

## O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: COGITAÇÕES SOBRE OS PRINCIPAIS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA ESTRUTURA TÉCNICO-SISTEMÁTICA DO PROJETO APROVADO NO SENADO

Camilla Mattos Paolinelli <sup>1</sup>  
camillamattos@hotmail.com

**Resumo:** A presente reflexão pretende destacar os principais aspectos positivos e negativos da estrutura técnica e sistemática do projeto de novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal em 15.12.2012 (PL nº 8.046/2010). A linha teórica adotada para análise dos conteúdos normativos do projeto compõe-se de uma associação entre as teorias estruturalista e constitucionalista do processo com balizamentos do *procedimentalismo habermasiano* (Escola Mineira de Processo). Procura-se destacar os principais ganhos técnicos e teóricos da nova sistematização, preocupada com a harmonização da lei processual com direitos e garantias fundamentais previstos da Constituição Federal/1988 e com a efetividade de direitos. Serão analisados, também os principais aspectos que são objetos de polêmica e crítica no novo texto como a busca de celeridade a qualquer custo, a supervalorização do papel dos juizes, o incentivo à atividade criativa dos tribunais; o recurso a alternativas conciliatórias que limitam o diálogo entre as partes, a limitação de recursos, tudo isso no anseio de combate à morosidade dos processos; além das evidentes incoerências técnicas presentes em alguns dispositivos que ainda conservam caráter antidemocrático e autoritário em suas bases teóricas. Constata-se, por fim, que não obstante significativas melhoras, o texto aprovado ainda conserva concepções instrumentalistas de processo ligadas à teoria do processo como relação jurídica.

**Palavras-chave:** Projeto de novo Código de Processo Civil; Aspectos positivos e negativos; Direitos e garantias fundamentais; Celeridade; Concepções instrumentalistas

## THE NEW CODE OF CIVIL PROCESS: COGITATIONS ABOUT THE MAIL POSITIVE AND NEGATIVE ASPECTS OF THE TECHNICAL-SYSTEMATIC ASPECTS OF THE PROJECT APPROVED BY THE SENATE

**Abstract:** This reflection intends to highlight the main positive and negative aspects of the technical structure and systematic design of the new Code of Civil Procedure approved by the Senate on 15.12.2012 (PL 8.046/2010). The theoretic line adopted for the theoretical analysis of the normative content of the project consists of an association between the structural and constitutional theories of the process with the guideposts *Habermas's proceduralism* (*Escola Mineira de Processo*). It seeks to highlight the major gains of the new technical and theoretical systematization, concerned with the harmonization of procedural law with fundamental rights and guarantees provided in the Federal

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Processual pela PUC/MG. Graduada em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas com intercâmbio acadêmico na Universidade de Coimbra. Pesquisadora do Núcleo de Apoio à Pesquisa (PUC/MG).

Constitution /1988 and the effective rights. It also examines the main aspects that are the subject of controversy and criticism in the new text as the search for speed at any cost, the overvaluation of the role of judges, encouraging the creative activity of the courts, the use of alternatives that limit conciliatory dialogue between the parties, limited resources, all in the desire to fight lengthy procedures; in addition to the obvious technical inconsistencies present in some devices that still retain anti-democratic and authoritarian in its theoretical underpinnings. It appears finally that despite significant improvements, the approved text still retains instrumentalist conceptions of process related to the theory of the case as a legal relationship.

**Keywords:** Project of a new Code of Civil Procedure; positive and negative aspects; rights and fundamental guarantees; celerity; instrumentalist concepts.

## Introdução

O projeto de novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei nº.8.046/10 – anterior PLS nº 166/10) aprovado no Senado em 15.12.2010 nasceu com a pretensão de imprimir celeridade aos pronunciamentos decisórios da atividade jurisdicional - a fim de alcançar efetividade na realização de direitos -, bem como harmonizar o texto da lei processual civil com as garantias fundamentais elencadas pela Constituição de 1988.

A proposta da Comissão de Juristas<sup>2</sup> foi de criar um texto com coesão sistêmica que pudesse ser adequado e compatível com a noção contemporânea de processo como *metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais*<sup>3</sup>. Certamente, a ideia foi de consagrar o processo, numa perspectiva constitucional (como codependente de direitos fundamentais), que fosse capaz de superar as incongruências e distorções, bem como a ausência de coesão sistêmica causadas pelo excesso de “minirreformas” (ou reformas pontuais), ocorridas nos últimos anos, no texto do Código de Processo Civil de 1973<sup>4</sup>.

Além dos conteúdos normativos propostos terem tido ganhos teóricos significativos do ponto de vista constitucional, no tocante à técnica empregada na sistematização do texto também há evidentes avanços. A estrutura<sup>5</sup> do novo Código facilita a interpretação e compreensão dos dispositivos legais (que

<sup>2</sup> A Comissão de Juristas, composta por 11 integrantes de renome, foi instituída pelo ato nº.379 de 30.09.2009, assinado pelo Senador José Sarney. Em exíguo período de tempo, a referida Comissão elaborou o projeto do novo Código de Processo Civil que tramitou no Senado sob o PLS nº166/2010. Aprovado em 15.12.2010 naquela Casa, após a realização de inúmeras audiências públicas para discussão do texto inicial, o projeto passou à Câmara com nova numeração - PL nº 8.046/2010. Em setembro do corrente ano, o Deputado Federal Sérgio Barradas apresentou relatório geral do texto do projeto aprovado, propondo inúmeras alterações. A proposta de novo texto, contudo, ainda não foi aprovada. Está com previsão de votação na Câmara apenas para fevereiro/2013, motivo pelo qual, ater-se-á na presente reflexão, apenas aos conteúdos normativos do texto do projeto aprovado no Senado (PL nº 8.046/2010).

<sup>3</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 84-95.

<sup>4</sup> Fato é que tais reformas, ao criarem uma verdadeira “colcha de retalhos” dentro da lei processual civil de 1973, passaram a exigir dos operadores do direito um verdadeiro *esforço hermenêutico* para uma interpretação das regras ordinárias que fosse compatível com o Texto Constitucional. Vem justamente daí a necessidade de produção de um novo Código - bem estruturado do ponto de vista técnico e que seja coerente com a nova ordem democrática. O Código vigente, depois de tantas modificações, acabou perdendo grande parte de sua unidade lógico-sistemática, sendo conveniente a realização de uma grande reforma, que o reconstrua de forma consistente, sobre os princípios estruturantes do processo civil contemporâneo, restaurando a sistematicidade perdida.

<sup>5</sup> O texto aprovado no Senado mantém a mesma estrutura sistemática do projeto inicial apresentado pela Comissão de Juristas: Livro I (arts. 1º a 292 - parte geral) regulamenta as normas gerais e princípios da ação e jurisdição; Livro II (292 a 729) regulamenta os processos cognitivos, dentro dos quais estão os especiais; Livro III (art.730 a 881) trata do processo de execução; Livro IV (arts. 882 a 998) sistematiza e regula os procedimentos nos Tribunais e impugnação das decisões judiciais (recursos); e, finalmente o Livro V (arts. 999 a 1008) trata das disposições finais e transitórias.

passam a obedecer uma ordem lógica do geral para o particular), permitindo a aplicação destes balizada por princípios constitucionais, o que confere maior funcionalidade ao sistema.

