



Hélcio Corrêa

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE O RELATÓRIO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

75

PRELIMINARY CONSIDERATIONS ON THE NEW CIVIL PROCEDURAL CODE DRAFT

Carlos Henrique Soares

RESUMO

Apresenta algumas considerações importantes sobre a elaboração do novo Código de Processo Civil brasileiro, tecendo críticas sobre as principais alterações pretendidas pela comissão de juristas encarregada do Anteprojeto.

Destaca que, para o presente código obter a qualidade de novo, deve-se modificar o embasamento teórico da escola da relação jurídica processual.

PALAVRAS CHAVE

Direito Processual Civil; novo Código de Processo Civil; celeridade; segurança jurídica; contraditório.

ABSTRACT

The author presents some important considerations on the drafting of the new Brazilian Civil Procedural Code (CPC), commenting on the main alterations intended by the commission of judges in charge thereof.

He emphasizes that for that code to be considered new, there must be changes in the theoretical framework of the "legal procedural relation school".

KEYWORDS

Civil Procedural Law; new Civil Procedural Code; swiftness; judicial security; adversary system.

1 INTRODUÇÃO

O ato do Presidente do Senado Federal n. 379, de 2009, constituiu a comissão de juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil.

Dentre os juristas nomeados pelo Senado Federal, encontram-se os mais renomados processualistas brasileiros, a saber: Luiz Fux (Presidente da comissão), Teresa Arruda Alvim Wambier (Relatora da comissão), além de Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cesar Pinheiro Carneiro.

Haverá o estabelecimento de um único recurso de apelação no qual a parte manifestará todas as suas irresignações quanto às decisões interlocutórias proferidas no curso do processo.

Assim, para dar início aos trabalhos de elaboração do novo Código de Processo Civil brasileiro, foi emitido um primeiro relatório, o qual será objeto de nossa análise.

Inicialmente cabe transcrever as palavras de Luiz Fux, Presidente da comissão de reforma do CPC: *a ideologia norteadora dos trabalhos da Comissão foi a de conferir maior celeridade à prestação da justiça, por isso que, à luz desse ideal maior, foram criados novos institutos e abolidos outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo, mercê da inclusão de ônus financeiro aptos a desencorajar as aventuras judiciais que abarrotam as Cortes Judiciais do nosso país.*

Nessa perspectiva, o objetivo do presente relatório apresentado ao Presidente do Senado Federal é justamente possibilitar uma mudança conceitual e teórica do processo, permitindo assim maior celeridade e uma boa prestação jurisdicional.

O Presidente da comissão de reforma do CPC, Luiz Fux, ainda salienta que: *A Comissão, atenta à sólida lição da doutrina de que sempre há bons materiais a serem aproveitados da legislação anterior, bem como firme na crença de que a tarefa não se realiza através do mimetismo que se compraz em apenas repetir erros*

de outrora, empenhou-se na criação de um novo código erigindo instrumentos capazes de reduzir o número de demandas e recursos que tramitam pelo Poder Judiciário. Esse designio restou perseguido, resultando do mesmo a instituição de um incidente de coletivização dos denominados litígios de massa, o qual evitará a multiplicação das demandas, na medida em que suscitado o mesmo pelo juiz diante, numa causa representativa de milhares de outras idênticas quanto à pretensão nelas encartada, imporá a suspensão de todas, habilitando o magistrado na ação coletiva, dotada de amplíssima defesa, com todos os recursos previstos nas leis processuais, proferir uma decisão com amplo espectro, definindo o direito controvertido de tantos

quantos se encontram na mesma situação jurídica, plasmando uma decisão consagrada do princípio da isonomia constitucional. A redução dos números de recursos hodiernamente existentes, como a eliminação dos embargos infringentes e o agravo, como regra, adotando-se no primeiro grau de jurisdição uma única impugnação da sentença final, oportunidade em que a parte poderá manifestar todas as suas irresignações quanto aos atos decisórios proferidos no curso do processo, ressalvada a tutela de urgência impugnável de imediato por agravo de instrumento, coadjuvarão o sistema no alcance dessa almejada celeridade, sem a violação das cláusulas que compõem o novo processo civil constitucional.

Assim, parece que o objetivo primordial do novo Código de Processo Civil seria obter, a um só tempo, a tão almejada celeridade processual sem perder de vista as garantias constitucionais do processo. Em suma, as proposições, que veremos abaixo, possuem o objetivo de oferecer ao Poder Judiciário, instrumentos capazes, não apenas de enfrentar centenas de milhares de processos, mas antes, de obstar a ocorrência desse volume de demandas, sem violar qualquer comando constitucional, e sem perder de vista a duração razoável dos processos.

