

PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE JURISDICIONAL: UMA ANÁLISE À LUZ DA FILOSOFIA DO DIREITO E DA EVOLUÇÃO CIENTÍFICA DO DIREITO PROCESSUAL

Caio Filipe Rêgo Cavalcanti¹

Thiago Tavares de Queiroz²

RESUMO

Por meio do presente artigo foram rememorados os pensamentos juspositivista kelseniano e pós-positivista, bem como as fases sincrética, autônoma e instrumental da ciência processual. Posteriormente, conhecendo da teoria geral da filosofia jurídica e da ciência processual passou-se a analisar o Processo Civil brasileiro, especificamente, em como as elaborações das codificações de 1973 e 2015 foram influenciadas pelos movimentos acima citados. Para tanto, além da abordagem transdisciplinar, foi-se utilizada a análise dedutiva, já que se buscou a compreensão aos pensamentos jusfilosóficos e da ciência processual para à luz destes analisar ao direito processual civil pátrio.

Palavras-chave: Pós-positivismo. Instrumentalidade das formas. Processo civil brasileiro. Novo código de processo civil. Inafastabilidade da jurisdição.

BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE AND THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE PHILOSOPHY OF LAW AND THE SCIENTIFIC EVOLUTION OF THE PROCEDURAL LAW

ABSTRACT

In the present paper, Kelsenian juspositivism and post-positivism, as well as the syncretic, autonomous, and instrumental phases of procedural science were taken into consideration. Subsequently, knowing the general theory of philosophy of law and procedural science, we began to analyze the Brazilian civil procedure, specifically, aiming at how the elaborations of the 1973 and 2015 codifications were influenced by the aforementioned movements. Therefore, in addition to the transdisciplinary

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: cavalcanti.cfr@gmail.com

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: thiagotdqueiroz@gmail.com

approach, we used the deductive analysis, seeking to understand the connecting points of the philosophy of law and the procedural science in the codified national civil procedural law.

Keywords: Post-positivism. Instrumentality of forms. Brazilian civil procedure. New code of civil procedure. Principle of access to justice.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade analisar as diferenças fundamentais entre as duas últimas codificações processuais pátrias: o Código Processual Civil de 1973 e o novo Código de Ritos elaborado em 2015. Tal análise possuiu duas grandes lentes, a processual, aqui utilizada com o intuito de compreender a progressão científica ocorrida durante a recente história do processo, e a filosófica, objetivando entender aos pensamentos jusfilosóficos dos séculos XIX, XX e XXI. Mais especificamente, à luz da filosofia do direito, tentou-se perceber como a teoria geral da ciência jurídica foi pensada durante o final do século XIX até o tempo atual, e, para isso, a bibliografia contou com autores como Bobbio, Kelsen e Larenz.

Logo após, passou-se a analisar a história recente do Processo Civil, suas características marcantes e o quão fora influenciada pela progressão histórica do pensamento jusfilosófico.

Por fim, foi averiguado o quanto o sistema processual brasileiro foi marcado pelas mudanças que ocorreram na ciência jurídica e no ramo processual. Para tanto, foi apurado o quanto as duas últimas codificações foram influenciadas por estas modificações.

Pelo acima narrado, fica evidenciado o caráter meramente teórico desta pesquisa, já que se ocupou apenas em teorizar a respeito do tema, não possuindo a conotação de intervir na realidade jurídica, mas apenas a proposta de analisar, em uma perspectiva histórica e filosófica, os dois últimos Códigos processuais nacionais.

Para isto, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica, bem como a análise de documentos - em específico, das duas últimas codificações processuais pátrias e da Constituição Federal.

Quanto à forma de abordagem, esta se deu de maneira qualitativa, já que, a pesquisa em questão não objetivou quantificação, e sim o compromisso com a busca de informações corretas e sérias sobre a temática.

As análises em questão se deram de maneira dedutiva, já que partiram de premissas gerais em busca de resultados específicos, visto que a partir dos pensamentos da filosofia do direito e da ciência processual foram obtidas conclusões a respeito do sistema processual pátrio.

Por fim, cumpre destacar que o presente trabalho possui abordagem transdisciplinar, já que é a filosofia que se ocupa em estudar os pensamentos jusfilosóficos aqui abordados, e é o direito que cuida da análise do ramo processual civil.

2 PRINCIPAIS PENSAMENTOS JURÍDICOS DOS SÉCULOS XIX À XXI: JUSPOSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO (JURISPRUDÊNCIA DE VALORES)

Na idade média as pessoas viviam em diversos agrupamentos sociais, tendo cada um seu próprio ordenamento jurídico, marque-se que estes eram construídos de maneira autônoma, ou seja, eram elaborados pelos indivíduos do próprio grupo sem qualquer interferência de um terceiro, leia-se, sem a intromissão do Estado. Mas, com a dissolução das sociedades medievais e à formação dos Estados modernos, os diversos grupos sociais passaram a formar um só povo, o qual passou a ser tutelado por um único Estado, que por sua vez concentrou em si todos os poderes, inclusive o legislativo (BOBBIO, 2006, p. 26 e 27).

A consequência disso foi a monopolização da produção de normas jurídicas pelo ente estatal, o qual, nas palavras do próprio Bobbio: “não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito” (BOBBIO, 2006, p. 27).

Pois bem, este foi o marco histórico para ascensão do pensamento jusfilosófico denominado positivismo jurídico, tema do subtópico que se segue.

2.1 O POSITIVISMO JURÍDICO DOS SÉCULOS XIX E XX

Inicialmente cumpre destacar que existiram diversas correntes de juspositivismo, mas que o presente trabalho se atém a analisar a perspectiva juspositivista do final do século XIX e do início do século XX, que tem Kelsen como um dos principais pensadores.

