

A CONSTRUÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO A PARTIR DA INFLUÊNCIA EXERCIDA PELA COMISSÃO DE JURISTAS ELABORADORA DO ANTEPROJETO: A IMPORTÂNCIA DA DOUTRINA COMO FONTE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

LA CONSTRUCCIÓN DEL NUEVO CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL BRASILEIRO DESDE LA INFLUENCIA EJERCIDA POR COMITÉ DE ABOGADOS LA ELABORACIÓN DE LA PRELIMINAR: LA IMPORTANCIA DE LA DOCTRINA COMO FUENTE CIVIL DERECHO PROCESAL

Joseli Lima Magalhães¹

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a influência exercida pela comissão de juristas designada para elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil e o novo modelo instituído com a reforma. Paralelamente são traçadas críticas relativas ao sistema eminentemente instrumentalista que foi mantido e as influências ideológicas no fundamento da autoridade, além da necessidade de interpretação e aplicação do novo código com inspiração na Constituição.

Palavras-chave: Construção. Novo Código de Processo Civil. Influência. Comissão de Juristas. Doutrina.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar la influencia del comité de juristas designado para preparar el proyecto del Código de Procedimiento Civil y el nuevo modelo

¹Doutor em Direito Processual pela PUC-MINAS. Mestre em Teoria do Direito pela UFPE. Especialista em Direito Processual pela UFSC. Professor Adjunto II da Universidade Federal do Piauí e da Universidade Estadual do Piauí. Coordenador da Pós Graduação em Direito Processual da UFPI. Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 2, p. 173-205 Jul/dez, 2016 ISSN 2318-8650

instituído con la reforma. Junto se dibujan las críticas al sistema eminentemente instrumentista se mantuvo y las influencias ideológicas sobre la base de la autoridad, y la necesidad de Interpretación y aplicación del nuevo código con la inspiración en la Constitución.

Palabras-clave: Construcción. Nuevo Código de Procedimiento Civil. Influencia. Comisión de Juristas. Doctrina.

1. INTRODUÇÃO

O direito processual civil brasileiro passa por fase na qual a jurisprudência cada vez tem tomado espaço da lei, como principal fonte do direito processual. A doutrina, por sua vez, que historicamente sempre teve um papel secundário na construção do direito de um Estado, tem seus pontos revisitados no sentido de identificar até onde a formação de uma Comissão de Juristas foi capaz de influenciar na construção e exclusão de muitos dos institutos jurídicos presentes no anteprojeto da lei processual, e posteriormente no próprio projeto gerador do novel diploma processual. A doutrina, como fonte do direito processual civil, cede espaço para o processo constitucional como fonte do direito discursivo, quando realmente se pretende construir um direito democrático e não apenas alicerçado na dogmática e em tudo que ela representa.

Mesmo se sabendo que inexiste hierarquia em relação à opinião emitida pelos doutrinadores, os membros da Comissão de Juristas, por se encontrarem em situação de vinculação direta com uma instância de poder – Congresso Nacional – já que foram nomeados pelo Presidente do Senado, possuem maior liberdade para dar início à construção de um direito processual civil alicerçado em um código, visto que idealizaram e materializaram a estrutura física do projeto (anteprojeto). Os doutrinadores (juristas), assim, atuam principalmente “como professores universitários, combinando o ensino com a pesquisa jurídica. Sua capacitação é realizada principalmente por meio de estudos de pós-graduação (mestrado, doutorado), que

permitem aprofundar o conhecimento, aprender as técnicas de pesquisa e produzir estudos universitários. Em vários países contata-se a tendência de profissionalização da pesquisa jurídica, dedicando-se os doutrinadores quase exclusivamente à carreira universitária”².

Não se pode deixar de se tomar conhecimento de como se deu o desenvolvimento do anteprojeto do novo CPC na seara da própria Comissão de Juristas, como foram eles escolhidos, e se o direcionamento dos trabalhos apresentaram-se satisfatórios à conclusão do anteprojeto como colimado na Exposição de Motivos, gerador, como dito, do projeto e futuro (atual) novo CPC.

