SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

A DIFÍCIL TAREFA DE SUPERAR A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

TO OVERCOME THE DIFFICULT TASK INSTRUMENTALITY PROCESS IN THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Gabriela Oliveira Freitas
Stella Mesquita Londe

Resumo

Diante da promulgação do Novo Código de processo Civil, questiona-se o marco teórico que o embasou, vez que é premente a necessidade de reforma do sistema processual, buscando harmonia com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Apesar da tentativa de aplicação da Teoria Constitucionalista do Processo, percebe-se que o novo texto legislativo ainda guarda raízes no Estado Social, evidenciando incoerências e contradições no novo texto legal, além de sua manifesta incompatibilidade com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, pois mantidos resquícios do instrumentalismo processual.

Palavras-chave: Novo código de processo civil, Marco teórico, Teoria constitucionalista do processo, Estado democrático de direito, Teoria instrumentalista

Abstract/Resumen/Résumé

Before the enactment of the new Civil Procedure Code , we question the theoretical framework that underwrote , since there is a pressing need for reform of the justice system, seeking harmony with the constitutional guarantees of a democratic state. Despite the attempt to apply the Constitutionalist Theory of Process, it is clear that the new legislation still has roots in the welfare state , showing inconsistencies and contradictions in the new legal text , in addition to its manifest incompatibility with the guidelines of the democratic state because kept remnants of procedural instrumentalism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New civil procedure code, Theoretical framework, Constitutionalist theory of process, Democratic state, Instrumentalist theory

INTRODUÇÃO

Em 16 de março de 2015, foi sancionado e promulgado o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), depois de uma longa atividade legislativa, com a participação de renomados juristas brasileiros e também dos demais interessados, por meio de diversas audiências públicas. A redação inicial do Projeto, de autoria do Senador José Sarney, que, primeiramente, tramitou no Senado Federal (Projeto de Lei nº 166/2010), é resultado do trabalho de uma Comissão de Juristas, nomeada no mês de setembro de 2009, presidida pelo então Ministro do STJ Luiz Fux.

Muitas são as indagações decorrentes do novo texto legislativo, sendo uma das mais relevantes aquela que se direciona ao marco teórico que o embasou. E sobre a importância dessa indagação, esclarece Rosemiro Pereira Leal:

> (...) em se tratando de lei nova (novo CPC) a ser editada no âmbito de um Estado Democrático de Direito constitucionalizado, como o brasileiro, a primeira cogitação que se nos pesa logo à primeira vista é saber qual a linha interpretativa de seu próprio discurso definida em sua exposição de motivos e se os artigos que compõem a sua escritura guardam fidelidade ao paradigma jurídico-linguístico processual constitucionalmente adotado. (LEAL, 2013, p. 21)

Na apresentação da Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo CPC, redigida por Luiz Fux, foram traçadas as diretrizes da mudança pretendida, constando, logo em sua fase inicial, a necessidade de reforma do sistema processual, a fim de proporcionar à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, buscando harmonia com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. No mesmo sentido, restou disposto no art. 1º do Código de Processo Civil que a nova legislação deve ser interpretada e aplicada de acordo com os valores da Constituição Federal de 1988.

Em uma primeira análise, tem-se a impressão de que o marco teórico adotado pelo legislador foi a Teoria Constitucionalista do Processo, elaborada por Hector Fix-Zamudio e trazida à literatura jurídica brasileira por José Alfredo de Oliveira Baracho.

Apesar da tentativa de aproximar o Código da Constituição, percebe-se que, na própria Exposição de Motivos, afirmou-se que não haveria uma ruptura de paradigmas, ou seja, foi expressamente reconhecido que o novo texto legislativo ainda guardaria suas raízes no Estado Social e, por consequência, na Teoria do Processo como Relação Jurídica e na Escola Instrumentalista do Processo, que serviram de marco teórico para o Código de Processo Civil de 1973, elaborado durante a Ditadura Militar, período em que o Brasil se configurava como um Estado Social.

Diante de tais questões, o objetivo do presente trabalho é investigar quais as bases teóricas que fundamentam o novo Código de Processo Civil, a fim de demonstrar suas incoerências e contradições, além de sua manifesta incompatibilidade com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, por meio dos resquícios instrumentalistas existentes na nova legislação.

Para tanto, será abordado o estudo do Direito Processual na perspectiva constitucionalista, fazendo um contraponto com o mesmo estudo na Escola Instrumentalista do Processo. Em seguida, serão analisados, de forma crítica, os pontos do novo texto processual que representam sua vinculação com a instrumentalidade do processo.

2 O PROCESSO NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALISTA

Em razão da consagração jurídico-constitucional de uma nova principiologia processual, com a promulgação da Constituição de 1988, e ainda com a instituição do Estado Democrático de Direito, o processo deve ser analisado sob uma perspectiva democrática e, por isso, é necessário romper com as teorias do processo que permitem a concepção da atividade jurisdicional como um poder do Estado.