Neste modelo de positivismo jurídico, o aplicador do direito deveria estudar seu ramo da mesma forma que um cientista estuda a natureza, de maneira meramente observatória e formal, sem realizar qualquer atribuição de juízo de valor (BOBBIO, 2006, p. 131). Ou seja, não caberia ao jurista refletir sobre a carga axiológica de uma norma – se justa ou injusta – mas apenas analisá-la em uma dimensão formal, se se encontra em vigência e vigor, bem como se não foi revogada por outra espécie normativa (seja superior, específica ou posterior).

Tal ideia se encontra perfeitamente sintetizada no trecho da obra: O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito que segue infracitado.

O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o *juízo de fato* representa uma *tomada de conhecimento da realidade*, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de *informar*, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma *tomada de posição frente à realidade*, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de *influir* sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas (BOBBIO, 2006, p. 135).

Assim sendo, diferentemente de hoje, uma constituição – codificação que traduz as leis e princípios máximos de um ordenamento jurídico – não poderia ser pensada como uma forma de agregar ao sistema valores meta-jurídicos, dos quais, todo o ordenamento devia obediência sob pena de inconstitucionalidade, dado o respeito ao que hoje entendemos como simetria constitucional.

Na verdade, a codificação máxima de uma nação apenas servia como fundamento para que os códigos inferiores tirassem dela suas respectivas validades, o que em cadeia justificaria a existência de cada norma presente no ordenamento.

E, apesar de o jurista não dever se preocupar com a carga axiológica das normas, não é como se o ideal de justiça e as discussões sobre o que seria mais correto fossem banais, elas apenas não serviam para justificar a legitimidade de um ordenamento jurídico positivo.

Até porque a legitimação de um sistema jurídico a partir da moral pressupunha a existência de apenas uma única ética válida, quando na verdade coexistem diversos sistemas morais em uma mesma sociedade (KELSEN, 2009, p. 75).

Então, se legitimado apenas pela moral de um determinado grupo social, o ordenamento jurídico poderia não possuir validade diante dos demais. Já que, se a

legitimidade de uma norma estivesse condicionada unicamente a aspectos materiais, em caso de ser considerada injusta por um outro grupo, esta não deveria ser aplicada a ele, pois, se injusta, não possuiria validade diante daquele grupamento.

Portanto, pouco importava a opinião do aplicador do direito sobre o conteúdo de uma determinada norma jurídica. Para utilizá-la bastava a analisar sob uma ótica formal, ou seja, se cumpriu à risca o processo legislativo, se passou pelo período de vacância e se eventualmente não fora revogada por outra espécie normativa, como bem aduziu Kelsen:

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, (...), mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental. Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito (KELSEN, 2009, p. 221).

Feitas as devidas considerações acerca do positivismo jurídico dos séculos XIX e XX que teve Kelsen com um de seus grandes pensadores, o próximo subtítulo irá discorrer sobre o movimento jusfilosófico posterior.

2.2 O PÓS-POSITIVISMO (JURISPRUDÊNCIA DE VALORES)

Havendo a axiologia sido descartada do positivismo jurídico, cedo ou tarde, surgiriam questões que esta corrente de pensamento seria incapaz de resolver. O grande problema do juspositivismo foi que, como categoricamente afirmou um de seus grandes idealizadores: “(...) todo e qualquer conteúdo pode ser direito” (KELSEN, 2009, p. 221). Ou seja, se uma norma jurídica permitisse o assassinato de uma pessoa humana por um motivo fútil ou torpe, tal espécie normativa seria legal, desde que atendesse aos requisitos formais de validade impostos pelo ordenamento.

Pois bem, isto significa que no juspositivismo, pensamentos como o nazista poderiam ser respaldados por um sistema jurídico, desde que a elaboração das leis respeitasse ao devido processo legislativo imposto pelo ordenamento, já que indiferente era o conteúdo trazido pelas normas.

E, de fato, a legitimação do nazismo alemão não possuiu impedimentos jurídicos, visto que: “o positivismo jurídico, visto sob o ponto de vista formalista, não tinha respostas a sistemas jurídicos como o nazista, já que, sob o aspecto formal, estava validamente construído” (BEZERRA, 2015, p. 42).

Então, com o fim da segunda guerra mundial, e as aproximadamente 60 (sessenta) milhões de mortes deixadas como legado, o positivismo jurídico deixou de imperar como doutrina mais adequada a responder as questões existentes dentro da ciência jurídica.

Isto porque, de nada adiantava a concretização do ideal de segurança jurídica se as normas ignorassem totalmente ao sentimento de justiça de toda uma nação e nenhuma providência pudesse ser imediatamente tomada quanto a isso. Já que a não aplicação de uma norma só seria possível a partir de sua revogação, a qual só poderia ser realizada pelo poder legislativo, sendo que tal órgão poderia ser extremamente moroso na criação de uma nova lei, ou até mesmo não ter interesse na mudança legislativa por mera conveniência.

Ou seja, tal concepção de direito deixava toda a população a mercê dos legisladores nacionais, que poderiam a qualquer instante legislar pondo em pauta apenas os próprios interesses, e, como apenas as leis determinavam o que era correto, o órgão legislativo poderia se utilizar disso ao seu bel prazer, o que remonta ao conceito de justiça trazido por Trasímoco no livro I da República de Platão (BOBBIO, 2006, p. 227).