Inegável, contudo, que devido à preocupação excessiva com o combate da morosidade dos processos, busca o projeto celeridade a qualquer custo. Mesmo que isso importe na supressão de direitos e garantias fundamentais. Portanto, ao mesmo tempo em que o texto proposto pretende se afinar à Constituição, constata-se que a concepção de processo nele prevista ainda prestigia a matriz teórica da relação jurídica e possui nítido viés instrumentalista. O texto aprovado continua a abordar abertamente concepções instrumentalistas e teleológicas do processo (na pretensão de realização de *escopos metajurídicos*<sup>6</sup>), fundadas no papel de excessivo destaque conferido à figura do magistrado de poderes desmedidos.

O presente trabalho pretende destacar os principais aspectos positivos e tecer crítica aos negativos na estrutura técnica e sistemática do projeto do novo Código de Processo Civil aprovado no Senado Federal<sup>7</sup>. As vertentes metodológicas utilizadas no estudo serão a analítico-interpretativa e a jurídico-teórica. O marco teórico utilizado para reflexão e teorização é a teoria constitucionalista do processo conjugada às concepções fazzalarianas do estruturalismo, com balizamentos no procedimentalismo habermasiano<sup>8</sup>.

## 1 Os aspectos positivos

### 1.1 A codificação ordinária de direitos, garantias processuais-fundamentais e princípios constitucionais

Uma das propostas do projeto do novo Código de Processo Civil a ser louvada é a intenção de a harmonização do sistema de direito processual ordinário com as garantias processuais, direitos fundamentais e princípios previstos no Texto Constitucional de 1988.

Houve nítida preocupação da Comissão com a constitucionalização do processo, bem como com as conquistas teóricas do Estado Democrático de Direito, que implicam na compreensão de um processo como *metodologia normativa de garantia de direitos fundamentais*<sup>9</sup>. Pretendeu a macrorreforma edificar um arcabouço normativo em perfeita sintonia com a principiologia constitucional do devido processo.

Essa intenção de *harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal*<sup>10</sup> fica evidente nos dispositivos inaugurais do projeto (art. 1º a 12). Nesses, é louvável a preocupação com a aplicação

<sup>6</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>7</sup> A problematização da reflexão parte do argumento de que o texto do projeto ao invocar as pretensões de alcançar *efetividade máxima* na realização do direito material posto à apreciação do Estado-Juiz, apesar da intenção de prestígio ao modelo constitucional de processo, busca celeridade a qualquer custo, mesmo que isso implique na supressão de direitos e garantias fundamentais. Além disso, o texto ainda se articula com concepções instrumentalistas ligadas à idéia de processo como relação jurídica. (A respeito do princípio da *efetividade máxima* ver: NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.)

<sup>8</sup> Esse amálgama constitui uma das vigas-mestras das concepções sustentadas pela Escola Mineira de Processo. Fala-se aqui, em *procedimentalismo habermasiano*, a fim de justificar a noção de democracia centrada no diálogo dos destinatários (também autores) da norma (ação comunicativa), como justificativa de legitimidade do sistema através do consenso. Com a proposta de Habermas, o eixo de racionalidade sai da ontologia do sujeito cognoscente, centrando-se na argumentação compartilhada dos sujeitos do processo. (Nesse sentido: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. Vol.I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.)

<sup>9</sup> BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.84-95.

<sup>10</sup> BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2012.

dinâmica do contraditório<sup>11</sup> como garantia de participação e influência, bem como com a isonomia, além da fundamentação das decisões e a duração razoável do processo. A redefinição dos limites do contraditório com o compartilhamento argumentativo entre partes e juiz, impede que o magistrado surpreenda as partes com argumentos decisórios não submetidos ao debate. Nesse sentido, destacam-se a redação dos artigos 5º e 10 do projeto - o primeiro consagra a chamada formação participada do mérito, garantindo às partes a possibilidade de participação efetiva (contraditório como garantia de influência) na construção do pronunciamento decisório, enquanto o segundo tem a pretensão de evitar as chamadas decisões - surpresa<sup>12</sup>.

O art. 7º assegura às partes paridade de tratamento, em harmonia com o direito processual à isonomia, princípio da igualdade (substancial), bem como a possibilidade de exercício da ampla defesa - corolários do devido processo. Esse dispositivo invoca a percepção de que o direito à ampla defesa (diretamente relacionado à produção da prova) é líquido e certo, podendo ser exercido mesmo que haja peculiaridades do caso que impeçam sua concretização<sup>13</sup>. A isonomia de tratamento também é prestigiada no art. 12, eis que se estabelece o critério objetivo cronológico para julgamento de processos e recursos, evitando eventuais favorecimentos.

O art. 9º prestigia o exercício do contraditório de forma prévia, evitando eventuais prejuízos decorrentes de decisões proferidas sem efetiva participação das partes (e assim, evita-se o risco de arbitrariedade a elas inerente). O art. 11, por sua vez, consagra os princípios-garantias da fundamentação racional das decisões e publicidade dos julgamentos, em perfeita consonância com art. 93, IX da CRFB/1988.

O art. 4º consagra o direito constitucional das partes à duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII da CRFB/1988), orientando (ainda que implicitamente) os juízes ao cumprimento dos tempos procedimentais previstos normativamente para cada ato. Por fim, o art. 3º consagra o direito fundamental de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV da CRFB/1988), em perfeita consonância com a linha teórica que conceitua a ação como espécie do gênero direito incondicionado e constitucional de petição<sup>14</sup>. Os artigos 2º e 121 invocam o princípio da inércia e a iniciativa da parte como corolários do processo.

Em que pese os inegáveis avanços alcançados com a consagração de garantias e princípios constitucionais do devido processo na proposta aprovada do novo CPC, verifica-se que as conquistas ainda são incipientes. Trata-se apenas do início de uma longa caminhada. O que se buscou, na verdade, foi amarrar o texto da lei processual ao princípio da supremacia constitucional, garantindo a expansão<sup>15</sup> das garantias processuais fundamentalizadas pela Constituição ao novo texto proposto.

<sup>11</sup> A respeito da aplicação dinâmica do princípio do contraditório no novo CPC ver: BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle José Coelho. As Reformas Processuais Macroestruturais Brasileiras, p.15-53. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.40-42.

<sup>12</sup> Consoante Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, decisão surpresa é aquela “*lastreada em tema fático ou jurídico suscitado de ofício pelo agente público decisor, sem debate prévio com as partes contraditoras*”. (Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional, p.551-565. In: ROSSI, Fernando *et alii*. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.554).

<sup>13</sup> Para se alcançar a isonomia e possibilitar o exercício da ampla defesa justifica-se, por exemplo, a aplicação da regra da distribuição dinâmica do ônus da prova. Na intenção de corrigir uma desigualdade fática, redistribui-se os ônus de prova para aquele que tenha maiores condições de deles se desincumbir, prestigiando a igualdade substancial das partes e a concretização do direito fundamental à prova.

<sup>14</sup> Nesse sentido ver: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.93-106.