O rompimento deve ser estabelecido, principalmente, com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Büllow, que serviu de marco teórico para o Código de Processo Civil de 1973, segundo a qual o processo é uma relação jurídica entre autor, réu e juiz. Tal teoria foi trazida ao Brasil por Enrico Tulio Liebman, influenciando Alfredo Buzaid na elaboração do Código de Processo Civil de 1973 e sendo acompanhada pela intitulada Escola Paulista/Instrumentalista de Processo.

A instauração do Estado Democrático de Direito modifica o conceito de processo, que não pode mais ser compreendido como uma relação jurídica entre as partes, na qual um excesso de poderes é conferido ao órgão julgador, diante da justificativa de busca pela justiça e paz social, dentre outros escopos metajurídicos.

Em razão do princípio democrático resulta, no âmbito jurisdicional, o dever do Estado e o direito do jurisdicionado de buscar uma resposta às suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo legal.

Assim, nessa nova conjuntura, o processo passa a ser compreendido como um procedimento constitucionalizado realizado em contraditório entre as partes, com observância

da disciplina principiológica constitucional, com o objetivo principal de garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais.

Desse modo, tem-se que as normas processuais devem observar a supremacia da Constituição, uma vez que o processo é considerado uma importante garantia constitucional. Por isso, as normas processuais surgem consolidadas nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, "sufragando os direitos das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional" (BRÊTAS, 2010, p. 92).

Assim, a inclusão no texto constitucional, em 1988, de diversas garantias processuais, que pretendem a efetividade dos direitos fundamentais, aproxima o processo da Constituição, tornando, ainda, o texto constitucional indispensável para o devido processo.

Como já mencionado, o novo Código de Processo Civil se inicia com a afirmativa de que a nova legislação será aplicada e interpretada segundo os valores e diretrizes da Constituição da República de 1988. Ainda se destaca que a Comissão de Juristas, responsável pela redação do novo texto "advertiu que uma de suas principais metas seria a constitucionalização do processo, ou seja, a elaboração de seu texto normativo em harmonia com os preceitos da Constituição Federal de 1988" (BRÊTAS; SOARES, BRÊTAS; DIAS; BRÊTAS, 2016, p. 37).

A partir de tal afirmativa, tem-se a impressão de que serão adotados os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia como base institutiva do Direito Processual, tal como proclama a Constituição. Todavia, a nova legislação processual precisa ser analisada em sua totalidade, para que seja possível a compreensão de sua base teórica. Como será demonstrado no tópico seguinte, o novo Código de Processo Civil ainda se ampara na instrumentalidade do processo, o que tornam falaciosas as afirmações de que ele se aproximaria das diretrizes constitucionais.

3 REFLEXOS DA ESCOLA INSTRUMENTALISTA DO PROCESSO NO NOVO CPC

3.1 Escopos Metajurídicos do Processo e Decisionismo Judicial

Apesar da promessa de vinculação do novo Código de Processo Civil à Teoria Constitucionalista do Processo, pela leitura do texto legislativo é possível perceber que tal promessa foi ilusória, tendo a legislação permanecido extremamente atrelada à escola instrumentalista do processo.

Uma das características dos estudos da referida escola é a utilização do processo como instrumento para alcançar escopos metajurídicos, ou seja, usa-se do processo para buscar resolver problemas da sociedade, com propósitos econômicos, políticos, dentre outros.

Sobre essa função anômala do processo, dada pela Escola Instrumentalista:

> "os teóricos dessa escola conectaram o Processo à jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo o processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional nas mãos do juiz para puxar pela coleira mágica a Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade" (LEAL, 2014, p. 84).

Logo no art. 8º já se percebe tal questão, ao manter dentro da função jurisdicional tais objetivos metajurídicos:

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

O citado artigo, ao mencionar os fins sociais e a exigência do bem comum como obrigações da função jurisdicional permite com que a decisão judicial seja extrassistêmica, sem qualquer preocupação com os aspectos jurídicos da questão debatida, ou mesmo com o princípio da legalidade.

Os escopos metajurídicos também são verificados no instituto da Repercussão Geral:

> Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.
> § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

Pelo supracitado dispositivo legal, tem-se que o reconhecimento da repercussão geral depende da apreciação de conceitos indeterminados, ou seja, deve-se verificar se a questão é relevante no âmbito econômico, político, social ou jurídico, assim, "abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme com frequência, a formulação de juízo de valor." (CASAGRANDE, 2008, p. 115). Assim, merece crítica tal critério estabelecido na legislação para verificar a existência de repercussão geral, vez que confere discricionariedade aos julgadores, permitindo que seja aferida a transcendência de uma questão a partir de critérios subjetivos.

No mesmo sentido, apesar de ser perceptível, pelo disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, a existência de uma tentativa de limitar a atuação do magistrado por meio do contraditório,

o que encerraria a subjetividade e os chamados “decisionismos”, também se verifica no novo CPC que diversas questões ainda são deixadas ao arbítrio do magistrado.

O art. 6º do novo CPC ainda mantém o juiz do Estado Social, ao determinar que este deverá atuar o juiz atendendo “aos fins sociais e às exigências do bem comum”, observando ainda os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que permite que o julgador atue com discricionariedade.