Eis que surge a necessidade de se repensar a ciência do direito, que não mais poderia possuir um caráter puramente formal como propuseram os juspositivistas. E, diante do desprestígio do positivismo jurídico, incapaz de evitar uma tragédia humanitária, tudo levou a crer que a doutrina jusnaturalista renasceria, dada sua conotação puramente axiológica de se pensar o direito (MARMELSTEIN, 2013, p. 10).

Entretanto, não foi o que ocorreu. Aconteceu que o direito positivo foi repensado, lido à luz do direito natural, como bem pontuou Marmelstein:

Na verdade, o que houve foi uma releitura ou reformulação do direito positivo clássico. Ao invés de se pensar um direito acima do direito estatal (direito natural), trouxeram-se os valores, especialmente o valor da dignidade da pessoa humana, para dentro do direito positivo, colocando-os no topo da hierarquia normativa, protegidos de maiorias eventuais. O direito natural, na verdade, positivou-se (MARMELSTEIN, 2013, p. 10).

Ganha força então a escola denominada jurisprudência de valores, ou pós-positivista, que ainda reconhecendo a importância da existência de requisitos formais de validade das normas jurídicas, passa a admitir que estas também devem conter valores axiológicos, os quais passam a coexistir.

Assim sendo, o direito volta a possuir ligação com a moral de maneira direta, devendo esta não só ser observada dentro de um papel legislativo, mas como também devendo ser levada em consideração no momento da aplicação da lei ao caso concreto pelo Estado-juiz.

A grande questão seria até que ponto a moral poderia influenciar na aplicação das normas, e mais, se os princípios seriam meros orientadores e fundamentadores das normas jurídicas ou se, além disso, também seriam espécies normativas.

Para Larenz, os princípios não eram concebidos como normas jurídicas autônomas, apesar de fortemente realizarem as funções fundamentadora e orientadora dentro do sistema jurídico, como pode ser constatado a seguir:

A injustiça de uma lei em particular só pode ser reconhecida quando for extremamente grave ou contrária a princípios que ocupam o status constitucional, (...), são os princípios que podem dar qualidade de justo ou injusto para determinada regulação (LARENZ, 2001, p. 30).

Por fim, complementa o autor:

Não se pode discutir a validade de uma lei em particular quando o ordenamento no geral é justo. Uma determinada norma injusta pode servir, pelo menos, para a garantia da segurança jurídica. A injustiça de uma lei em particular só pode ser reconhecida quando for extremamente grave ou for contrária a princípios que ocupam o status constitucional (IDEM, p. 31).

Todavia, convém ressaltar que nos dias atuais a existência da função normativa dos princípios é algo consensual entre a doutrina, como bem destacou Bezerra: “Larenz ainda não definia princípios como se entende nos dias atuais (espécie de norma jurídica com força normativa)” (BEZERRA, 2015, p. 45); na mesma toada segue Marmelstein:

O pós-positivismo se caracteriza justamente por aceitar que os princípios constitucionais devem ser tratados como verdadeiras normas jurídicas, por mais abstratos que sejam os seus textos, bem como por exigir que a norma jurídica, para se legitimar, deve tratar todos os seres humanos com igual consideração, respeito e dignidade (MARMELSTEIN, 2013, p. 10 e 11).

Por fim, a partir da curta análise destes movimentos jusfilosóficos, cumpre reconhecer o falecimento do Estado legislativo – fruto do positivismo jurídico –, o qual fora sucedido por um modelo de Estado constitucional, onde as normas deixaram de ser fins em si mesmas, e passaram a representar meros meios para a concretização daquilo que seria correto. Assim como o direito material, o direito processual também sofreu

alterações ao decorrer do espaço e tempo, tanto em nível nacional, quanto em nível global, e a análise de tais mudanças serão os temas dos capítulos a seguir.

3 A EVOLUÇÃO CIÊNTIFICA DO DIREITO PROCESSUAL: SINCRETISMO, AUTONOMIA E INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Como bem explorado no tópico anterior, a ciência jurídica passou por três grandes fases de pensamento: o jusnaturalismo, o juspositivismo e o pós-positivismo.

Sendo o jusnaturalismo e o juspositivismo formas antagônicas de se pensar a ciência jurídica, já que enquanto uma se preocupava em pensar o direito por um plano meramente axiológico, a outra cuidava de compreendê-lo por uma perspectiva puramente formal, como bem destacou Bobbio:

O jusnaturalismo e o juspositivismo extremista (isto é, o positivismo ético) identificam ambas as noções de validade e de justiça da lei; mas, enquanto o primeiro deduz a validade de uma lei da sua justiça, o segundo deduz a justiça de uma lei da sua validade (BOBBIO, 2006, p. 227).

Enquanto que o pós-positivismo cuidou de aproveitar traços dos dois sistemas objetivando o bem-estar social, de forma que as leis continuassem a produzir efeitos apenas pela sua presença no sistema jurídico, mas que se tornassem inválidas se seu conteúdo refletisse em injustiças no campo prático.

Coincidentemente, ou não, o direito processual também passou por três grandes fases históricas: sincrética, autônoma e instrumental. No próximo tópico, serão analisadas as origens e as características marcantes de cada uma.

3.1 A FASE SINCRÉTICA DO PROCESSO

Nesta fase inicial, nem havia do que se falar em direito processual propriamente dito, o que se faz apenas para fins de facilitação de cognição na área acadêmica, visto que à época não se fazia distinção entre direito material e processual, já que este acabava por se confundir com aquele (CÂMARA, 2009, p. 8). Por conseguinte, não se pensava em um direito processual subjetivo de ação, na verdade o conceito de ação estava intimamente ligado ao direito material e surgia a partir do momento em que o bem jurídico por este tutelado era lesado.

