observância aos **princípios institutivos**¹³ do **contraditório, ampla defesa e isonomia**. Dessa forma, os processos jurisdicionais, legislativos e administrativos devem se formar e se guiar a partir desses direitos constitucionais fundamentais, que foram a gênese do próprio NCPC (democraticidade no nível instituinte da lei). O Livro I do NCPC traz as normas processuais civis e no art. 1º determina que essas normas e os valores contidos na CR/88 deverão disciplinar a aplicação e interpretação da ordenação processual civil brasileira. Assim, temos que:

Atentou-se, assim, desde o dispositivo inaugural do Código, às principais funções do Texto Maior, quais sejam: I) **integração**: voltada à unidade do Estado e à pacificação dos conflitos; II) **organização**: na premência de se ordenar os procedimentos viabilizadores da atividade dos Poderes do Estado; III) direção jurídica, dotando os direitos fundamentais de força vinculante para todo o ordenamento jurídico. (NEVES, G.P.V.. in: ALVIM, A.A.; ASSIS, A.; ALVIM, E.A.; LEITE, G. S., 2016, p. 53)

Dessa forma, as garantias fundamentais processuais trazidas pela CR/88 são regentes na nova normatividade processual civil desde a sua promulgação em 1988 e, a partir deste marco temporal, o processo civil deveria ter essa orientação. Obviamente, com a promulgação do NCPC, houve alinhamento das diretrizes constitucionais ao texto e à sistematização que dali deve emergir como de direito democrático. As normas fundamentais consagradas são: **a)** direito de ação, **b)** garantia da ampla defesa, **c)** garantia do juízo natural (juízo constitucional),

¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2016., p. 165: “[...] Como elementos jurídico-existenciais do processo, em sua base instituinte, o contraditório, a isonomia e a ampla defesa são princípios (referentes lógico-jurídicos), sem os quais não se definiria o processo em parâmetros modernos de direito-garantia constitucionalizada ao exercício de direitos fundamentais pela procedimentalidade instrumental das leis processuais”.

d) garantia do contraditório paritário e participativo, *e)* garantia da fundamentação racional das decisões judiciais.

O direito de ação, consagrado nos arts. 3º e 4º do NCPC, é compreendido como direito incondicionado da parte (aqui entendida como qualquer do povo – legitimado ao processo) de buscar a jurisdição. A prestação jurisdicional deve ser prestada com eficiência, sendo garantida a razoável duração do processo.

A garantia ao juízo natural ou juízo constitucional protege o jurisdicionado do malfadado estado de exceção, assegurando às partes o direito à obtenção de provimento jurisdicional por órgão estabelecido previamente na Constituição.

A ampla defesa é garantia de atuação procedimental com possibilidade de utilização de defesa e dos recursos disponíveis, assim como dentro desse direito se abarca o direito à produção de provas pelas partes.

O direito ao contraditório paritário e participativo, por sua vez, compreende o direito que as partes têm de operarem o processo em igualdade de condições e, segundo Ronaldo Brêtas, esse direito vem a ser:

“A possibilidade de as partes influenciarem e participarem, em igualdade de condições, ao lado do juiz, na construção da solução decisória do processo, assegurando-lhes o direito de ver seus argumentos e razões apreciados com atenção no ato estatal do julgamento, estabelecendo-se, assim, estreita conexão da garantia do contraditório com a garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais (NCPC, arts. 7º e 10).” (DIAS, 2016, p. 49)

Este ponto faz com que haja necessário reporte ao **princípio da cooperação**, previsto no art. 6º do NCPC, que estatui o dever das partes de cooperarem para a obtenção de um provimento jurisdicional de mérito justo e efetivo, em tempo razoável. Não se pode, dentro da processualidade democrática, conceber-se um processo centrado na pessoa do juiz. O alinhamento atual pretende que as partes – aqui entendidas como todos os envolvidos no processo (autor, réu, juiz, Ministério Público) – cooperem (no sentido de “co-operar”¹⁴) para a construção do resultado do processo, qual seja, um provimento jurisdicional de mérito pautado na ampla defesa, contraditório e isonomia.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Ed. Atlas: São Paulo, 2016, p. 11-12: “O princípio da cooperação deve ser compreendido no sentido de que os sujeitos do processo vão **co-operar**, operar juntos, trabalhar juntos na construção do resultado do processo. Em outros termos, os sujeitos do processo vão, todos, em conjunto, atuar ao longo do processo para que, com sua participação, legitimem o resultado que através dele será alcançado. Só decisões judiciais consrruídas de forma participativa por todos os sujeitos do contraditório são constitucionalmente legítimas e, por conseguinte, compatíveis com o Estado Democrático de Direito.”