<sup>15</sup> A expressão, aqui, é utilizada no sentido de *expansividade* segundo Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera (*I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2.ed. Torino: G. Giappichelli, 1997, p.11).

Não houve detido interesse na alteração do papel do juiz, na atenuação de seus poderes ou na criação de conteúdos normativos que reduzissem o risco de ativismo e solipsismo judicial exacerbado<sup>16</sup>. Essa visão marcadamente teleológica e utilitarista<sup>17</sup> de processo, ligada às concepções instrumentalistas que comungam com uma posição onisciente do juiz, é incompatível com as pretensões de democracia. No Estado Democrático de Direito, o diálogo incessante confere legitimidade aos provimentos e o juiz no centro do sistema não o permite. Infelizmente, essa concepção ainda está presente (e com grande força) no projeto do novo Código aprovado, conforme se verá a seguir.

## 1.2 Estrutura técnico-sistemática do projeto do Novo Código de Processo Civil

Segundo Paulo Nader, o sistema jurídico corresponde à “*organização científica da matéria jurídica*” que deve obedecer uma metodologia de fontes, hierarquia e coerência lógica. “*Não basta o conhecimento de teorias jurídicas, pois é indispensável que se faça do Direito um instrumento prático acessível ao conhecimento e em condições de ser aplicado no dia a dia*”<sup>18</sup>. Para tanto, é necessário a construção de uma técnica como um “*conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados*”, um conjunto “*de procedimentos idôneos para a realização de finalidades*”<sup>19</sup>, de modo que “*com os subsídios ofertados pela Ciência do Direito, o legislador desenvolva a técnica de redação e apresentação de projetos, dando praticidade à teoria jurídica*”<sup>20</sup>.

Do ponto de vista da estrutura técnica do novo Código, o legislador brasileiro optou por seguir o sistema consagrado pelos principais códigos do mundo<sup>21</sup>, esboçando uma divisão do texto entre uma parte geral (formada pelo livro I) e uma espécie de “parte especial” (que contém os livros II, III, IV e V). Reuniu, também, nos artigos 1º a 291 as regras gerais e os princípios constitucionais que são aplicáveis a todos os tipos de procedimento. Enquanto nos livros II, III, IV e V, o projeto tratou de normas especificamente aplicáveis aos processos de conhecimento (procedimentos comum e especiais), execução, procedimentos nos Tribunais e meios de impugnação de decisões judiciais (recursos), e, por fim das disposições finais e transitórias.

Salvo melhor juízo, o arcabouço estrutural proposto, encontra-se bem articulado e detém coesão sistêmica, de modo que facilitará o manuseio pelo operador do direito das regras e princípios, o que dá maior racionalidade e funcionalidade ao sistema. A forma de estruturação do texto aprovado facilita a aplicação

<sup>16</sup> A proposta de constitucionalização do processo na nova codificação não teve a pretensão de amarração lógica às cogitações fazalarianas e da vertente constitucionalista (da Escola Mineira de Processo) que pretendem, por via da ressemantização e afastamento do conceito de direito subjetivo (que é base de sustentação da teoria do processo com relação jurídica), reduzir o papel do juiz ao de mero dialogador que exerce a atividade de realização do ordenamento jurídico e não deve se prestar à realização da justiça social ou econômica. Afinal, os *escopos metajurídicos* são preocupações do legislador - são pré-jurídicos -, e, como tal, já estão incorporados aos conteúdos normativos do sistema a partir do momento em que se legisla. Não deve o julgador, portanto, procurar por fins extrassistêmicos não contemplados pela lei ao decidir.

<sup>17</sup> Trata-se de uma visão teleológica de processo, inaugurada no Brasil por Cândido Rangel Dinamarco, na qual o processo se prestaria a fins úteis. O processo seria instrumento de concretização de uma “justiça social”, servindo à realização de fins sociais, econômicos, políticos e culturais, os chamados *escopos metajurídicos*. Às concepções ligadas a essa temática, atribui-se o qualificativo de *instrumentalistas*, por descreverem o processo como instrumento da jurisdição, a serviço de fins extrassistêmicos. A linha teórica da instrumentalidade pretende que o juiz, em sua decisão, proceda à correção prática dos erros perpetrados por outras esferas estatais, o que é incompatível com as diretrizes teóricas adotadas pela articulista.

<sup>18</sup> NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil: parte geral - Vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 80.

<sup>19</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 16.

<sup>20</sup> NADER. *Curso de Direito Civil*, p. 27.

<sup>21</sup> Nesse sentido: Código de Processo Civil Alemão (ZPO – *Zivilprozessordnung*) e *Codice di procedura civile* (CPC Italiano).

e interpretação das normas. E, nesse sentido, é possível dizer que o projeto de novo Código de Processo Civil apresenta uma proposta técnico-sistemática, do ponto de vista de sua estrutura, que é positiva e superior à atualmente vigente (Código de Processo Civil de 1973), ao corrigir as deficiências causadas pelo excesso de minirreformas dos últimos anos.

Dentro da nova estrutura proposta, podem ser destacados como principais pontos positivos: 1) A sistematização no Capítulo I, Título I do Livro I (parte geral) de “*Princípios e Garantias Fundamentais do Processo Civil*”, o que demonstra uma preocupação legislativa com a constitucionalização do processo civil e em se garantir a perfeita consonância deste com os direitos e garantias fundamentais consagrados pela CRFB de 1988<sup>22</sup>; 2) A eliminação do livro destinado ao processo cautelar e unificação do tratamento legal conferido dos institutos das cautelares e tutelas antecipatórias, reunindo-os sob o gênero *Tutelas de Urgência e de Evidência* (Título IX do Livro I), não obstante a conservação da natureza jurídica diversa dos provimentos (de cunho satisfativo, no primeiro caso; e preventivo / assecuratório / conservativo, no segundo)<sup>23</sup>; 3) A criação do incidente de descon sideração da personalidade jurídica (Capítulo II, Título IV, Livro I), corrigindo os problemas causados pela ausência de previsão normativa de regras processuais que disciplinassem tal requerimento, e, finalmente sedimentando a discussão quanto ao fato de que o requerimento é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e em processo de execução; 4) Acolhimento da teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no art. 358, o que permite suprir as deficiências causadas pela aplicação da regra estática de distribuição do ônus - e, numa perspectiva situacionista -, permite atribuir os encargos de produção de determinada prova àquele que detiver melhores condições de produzi-la, de acordo com as circunstâncias do caso concreto e peculiaridade do fato a ser provado, corrigindo eventuais problemas causados pela prova diabólica<sup>24</sup>; 5)

<sup>22</sup> Nesse sentido ver Relatório Geral do Deputado Federal Sérgio Barradas, p. 17. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>. Acesso em 04 dez. 2012.