2 PROPOSIÇÕES DA COMISSÃO PARA A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A ideia principal da comissão de reforma do Código de Processo Civil é justamente a simplificação e agilização dos procedimentos, para garantir a celeridade processual. Isso, por si só, importa numa mudança substancial e importante para uma nova fase de retomada de credibilidade das instituições jurídicas brasileiras.

De acordo com o relatório apresentado ao Senado Federal pelo Presidente da comissão de reforma do CPC, Luiz Fux, o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil será dividido em seis Livros: Parte Geral, Processo de Conhecimento, Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Procedimentos Especiais, Recursos e Disposições Finais e Transitórias.

Não examinaremos aqui todas as propostas de mudanças apresentadas, mas aquelas modificações que entendemos agora serem preocupantes e que merecem uma melhor reflexão e debate na comunidade jurídica.

Destacam-se, dentre as modificações que merecem reflexão e debate no âmbito jurídico, as seguintes questões:

a) O foco do novo Código de Processo Civil será a garantia da celeridade em detrimento da segurança jurídica;

b) Inclusão, na Parte Geral, de um dispositivo enumerando todos os poderes do magistrado, excluindo-os do livro próprio do processo de conhecimento. Verifica-se a ampliação dos poderes do magistrado, como, por exemplo, a possibilidade de adequação das fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitados o contraditório e a ampla defesa. Também será possível que o juiz permita a alteração do pedido e da causa de pedir em determinadas hipóteses, assegurando sempre a ampla defesa;

c) As matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado sempre serão submetidas ao crivo do contraditório;

d) Extinção dos incidentes processuais, como v.g: as exceções de incompetência, impedimento, suspeição, impugnação ao valor da causa etc, relegando essas matérias como temas da contestação. Nesse caso, será necessária a criação de um parágrafo com a finalidade de de-

terminar a apreciação prioritária pelo magistrado das matérias de impedimento e suspeição;

e) Estabelecimento da competência absoluta dos Juizados Especiais;

f) Criação de um procedimento único bifásico, iniciado pela audiência de conciliação;

g) Extinção do instituto da reconvenção, permitindo ao réu formular pedido na própria contestação, que seja conexo com o fundamento do pedido ou da defesa;

h) Em matéria recursal, o recurso de agravo será extinto, não havendo preclusão no curso do processo, salvo para as questões urgentes e para as cautelares. Haverá o estabelecimento de um único recurso de apelação no qual a parte manifestará todas as suas irresignações quanto às decisões interlocutórias proferidas no curso do processo.

Além disso, haverá extinção dos embargos infringentes, devendo constar o dever de o magistrado, cujo voto não tenha prevalecido, relatá-lo expressamente, considerando-se este voto declarado como sendo integrante do acórdão para todos os efeitos, inclusive para fins de prequestionamento. O efeito, em regra dos recursos, passa a ser apenas o devolutivo, inclusive contra a Fazenda Pública, que somente em casos excepcionais terá o efeito suspensivo.

Com tais apontamentos iniciais, apresentados pelo relatório da comissão de reforma do novo Código de Processo Civil brasileiro, passaremos a tecer algumas considerações, que acreditamos serem pertinentes aos temas e que requerem uma melhor reflexão dos ilustres e festejados membros da Comissão.

3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Quando se fala em reforma processual, necessariamente, a primeira ideia que nos vem à cabeça é que tal reforma pretende adaptar-se às novas realidades e práticas processuais, e deve ter como foco os princípios constitucionais delineados na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

Assim, qualquer reforma, especialmente a processual, deve, antes de mais nada, buscar a sua adequação à realidade, entretanto, sem descuidar as características do paradigma Estado democrático de Direito.

Quando se colocam as novas ideias apresentadas pela comissão de reforma do CPC em confronto com o ordenamento constitucional, verifica-se que há uma tentativa de se buscar uma celeridade processual com um custo muito alto para a sociedade brasileira. Esse custo é justamente a **ausência de participação das partes**.

Se o novo Código de Processo Civil quiser ter a qualidade de “novo” deverá trazer inovações, não somente nos institutos jurídicos, mas substancialmente, trazer à tona a importância de se garantir às partes processuais o devido **processo constitucional**.