Mas, não é como se com o dano ao bem jurídico surgisse um direito processual potestativo, mas sim o próprio direito material lesado passava a ganhar uma espécie de

natureza de ação que permitia o acesso ao judiciário, como eximamente abordou Dinamarco:

Tinha-se até então a remansosa tranquilidade de uma *visão plana do ordenamento jurídico*, onde a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento) (DINAMARCO, 1998, p. 17).

Bem como Cintra, Grinover e Dinamarco enfatizaram em sua obra denominada Teoria Geral do Processo: “A ação era entendida como o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 61).

Por isso, nessa fase da ciência processual, o processo era considerado uma espécie de direito adjetivo, um mero apêndice do direito material, já que possuía mero caráter acessório em relação ao direito principal (CÂMARA, 2009, p. 8).

Então, com o passar do tempo, a doutrina questionou-se quanto ao significado que deveria ser atribuído ao direito de ação e passaram a comparar a concepção vigente ao conceito de *actio* romana, como bem pontuou Dinamarco:

Foi esse *sincretismo* jurídico, caracterizado pela confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal, que no século XIX principiou a ruir. Primeiro, questionou-se o tradicional conceito civilista de ação e afirmou-se a sua grande diferença, seja no plano conceitual ou funcional, em face da *actio* romana: ela não é (como esta) instituto de direito material, mas processual; não se dirige ao adversário, mas ao juiz; não tem por objetivo o bem litigioso, mas a prestação jurisdicional (DINAMARCO, 1998, p. 18).

No século XIX a doutrina sincrética foi perdendo prestígio, e, por conseguinte, o processo começou a ser visto por uma nova perspectiva, denominada autonomista.

3.2 A FASE AUTÔNOMA DO PROCESSO

Assim como o positivismo jurídico kelseniano, a fase autônoma da ciência processual começou a florescer durante o século XIX e chegou a sua maturidade na primeira metade do século XX.

E, da mesma forma que o juspositivismo se preocupou exclusivamente em atribuir uma carga formal à ciência jurídica, o movimento autonomista apresentou a preocupação única de dar maior cientificidade e formalidade ao estudo do processo, que se quer existia outrora como instituto autônomo.

Na visão de Câmara, o marco que indica a transição da fase sincrética para sua sucessora é o seguinte:

Em 1868, ano da publicação da obra do jurista alemão *Oskar von Bülow*, denominada *Die Lehre von den Prozesseireden und die Processvoraussetzungen* (*A Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*), com a qual se inicia o desenvolvimento da teoria do processo como relação jurídica, o Direito Processual passa a ser considerado ramo autônomo do Direito, passando a integrar, como já afirmado, o direito público (CÂMARA, 2009, p. 8).

Como já colocado, a grande preocupação dos autonomistas era a de cientificação do processo, ou seja, de definição do objetivo de estudo da ciência processual, bem como de estabelecimento de seu método científico (DINAMARCO, 1998, p. 19), e, neste diapasão:

A afirmação da autonomia científica do direito processual foi uma grande preocupação do período, em que as grandes estruturas do sistema foram traçadas e os conceitos largamente discutidos e amadurecidos (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 61 e 62).

Surgem então vários conceitos clássicos da ciência processual, como os de ação (suas condições e seus pressupostos), processo e coisa julgada, bem como passou-se a compreender a natureza autônoma da ação e do processo (CÂMARA, 2009, p. 8; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 61 e 62; DINAMARCO, 1998, p. 19).

Entretanto, apesar da imensa contribuição científica ao direito processual civil, a doutrina autonomista em nada acrescentou axiologicamente aos estudos do processo, assim como o positivismo jurídico nada somou na perspectiva valorativa à ciência do direito, nesta senda:

Faltou na segunda fase uma postura crítica. O sistema processual era estudado mediante uma visão puramente introspectiva, no exame de seus institutos, de suas categorias e conceitos fundamentais; e visto o processo costumeiramente como mero *instrumento técnico* predisposto à realização da ordem jurídica material, sem o reconhecimento de suas conotações deontológicas e sem a análise de seus resultados na vida das pessoas ou uma suficiente preocupação pela justiça que ele foi capaz de fazer (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 62).

E, em um contexto pós-segunda guerra mundial, junto com o juspositivismo, cai também a autonomia processual, que, por mais que tenha contribuído de forma bastante significativa ao desenvolvimento dos estudos da ciência processual, não mais atendia as

demandas da metade do século XX, que clamavam por um processo justo e efetivo (CÂMARA, 2009, p. 9).

3.3 A FASE INSTRUMENTAL DO PROCESSO

Juntamente com a ascendência da doutrina jusfilosófica da jurisprudência de valores, a forma de se perceber a ciência do processo também mudou, e o direito processual chegara em sua fase atual, a de instrumentalidade das formas. Assim como o juspositivismo kelseniano em relação à ciência jurídica, a fase autonomista contribuiu com diversos avanços científicos na forma de se pensar o processo.

A autonomia dada ao direito processual em relação ao material, bem como a fixação de diversos conceitos processuais deram a independência e a cientificidade que o processo precisava para ser visto como ramo autônomo, dotado de regras e métodos próprios, como bem colocou Câmara:

A partir do momento em que não se pôde mais pôr em dúvida a autonomia científica do Direito Processual, e estando assentados os mais importantes conceitos da matéria (apesar de se manter imenso o número de polêmicas doutrinárias – todas extremamente saudáveis para o desenvolvimento científico), passou-se à fase que vive hoje o Direito Processual: a fase instrumentalista (CÂMARA, 2009, p.9).