A garantia da fundamentação racional das decisões judiciais, por sua vez, tem como base o princípio da reserva legal, razão pela qual devem ser observadas as normas contidas no ordenamento jurídico, que darão guarida à fundamentação dos provimentos jurisdicionais munidos de racionalidade, legalidade e logicidade, pautados no direito democrático. Referida garantia vem insculpida no art. 5º, II, art. 93, IX da CR/88 e arts. 11, 298 e 489 do NCPC.

4) EFETIVIDADE DO PROCESSO

O processo efetivo é aquele conduzido em estrita observância às garantias processuais fundamentais, assegurador de um provimento jurisdicional construído com base no devido processo, em contraditório, ampla defesa e isonomia. Há um reclame por “justiça rápida”, com razoável duração do processo, que, por vezes, pode colocar em cheque a constitucionalidade procedimental. A compatibilidade entre celeridade processual e decisão justa exigem a aplicação dos princípios acima mencionados, além de haver necessidade da fundamentação das decisões, com base na reserva legal. Os aficionados da justiça rápida podem, inadvertidamente, confundi-la com efetividade e supor que essa busca deva consistir em supressão de procedimentos, que tornem o processo mais sintético e, por sua vez, mais célere. No entanto, referida supressão procedimental deve, ainda assim, buscar a preservação da unidade do sistema democrático de direito, com estrita aderência aos direitos e garantias fundamentais necessários, sob pena de se ferir a própria efetividade do processo.

A falta de aparelhamento do Judiciário é fato público e notório, jamais tendo sido equalizada. Não é por outra razão que o art. 187 do CPC/73 veio praticamente a ser copiado para o NCPC, através do art. 227, que estatui que “em qualquer grau de jurisdição, havendo motivo justificado, pode o juiz exceder, por igual tempo, os prazos a que está submetido”. Assim, os prazos previstos no art. 226 do NPC, quais sejam, cinco dias para despacho, dez dias para decisões interlocutórias e trinta dias para sentenças, são considerados prazos impróprios, na medida em que podem ser excedidos, havendo justificado motivo. No entanto, o art. 5º, LXXVII da CR/88 traz o direito fundamental à razoável duração do processo. Dessa maneira, a consagração da possibilidade de dilação temporal dos atos praticados pelo órgão jurisdicional representa afronta ao direito constitucional mencionado. O processo deve seguir em tempo razoável, sempre modelado pelos princípios da ampla defesa e contraditório. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares ensinam:

“É preciso que a sociedade e os legisladores entendam que a questão da morosidade da atividade jurisdicional e da demora dos processos não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma cogitada *jurisdição instantânea* ou de uma *jurisdição-relâmpago*, o que é impossível de existir em qualquer parte do mundo, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas, entre os envolvidos, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, e não há outro meio racional e democrático de fazê-lo. O que deve ser combatida é a demora exagerada ou excessivamente longa da atividade jurisdicional, a fim de que as partes recebam pronunciamento decisório conclusivo em prazo razoável, evitando-se dilações indevidas no processo, resultantes dos períodos prolongados em que não são praticados atos no processo ou o são fora da previsão legal do tempo em que devem ser realizados (*etapas mortas do processo*), em desobediência aos prazos previstos no próprio Código e impostos ao Estado, ao prestar o serviço público jurisdicional que monopoliza.” (SOARES, CH; DIAS, RC., 2014., p. 149-150)

O NCPC/2015, assim como fazia o CPC/73, relativiza os prazos para a prática dos atos processuais pelos órgãos jurisdicionais, colocando a condição de existência de prazo justificado. No entanto, sabe-se que essas justificativas, na prática, inexistem e os prazos, simplesmente, são descumpridos pelo Poder Judiciário, em razão da sua própria falta de estrutura para cumprir a prestação da atividade jurisdicional em conformidade com o preconizado pela CR/88, comprometendo, dessa forma, o atendimento ao princípio da razoável duração do processo e o efetivo acesso à justiça.