<sup>23</sup> A despeito do projeto ainda conservar a tradicional divisão entre cautelares como medidas de natureza conservativa e tutelas antecipadas como provimentos antecipatórios do mérito (e, portanto de natureza genuinamente satisfativa), a nova regulamentação propõe a unificação dos requisitos para concessão dos pleitos, exigindo em ambos os casos tão somente a demonstração de elementos que evidenciem a “*plausibilidade do direito*”, bem como o “*risco de dano irreparável ou de difícil reparação*”. A diferenciação procedimental entre as cautelares e as tutelas antecipatórias, já não mais fazia sentido desde 2002, quando entrou em vigor o texto normativo do §7º do art. 273 do CPC que passou a permitir fungibilidade entre tutelas antecipadas e cautelares, possibilitando ao juiz conceder tutela cautelar quando o pleito for de tutela antecipada, desde que provados os requisitos da primeira. Além disso, verificava-se que na prática, por vezes, medidas cautelares faziam as vias de pronunciamentos decisórios de natureza satisfativa, fato que não justificava a obrigatoriedade de ajuizamento de um processo principal no prazo decadencial de trinta dias. Aliás, várias cautelares já tinham em si essa característica, conforme destaca Ovídio Baptista, citando-se como exemplo as cautelares de atentado, alimentos provisionais, separação de corpos, cujas pretensões se confundem com os pedidos de mérito do processo principal. (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Do Processo Cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009). Em razão disso, o projeto optou pela sistematização dos provimentos de natureza cautelar e antecipatória por via de um único gênero, a saber, as *Tutelas de Urgência* que têm como característica fundamental: a eminência ou risco de dano irreparável que, por sua vez, justificam a antecipação de tempo procedimental com cognição sumária num *iter* processual mais delgado, uma premissa para a via ordinária que, no entanto, não está livre das garantias fundamentais, dentre as quais, o exercício efetivo do contraditório em simétrica paridade, ampla defesa como ampla argumentação, fundamentação das decisões e participação de um terceiro imparcial.

<sup>24</sup> Nesse aspecto, para aplicação correta do dispositivo, há que se convir que se torna essencial o fiel cumprimento do disposto no art. 342 do projeto (fase de saneamento). Isso porque, antes de inverter o ônus da prova, o juiz deve decidir as questões processuais pendentes e delimitar os pontos controvertidos sobre os quais incidirá a prova, especificando os meios admitidos de sua produção; e, somente se preenchidas as hipóteses legais, distribuir dinamicamente o ônus da prova acerca de determinado fato. Só nesta fase, a parte poderá ter a oportunidade de efetivamente se desincumbir do ônus que recebeu, além de ter ciência do real alcance de sua tarefa probatória. Ao acolher a teoria da carga dinâmica, o projeto prestigia os princípios da cooperação e da isonomia, bem como intenciona a formação participada do mérito, eis que permite a ambas as partes produzirem prova de acordo com os instrumentos que têm a sua disposição no caso concreto, contribuindo, assim, para que ambas possam efetivamente influir na construção do pronunciamento decisório. Além disso, a regra da distribuição dinâmica do ônus pretende atenuar os poderes instrutórios do juiz, eis que determinadas condições objetivamente previstas na lei deverão ser observadas para a

Substituição da expressão “Jurisdição Voluntária” por, no Capítulo X, Título III, Livro II, “*Procedimentos não-contenciosos*”, prestigiando o entendimento de que a Jurisdição constitui-se como atividade de realização do ordenamento jurídico ou como atividade prestada pelo Estado em reação ao ilícito; 6) Extinção do procedimento monitório (“ação monitória”) que, no Brasil, não tinha a menor razão de ser, devido ao extenso rol de títulos executivos previstos pelo CPC/1973 – fato que fez com que o recurso àquele procedimento ocorresse apenas para o alcance de uma única pretensão – a de satisfação de obrigação constante em título prescrito<sup>25</sup>; 7) Concentração de toda matéria de defesa na contestação (art.325), inclusive com a possibilidade de formulação de pedido contraposto (art.326). Há outros inúmeros avanços que, aqui, infelizmente não se pode ter a pretensão de analisar, devido à brevidade da reflexão. Por tudo o que se expôs, constata-se que houve avanços significativos na proposta do texto aprovado. Contudo, problemas ainda são evidentes, conforme delinear-se-á a seguir.

## 2 Os aspectos negativos

### 2.1 A ausência de técnica na redação e terminologia de alguns artigos

Muito embora, no tocante à estrutura, o projeto esteja bem articulado, conforme adverte Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias há “*graves deficiências técnicas na redação de alguns dos seus conteúdos normativos*”, bem como “*gritantes propriedades terminológicas*”<sup>26</sup>. Discorrendo sobre o assunto, no mesmo ensaio alerta Brêtas, por exemplo, a respeito da incongruência presente no Título III do Livro II do projeto aprovado - que trata dos procedimentos especiais, reeleitos como espécie de processos de conhecimento.

Pois bem. O termo “procedimentos” utilizado no texto está adequado à concepção fazzalariana de “*procedimento como conjunto de atos dentro de uma estrutura normativa em que o primeiro é sempre pressuposto do ato consequente e este como co-extensão do ato antecedente e assim sucessivamente até o provimento final*”<sup>27</sup>. Todavia, a utilização adequada da expressão fica restrita ao Título. Curiosamente, ao individuar os Capítulos do Livro II, o texto aprovado utiliza a palavra “ações” (ação de consignação em pagamento, ação de prestação de contas). Há, nesse caso, uma nítida confusão entre os conceitos de ação

---

aplicação da inversão, limitando o grau de subjetividade do julgador. Aqui, aliás, cumpre destacar que tal aspecto infelizmente não se encontra bem delineado na redação do art.358. É que, além do referido artigo não prever as situações objetivas e específicas nas quais a distribuição dinâmica deve ser aplicada, a regra também não é colocada como dever do magistrado quando as hipóteses que a justificam ocorrem. A redação do modo como está, torna a regra dinâmica uma faculdade do magistrado, que pode ser aplicada ao seu bel prazer. Nesse ponto o dispositivo é verdadeiramente problemático porque a regra, ao invés de valorizar o diálogo democrático paritário, possibilitando a efetiva participação das partes na produção da prova, pode ter efeito reverso. Enquanto faculdade, a previsão da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, dá excessiva margem discricionariedade do juiz (cujo limite divisório, na prática forense, infelizmente é muito tênue da arbitrariedade). Assim, sugerir-se-ia aqui, o acréscimo de um novo parágrafo ao art. 358, contendo a previsão de todas as situações objetivas que justificam a aplicação da regra da distribuição dinâmica, de modo a atenuar a margem de discricionariedade do magistrado. Mais a respeito da nova dinâmica de distribuição do ônus da prova no projeto do novo CPC ver: CAMBI, Eduardo. Prova – Nova Dinâmica de Distribuição dos Ônus, p.675-679. In: ROSSI, Fernando *et alii*. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

<sup>25</sup> Nesse sentido, pergunta-se: que razão haveria para a manutenção de um procedimento específico para satisfazer a uma só pretensão que não tem qualquer peculiaridade relevante que justifique a especialização procedimental? Isso sem mencionar que na maioria dos procedimentos monitórios, o mandado de pronto pagamento não é atendido e, diante da apresentação de defesa por parte do Réu, o procedimento se converte em ordinário. Assim, correto esteve o projeto de novo CPC na eliminação do instituto.

<sup>26</sup> BRÊTAS. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*, p. 553.

<sup>27</sup> LEAL, Rosemiro. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.246.