O processo de tomada de decisão, portanto, no Estado democrático, é o procedimento participativo. Assim, o processo deve se constituir na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, ou seja construída, com a garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos (GONÇALVES, 1992, p. 171).

Se o novo Código de Processo Civil abrir mão da participa-

ção das partes no resultado da decisão, para atender à celeridade processual, tal instrumento normativo já nasce fadado a ser taxado como obsoleto.

Notadamente, nosso processo civil atual é obsoleto, ineficaz e moroso pelo simples fato de vivermos um Estado que ainda não possui condições de garantir aos seus próprios cidadãos um espaço discursivo, nas tomadas de decisões, pois, a participação discursiva da sociedade garante que decisões sejam legítimas. A elaboração, aplicação e controle normativo devem ser realizados argumentativamente para garantir a legitimidade.

Seguindo o raciocínio apresentado por Habermas, Moreira afirma que: *para que o Direito possa ser entendido como emanção da vontade discursiva dos cidadãos, isto é, como expressão, é necessário que os autores possam posicionar-se sobre a manifestação dessa vontade. Como o Direito ao mesmo tempo que reúne um caráter de obrigatoriedade, também é sempre passível de revogação, a figura da igualdade das liberdades subjetivas assume uma posição crucial, pois para que o Direito se estabeleça como legítimo faz-se necessário que os membros de uma dada comunidade jurídica se entendam sobre o que é passível de obrigatoriedade jurídica* (MOREIRA, 2002, p. 145-147, 165-167 e 170).

Portanto, o ato de decidir, no Estado democrático de Direito, não pode ser exarado unilateralmente pela clarividência do juiz, dependente das suas convicções ideológicas, mas deve, necessariamente, ser *gerado na liberdade de participação recíproca, e pelo controle dos atos do processo* (GONÇALVES, 1992, p.188).

Se o novo Código não conseguir modificar e garantir a participação das partes no processo de tomada de decisões, infelizmente, não poderá ser chamado de novo, será apenas uma tentativa de modificar algo, repetindo os mesmos erros que já foram cometidos no passado. Se as decisões tomadas no novo procedimento jurisdicional forem feitas sem a participação das partes, infelizmente, não teremos processo democrático no Brasil e muito menos decisões democráticas.

[...] qualquer reforma, especialmente a processual, deve, antes de mais nada, buscar a sua adequação à realidade, entretanto, sem descuidar as características do paradigma Estado democrático de Direito.

Nas palavras de Rosemire Pereira Leal: *as decisões no ordenamento jurídico democrático não mais se equacionam na esfera atomística do saber judicante ou pelo solipsismo iluminista da imparcial clarividência do julgador. O direito, em sua produção e aplicação no Estado democrático, não se orienta pela mítica sociologista de legitimação nas tradições, sequer cumpre desideratos da realização da utopia da sociedade justa e solidária por inferência direta de um imaginário coletivo de bases utópico-retóricas ou estratégicas de auto-engano (ideologismo)* (LEAL, 2002, p. 154-155).

Nesse sentido, a esperança que se coloca nesse novo Código de Processo Civil é de que as mudanças não satisfaçam apenas aos interesses de uma pequena minoria, autoritária e conservadora, que quer transformar o processo civil num agente de

controle social, sem as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sem garantia ao princípio da fundamentação das decisões.

O que irá garantir a democracia e legitimidade da formação da decisão jurídica no novo Código de Processo Civil brasileiro, além da observância do contraditório e da ampla defesa, é a observância do princípio da fundamentação das decisões judiciais. Fundamentar significa indicar as razões jurídicas pelas quais uma decisão foi tomada em detrimento de outra. Assim, como bem adverte Ronaldo Bretãs: *a justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão, em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos* (DIAS, 2004, p. 146-147).

[...] o tema sobre a segurança jurídica é uma tônica nos ordenamentos jurídicos mundiais, e também há preocupação das instituições jurídicas brasileiras em garantir a segurança jurídica.

78

Haverá ilegalidade ou inconstitucionalidade da decisão jurídica se órgão julgador do Estado desconhecer essas premissas, que, sob rigor técnico, não será pronunciamento jurisdicional, via de consequência, tratando-se de decisão absolutamente nula, uma vez que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou de qualquer ato do Estado, sobretudo ato decisório no processo adentram no campo das nulidades¹.