Então, com toda contribuição da doutrina autonomista, o objetivo central dos processualistas deixou de estar relacionado a maneiras de se pensar a melhoria científica do direito processual e passou a ser de:

Descobrir meios de melhorar o exercício da prestação da prestação jurisdicional, tornando tal prestação mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais possível, do que se possa ser chamado de justiça (CÂMARA, 2009, p.9).

Assim sendo, o direito processual, agora independente, não poderia chegar ao ponto de ser totalmente desvinculado do direito material, já que assim perderia o seu principal objetivo, que era de estabelecer meios de obtenção da reparação à direitos feridos ou em iminência de ferimento; nesta senda:

À aplicação das regras processuais não deve ser dada tanta importância a ponto de, para sua prevalência, ser condenado um inocente ou absolvido um culpado; ou a ponto de ser julgada procedente uma pretensão no juízo cível quando a razão estiver com o demandado (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 61).

Os processualistas denominaram esta fase da história processual de instrumentalidade das formas, visto que o processo não deveria ser um fim em si mesmo, mas apenas um meio para a reparação de direitos materiais feridos.

Não mais se tratando de um caminho para a aplicação do direito material de maneira literal, e sim de uma forma de trazer justiça aos casos concretos por meio da prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, neste diapasão:

Falar em instrumentalidade do processo, pois, não é falar somente nas ligações deste com a lei material. O Estado é responsável pelo bem-estar da sociedade e dos indivíduos que a compõem: e, estando o bem-estar social turbado pela existência de conflitos, devolver à sociedade a paz desejada (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 60).

E, é em um contexto pós-positivista e instrumentalista que começa a se pensar um direito processual à luz de um ângulo constitucional, pois, diferentemente da fase autônoma, o processo deixa de ser um meio de mera resolução de conflitos de particulares e passa a ser uma forma de concretização de justiça por parte do Estado.

E é tão verdade que os Estados modernos - fortemente influenciados pelos movimentos da jurisprudência de valores e da instrumentalidade das formas - passaram a se preocupar com a efetivação da justiça perante a sociedade que começaram a pensar o processo também por uma perspectiva transindividual.

Representam reflexos disso no Estado brasileiro: Lei da Ação Civil Pública, Lei dos Juizados Especiais, Garantias Constitucionais do Mandado de Segurança Coletivo, Código de Defesa do Consumidor, entre outros (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2014, p. 63; DINAMARCO, 1998, p. 23 e 24).

O que tudo citado acima possui em comum é a concretização da instrumentalidade do processo, objetivando a facilitação do acesso à justiça em um âmbito coletivo, possibilitando aos jurisdicionados que hipossuficientes nas perspectivas técnica, financeira ou em qualquer outra, possam ter seus bens jurídicos devidamente tutelados pelo Estado.

No tópico seguinte será analisada de maneira mais detalhada aos reflexos dos movimentos aqui abordados no âmbito do direito processual civil brasileiro.

4 INFLUÊNCIAS DA CIÊNCIA PROCESSUAL E DA FILOSOFIA DO DIREITO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Vista a progressão do pensamento jusfilosófico e da ciência processual nos últimos três séculos, resta saber de que forma estes movimentos influenciaram ao direito processual civil pátrio, em específico, em como afetaram a elaboração das duas codificações mais recentes. Pois bem, assim como o movimento nazista se fez presente na Alemanha durante parte significativa da primeira metade do século XX, o Brasil passou por um período ditatorial durante a segunda metade deste mesmo século, mais especificamente entre 1964 e 1985.

E, para a legitimação de uma ordem jurídica injusta, nada melhor que o positivismo kelseniano, já que para essa forma de pensamento a axiologia não é critério de validade das normas jurídicas. Então, como decorrência lógica, o Brasil tardou a incorporar o ideal pós-positivista, já que a adoção desse pensamento era incompatível à legitimação de um governo antidemocrático.

Nesta toada, por estar a instrumentalidade processual diretamente vinculada a um ideal de justiça, o qual é lembrado apenas na jurisprudência de valores, o acompanhamento da evolução da ciência do processo também foi tardio em nossa pátria.

Sendo assim, é notória a diferença entre as últimas duas codificações processuais nacionais, já que a primeira foi escrita em um momento onde o Processo Civil brasileiro se encontrava em sua fase autônoma, e a outra quando o país já havia passado a adotar a ideia de instrumentalidade das formas.

A mudança de mentalidade do ordenamento jurídico nacional foi marcada pela promulgação da Constituição Federal de 1988, que fortemente influenciada pelo neoconstitucionalismo – reflexo do pós-positivismo no âmbito do direito constitucional – rompeu com a tradição positivista até então fortemente presente no ordenamento jurídico nacional, conforme corrobora Marmelstein:

No caso específico do Brasil, o grande prestígio alcançado pela teoria dos direitos fundamentais, nos últimos anos, deve-se, sem dúvida, à Constituição de 88 (CF/88), que inaugurou um novo ciclo no cenário jurídico nacional (MARMELSTEIN, 2013, p. 61).

Portanto, visto que o marco de transição do pensamento formalista para o axiológico se deu apenas em 1988, resta claro que a codificação de 1973 refletia o pensamento processual autonomista, enquanto que o novo Código fora totalmente influenciado pela fase contemporânea da instrumentalidade.

Apesar disso, não se pode esquecer que a antiga codificação processual sofrera diversas alterações após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que fez com que tal codificação passasse a possuir aspectos instrumentais, como bem observou Câmara:

O Código de Processo Civil vigente (o de 1973) foi, todavia, reformado por uma série de leis que alteraram diversos preceitos e princípios ali contidos e que geraram uma verdadeira revolução em nosso sistema processual, tendo sido tal reforma realizada já sob a influência dos princípios norteadores da fase instrumentalista do processo (CÂMARA, 2009, p. 9).