(direito constitucional de petição<sup>28</sup>) e procedimento. Se a expressão foi corretamente empregada no Título, o mesmo não ocorreu nos Capítulos que também deveriam utilizá-la, eis que a especialização necessária pela particularidade da pretensão da parte ocorre com o procedimento pelo qual a demanda se desenvolve e não com a ação.

Adverte, ainda, Brêtas que o mesmo problema ocorre no art. 228 do projeto que prevê o chamado procedimento edital a ser utilizado nas “ações de usucapião”, “ações de recuperação ou substituição de título ao portador”, etc. Nesse caso, também presente a incoerência teórica, já que o que define o procedimento não é a ação e sim a pretensão<sup>29</sup> da parte. A mesma confusão entre ação e pretensão está presente também nos artigos 331 e 335 do projeto. Ora, ao réu não cabe contestar a “ação” do autor, mas a pretensão posta em juízo. Até por conceitos carneluttianos, verifica-se que o que ainda permanece no direito brasileiro é o conceito de contestação como pretensão resistida. Se assim o é, cabe ao réu contestar o pedido do autor (nesse sentido: artigos 280, 281 e 317, I) e não a “ação”.

Há outros inúmeros problemas técnicos no tocante à redação de dispositivos, conforme conclui Brêtas, como a simplicidade técnica dos dispositivos (arts. 865 e 1007) que preveem a hipótese de concurso universal de credores, quando algum deles alegar insolvência do devedor, sem regras específicas que regulamentem a execução contra credor insolvente, tal qual existe no Código vigente. Enfim, infelizmente não se é capaz de esgotar aqui a análise dos dispositivos defeituosos encontrados no projeto, dando-se ao leitor apenas uma visão genérica dos principais problemas enfrentados.

## 2.2 A fatídica confusão entre técnica e formalismo e a busca de celeridade a qualquer custo

O texto do projeto de novo Código de Processo Civil, conforme já dito, torna evidente a preocupação do legislador em acelerar o trâmite procedimental das demandas, o que se justifica pela afirmação, constante de sua Exposição de Motivos, de que a “ausência de celeridade, sob certo ângulo, é ausência de justiça<sup>30</sup>”. O tempo do processo é visto como inimigo da tutela efetiva.

Constata-se, contudo, que 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<sup>31</sup>. Persiste, no texto do projeto, uma compreensão distorcida da razoável duração do processo<sup>32</sup> ligada

<sup>28</sup> BRÊTAS; SOARES. *Manual Elementar de Processo Civil*, p.93-106.

<sup>29</sup> A respeito da diferença entre a pretensão de direito material e a ação como direito constitucional vide: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, p. 75-84. Salienta-se que, ao resgatar essas concepções de ação e pretensão, lastreado em Eduardo Couture e Windscheid, Ronaldo Brêtas, para conceituar pretensão, faz uma analogia com Pontes de Miranda e sua teoria da “Imagem Figurativa dos Mundos do Direito”, na qual o mundo um seria o mundo dos fatos, no dois estaria presente o direito material e no mundo três se localizaria o processo. A pretensão estaria localizada entre os mundos dois e três, já que é pré-processual, nascendo da violação de um direito material que faz surgir o pleito de reparação (ou restauração da ordem jurídica violada).

<sup>30</sup> BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exposição de motivos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2012.

<sup>31</sup> BRÊTAS. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 161-172.

<sup>32</sup> Em sentido diverso Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias ensina que a duração razoável do processo deve ser compreendida como garantia de um processo sem dilações indevidas, buscando-se evitar as chamadas “*etapas mortas*” que se constituem em longos tempos de completa inatividade procedimental. Explica o autor que o que deve ser combatida é a demora exagerada ou excessivamente longa da atividade jurisdicional, a fim de que as partes recebam um pronunciamento decisório conclusivo em tempo razoável. Defende, para tanto, a existência de um “*tempo procedimental adequado, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações [...], sob reconstrução cognitiva do caso concreto, por meio da moderna e inafastável es-*

a concepções instrumentalistas da técnica, no sentido de que esta, enquanto formalismo excessivo, seria inconciliável com as garantias processuais fundamentais do devido processo.

Fala-se, aqui, em técnica na mesma visão de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem a técnica está intimamente relacionada “às exigências formais ao desenvolvimento do processo”. Trata-se de “*um empecilho à realização dos direitos*”<sup>33</sup>. Essa perspectiva utilitarista da técnica advém do entendimento de que o processo é instrumento de pacificação social e, por isso, deve desconsiderar formalismos inúteis que em nada contribuem para que o processo se constitua “*um instrumento eficiente de realização de um direito material*”<sup>34</sup>.

Adotando essa visão, na pretensão de empreender velocidade aos provimentos jurisdicionais como *garantia de “justiça”* e efetividade tipicamente instrumentalista, em detrimento da *técnica como formalismo*, o projeto do novo Código de Processo Civil busca alavancar soluções que privilegiam a instrumentalidade técnica<sup>35</sup> (instrumentalista) do “*protagonismo judicial como mecanismo para aplicação do direito com base em valores uniformemente compartilhados pela sociedade*”<sup>36</sup>. Celeridade e efetividade devem caminhar de mãos dadas e serem *garantidas* pelo juiz, segundo o projeto.

Todavia, 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.

A fim de concretizar esse objetivo, o projeto concentra forças nas alternativas conciliatórias. Para tanto, prevê a criação de setores “*de conciliação e mediação ou programas destinados a estimular a autocomposição*” pelos Tribunais (art.144), devendo esse tipo de solução ser estimulada por magistrados, Ministério Público, Defensoria Pública e advogados, inclusive no curso dos processos judiciais (art. 145). No procedimento comum (adotado como regra geral do projeto – art. 292 - *procedimento único e bifásico*<sup>37</sup>), torna-se obrigatória a audiência de conciliação, realizada antes mesmo da defesa (art. 323), devendo constar desde já do mandado citatório (art. 219, IV), a intimação do réu para comparecimento naquela com acompanhamento de advogado.

---

*estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, não havendo outro substitutivo racional e democrático de fazê-lo”. (Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, p.162-165.)*

<sup>33</sup> Para Bedaque, a prática da tutela somente produzirá resultados desejados “*se a técnica não constituir óbice a que o resultado desta se produza*”, já que na pretensão da interpretação “*do sistema vigente por uma visão instrumentalista, deve-se buscar revelar o verdadeiro sentido da forma e da técnica processual*”. É “*necessário renunciar ao dogma da certeza e abrandar as garantias inerentes à segurança jurídica, a fim de evitar que o tempo deteriore a utilidade prática da tutela*”. (BEDAQUE, José. Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 76-92.)

<sup>34</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 27, n.105, p.183-190, jan./mar.2002, p.181.

<sup>35</sup> Em sentido completamente diverso, Aroldo Plínio defende que a instrumentalidade técnica “[...] *como atividade regida por uma específica estrutura normativa que prevê a participação dos destinatários do provimento*” garante um processo que “[...] *se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, como garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão seus efeitos*”. (*Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 171 e 165).

<sup>36</sup> BARROS; NUNES. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.20.

<sup>37</sup> Mais a respeito vide tópico número cinco (p.128-129) do artigo *Considerações sobre o Relatório do Novo Código de Processo Civil*, escrito pelo Professor Carlos Henrique Soares e publicado pela Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil, n.65 de maio/jun.2010.