Em síntese, para que não se transforme a ficção em realidade, que o livro de Franz Kafka bem retrata (*O Processo*), é necessário inclusive que o processo legislativo de formação do novo instrumento normativo processual também seja muito bem discutido e fundamentado por toda a sociedade, para que possamos evidentemente nos declarar, como está previsto no art. 1º da Constituição da República Federativa.

4 PRINCÍPIO DA CELERIDADE X PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

O segundo plano que merece uma maior reflexão pelos operadores do Direito e da Comissão de Reforma do novo Código de Processo Civil é justamente o foco que se está pretendendo dar ao princípio da celeridade em detrimento do princípio da segurança jurídica.

Entendemos que os dois princípios são perfeitamente conciliáveis e não excludentes. É possível a existência dos dois institutos, sem que isso signifique uma inércia na boa e eficiente prestação jurisdicional. Para tanto, basta que haja uma mudança conceitual do princípio da segurança jurídica.

De fato, o tema sobre a segurança jurídica é uma tônica nos

ordenamentos jurídicos mundiais, e também há preocupação das instituições jurídicas brasileiras em garantir a segurança jurídica.

Podemos dividir o pensamento jurídico a respeito da segurança jurídica em cinco grupos, quais sejam: a) os *negativistas*; b) a *segurança jurídica como valor principal*; c) a *segurança jurídica como valor autônomo*; d) a *segurança jurídica como justiça*; e) a *segurança jurídica como valor anexo à justiça* (VIGO, 1998, p. 497-500). Não iremos aqui discorrer sobre tais teorias, apenas indicamos as mesmas para fins didáticos e explicativos.

Todas as teorias que buscam explicar o significado de **segurança jurídica** estão, de certa forma, buscando justificar que o Estado precisa garantir aos seus cidadãos a previsibilidade de suas decisões. Isso quer dizer que o Estado garante a segurança jurídica na medida em que permita aos seus interessados deduzir, com maior certeza possível, qual será o resultado de uma demanda colocada no Poder Judiciário.

No entanto, tal definição de segurança jurídica já não pode mais explicar o Estado democrático de Direito. É impossível, num Estado que tem por características marcantes a complexidade e a pluralidade, acreditar que decisões que serviram de base para um caso concreto possam também servir para serem aplicadas em outros casos.

No Estado democrático, a segurança jurídica é obtida não mais pela questão de justiça ou pela concepção de valor. A busca da segurança jurídica deve ser analisada pela possibilidade de participação dos cidadãos no processo de tomada de decisão. O que garante, no Estado democrático de Direito, a efetiva segurança jurídica é justamente saber que as decisões que interferem na realidade social das partes e dos cidadãos foram tomadas de forma discursiva.

O que garante a segurança jurídica é justamente a legitimidade das decisões. E o que garante a legitimidade das decisões jurídicas é o processo de formação destas, e só serão legítimas a norma e decisão jurídicas que atenderem ao princípio discursivo do Direito.

Para tanto, fica uma consideração para os ilustres membros da comissão do novo Código de Processo Civil, qual seja: se o instrumento normativo privilegiar a celeridade, mas abrir mão da segurança jurídica, aqui entendida como ampla participação das partes na construção da decisão, estará alargando ainda mais a distância que separa o Brasil da democracia e aumentando, conseqüentemente, a possibilidade de decisões autoritárias e isoladas, o que irá gerar ainda mais insegurança e instabilidade na realidade brasileira.

É possível garantir a *segurança jurídica* sem que isso signifique morosidade processual, entretanto, há de se entender que, nesse aspecto, não adianta reformar o Código de Processo Civil, faz-se necessário que o próprio Poder Judiciário seja renovado, que haja uma mudança de estrutura e funcionamento. O problema da celeridade ou morosidade processual é um problema político-institucional do Estado brasileiro, que não possui condições de fornecer ao seu cidadão condições dignas de acesso à justiça.

5 AUMENTO DO PODER DOS MAGISTRADOS

Outra proposta preocupante no novo CPC é justamente aquela que prevê um aumento dos poderes conferidos ao magistrado. Segundo o presidente da comissão de Reforma: *a ampliação dos poderes do magistrado, como, por exemplo, adequar as*

fases e atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa. Também será possível que o Juiz permita a alteração do pedido e da causa de pedir em determinadas hipóteses, assegurando sempre a ampla defesa.