Não se pode deixar de se fazer, igualmente, a correspondente relação com o procedimentalismo e instrumentalismo, como correntes doutrinárias presentes nas Escolas processuais e que procuram construir o código dentro de uma estrutura condizente com suas próprias diretrizes dogmáticas, teóricas e argumentativas.

O estudo se inicia, contudo, com aquilo que é a origem da estrutura teórica do direito processual civil brasileiro, fulcrado nos códigos de processo estaduais, no código de processo civil de 1939, no código de processo civil de 1973 e, agora, novamente presente na ideologia do novo código de processo civil brasileiro – o processo como relação jurídica – cuja fonte dessa concepção advém da doutrina do jurista e processualista Oskar von Bülow.

2. O PROJETO DO NOVO CPC E SUA IDEOLOGIA SOCIALIZANTE: ORIGEM NA DOUTRINA DE OSKAR VON BÜLOW DE CONCEBER O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

O estudo da codificação do direito processual civil passa necessariamente pelo estudo da codificação do direito civil. Na verdade, ao se estudar o fenômeno da codificação, seja em qual área do direito for, a base que se projeta é a de direito privado (civil). Esta concepção certamente decorre do aspecto de que o primeiro código, considerado no sentido estrito do termo, foi um código civil – o código civil francês, de

²DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 179.

1804. Como no Direito prevalente da época era o direito civil, quase que como organizador dos outros ramos jurídicos, o código civil francês teve a capacidade de centralizar todos os outros à sua dependência, fazendo-se imprimir uma visão privatista do ordenamento jurídico, como um todo, e também baseado nos princípios gerais do direito privado, em particular³.

Nessa época ainda se apresentava bastante premente a relação de dependência do direito processual com o direito civil. No fundo, o processo era visto como um contrato ou como um quase contrato, e os códigos civis agregavam normas de conteúdo tipicamente processual. Atualmente, como aponta Élio Fazzalari, a distinção entre norma material e norma processual é meramente convencional, não mais existindo grau de hierarquia entre uma e outra⁴.

Evidente que a influência do direito processual europeu junto ao direito processual civil brasileiro somente vai ocorrer algumas décadas depois, ainda mais porque as leis portuguesas continuaram em vigor no Brasil recém independente, e nos poucos cursos jurídicos existentes no país os professores transmitiam o direito também ensinado na Europa, que se caracterizava, pois, em razão de boa parte do século XIX ter sido o ambiente jurídico tomado pelo liberalismo, o processo era visto somente como modo de meramente materializar os direitos presentes nos diplomas privatísticos.

A independência do direito processual (civil) em relação ao direito civil, por excelência, vai coincidir com a criação, desenvolvimento e sedimentação dos principais institutos do direito processual, a partir da segunda metade do século XIX, e em especial do estudo a respeito das *teorias da ação*, que deixou de ser informada “por princípios de Direito Privado, porquanto ela não passava, quando muito, de uma modificação exterior do direito subjetivo que, por seu intermédio, se fazia valer”⁵ e

³ Inclusive para melhor compreender, ensinar e sedimentar o que se encontra presente no código napoleônico, foi criada a ESCOLA DA EXEGESE, que objetivava, entre outros aspectos, poder influenciar os demais países europeus, principalmente a Itália e a Alemanha, com o direito civil preconizado naquele diploma. A dominação de um país pelo outro também pode ocorrer de outras formas senão apenas a econômica e militar: a dominação pela língua e pela cultura jurídica é uma forma disfarçada de fazer com que a cultura do país dominado fique entregue ao país dominador. Era esse o projeto dos administradores franceses – fazer com que houvesse, no ambiente jurídico, a dominação dos países pelo novo direito francês, presente em um código de importância que atravessava fronteiras pela capacidade que teve de reunir sistematicidade, coerência, amplitude, sem perder de vista a própria simplicidade que as normas mais importantes devem possuir.

⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 134.

⁵ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 99.

passou a identificar o processo como *relação jurídica*. Apesar de apontado pela grande maioria dos doutrinadores ter sido Bülow quem introduziu a moderna ciência processual no mundo, com a publicação da obra *Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais*, em 1868 (o qual distinguiu com nitidez o direito material controvertido e o processo que resolvia aquele direito), já havia todo um movimento codificador na França⁶, sendo esse país o responsável pela sistematização do próprio direito processual.