A intenção parece boa, não fosse o objetivo claro de sepultar o conflito a qualquer custo. O problema no Brasil, conforme adverte Carlos Henrique Soares, é que a conciliação não é uma opção da parte, mas “*uma opção de cima para baixo*” forçada “*por argumentos autoritários e que importam*”, demasiadas vezes, “*em renúncia de direitos*”<sup>38</sup>. Em razão disso, a dimensão democrática do diálogo e construção participada da solução do conflito, inerente ao processo com vieses constitucionais, é completamente mitigada, na medida em que as partes são literalmente forçadas ao “acordo”, temerosas de que a decisão, ao final, possa lhes ser ainda mais desfavorável. Amputa-se, com a proposta, a dimensão do contraditório paritário como garantia de influência e a construção participada do provimento<sup>39</sup>.

Outra proposta que busca empreender celeridade aos provimentos é a redução do número de recursos e limitação do efeito suspensivo destes.

No tocante ao efeito suspensivo, somente poderá ser concedido se o Tribunal entender pela presença de “*relevante fundamentação, e houver risco de dano grave ou difícil reparação*” (§ 1º do art. 949). Tal efeito é eliminado até mesmo do recurso de apelação, ressalvada novamente hipótese de concessão pelo Tribunal nos termos do § 1º do art. 949, - caso em que a execução imediata é obstada (art. 968). Nesse aspecto, vários inconvenientes podem ser levantados. Conforme adverte Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o projeto não indica claramente quais os casos em que a apelação deve ser recebida no efeito suspensivo e essa ausência de parâmetro normativo dá margem à subjetividade do relator. Além disso, não há, no texto do projeto, previsão para o processamento do pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso (art.949, §§ 1º e 2º) ou previsão de garantia do contraditório, o que só aumentará o trabalho dos relatores, “*gerando confusão e insegurança, situações que não se conciliam com a idéia de processo*”<sup>40</sup>. Essa última situação, aliás, agrava-se pelo fato do projeto também prever que o juízo de admissibilidade da apelação somente competirá ao relator do recurso (art. 969). A situação, ao invés de prestigiar a malsinada celeridade, pode contribuir para o seu comprometimento, eis que podem ser encaminhados ao Tribunal recursos manifestamente inadmissíveis, por intempestivos ou desertos, o que não possui nenhuma razão de ser<sup>41</sup>.

O projeto também eliminou o recurso de embargos infringentes, o que é, quando menos, discutível. Primeiramente, há que se convir que não existem quaisquer dados estatísticos que comprovem que é o referido recurso causa de morosidade da atividade jurisdicional. Pelo contrário, conforme adverte Antônio Cláudio da Costa Machado, os embargos infringentes representam uma importante ferramenta de aprimoramento das decisões de segundo grau, buscando perfeita consonância com o ordenamento jurídico<sup>42</sup>. Ao que parece, o projeto propõe a eliminação do aludido recurso tão somente porque atualmente

<sup>38</sup> SOARES. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, p. 128-129.

<sup>39</sup> Além disso, não se acredita que o Judiciário será capaz de estruturalmente se organizar para atender todas as demandas, de forma a comportar realização de audiências de conciliação em todos os processos. Ora, se na prática hodiernamente já se vê a conversão de ações propostas pelo procedimento sumário em ordinário pelo simples fato de não haver pauta disponível para a realização de audiências de conciliação, que dirá quando novo o texto entrar em vigor, impondo a realização destas em todas as demandas de procedimento comum? É evidente que o Judiciário brasileiro não detém infraestrutura suficiente para comportar e concretizar a proposta.

<sup>40</sup> BRÊTAS. *O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica do projeto do novo CPC*, p.559-560.

<sup>41</sup> BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Preliminar do Projeto de Novo Código de Processo Civil, p.99-117. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 105-106.

<sup>42</sup> MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *95 teses contra o Novo CPC*. Disponível em: <http://www.professorcostamachado.com/?p=1192>. Acesso em 21 nov. 2012, tese 54. Adverte, no mesmo ensaio, o Professor que a única estatística que se tem conhecimento a respeito do recurso de embargos infringentes é a “*de Athos Gusmão Carneiro, no Rio Grande do Sul que mostra que os embargos ocorrem em apenas 2% das causas, mas que em 50% delas o recurso é provido, o que revela, pelo contrário, a conveniência da sua manutenção*”.

ele inexistente em outros ordenamentos. Não há motivos razoáveis, portanto, que justifiquem a eliminação dos embargos infringentes.

Também foi eliminado o recurso de agravo retido. Em razão disso, a fim de evitar cerceamento de defesa das partes, abandonou-se o regime de preclusão das decisões interlocutórias que, por sua vez, poderão ser impugnadas em sede de preliminar de apelação (parágrafo único do art. 963), ressalvadas as hipóteses de possibilidade de interposição de agravo de instrumento.

No tocante a este último, inicialmente (no Anteprojeto apresentado pela Comissão de Juristas) havia sido reduzido a quatro hipóteses. No entanto, após a realização de inúmeras audiências públicas e recebimento de severas críticas quanto à possibilidade de cerceamento de defesa, recurso a mandado de segurança e ainda maior delonga na atividade jurisdicional caso viesse a ser constatada nulidade somente em sede de julgamento de apelação, o projeto aprovado no Senado ampliou as hipóteses para o número de quatorze (dez nos incisos do art. 969 e quatro em seu parágrafo único). Verifica-se que o texto aprovado melhorou de forma significativa ao englobar um maior número de situações nas quais se reconhece que há susceptibilidade de lesão ou dano grave à parte e que, por tal motivo, justifica-se a possibilidade de manifestação imediata de recurso. Todavia, salvo melhor juízo, ainda persistem algumas situações que podem gerar grave risco de dano à parte (além de risco à celeridade) e que não foram contempladas pelo projeto como susceptíveis de recurso ao agravo de instrumento<sup>43</sup>.

Não se tem qualquer certeza do efeito prático da proposta de diminuição de recursos. Em princípio, teme-se que a limitação das hipóteses de agravo de instrumento leve ao recurso indiscriminado a soluções alternativas<sup>44</sup>. O mandado de segurança, por exemplo, pode vir a ser utilizado quando a parte que se vir em perigo iminente de dano e que entenda ter direito líquido e certo a determinada proteção, não tiver situação jurídica contemplada como susceptível de recurso no novo CPC.