A nova codificação processual civil criou diversos mecanismos para aumentar a celeridade do processo, tendo ainda incentivado os métodos alternativos de solução de controvérsias. Contudo, a malfadada morosidade processual persistirá, acaso não haja cumprimento dos prazos dos atos praticados pelos órgãos jurisdicionais. Há, portanto, um problema institucional e estrutural no Poder Judiciário e, possivelmente, não se operou uma reforma legislativa ousada para extirpar do diploma processual civil os prazos impróprios, que seguem acobertados pelo art. 227 do NCPC, positivando a letargia. Segundo Rosemiro Pereira Leal:

O que mais preocupa o advogado é a perda do prazo, porque ao juiz, ao Ministério Público, ao serventuário, nenhuma preocupação acarreta, porquanto não lhes traz sanções automáticas pela omissão de função, o que, a nosso ver, constitui lesão ao princípio legal da “isonomia” dos sujeitos do “processo”. Também lesiona o princípio da isonomia a concessão de prazos diferenciados para os sujeitos do processo e indivíduos em geral, porque redundando em quebra do princípio constitucional da igualdade assegurado na Constituição (art. 5º, da CR/88). Em países de formação estatalista rígida, como o Brasil, o ente público ou paraestatal goza de prazos privilegiados, colocando os interesses do Estado acima dos direitos dos cidadãos, como se

o Estado, com feições de Leviatã, não estivesse sob comendo do “ordenamento jurídico” e fosse o dono do destino das pessoas. (LEAL, 2016)

Indubitavelmente, há afronta ao princípio constitucional da isonomia, considerando-se os operadores do Direito: advogados, Juízes, Ministério Público, Serventuários da Justiça. Os advogados têm sobre eles a obrigação do cumprimento dos prazos próprios, preclusivos, enquanto os demais operadores do Direito têm regulados os prazos para prática dos atos processuais, sendo, no entanto, impróprios esses prazos, já que nenhuma penalidade pelo descumprimento lhes é atribuída. A todos os operadores do Direito deveriam ser fixados prazos estritos para realização dos atos processuais, na medida em que isso asseguraria a igualdade de atuação, celeridade e razoável duração do processo, o que corroboraria com a tão almejada **efetividade do processo**.

5) NORMAS DO NCPC EM DESCONFORMIDADE COM O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

O NCPC/2015 foi formulado a partir da necessidade de compatibilização das normas de processo civil brasileiro às garantias fundamentais de processo insculpidas pela CR/88. Todavia, há que se observar que no NCPC/2015 há dispositivos em desconformidade com o devido processo constitucional, que ferem as garantias ao contraditório, ampla defesa e isonomia.

A improcedência liminar do pedido, prevista pelo art. 332, §1º e pelo art. 487 do NCPC, vem preconizar o proferimento de sentença de mérito, quando, por ocasião do exame da petição inicial, o juiz reconhecer a ocorrência de prescrição ou decadência. Neste ponto, não há cogitação acerca do garantia ao efetivo contraditório, estatuído no art. 7º do NCPC, extirpando-se do autor o direito de manifestar-se acerca da suposta prescrição ou decadência. Além disso, a sentença liminar de improcedência tem vestes de decisão-surpresa, sendo esta expressamente vedada pelo art. 10 do NCPC/2015. Ao ferir a garantia ao contraditório, faz-se agonizar o devido processo constitucional. Ronaldo Brêtas ensina:

Processo é uma estrutura normativa de procedimento em contraditório, segundo a teoria estruturalista, concebida por Elio Fazzalari. Se não é observado o contraditório, norma fundamental do processo (NCPC, arts. 1º e 7º), viga mestra do devido processo legal, este o mais importante alicerce do processo constitucional, logicamente não haverá processo, e o ato decisório não se legitimará constitucionalmente, no Estado Democrático de Direito. (DIAS, 2016, p. 62)