Na verdade, não há nada mais atual do que resgatar autores do passado, em relação à concepção da construção do novo CPC. Ao que se observa, “um dos grandes erros cometidos por quem estuda a concepção doutrinária construída por juristas de suas épocas, é tentar relacionar, a todo custo, os fatos históricos ocorridos com a realidade atual, como se fossem identificadores de acontecimentos que fatalmente teriam que ocorrer, ou situações que obrigatoriamente não se poderiam fugir. O homem não é somente o homem, isoladamente, o “o homem é ele mesmo e suas circunstâncias”, no dizer de Ortega y Gasset. Não se pode, assim, exigir de Wach, Bülow, Chiovenda, Carnellutti, Calamandrei ou Liebman, entre outros, que tivessem posicionamentos doutrinários diferentes da realidade político-sócio-econômica em que se encontravam emergidos. Foram esses juristas que construíram, bem ou mal, os alicerces do direito processual no mundo, tendo os juristas nacionais buscado em seus ensinamentos doutrinários subsídios para a construção dogmática de nosso direito processual civil, saindo do praxismo que dominava (e ainda domina) o cenário jurídico nacional, principalmente no primeiro quartel do século passado”⁷. Neste contexto é que a obra de Bülow apresenta-se mais do que atual, e ainda em vigor a maioria de suas concepções teóricas, no que se refere à origem socializante do direito processual e sua forte influência ao agora novo Código Processual Civil Brasileiro.

André Cordeiro Leal, em obra jurídica pioneira que vai alertar abertamente a respeito do perigo de se adotar (prevalecer) no Brasil a *instrumentalidade do processo* (talvez por isso esteja ela em crise frente ao Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição Federal de 1988), principalmente nas linhas gerais e fundantes do novo CPC, aponta que, para Bülow, a “autonomia da relação jurídica processual não

⁶ Na Alemanha, o código era de procedimento e não de processo, propriamente.

⁷ MAGALHÃES, Joseli Lima. Ação, jurisdição e processo em Guiseppe Chiovenda. In *Temas de direito processual democrático*. Teresina: EDUFPI, 2012, p. 12.

havia sido até então adequadamente percebida e tratada, erigia-se incontornável a necessidade de se reconstruir”⁸, com a criação de uma nova ciência – a ciência processual, que seria capaz, assim, de se saber os contornos dessa relação processual⁹.

O estudo da obra de Bülow é importante por sustentar e identificar, definitivamente, do ponto de vista teórico (com fortes efeitos no mundo prático), que há uma relação jurídica processual absolutamente distinta das relações privadas tomadas em juízo e, conseqüentemente, identificar que a ação não tem mais o conteúdo privado (teorias da ação como contrato ou quase contrato), mas sim de uma relação jurídica, de conteúdo inclusive público.

Todos esses elementos construtivos das teorias da ação, passando pela obra de Bülow, têm imediato efeito no estudo da codificação das leis processuais civis no Brasil, na medida em que o processualista italiano Chiovenda sofreu forte influência de Bülow, e as bases fundantes do direito processual civil brasileiro do começo do século XX e do Código de Processo Civil de 1939 encontram-se no discurso teórico preconizado por ele. Vale apontar que a famosa Escola Italiana de Processo, possuidora de dignos e respeitados representantes além de Chiovenda, como Carnelutti e Calamandrei, foi responsável por influenciar Liebman na dogmática da construção do direito processual civil brasileiro, principalmente depois de sua vinda ao Brasil, na metade do século XX. Alfredo Buzaid foi aluno de Liebman, o que, por si só, propicia ter o código processo civil brasileiro de 1973 sofrido influência, lá no começo, das teorias bülowianas.

Em trabalho de pesquisa realizado junto ao Programa de Pós Graduação em Direito da PUC-MINAS, ao analisarem¹⁰ a concepção de Jurisdição em Bülow, foi traçado o percurso histórico das correntes e escolas jurídicas às quais pertenceu o eminente processualista alemão, onde se percebe ter sido ele adepto da Escola de Direito Livre, que teve em Eugen Ehrlich e Kantorowicz seus maiores expoentes, os quais concebiam o direito como um fato sociológico ou fato psicológico, sendo as

⁸ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 38-39.