### 2.3 A celeridade e a distorção da segurança jurídica

Outro exemplo da busca da celeridade a qualquer custo é a proposta de criação do incidente de demandas de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 930 e seguintes do projeto. O referido incidente, nos termos do artigo 933 do Projeto será julgado pelo Pleno ou Órgão Especial (onde houver) dos Tribunais de Justiça dos Estados e instaurado por requerimento das partes, Ministério Público,

<sup>43</sup> Exemplo disso é o caso de aplicação da regra dinâmica de distribuição do ônus da prova, prevista no art. 358 do projeto. Apesar de haver previsão no referido dispositivo para que seja observado o contraditório e para que a regra seja aplicada em momento procedimental que oportunize à parte a possibilidade de desempenho adequado do ônus, suponha-se que aquele que recebeu o ônus não possui condições de dele se desincumbir. Pois bem. No momento em que a decisão interlocutória que afetou àquele foi proferida, infelizmente, este não poderá recorrer. Acabará, por certo, vindo a sucumbir na demanda, em razão de não ter logrado êxito em provar aquilo que lhe competia. Ao recorrer por meio de apelação, o prejudicado alegará em preliminar que houve, inadequadamente, inversão do ônus da prova, e que por isso seu adversário que era quem, de fato, tinha condições de produzir a prova, não a produziu (já que não corria riscos ao não fazê-lo). Nessa hipótese, o Tribunal, dando razão ao recorrente, será obrigado a cassar a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo *a quo* para que se restabeleça a fase instrutória e se dê novamente às partes a oportunidade de produzir provas de acordo com a nova regra de ônus aplicada ao caso. Portanto, defende-se, aqui que também deveria ser incluída essa situação dentre as hipóteses de cabimento de agravo de instrumento.

<sup>44</sup> Advertem Flaviane Barros e Dierle Nunes que “*toda vez que o legislador aniquila um meio legal de impugnação das decisões (recurso) faz surgir em seu lugar em sucedâneo recursal, ou seja, ‘mata-se’ o recurso e cria-se outra técnica de (mais complexa e polêmica) para o cidadão, profissionais e Tribunais.*” (BARROS; NUNES. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*, p. 41.)

Defensoria Pública (por petição), juiz ou relator (por ofício) (§1º do art. 930), toda vez que a controvérsia tiver “*potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes*” (art. 930, *caput*). Admitido o citado incidente, haverá suspensão dos processos individuais que versem a mesma matéria (art. 298, IV), e, uma vez julgado o incidente terá o seguinte efeito: 1) “*a tese jurídica fixada será aplicada a todos os processos que versem idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal*” (art. 938)<sup>45</sup>.

O referido incidente segue a lógica do art. 285-A do CPC/1973, pretendendo sepultar os conflitos individuais em demandas cuja matéria repetitiva tenha decisão consolidada nos Tribunais. Aliás, é essa a intenção de todo o projeto. Numa inversão de lógica da segurança jurídica<sup>46</sup>, pauta-se na ideia de que a uniformização de jurisprudência, bem como sua estabilidade (art. 882) empreenderiam celeridade aos processos, diminuindo o trabalho dos juízes de primeiro grau e concretizando “*plenamente os princípios da legalidade e da isonomia*”<sup>47</sup>, ao evitar decisões conflitantes em situações idênticas, dando tranquilidade aos jurisdicionados.

Fala-se em inversão da lógica da segurança jurídica porque, salvo melhor juízo, num Estado Democrático de Direito, “*a busca da segurança jurídica deve ser analisada pela possibilidade de participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões*”<sup>48</sup> e não na interpretação consolidada dos Tribunais como intérpretes privilegiados da legislação. A segurança jurídica deve ser proporcionada pelo ordenamento jurídico (conjunto de regras e princípios) e não pela interpretação que é dada pelos Tribunais a determinadas situações que entendem ser importantes a tal ponto de merecerem uma decisão num ou noutro sentido.

Ao impor necessariamente um entendimento fixado em sede de julgamento de incidente de demanda repetitiva a determinado processo individual, o projeto de novo Código de Processo Civil agride a legitimidade democrática do provimento, na medida em que as partes são destituídas do direito de dele participarem e efetivamente contribuirão, bem como influem em sua formação. As peculiaridades do caso concreto são simplesmente desconsideradas, imposta uma cognição sumaríssima para “amoldamento” de uma decisão com caráter de norma que foi entendida como “a mais correta” para uma série de casos idênticos. Pratica-se “*o dogma da compulsoriedade e padronização das decisões em nome da celeridade e da efetividade do processo, sem mesmo saber qual o processo se adota entre as múltiplas teorias que encaminham a construção de um Sistema Jurídico-Democrático*”<sup>49</sup>.

E daí porque se entende que, a pretexto de empreender celeridade aos processos na busca insistente

<sup>45</sup> Ademais, servirá a decisão padronizada de base para a concessão de tutelas de evidência quando versarem a mesma matéria cuja tese foi firmada na decisão do incidente (art. 278, IV); 3) demandas fundadas em entendimento contrário à decisão do incidente serão julgadas liminarmente improcedentes (art. 307, inciso III); 4) a decisão do incidente fundamentará pedido de reclamação constitucional (art. 941 e art.942, IV) quando a decisão nas demandas individuais a contrariar.

<sup>46</sup> Mais a respeito do tema ver: GRESTA, Roberta Maia. *Segurança Jurídica: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil*. Artigo publicado nos Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eecca5b6365d9607>. Acesso em: 20 nov. 2012.

<sup>47</sup> BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Exposição de Motivos. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2012.

<sup>48</sup> SOARES. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, p. 125.

<sup>49</sup> Mais a respeito do tema, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC, p.185-190. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *Direito Processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012, p.186.

por efetivação do direito material, tanto na imposição de conciliação como nos incidentes de uniformização de jurisprudência, o projeto de novo Código de Processo Civil não se concilia à concepção democrática de processo.

## 2.4 O poder excessivo dos juízes

Conforme já dito, há questões polêmicas trazidas pelo projeto de novo Código que ampliam em demasia o poder dos magistrados. Os artigos 270 e 277, por exemplo, permitem a concessão de tutelas de urgência de ofício pelo juiz, mesmo sem pedido da parte. Inegável que os referidos conteúdos normativos ampliam em demasia geral de cautela do magistrado - temática que, se acredita, viola o princípio de inércia, da imparcialidade e transforma um juiz num verdadeiro *tutor* da parte hipossuficiente e desprotegida que carece de ajuda/ suporte de um *ser* que tem a capacidade mágica de fazer *justiça* para realizar *escopos metajurídicos*<sup>50</sup> através do processo (figura típica de um *socialismo processual* radical<sup>51</sup>, desmedido e antidemocrático).

A decisão por equidade, por sua vez, prevista pelo art. 120 do projeto também merece críticas nesse sentido, já que permite a atividade criativa do magistrado que pode se utilizar desse critério altamente subjetivo para decidir, “flexibilizando” o direito positivo. Os artigos 118, inciso V e § 1º do art. 151 do projeto que permitem ao juiz dilatar prazos e alterar os meios de prova adequando-os às necessidades do conflito, também traz riscos à segurança jurídica das partes. Diante da ausência de definição de critérios objetivos para a aplicação da regra, o dispositivo dá margem à excessiva discricionariedade do juiz. Mesma situação, aliás, que também pode ocorrer com o dispositivo do art. 358. Caso não sejam definidas objetivamente as hipóteses de aplicação da regra, o juiz pode vir a redistribuir os ônus quando bem entender.