Tal modificação no novo CPC já era esperada. O Código de Processo Civil de 1973, que ainda está em vigor, com mais de 60 leis reformistas, sempre privilegiaram o aumento do chamado movimento “ativismo judicial”. Tal movimento, que possui grande aplicação nas leis processuais brasileiras, garante ao magistrado uma posição de destaque e relevância. É ele o responsável por todas as coisas boas e ruins que acontecem no processo. Tudo tem de passar pela fiscalidade jurisdicional.

Tal atribuição de maiores poderes ao magistrado é justamente o que defende há muito tempo a escola da **relação jurídica processual**, que ganhou novos contornos com a chamada “escola **instrumentalista do processo**”, defendida por importantes estudiosos do Direito Processual Civil e que sabidamente são adeptos da escola de Oskar Von Bülow².

Os instrumentalistas defendem que: *o processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos. O procedimento é nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo. O processo é indispensável à **função jurisdicional** exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o **instrumento através do qual a jurisdição opera** (instrumento para a positivação do poder) (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 277).*

Os instrumentalistas não negam a essencialidade da garantia constitucional do contraditório dentro de um processo. Entretanto, eles defendem que o contraditório não anula a ideia de processo como relação jurídica. Vejamos: *Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório. Não há qualquer incompatibilidade entre essas duas facetas da mesma realidade* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2002, p. 285).

A ideia de processo como relação jurídica traz consigo uma relação de subordinação entre os sujeitos do processo. Diante desta teoria, o processo é encarado como um vínculo entre sujeitos, onde uma das partes possui a faculdade de exigir determinada prestação da outra parte (direito subjetivo abstrato). Na verdade, é o Estado quem atua em caráter substitutivo da parte para exigir determinada prestação da outra parte. E é somente por intermédio da participação das partes em contraditório que se saberá se a parte que se diz titular de determinado direito realmente o é, por meio da produção de provas constituídas no curso processual. Para isso, as partes processuais necessitam de um debate, que só é possível mediante a aplicabilidade do princípio do contraditório, e estarão então sujeitas apenas à decisão que elas mesmas formaram mediante o debate. A ideia de sujeição, inerente à teoria da relação jurídica, desqualifica o processo como espaço discursivo das partes, com a garantia de efetiva participação na decisão.

É impossível, num Estado que tem por características marcantes a complexidade e a pluralidade, acreditar que decisões que serviram de base para um caso concreto possam também servir para serem aplicadas em outros casos.

Assim, verificamos que o aumento exagerado dos poderes dos magistrados, em que o processo civil brasileiro é pródigo, não está causando somente inovadoras e profundas alterações legislativas, outrossim, está trazendo a tirania para o processo. A ampliação de

poder maior nas mãos do magistrado, para imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional, pode gerar grandes e incalculáveis problemas jurisdicionais, que destacamos como principal o “erro judiciário”.

É necessário que, à medida que se atribua maiores poderes ao magistrado, na mesma proporção, também deve o novo Código de Processo Civil atribuir maiores responsabilidades aos magistrados que agirem de forma negligente, imperita ou imprudente no regular andamento processual.

Se for atribuída ao magistrado a responsabilidade pela celeridade e pela boa qualidade da prestação jurisdicional, também ficará ele e o próprio Estado responsáveis por pagar indenizações por más prestações jurisdicionais ou que desatendam aos fins preceituados no art. 5º, inc. LXXVIII, da CR/88.

O aumento de poderes ao magistrado não pode vir sem o aumento da responsabilidade do Estado pela prestação jurisdicional. O novo CPC deve, a um só tempo, velar pela rápida solução do litígio e pelo processo sem dilações indevidas. Processo sem dilação indevida é justamente aquele que não possui justificativa para ficar parado, concluso, aguardando uma decisão por anos a fio, sem justificativa.

Finalmente, como forma de impelir o magistrado a exercer seus poderes, mas também cobrar o exercício de suas funções jurisdicionais, o novo Código de Processo Civil deveria estabelecer sanções para o magistrado que não observa o princípio da celeridade e o princípio do processo sem dilações indevidas.

6 PROCEDIMENTO ÚNICO BIFÁSICO, INICIADO PELA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO

Outra modificação alardeada pela comissão do novo Código de Processo Civil é justamente a criação do procedimento único, bifásico, iniciado

pela audiência de conciliação.

Parece que as pretensões da comissão de alteração do CPC são ideias louváveis, visto que o procedimento ordinário e sumário não mais existiriam e sempre que possível, antes de qualquer apresentação de defesa e produção de provas, seria incentivada a conciliação.