Dentre as emendas sofridas pelo antigo Código, podemos destacar a realizada por meio da lei de nº 11.232/2005, a qual fora responsável pela extinção do processo de cumprimento de sentença e a consequente unificação dos procedimentos cognitivo e executório, que, por conseguinte, deixaram de ser autônomos e passaram a representar meras etapas de um mesmo processo (RIBEIRO, 2006).

Por isso, apesar de originalmente produzidos em fases distintas da ciência processual, antigo e novo Código partilham algumas redações semelhantes, visto que o poder legislativo tratou de, na medida do possível, adaptar o Código de 1973 a nova realidade jurídica instituída pela Constituição Federal.

Passemos então a distinguir as codificações em questão, primeiramente, por meio de seus respectivos artigos 1º.

Ao comparar as redações podemos perceber a preocupação da nova codificação em concretizar um processo constitucional, o qual atenciosamente observa a todos os direitos e garantias fundamentais – consequência nítida da influência da jurisprudência de valores e da instrumentalidade no ordenamento jurídico pátrio.

Enquanto que o antigo códex não teve o mesmo cuidado em observar aos princípios supralegais, até porque, à época de sua elaboração a lei maior não era vista como parâmetro material para as leis inferiores, mas sim como mero fundamento formal de validade.

Pois bem, apenas à luz do artigo inicial das duas codificações já ficou evidente que os pensamentos jurídicos que influenciaram suas elaborações foram distintos.

Então, passemos agora a observar as duas codificações processuais pátrias mais recentes na perspectiva de um dos maiores princípios constitucionais existentes, o da inafastabilidade jurisdicional.

4.1 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal introduziu ao sistema jurídico nacional o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Se interpretado de maneira literal o inciso garante que o cidadão brasileiro não seja, em hipótese alguma, impedido de acessar ao judiciário em caso de necessidade de preservação de um determinado bem jurídico. Mas, se resumiria este princípio apenas ao direito de ação?

Se resumido a mero direito de ação, isto implicaria na não obrigatoriedade do poder judiciário em julgar de maneira zelosa aos pleitos dos cidadãos, já que o acesso à justiça se resumiria ao direito de demandar e não incluiria ao de obter uma tutela jurisdicional satisfativa, o que, dado ao modelo atual pós-positivista de estado de direito, não parece nada razoável.

Em um contexto de instrumentalidade do processo, o qual passou a ser lido em respeito as garantias constitucionais, a restrição da inafastabilidade jurisdicional a mero direito de demandar é inconcebível, pois, de que adiantaria o direito de ação sem o compromisso estatal pela busca excessiva da justa resolução dos conflitos?

O direito de acesso à justiça de nada serviria se não possuísse uma dimensão qualitativa, o que leva a maioria da doutrina a convergir no sentido de que a inafastabilidade da jurisdição reflexivamente garante ao cidadão o direito de ter a sua demanda devidamente resolvida (CÂMARA, 2015).

Visto que, se não fosse imperativa a necessidade da prestação de uma tutela jurisdicional justa e efetiva, o Estado-juiz não possuiria o compromisso com a concretização de um serviço jurisdicional satisfativo e, sempre que possível, encerraria aos processos apenas objetivando diminuir ao inchaço do poder judiciário, como bem aduziu Koplin:

De fato, de nada adiantaria a promessa constitucional de acesso à justiça se não fosse assegurada às pessoas a possibilidade de obterem da justiça exatamente aquilo que vieram buscar (RUBIN, REICHEL, 2015, p. 24).

E, nessa questão reside mais uma diferença fundamental entre antigo e novo Código de Processo Civil, a preocupação com a resolução satisfativa do mérito da demanda, a qual será tema do subtópico a seguir.

4.1.1 Princípio da Primazia da Decisão de Mérito

A nova codificação processual pátria se preocupou em introduzir ao sistema jurídico o princípio da primazia da resolução de mérito – claro reflexo do primado constitucional da inafastabilidade da jurisdição – objetivando a efetivação do direito fundamental do qual é derivado (CÂMARA, 2015).

Tal princípio encontra-se previsto no art. 4º do novo Código de Processo Civil, o qual também é conhecido por incorporar o princípio da duração razoável do processo – tema do próximo subtópico – à nova codificação, restando evidente o zelo deste artigo pela dimensão qualitativa da inafastabilidade jurisdicional.

E, apesar desta dimensão do referido princípio se fazer presente no ordenamento desde 1988, como bem reconhece a doutrina, a positivação de uma de suas principais ramificações foi fundamental para a consolidação do primado de um processo justo.

Sobre a égide do antigo Código, dada a alta demanda processual e o descompromisso com a prestação de uma tutela jurisdicional satisfativa, a qual é indispensável na concretização de um processo constitucional, a jurisprudência pátria optava por, sempre que possível, restringir a inafastabilidade jurisdicional a mero direito de ação.

A consolidação de tal prática levou o nome de jurisprudência defensiva, e, por mais que os tribunais soubessem da existência de uma garantia constitucional a um processo justo e efetivo, na maioria das vezes, se valendo da codificação que inobservava a preceitos fundamentais, optavam por realizar decisões que obstassem ao exame do mérito apenas por praticidade ou conveniência (CÂMARA, 2015).

Nesse ritmo, qualquer erro formal era capaz de obstar ao exame do mérito, e mais, a busca pelas irregularidades passaram a ser o grande alvo de apreço por parte do judiciário, principalmente em sede dos tribunais, assim, passando a ser relativizada a importância que deveria ser dada ao exame do mérito.