Desse modo, a função jurisdicional, mesmo no novo CPC, continua a funcionar a partir de uma “mítica dos ideiais de falaciosa justiça, paz, bem comum e fins sociais de um direito que pode ou não ser legislado” (LEAL, 2013, p. 14).

Para a doutrina instrumentalista, “o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado” (GONÇALVES, 2012, p. 157), fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista, o que não é compatível com a noção democrática de processo. Ou seja, ao tratar o processo como um instrumento de busca pela paz social e pela justiça, admite-se que o magistrado se torne a figura suprema da relação processual e atue de forma discricionária e arbitrária, buscando aplicar sua própria e subjetiva noção de justiça, assim desconsiderando a atuação das partes/participação popular, o que não se mostra consentâneo com a atual conjuntura constitucional.

Isso também se constata pelas disposições do código acerca da concessão da gratuidade judiciária, tendo em vista que, apesar de prever o procedimento para deferimento e indeferimento de tal benefício, nada dispõe sobre o conceito de miserabilidade, necessário para analisá-lo. Cabe, portanto, ao juiz trazer aos autos seu subjetivismo no momento de verificar se entende ou não que a parte é pobre no sentido legal.

O mesmo ocorre com a admissão do *amicus curiae* no procedimento judicial, que poderá ser admitido, por decisão irrecorrível do juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia. Assim, cabe ao julgador analisar se é ou não interessante para a discussão admitir terceiro interessado em colaborar com o deslinde da questão, não sendo possível recorrer da decisão o admite ou que não o admite.

3.2 Celeridade em Detrimento da Ampla Defesa

Em que pese a inclusão do direito de defesa no novo Código de Processo Civil, em seu art. 7º, o texto legislativo demonstra uma maior preocupação com a celeridade, mantendo o "fetiche das urgencialidades" (LEAL, 2014, p. 234), com a previsão de ausência de contraditório para concessão das tutelas de urgência, do julgamento liminar de improcedência, dos julgamentos recursais por amostragem, dentre outros.

> Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
> I - à tutela provisória de urgência;
> II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
> III - à decisão prevista no art. 701.

Apesar de haver expressa previsão no novo CPC acerca da imperiosa observância do contraditório, ele mesmo elimina sua necessidade em algumas hipóteses, o que faz, às vezes, de maneira clara e outra de modo bastante sorrateiro. Conforme aponta Camilla Paolinelli, "essa preocupação não está ligada à noção de tempo procedimental adequado, com a garantia de observância da legalidade e da racionalidade prática da movimentação processual" (PAOLINELLI, 2013, p. 56)

Assim, critica Rosemiro Pereira Leal, apontando que "o importante é a perenização do fetiche da Justiça Rápida, cuja velocidade pode ser aumentada pela supressão do processo, e, até mesmo, do procedimento, com a altaneira supremacia da jurisdição" (LEAL, 2014, p. 233).

Também é relevante a crítica de Camilla Paolinelli:

> "o que se vê é que no texto, em muitos dispositivos, essa fatídica celeridade é perseguida a qualquer custo, num verdadeiro afã por efetividade, como se esta dependesse somente da velocidade dos pronunciamentos decisórios. A celeridade é buscada por meio de uma verdadeira amputação de garantias processuais fundamentais como a construção participada dos provimentos, o contraditório como garantia de influência, o direito ao recurso e ao duplo grau de jurisdição." (PAOLINELLI, 2013, p. 57)

Vale destacar que inexiste qualquer justificativa para haja a supressão do contraditório quando da análise das tutelas de evidência, tendo em vista que o elemento "urgência" não é necessário para a sua concessão. Assim, tem-se por completamente desarrazoada a exclusão do contraditório nessa hipótese, principalmente porque o direito do autor será considerado como evidente, mesmo antes de qualquer manifestação da parte ré, o que acaba por eliminar completamente qualquer possibilidade de defesa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível constatar que a previsão contida no art. 1º do novo CPC, no sentido de que o texto processual seria interpretado e aplicado de acordo com a Constituição da República, não foi devidamente considerada pelo próprio legislador. Isso porque, ao longo do texto do novo código, foram mantidos resquícios do instrumentalismo processual, característico do Estado Social e totalitário.

Assim, não se pode falar que o novo CPC apresenta-se de forma democrática, uma vez que, de acordo com os preceitos do Estado Democrático de Direito não admite que as decisões judiciais sejam pautadas em escopos metajurídicos ou na própria subjetividade do julgador, sob pena de excluir a participação dos interessados e de desconsiderar sua atuação no procedimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias *et al. Estudo Sistemático do novo CPC*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

COUTURE, Eduardo. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*: Discursos, Ensaios e Conferências. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.

FIX-ZAMUDIO, Hector. *Constituición y Proceso Civil en Latinoamérica.* México: Instituto de Investigaciones Juridicas, 1974.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Teoria do Processo e Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjectural.* Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. *Teoria Geral do Processo:* Primeiros Estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. Tutelas de urgência: cogitações sobre o juízo de verossimilhança, a prova diabólica e a violação de garantias processuais fundamentais do réu. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ*, Belo Horizonte, v. 11, n. 13, p. 113-142, jan./jun. 2013.