⁹ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 38-39.

¹⁰ Artigo elaborado pelos alunos da PUC-MG Cynara Silde Mesquita Veloso Aguiar, Fabrício Veiga Costa, Maria Inês Rodrigues de Souza e Wellington Luzia Teixeira, tendo como coordenador Rosemíro Pereira Leal.

lacunas jurídicas, que eram muitas, preenchidas pelo magistrado no momento da decisão, por meio de sua sensibilidade, no meio social¹¹.

Na verdade, todas essas concepções partem do aspecto central da obra de Bülow “Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais”, de que o *processo é uma relação jurídica*, contudo, o movimento codificador nasceu na França, não na Alemanha¹², e Napoleão Bonaparte, por meio do Código Civil, de 1804, já vislumbrava o desiderato do povo francês de não conceder liberdade aos magistrados no ato de julgar, inclusive a própria Revolução Francesa já identificava as bases teóricas dessa limitação decisional, com a introdução da teoria da separação das funções (limites da atuação dos magistrados e da fundamentação das decisões jurídicas) e do poder constituinte originário.

Anton Menger e Franz Klein podem ser considerados como os inspiradores do início da socialização do processo na seara processual – foram eles, principalmente Franz Klein, os responsáveis por materializarem, em textos codificados ou não, que o processo tinha um *viés* nitidamente socializador das relações travadas entre as partes, projetando a existência da figura do juiz pacificador, “distribuidor de justiça” aos mais pobres, e capaz, com sua decisão, de tirar dos ricos e dar aos pobres. É claro que, em virtude dos acontecimentos, inclusive decorrentes dos percalços enfrentados pela Revolução Francesa e pelos efeitos econômicos advindo da Revolução Industrial, havia toda uma falta de liberdade das pessoas de possuírem uma condição de vida no mínimo digna, sendo que, na metade do século XIX, o Estado ainda não era *social* (o Estado era o *liberal*), mas com fortes elementos identificadores daquele, até mesmo pela necessidade das pessoas viverem melhor, não conseguindo o Direito acompanhar esse “desenvolvimento”; ao contrário, no campo do direito privado (que ainda era o dominante – o direito constitucional encontra-se, ainda, muito teórico e utópico).

Dierle Nunes resgata a doutrina de que Menger propõe que os magistrados deveriam assumir um duplo papel na administração da justiça civil: “de educador: extraprocessualmente, este deveria instruir todo cidadão acerca do direito vigente, de modo a auxiliá-lo na defesa de seus direitos; b) de representante dos pobres:

¹¹ AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso [Et. all.]. Processo, ação e jurisdição em Oskar Von Bülow. *In Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, v. 06, p. 47.

endoprocessualmente, o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade e com o princípio dispositivo, assumir a representação da classe mais pobre”¹³.

O pensamento doutrinário de Menger¹⁴ vai fortemente influenciar o advogado e professor de direito processual civil e romano, o austríaco Franz Klein, que, ao chegar ao cargo de secretário do Ministério da Justiça, em 1891, vai pôr em prática seus ensinamentos: socializar o direito por meio da atividade processual tendo o magistrado como elemento central desse desiderato.

São apresentadas as bases para a avaliação social, política e econômica do conflito, o qual deveria o magistrado compô-lo o quanto antes, tendo como referência o aspecto econômico e quantitativo, ofertando um processo rápido, rompendo-se com o modelo liberal em vigor, agregando o juiz dotes assistencialista e implementando o discurso do protagonismo judicial¹⁵.

É toda essa “inspiração socializadora”, do agora processualismo científico, que Bülow vai levar para a Alemanha (contribuindo, inclusive, para implementar um Estado nacionalista com um viés autoritarista) e que Chiovenda, guardadas as proporções, vai desenvolver e sedimentar na Itália.