E é aí que reside uma das grandes inovações do novo Código, pois, além de introduzir expressamente o princípio da primazia da resolução de mérito, trouxe em diversos artigos práticas que devem ser adotadas por juízes, desembargadores e ministros com o intuito de se evitar o encerramento de demandas sem resolução de mérito.

Para a aplicação em sede de primeira instância, o novo Código nos trouxe por meio de seu art. 317 que anteriormente a extinção não resolutive de mérito, o juiz é obrigado a chamar as partes para que sanem eventuais erros que obstem ao julgamento, o que é mais do que esperado no contexto de um processo constitucional, como bem enfatizou Câmara:

É, pois, absolutamente incompatível com as normas fundamentais do Processo Civil brasileiro extinguir-se o processo sem resolução do mérito sem que antes se dê ao demandante oportunidade para sanar eventual vício processual (CÂMARA, 2015).

Enquanto que o antigo Código se quer possuía norma jurídica equivalente.

A imposição do compromisso da resolução satisfativa da demanda é tão massiva na nova codificação que acaba por vezes se tornando pleonástica. Um exemplo é o art. 321, que possui conteúdo já contemplado de maneira geral pelo acima citado art. 317.

Outro exemplo de redundância ocorre nos artigos 282, §2º e 488 que igualmente trazem a ideia de que, em havendo irregularidade processual que apenas prejudique a parte que se beneficiaria com o proferimento da sentença de mérito, tal vício deve ser completamente ignorado pelo Estado-juiz.

O novo códex também introduziu ramificações do princípio em questão para o âmbito recursal, local onde a reiteração da prática de jurisprudência defensiva mais ocorria (CÂMARA, 2015). Abaixo analisaremos alguns desses desdobramentos.

O art. 932, § único, da codificação vigente, impede que o relator não conheça de recurso que não possua todos os documentos indispensáveis a sua propositura, bem como veda ao magistrado de inadmiti-lo em caso de vício, situações em que, deverá a parte ser chamada para emendar a sua peça recursal.

Na mesma toada, o art. 1.007, §4º, do novel Código de ritos, impede ao magistrado de não conhecer de recurso devida a não comprovação do recolhimento total do preparo, desde que respeitado o limite legal de adimplemento de 50%.

Por fim, o art. 1.029 do novo Código de Processo Civil tratou de destacar que nem mesmo as instâncias superiores estão imunes a primazia da resolução do mérito, já que, graças ao seu §3º, a primazia do mérito foi tão evidenciada que, a depender da gravidade do erro, as cortes superiores poderão até desconsiderar vícios, inclusive dispensando suas respectivas correções, em prol da busca da concretização de uma tutela jurisdicional justa, algo impensável em sede de um contexto autonomista.

4.1.2 Princípio da Duração Razoável do Processo

Também impreterível para a concretização de um serviço jurisdicional justo e efetivo, temos o princípio da duração razoável do processo, o qual corresponde a mais uma derivação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Isso porque a garantia do proferimento de uma decisão justa não necessariamente implicaria na efetividade da tutela jurisdicional prestada, e, sem este binômio – justiça e efetividade –, não restaria garantida a qualidade na prestação jurisdicional, e, como bem enfatizaram Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “A morosidade da justiça prejudica a efetividade dos direitos fundamentais” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 226).

Entretanto, apesar de poder ser visto como uma derivação lógica da inafastabilidade jurisdicional, o princípio em questão fora introduzido ao ordenamento jurídico de maneira autônoma.

Em 1992, quando o Decreto de nº 678 homologou o Pacto de San José da Costa Rica, este princípio passou a constar de maneira expressa no ordenamento, já que contido no artigo 8º, nº 1 do referido pacto (OYARZABAL, 2016).

Mas foi só em 2004, por intermédio da emenda constitucional de nº 45, que este princípio passou a estar literalmente contido na Constituição Federal, através do inciso LXXVIII do art. 5º.

Entretanto, como é de conhecimento popular, qualidade e celeridade são grandezas inversamente proporcionais, uma vez que uma solução de altíssimo padrão demandaria bastante tempo, e, por sua vez, é impossível que uma resolução célere passe por um árduo juízo cognitivo.

Por conseguinte, não pode o processo possuir rápida tramitação, mas sim deve perdurar por tempo razoável, suficiente para que o juízo possa realizar ao processo

cognitivo com sensatez, de forma que a efetividade da tutela jurisdicional não reste prejudicada; nesta senda segue Câmara:

O que se assegura com esse princípio constitucional é a construção de um sistema processual em que não haja dilações indevidas. Em outros termos, o processo não deve demorar mais do que o estritamente necessário para que se possa alcançar os resultados justos visados por força da garantia do devido processo. Deve, porém, o processo demorar todo o tempo necessário para que tal resultado possa ser alcançado (CÂMARA, 2009, p. 58).

Feitas as devidas considerações sobre este princípio, passemos a analisar suas repercussões em um campo infraconstitucional.

De início, cumpre destacar que o antigo Código já abordava a temática de duração processual por meio de seu artigo 125, II.

Entretanto, por mais que artigos como este estivessem presentes, a codificação em si não possuía o compromisso com a consagração do primado de um processo justo e efetivo, já que, por influência dos pensamentos da época, não se preocupou em traduzir ao primado de um processo constitucional.

Até porque, o antigo Código apenas tinha a intenção de indicar ao jurisdicionado de que forma poderia acessar ao judiciário e quais eram os deveres do juiz como representante estatal.

Eis que o novo Código, visando potencializar a tempestividade da prestação da tutela jurisdicional, transferiu parte desta responsabilidade aos jurisdicionados por meio de seu artigo 6º.