O lema “**conciliar é legal**” mais uma vez seria objeto de incentivo no Estado brasileiro. Isso seria uma forma interessante de agilizar a resolução de muitas demandas.

No entanto, os dois problemas para a realização da conciliação no Poder Judiciário brasileiro são: 1) a conciliação, no Brasil, é entendida numa perspectiva neoliberal; 2) ausência de infraestrutura do Poder Judiciário para permitir a realização das audiências de conciliação, quando for o caso.

É possível garantir a segurança jurídica sem que isso signifique morosidade processual, entretanto, há de se entender que, nesse aspecto, não adianta reformar o Código de Processo Civil [...]

Conciliar seria legal se fosse uma opção das partes. Qualquer tentativa de forçar a conciliação sob argumentos autoritários e que importem em renúncia de direitos deveriam ser consideradas ilegais e abusivas (NUNES, 2008, p. 173).

O segundo ponto que merece destaque é que, infelizmente, o nosso Poder Judiciário, não possui condições de infraestrutura para comportar a realização de audiências de conciliação, em número suficiente para obter resultados interessantes na perspectivas quantitativas e qualitativas.

Se observarmos o procedimento sumário previsto pelos arts. 275 e seguintes do CPC, especialmente o art. 277, verificaremos que a aplicação do princípio da conciliação já é obrigatória. No entanto, pode parecer um paradoxo, mas juízes estão deixando de aplicar o procedimento previsto em lei por falta de pauta e infraestrutura do Poder Judiciário. Nesse procedimento, a audiência de conciliação está sendo realizada no prazo médio de seis meses, o que está dificultando a celebração de acordo, pois sabidamente, o réu só verificará a possibilidade de um acordo quando da realização da audiência de instrução, ocasião em que novamente a conciliação será renovada.

Assim, muitos magistrados estão deixando de marcar a conciliação obrigatória no procedimento sumário por verificar que ela é inócua e que poderiam muito bem analisar a defesa para depois verificar a possibilidade de uma conciliação.

A não obtenção de conciliação no processo civil brasileiro dá-se muito mais pela ineficiência do próprio Poder Judiciário, que não possui preparo suficiente e infraestrutura desejável para possibilitar às partes uma participação efetiva na busca de uma transação. Na maioria das vezes, verifica-se haver, nos acordos feitos pelo Judiciário, uma imposição, sob a argumentação dos magistrados de que não possuem sequer condições de saber do que tratam as demandas e nem sobre os seus fundamentos.

Assim, antes de qualquer tentativa de incentivar a conciliação, como previsto pelo novo Código de Processo Civil, deve ser colocada em pauta a busca por uma mudança estrutural e

ideológica do processo. A imposição de acordos não é legal e irá acabar formando decisões homologatórias falsas em suas premissas e que levam a uma má prestação jurisdicional.

Assim, se a conciliação, defendida pelo novo procedimento do Código de Processo Civil quizer, a um só tempo, atender aos anseios de uma boa prestação jurisdicional, bem como de celeridade, isso não pode significar uma imposição de cima para baixo, fornecida exclusivamente pelos magistrados, mas sobretudo, deve ser algo incentivado e realizado pelas partes, respeitando a autonomia privada.

7 COMPETÊNCIA ABSOLUTA DOS JUÍZADOS ESPECIAIS

Outra ideia defendida pela Comissão de alteração do Código de Processo Civil é justamente aquela de estabelecer a competência absoluta dos juizados especiais cíveis, para as causas entendidas como de menor complexidades, assim dispostas no art. 3º da Lei n. 9.099/95.

Isso significa que, nas causas até o valor de 40 salários mínimos, ou nas hipóteses do art. 275, inc. II, do CPC, seria obrigatório o ajuizamento da ação pelo procedimento do Juizado Especial.

Essa ideia defendida pela Comissão parte da premissa de que o Poder Judiciário comum seria importante apenas para as causas mais complexas e que isso auxiliaria na diminuição do número de demandas.

No entanto, verificamos que o Juizado Especial Cível Estadual já está com sua capacidade de processamento de ações comprometidas. O alargamento de suas competências está causando uma enxurrada de ações que já não são resolvidas rapidamente. As sentenças estão demorando em média dois anos para serem exaradas. E depois que as decisões transitam em julgado, o Estado não oferece suporte algum para que estas possam ser executadas.