Para André Cordeiro Leal (o que comungamos de seu pensamento), Bülow não funda¹⁶ a ciência processual, mas sim é inaugurador de uma *vertente tecnológica da jurisdição como atividade do juiz*, na medida em que a salvação dos conflitos, e a socialização do processo, encontra-se acoplada à atividade salvadora do magistrado. Se Bülow propôs exatamente que os magistrados pudessem, pela sua atividade, implementar políticas públicas às quais os administradores “naturais” (membros das funções executiva e legislativa) não estavam conseguindo, mas depois, ao longo dos anos, tem-se verificado que o juiz, ainda que com sua presença guardiã, não conseguem

¹²Vale apontar que a França já estava unificada, enquanto que a Alemanha e a Itália não estavam unificadas. O direito italiano e o francês vão buscar naquilo que já está unificado na Alemanha, que é o direito romano.

¹³ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 80.

¹⁴ Escreveu como principal obra: *Das burgerliche recht und die besitzlosen volksklassen* (O direito civil e os pobres, em 1890).

¹⁵ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 80.

¹⁶ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 65.

implementar os direitos fundamentais. Esse é o *paradoxo de Bülow*¹⁷ que o autor mineiro tão brilhantemente expõe.

Mas foi somente na obra *Gesetz und Richter* (1885) que “permite entender, em sua integralidade, a proposta de Bülow, cujo núcleo já estava presente em seu texto sobre as exceções processuais de 1868, mas que, não obstante, só fora exposta de forma sistemática dezessete anos depois”¹⁸.

O objetivo de Bülow foi fazer com que houvesse aproximação do povo com a prática processualista, ao se socializar o processo, cuja fórmula foi colocar nas mãos de alguém que os juristas julgassem preparados.

A compreensão do fenômeno da codificação das leis processuais civis, especificamente do andamento legislativo por que atravessou o novo código de processo civil brasileiro guarda relação direta com todos esses matizes históricos, na medida em que a base da ideologia do novo CPC, de celeridade processual, ainda que encoberto pelo manto da segurança jurídica, contraditório e ampla defesa, é alicerçado na concepção autoritária e centralizadora de pôr na figura do juiz a decisão. O processo, como instituição implementadora dos direitos e garantias fundamentais, não conseguiu, no novo CPC, desvencilhar-se das concepções socializadoras do processo preconizadas pelas doutrinas concebidas por juristas como Anton Menger, Franz Klein e Chiovenda.

Estes juristas e suas concepções teóricas devem ser vistas à luz da época em que viveram, do ambiente político, cultura e jurídico em que se encontravam emergidos, e não transportar tais posicionamentos teóricos, ou mesmo práticos, para um outro país, cuja realidade, no tempo e no espaço, é bem diferente.

Exemplo pontual desta vinculação ao socialismo a ser implementado pelo magistrado, no novo CPC, é o artigo 8º. Ao estar inserido na “PARTE GERAL”, no LIVRO I, designado “Das Normas Processuais Civis”, no TÍTULO ÚNICO, denominado “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”, especificamente, no Capítulo que leva o nome “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, o art. 8º, o qual aponta que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá

¹⁷ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 65.

¹⁸ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 59.

aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”, o legislador ainda insiste em apostar na subjetividade do magistrado para a resolução das demandas no Estado Democrático de Direito, na medida em que expressões como “fins sociais” “exigência do bem comum”, “dignidade da pessoa humana” e “razoabilidade” são vagas, imprecisas e até mesmo manipuláveis, constituindo “prato cheio” para o magistrado imprimir uma visão pessoal no momento da decisão. Ao que parece, a alma de Bulow ainda continua mais viva do que nunca, a influenciar, fortemente, a legislação de um país que ainda não conseguiu se desvencilhar das amarras e armadilhas de um direito social de cunho autoritário, já não mais reinante em toda a Europa, cujas nações durante todo o século XX já conseguiram de desprender desta manipulação estratégica. A grande questão é que, apesar do artigo primeiro do novo CPC dizer que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”, não há a implementação da Constituição, constituindo um falácia jusnaturalista dizer que o magistrado é responsável pela paz social.