Na linha de concepção de Processo defendida por Fazzalari, só há processo se houver contraditório. Nesta perspectiva, há anomalia e inconformidade do ar. 332, §1º do NCPC/2015 com os preceitos estatuídos no Estado Democrático de Direito, por inobservância ao devido processo constitucional. Rosemiro Pereira Leal explica que há uma antinomia *endógena* (do Código consigo mesmo pelos arts. 1º e 332) e *exógena* do Código ante a CF/88. A crítica atinge o caput do art. 332, ante a previsão de julgamento liminar com dispensa da fase instrutória e independentemente da citação do réu. Entende que se ausente a fase instrutória do processo, estariam afetados os direitos ao contraditório e ampla defesa, em infringência ao art. 5º, LV, da CR/88 (LEAL, 2016, p. 353).

Ao tratar da produção antecipada de prova no art. 382, §4º, o NCPC/2015 acaba por incorrer em mais uma lastimável inobservância dos direitos processuais fundamentais, ao dispor que: “Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.”. Há proibição expressa de defesa ou recurso, em uma situação na qual a parte poderia pretender produzir prova, o que fere a garantia à ampla defesa. Acerca da elaboração deste dispositivo legal, Cássio Scarpinella Bueno relata que no Projeto de Lei do Senado (art. 368, §4º) e no Projeto de Lei da Câmara (art. 389, §4º) havia previsão de recorribilidade desta decisão também para as hipóteses de indeferimento parcial de produção de provas. E, dessa forma, explicita:

Trata-se, assim, de mais um caso em que a etapa final dos trabalhos legislativos gerou inconstitucionalidade formal, porque extrapola os limites do apuro da técnica legislativa ou redacional. É o caso de aceitar, por isso, recorribilidade de ambas as hipóteses, aplicando-se à hipótese o inciso XIII do art. 1.015. (BUENO, 2015, p. 279)

Além da inconstitucionalidade vislumbrada, que diz respeito à proibição de recorribilidade ante o indeferimento probatório, Cássio Scarpinella aponta ainda uma inconstitucionalidade formal da lei, o que o faz entender pela possibilidade de interposição do recurso de agravo de instrumento, tanto para a hipótese de indeferimento parcial, quanto para o indeferimento total de produção de provas pelo requerente originário.

Também sofre a pecha da não conformidade com o devido processo constitucional, o art. 464, §3º do NCPC/2015, que trata da prova técnica simplificada. Estipula o artigo que cabe a produção de prova pericial simplificada, em demandas de menor complexidade, que exijam esclarecimento técnico de especialista. Nestas situações, poderá haver inquirição de especialista pelo juiz, somente, em audiência de instrução. Assim, a desconformidade legal se

instala, na medida em que o juiz não é solitário para a construção da decisão judicial, devendo também as partes interessadas, dentro de uma previsão de cooperação e participação, atuarem de modo a operar juntas o processo para a consecução do provimento final. Dessa forma, em atenção às garantias constitucionais de ampla defesa e do contraditório, previstas ainda nos arts. 1º e 7º do NCPC, deve haver viabilização de inquirição do perito e dos assistentes pelas partes, por meio de seus advogados, durante a produção desta prova técnica simplificada, de forma a resguardar o devido processo legal.

6) CONCLUSÃO:

A Exposição de Motivos, que justificou a criação do NCPC/2015, colocou como objetivo precípua da nova codificação a sua harmonização com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito e, neste sentido, a verificação realizada no estudo que aqui se apresenta buscou aferir se o propósito foi alcançado e, se não o foi em sua completude, em que aspectos houve inobservância.

Na lógica da processualidade democrática, processo efetivo é aquele conduzido com base em garantias processuais fundamentais, que conduza à formação de um provimento jurisdicional guiado pelo devido processo, em contraditório, ampla defesa e isonomia. A efetividade do processo não pode, assim, ser confundida com “justiça rápida”. O NCPC/2015, assim como fazia o CPC/73, continua a louvar os prazos processuais impróprios (art. 227), criando, dessa maneira, “tempo morto” na marcha processual, que são aqueles lapsos em que o processo tem sua tramitação estagnada. Os advogados têm sobre eles a obrigação do cumprimento dos prazos próprios, preclusivos. A todos os operadores do Direito deveriam ser fixados prazos estritos para realização dos atos processuais, na medida em que isso asseguraria a igualdade de atuação, celeridade e razoável duração do processo, o que corroboraria com a tão almejada efetividade do processo.