O grande problema dos juizados é que eles não possuem pessoal em número suficiente para resolver o problema da efetividade da decisão. Assim, não podemos ficar apenas mirando a ideia de decisão rápida sem que haja a preocupação também com a execução rápida. No juizado, infelizmente, a execução esbarra em inúmeros problemas estruturais e organizacionais que impedem, em demasia, o seu cumprimento.

Além disso, verificamos que o procedimento do juizado, por privilegiar a celeridade, também abre mão do contraditório e da ampla defesa. Não é porque a causa é de menor complexidade que o Estado pode deixar de observar os princípios institutivos do processo.

Por mais que a celeridade processual seja almejada, ela não se justifica quando implica retirar garantias essenciais do processo. Não se deve fazer ponderações de valores para resolver o problema da morosidade da Justiça, como ocorre nos juizados especiais, que limita o princípio do contraditório a fim de garantir a celeridade.

O processo, no Estado democrático de Direito, é regido pelo discurso, ou seja, pela participação dos destinatários de uma decisão em sua formação. De que adianta uma decisão rápida, se não foi construída pelos próprios litigantes? Ora, o processo, no Estado democrático de Direito, é um pressuposto de legitimidade decisória. Se a efetiva participação dos litigantes em contraditório está sendo limitada, não está havendo proces-

so e a decisão não é dotada de legitimidade, devendo ser considerada nula.

Assim, fazemos nossas as palavras de Baracho: *não se pode buscar a simplicidade e eficácia processuais com sacrifício das garantias fundamentais do processo, com procura de sistema jurídico menos opressivo e menos gravoso economicamente. Os princípios constitucionais efetivam-se através de uma justiça menos gravosa, mas sem esquecer custo e qualidade. O juiz, como órgão terminal de apreciação da Constituição, deve ser objetivo e claro em garantir os direitos fundamentais, como pressuposto de qualquer outro direito ou interesse individual ou coletivo, nos termos dos procedimentos consagrados. [...] A gênese, os métodos de elaboração e os objetivos do processo constitucional ocorrem dentro das coordenadas constitucionais, através da fundamentação e determinação de seus pressupostos e da definição da Jurisdição Constitucional, que procura ampliar as possibilidades de efetivação dos direitos fundamentais em sua plenitude, sem qualquer restrição de ordem econômica ou social, bem como do direito de defesa* (BARACHO, 1999, p. 97-98).

8 EXTINÇÃO DE RECURSOS

A Comissão de alteração do Código de Processo Civil possui a ideia antiga dos processualistas brasileiros de extinguir o recurso de agravo, não havendo mais a preclusão no curso do processo, salvo para as questões urgentes e para as cautelares.

Também, como forma de mudança essencial, será estabelecido um único recurso de apelação no qual a parte manifestará todas as suas irresignações, bem como, quanto às decisões interlocutórias proferidas no curso do processo.

Além disso, haverá extinção dos embargos infringentes, devendo constar o dever de o magistrado, cujo voto não tenha prevalecido, relatá-lo expressamente, considerando-se este voto declarado como sendo integrante do acórdão para todos os efeitos, inclusive para fins de prequestionamento.

Por fim, o efeito, em regra dos recursos, passa a ser apenas o devolutivo, inclusive contra a Fazenda Pública, que, somente em casos excepcionais, terá o efeito suspensivo.

Com as novas alterações na sistemática processual, parece que a comissão está imbuída no sentido de diminuir o espaço discursivo das partes e evitar a impugnação das decisões mediante recursos e uma morosidade costumeira no processo brasileiro, bem como o sentimento de que as decisões, especialmente de primeiro grau, não são dotadas de eficácia, pois sempre é possível a sua impugnação, transformando-a em apenas uma decisão que precisa de confirmação pelos tribunais superiores.

Verifica-se que o novo Código de Processo Civil está tentando diminuir o número de recursos existentes, seja no aspecto legal, retirando de cena o recurso de agravo e o recurso de embargos infringentes, seja em número de recursos que tramitam nos tribunais.

Ocorre que, ao fazer a retirada de recursos (agravo e embargos infringentes), o novo Código de Processo Civil está dentro de uma premissa equivocada, qual seja, de que apenas a retirada desses recursos sem garantir a participação das partes no processo de conhecimento, por si só, será suficiente para se evitar o avolumado número de recursos que travam os tribunais.

A relação entre os números de recursos e a participação das partes no processo é inversamente proporcional. Quanto mais se garante às partes a participação no processo de tomada de decisão, mais os recursos serão diminuídos, seja pela aceitação da decisão pelas partes, seja pela qualidade de tais decisões, que obviamente, não serão reformadas em grau recursal.