Já que por mais que a boa condução do processo seja dever principal do juiz, não pode o feito ser solucionado em bom tempo sem a cooperação das partes, tanto entre si, quanto para com o magistrado.

E, por mais que o antigo Código trouxesse a ideia de lealdade processual, esta não supria ao dever cooperacional introduzido pela nova codificação. Visto que a obrigatoriedade de um dever de comportamento ético é completamente transcendida pela imposição de uma forma de agir que, além de impor um comportamento correto, obriga aos sujeitos do processo a se ajudarem em prol do bom andamento da demanda.

E, se preocupando com a concretização da nova ideia, o novo Código introduziu uma série de sanções que visam coibir às práticas antiooperativas, como bem enfatizou Soares:

Claro que isso faz muita diferença, pois verificamos vários artigos do novo Código de Processo Civil com expressa condenação de práticas atentatórias à dignidade da justiça, litigância de má-fé, ausência de colaboração, entre outras situações, que levam o legislador a concluir que há uma conduta reprovável e que deve ser coibida (SOARES, 2017).

Por fim, também podemos destacar a obrigatoriedade do seguimento da ordem cronológica por juízes e tribunais, imposta pela nova codificação, como um marco pela busca da tempestividade jurisdicional.

Visto que, por muitas vezes, os magistrados livres do dever de seguimento de uma ordem cronológica acabavam por deixar alguns processos de lado, seja pelos seus respectivos graus de complexidade, ou até mesmo por outras razões que não nos convém aqui destacar (OYARZABAL, 2016).

Enfatize-se que a ordem cronológica foi levada tão a sério na nova codificação, que além de vincular magistrados, também vinculou aos chefes de secretaria que devem, obrigatoriamente, publicar as decisões judiciais de acordo com seus respectivos proferimentos.

5 CONCLUSÃO

Observados os pensamentos positivista kelseniano e pós-positivista, bem como as fases sincrética, autônoma e instrumental da ciência processual, pode-se concluir a respeito das influências que embasaram as codificações processuais pátrias de 1973 e 2015.

Tendo em vista que o pensamento juspositivista dos séculos XIX e XX dotava a ciência jurídica de um caráter meramente formal, enquanto que o pós-positivismo, mesmo reconhecendo a importância da existência de formalidades, trouxe ao direito o caráter axiológico que lhe faltava.

Bem como que a corrente autonomista se preocupou em separar o direito material do processual, e buscou torná-lo científico, ao passo que a corrente instrumentalista, mesmo tendo ciência das contribuições dadas pela sua antecessora, se ocupou em buscar meios de garantir que o processo alcançasse sua função fundamental, qual seja de servir de meio de obtenção da tutela dos direitos materiais.

Pode-se concluir que, enquanto que o Código de Processo Civil de 1973, elaborado em um período ditatorial, fora influenciado pelos movimentos autônomo e

positivista, o novo Código foi inspirado pela instrumentalidade das formas e pelo pós-positivismo.

A consequência prática disso foi que, ao passo que o antigo Código apenas traduzia um meio do jurisdicionado de acessar ao poder judiciário, a nova codificação se preocupou em transparecer a um processo constitucional, o qual tem como primazia a satisfação das tutelas pleiteadas pelos jurisdicionados e, para isso, sempre que possível superando a formalidades irrelevantes que obstem ao exame do mérito.

Por fim, foi possível constatar que o marco para a nova ordem jurídica nacional se deu com a promulgação da Constituição de 1988, que totalmente influenciada pelo movimento neoconstitucionalista – repercussão da jurisprudência de valores no plano do direito constitucional – rompeu com a tradição positivista até então fortemente presente no sistema jurídico pátrio.

Assim sendo, o ordenamento jurídico brasileiro passou a possuir cargas valorativas, deixando de ser a representação de um mero conjunto de regramentos e passando a constituir um meio de obtenção de justiça e paz social.

E, além da nova codificação, foram reflexos do neoconstitucionalismo no Processo Civil nacional as diversas alterações legislativas ocorridas na antiga codificação no intervalo de 1988 a 2015, dentre as quais podemos citar a unificação dos processos de conhecimento e de execução, a qual visou tornar o processo menos burocrático.

Portanto, é inegável o reconhecimento das influências dos movimentos acima citados nas codificações processuais pátrias, sendo a principal diferença entre os dois últimos Códigos nacionais a grande preocupação com a concretização do princípio da inafastabilidade jurisdicional dada pelo novo Código, o qual prezou por demais pelo primado de um processo justo e efetivo.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Hallison Rêgo. **A pré-compreensão do juiz e sua influência no julgamento: estudo sob o enfoque da hermenêutica filosófica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

_____. Código de Processo Civil (2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **O princípio da primazia da resolução do mérito e o Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/10/07/o-principio-da-primazia-da-resolucao-do-merito-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

FUX, Luiz; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: comparado – Lei 13.105/2015**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução de José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de Processo Civil: teoria geral do Processo Civil**. Volume 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OYARZABAL, João Cassiano Pinheiro. **A duração razoável do processo e as normas fundamentais do novo CPC**. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/e-dipucrs/anais/simposio-de-processo/assets/2016/07.pdf>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

RIBEIRO, Flavio Marques. **A Lei 11.232/05 e o novo regime de cumprimento de sentenças**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2764/A-Lei-11232-05-e-o-novo-regime-de-cumprimento-de-sentencas>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.

RUBIN, Fernando; REICHEL, Luiz Alberto (Org.) et al. **Grandes temas do novo Código de processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOARES, Carlos Henrique. **Duração razoável do processo e sua aplicação no novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://www.rkladvocacia.com/duracao-razoavel-do-processo-e-sua-aplicacao-no-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 24 de outubro de 2017.