Lamentavelmente, alguns dispositivos do NCPC/2015 foram elaborados com inobservância das normas fundamentais (desatenção à principiologia processual), o que culminou na não conformidade destes artigos com o devido processo constitucional. Cumpre, neste sentido, destacar o art. 332, caput e §1º, bem como os arts. 382, §4º e 464, §3º, que se desvirtuam do devido processo, em total afronta aos preceitos do Estado Democrático de Direito. A opção encontrada dentro da própria normatividade processual civil é a possibilidade de a parte prejudicada interpor o recurso cabível e, em controle difuso de constitucionalidade, suscitar questão prejudicial, o que ensejaria a instauração do incidente de

arguição da inconstitucionalidade das normas, que será julgado pelo Tribunal competente, nos termos dos arts. 948 a 950 do NCPC/2015.

Infere-se, portanto, que a sistematização apresentada pelo NCPC/2015, em linhas gerais, se compatibiliza com as normas fundamentais previstas em seu próprio texto e que decorrem da lógica decorrente da CR/88. Há, no entanto, conforme exposto, arestas a serem pesquisadas e submetidas à análise crítica, a fim de se avançar ao encontro de soluções de melhor adequação da sistemática processual aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS:

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008
- ALVIM, A.A; ASSIS, A.; ALVIM, E.A.; LEITE, G. S. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei n. 13.105/2015*. Ed. Saraiva: São Paulo, 2016
- BARACHO, JO. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Malheiros: São Paulo, 2006
- BUENO, CS. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo Saraiva 2015
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. Ed. Atlas: São Paulo, 2016
- CHAMON JUNIOR, LA. *Filosofia do direito na alta modernidade : incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005
- CINTRA, AA; GRINOVER, AP; DINAMARCO, CR. *Teoria geral do processo*. São Paulo : Malheiros, 2004
- CRUZ, Clenderson. *A ampla defesa na processualidade democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016
- DIAS, RC; SOARES, CH. *Técnica processual*. Belo Horizonte, MG : Del Rey, 2015
- _____. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte, MG : Del Rey, 2015
- _____. *Estudo sistemático do NCPC : (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016)*. Ed. D'Plácido: Belo Horizonte, 2016

- DINAMARCO, CR. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo : Malheiros, 1993
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Ed. Vozes: São Paulo, 2015
- GONÇALVES, AP. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro : Aide, 2001
- HABERMAS, J. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2002
- _____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Ed. Tempo Brasileiro: Rio de Janeiro, 2003
- _____. *A inclusão do outro : estudos de teoria política*. São Paulo : Edições Loyola, 2004
- KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo. Ed. Martin Claret, 2002
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo : Martins Fontes, 2003
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2010
- _____. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. Ed. Fórum: Belo Horizonte, 2016
- _____. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. Ed. Landy: São Paulo, 2002
- LEAL, RP; ALMEIDA, Ad. *Comentários críticos a exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo*. Franca, SP : Lemos & Cruz, 2011
- LUHMANN, N. *Sociologia do direito. Niklas Luhmann ; tradução de Gustavo Bayer*. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1983
- _____. *Introdução à teoria dos sistemas : aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate*. Petrópolis : Vozes, 2011
- MACHADO, F..D.A; OLIVEIRA, M. A. C. *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático Brasileiro*. Ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2009
- NUNES, DC. *Processo jurisdicional democrático : uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba : Juruá, 2012
- POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Editora Itatiais: Belo Horizonte, 1999, p. 193 eq. seq.
- _____. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Ed. Itatiaia: São Paulo, 1987, Vol, 1 e 2

_____. *O mito do contexto*. Edições 70: Lisboa, 1996

_____. *A lógica da pesquisa científica*. Ed. Cultrix: São Paulo, 2013

SEVERINO, Emanuele. *A filosofia Contemporânea*. Edições 70: Lisboa, 1986

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2015

THEODORO JÚNIOR, H; et al. *Novo CPC. fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro Forense 2016