O art. 119 do projeto, por conseguinte, (a exemplo do previsto no art. 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro) permite ao juiz decidir por analogia ou por costume, o que, salvo melhor juízo, também viola o princípio da reserva legal. A atividade criativa do juiz por puro bom senso e sem quaisquer balizamentos teóricos, torna-se um risco inerente e evidente no sistema proposto<sup>52</sup>. Marco mor da valorização da jurisprudência, por fim, é a criação do incidente de demandas repetitivas, já acima

tratado, que permite uma verdadeira “*padronização decisória, negligenciando as garantias processuais do modelo constitucional de processo*”<sup>53</sup>. Enfim, há uma série de conteúdos normativos que aqui poderiam ser apontados como componentes da linha teórica de supervalorização do papel dos juízes e aceleração da decisão *secundum conscientiam*.

Contudo, devido à brevidade da reflexão, optou-se por destacar, neste ponto, apenas os principais (acima citados), que entregam aos juízes “*o privilégio da livre interpretação do direito escrito e a atribuição de produção do direito na hipótese de ausência de normas*”<sup>54</sup>, violando a segurança jurídica das

<sup>50</sup> DINAMARCO. *A Instrumentalidade do Processo*.

<sup>51</sup> A respeito da noção, origem e repercussões do *socialismo processual*, ver: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p. 130-140.

<sup>52</sup> Mais a respeito do tema, ver: LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC, p.185-190. In: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. *Direito Processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012.

<sup>53</sup> BARROS; NUNES. *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*, p.47.

<sup>54</sup> LEAL. *Direito Processual: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada*, p.185.

partes, reserva legal, bem como a possibilidade de que estas sejam coautoras dos pronunciamentos que lhes digam respeito.

### Considerações Finais

A presente reflexão pretendeu dar destaque aos principais aspectos positivos e negativos presentes na estrutura técnico-sistemática do projeto de novo Código de Processo Civil, aprovado no Senado em 15.12.2010. Durante o estudo, procurou-se deixar claro que no Estado Democrático de Direito, o processo é uma garantia constitucionalizada e codependente de direitos fundamentais, que não ser confundida com um entrave, um formalismo desnecessário à realização do direito material.

Na construção do Estado Democrático Brasileiro, o papel do processo de promover a participação dos interessados (entendidos ao mesmo tempo como destinatários e construtores normativos) deve ser sobrelevado para a efetiva concretização dos direitos fundamentais garantidos em Constituição. Pela análise do texto do projeto, percebeu-se que essa foi a uma de suas pretensões. E isso pode ser percebido particularmente nos artigos que tocam às garantias fundamentais e princípios constitucionais que são corolário do devido processo e que trarão, sem sombra de dúvidas, significativos avanços, ganhos teóricos e práticos ao sistema. Destacou-se, também, que estrutura sistemática do projeto é outro ponto que rende elogios. A organização do texto e boa divisão dos Livros, Capítulos e Sessões que têm como ponto de autorreferencialidade a parte geral (livro I), dão maior funcionalidade aos conteúdos normativos, bem como lógica à aplicação e interpretação das normas no sistema.

Verificou-se, contudo, que ainda permanecem no projeto aprovado inegáveis concepções instrumentalistas, tanto ligadas a uma compreensão equivocada de técnica como excesso de formalismo (justificando-se a sua eliminação em busca da celeridade), como voltadas à supervalorização do papel ativo do juiz com dispositivos que possibilitam e/ ou fortalecem a jurisprudência criativa e o ativismo judicial, reduzindo a dimensão de diálogo das partes. Ainda estão inegavelmente presentes no projeto do novo Código de Processo Civil, concepções teleológicas de processo que podem ser facilmente ligadas à idéia de processo como relação jurídica. O processo ainda continua a ser, com alguns ganhos da constitucionalização, no projeto do novo Código, instrumento da Jurisdição.

### REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2.ed. Torino: G. Giappichelli, 1997.

ARRUDA ALVIM. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n.194, nov. 2011, p.300-318.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984.

- BARBOSA, Andréa Carla. Direito em Expectativa: As tutelas de urgência e evidência no Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n.194, nov.2011, p.243-263.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 27, n.105, jan./mar.2002, p.183-190.
- BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle José Coelho. As Reformas Processuais Macroestruturais Brasileiras, p.15-53. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. **Reforma do Processo Civil**: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BEDAQUE, José. Roberto dos Santos. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BRASIL. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2012.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.046/2010**: aprovado pelo Senado Federal em 15.12.2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 30 set.2011.
- BRASIL. **Relatório Geral do Projeto de Lei 8.046/10**. Relator Deputado Federal Sérgio Barradas. Disponível em: <http://conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>. Acesso em 04 dez. 2012.
- BRASIL. **Relatório Parcial do Projeto de Lei 8.046/10 (Livros VI e V)**. Relator Deputado Federal Hugo Leal. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/arquivos/dep.-hugo-leal-novo-atualizacoes>. Acesso em: 04 dez. 2012.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame Preliminar do Projeto de Novo Código de Processo Civil, p.99-117. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luis Bolzan. **Reforma do Processo Civil**: perspectivas constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. **Manual Elementar de Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Primeira proposta de modificações no texto do PL nº8.046/2010 - Novo Código de Processo Civil**, encaminhada ao Deputado Federal Paulo Abi-Ackel (PSDB/MG). Belo Horizonte, 19/9/2011.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Projeto do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado – Exame técnico e constitucional, p.551-565. *In*: ROSSI, Fernando *et alii*. **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica do projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CAMBI, Eduardo. Prova – Nova Dinâmica de Distribuição dos Ônus, p.675-679. *In*: ROSSI, Fernando *et alii*. **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica do projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARDOSO, Hélio Apoliano; PORTO, Sandra Maria. ABC do Projeto do Novo CPC. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas, v.11, nº66, jul./ago.2010, p.87-112.

CARNEIRO, Athos Gusmão. O Novo Código de Processo Civil – Breve análise do Projeto Revisado no Senado. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: Editora Magister S/A, v.7, n.37, jul.2010, p. 56-85.

CUNHA, Leonardo Carneiro. O princípio do contraditório e cooperação no processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 20, n.79, set./ju.2012, p. 147-159.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRESTA, Roberta Maia. **Segurança Jurídica**: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo Código de Processo Civil. Artigo publicado nos Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI/UFU. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=eecca5b6365d9607>. Acesso em: 20 nov. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. Vol.I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEAL, Rosemiro Pereira. O caráter oculto do sentido normativo no novo CPC, p.185-190. *In*: CASTRO, João Antônio Lima; FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **Direito Processual**: estudo democrático da processualidade jurídica constitucionalizada. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, Rosemiro. **Processo como Teoria da Lei Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **95 teses contra o Novo CPC**. Disponível em: <http://www.professorcostamachado.com/?p=1192>. Acesso em 21 nov. 2012

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**: parte geral - Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. 1. ed. 4. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

REDONDO, Bruno Garcia. Projeto do Novo Código de Processo Civil: estruturação e procedimentos, p. 639-644. *In*: ROSSI, Fernando *et alii*. **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica do projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SOARES, Carlos Henrique. Considerações sobre o Relatório do Novo Código de Processo Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n.65 de maio/jun.2010.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. A Codificação no Direito e a Temática Recursal no Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, p. 231-261. . *In*: BARROS, Flaviane de Ma-

galhões; MORAIS, José Luis Bolzan. **Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Primeiras Considerações sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre: IOB – Informações Objetivas Publicações Jurídicas, v.11, nº66, jul./ago.2010, p.7-12.