[...] o procedimento do juizado, por privilegiar a celeridade, também abre mão do contraditório e da ampla defesa. Não é porque a causa é de menor complexidade que o Estado pode deixar de observar os princípios institutivos do processo.

Existe uma relação íntima entre o direito de recorrer e devido processo legal. Alguns, e parece que assim será o novo Código de Processo Civil, tendem a acreditar que o recurso não é uma garantia fundamental e que este traz o descrédito à decisão de primeiro grau, além de aumentar a duração do processo.

O instituto do recurso em todas as suas modalidades não pode ser compreendido apenas como o desenvolvimento do princípio do duplo grau, mas integra o

desdobramento dinâmico das garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que possibilita *uma intervenção das partes e um diálogo com o juízo todas as vezes que a decisão recorrida não tenha levado em consideração o seu contributo crítico* (NUNES, 2003, p. 145).

Assim, se a reforma processual que se apregoa nesse novo Código de Processo Civil aumentar a celeridade como pretende, diminuindo a participação das partes, bem como, a possibilidade de recursos, estaremos, a um só tempo, inviabilizando o acesso à justiça e deixando de lado o processo democrático, tendo infelizmente, decisões jurisdicionais solitárias e autoritárias, o que, nos tempos atuais, seria a manutenção de um des-serviço a toda a comunidade brasileira.

9 CONCLUSÃO

Assim, as conclusões preliminares sobre a edição do novo Código de Processo Civil são as de que, para que o presente código possa receber a qualidade de novo, ou seja, mais que uma alteração processual, deve-se buscar modificar o embasamento teórico da escola da relação jurídica processual. É inquestionável a necessidade de reforma, mas tal reforma precisa vir em adequação com o paradigma democrático, nos termos preconizados pela Constituição da República.

Se as alterações no novo Código de Processo Civil vierem exclusivamente para fortalecer ainda mais a participação do juiz em detrimento da participação das partes, isso irá aumentar o descontentamento com a prestação jurisdicio-

nal, bem como acarretar, ainda mais, vias processuais indiretas, para evitar a consolidação da injustiça.

O Brasil não precisa mais de reformas legislativas, o Brasil precisa é que as reformas legislativas sejam implementadas no plano fático. O próprio Código de Processo Civil de 1973 ainda não teve todos os seus institutos observados e já se fala numa nova reforma. O que irá modificar a estrutura de uma boa prestação jurisdicional é o investimento maciço em

condições técnicas e de infraestrutura para o próprio Judiciário, que anda, infelizmente, precisando deixar a sua inércia e buscar uma atividade mais próxima do cidadão e da coletividade.

Assim, infelizmente, o novo Código de Processo Civil será, diante do primeiro passo das questões que abordamos nesse texto, um instrumento que pretende modificar o antigo, repetindo os mesmos erros de reformas anteriores, qual seja, alterando a legislação sem alterar a estrutura.

Para que o CPC tenha a qualidade de “novo” é preciso mais que apenas modificá-lo, é necessário libertar da escola da relação jurídica processual, que trata o processo como instrumento para a realização da jurisdição, para encará-lo como um instrumento de garantia da democracia e da participação das partes.

NOTAS

- 1 Consultar: BATTAGLINI; NOVELLI (1985, p. 132) e GONÇALVES (1993, p. 115).
- 2 Oskar Von Bülow é o idealizador da teoria do processo como relação jurídica processual, no qual foi ofertado ao mundo jurídico no ano de 1868.

REFERÊNCIAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas*, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, p. 1-312, 1999.
- BATTAGLINI, M; NOVELLI, T. *Códice di procedura civile e leggi complementari con il commento della giurisprudenza della Cassazione*. 7. ed. Millanno: Giuffrè, 1985.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aidé, 1992.
- _____. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aidé, 1993.
- LEAL, Rosemiro P. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.
- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- NUNES, Dierle José Coelho. *O recurso como possibilidade jurídico-discursiva das garantias do contraditório e da ampla defesa*. 2003. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.
- _____. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- VIGO, Rodolfo. Aproximaciones a la seguridad jurídica. In: *Derechos y Libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, a. 3, n. 6, feb. 1998.

Artigo recebido em 12/3/2010.

Artigo aprovado em 3/5/2010.

Carlos Henrique Soares é advogado e professor de Direito Processual Civil da PUC-MG.