3. A DOUTRINA COMO FONTE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E SUA INFLUÊNCIA NA CONSTRUÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: VINCULAÇÃO A UMA ESTRUTURA DE PODER

Um dos temas clássicos do direito processual civil, e talvez por isso mesmo ao longo dos anos um dos mais estudados, mas que os doutrinadores não conseguem chegar a um consenso a respeito do conteúdo jurídico que o envolve, é da classificação das *fontes do direito processual civil*, havendo “dificuldades para a construção de uma ‘teoria das fontes’, circundada pela árdua questão de saber o que constitui o direito como direito¹⁹”.

O próprio estudo das fontes do direito não encontra balizamento satisfatório no estudo da teoria geral do direito, onde muitas classificações são apresentadas, desde

aquelas que apontam a existência das fontes formais e materiais do direito, fontes diretas e indiretas, passando pelas fontes primárias e secundárias, ou mesmo fontes mediatas e imediatas do direito processual civil. Assim também é que Felice Battaglia aponta a existência de fontes de produção de direitos e fontes de validade. Por fontes de produção se entendem os meios técnicos para produzir as normas (costumes ou leis); por fontes de validade, Kelsen e Verdros entendem como uma norma superior a que precisamente se refere a validades do meio técnico de produção e sua conformidade com a mesma norma, onde a produção daquela norma alcança validade todavia na outra até a uma originária, cuja validade se pressupõe²⁰.

José Reinando de Lima Lopes aponta, por exemplo, que, para o Conselheiro Ribas, existem as fontes primárias e as fontes secundárias, sendo as primeiras oriundas da vontade do poder soberano (a lei por excelência), e as secundárias são buscadas nos costumes, no direito científico (dos doutrinadores) e no direito comparado²¹.

Certamente uma classificação que contribui não apenas didaticamente, mas também do ponto de vista do aperfeiçoamento da temática é a apresentada por Edgar de Godoi da Mata-Machado, o qual, após apontar que os aspectos filosóficos e sociológicos das fontes do direito processual civil são colocados de lado, seguindo posicionamento do jurista Henry Levy-Bruhl, classifica as fontes do direito (e aí pode-se identificar, também, das fontes do direito processual civil), da seguinte forma: a) *fundamentos do direito* (aspecto filosófico), o qual se subdividem em o *direito tal como é* (direito-coisa-devida e direito expressão da vontade estatal), o *direito tal como se manifesta* (lei natural e lei positiva) e as *raízes científicas do direito* (moral e direito; sociedade e direito); b) fontes propriamente ditas (aspectos técnico-dogmático), que designa a origem das regras de direito tomadas em conjunto (costume, legislação, jurisprudência e *doutrina*)²².

¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004, p. 21.

²⁰ BATTAGLIA, Felice. *Curso de filosofia del derecho*. Vol. 2. Madri: Instituto Editorial Reus, 1951, p. 304-305.

²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Edesp, 2004, p. 129-130.

²² MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Vega, p. 217.

De qualquer forma, a regra é a identificação de serem as principais fontes do direito a lei, os costumes e a jurisprudência, enquanto à doutrina continua a dúvida existente.

Não serão estudadas a lei, os costumes e a jurisprudência, como fontes do direito processual civil, não pelo grau de importância que elas exercem junto à criação e formação do direito processual civil em si, mas por entender que o discurso jurídico imprimido ao texto presente no novo CPC passou, necessariamente, por se apontar a necessidade de estudar até que ponto a doutrina (e qual tipo de doutrina), contribuiu para forjar as dezenas de artigos presentes nos citados projeto e anteprojeto, que culminaram com a feitura do código, bem assim qual o alcance e efeitos decorrentes.

Não é qualquer doutrina que pode ser considerada como fonte do direito processual civil, mas apenas aquela mais abalizada, a que tem alcançado espaço nas comunidades acadêmica e forense. Daí surgir o primeiro problema: como identificar o que vem ser “mais conceituada”, “mais abalizada” sem se sair de um grau mínimo de subjetivismo de caráter autoritário, afinal será o próprio doutrinador quem vai identificar o nível de importância da doutrina para a construção e produção do direito processual civil. É como se os próprios doutrinadores fizessem um *pacto de cooperação* entre eles mesmos ou estruturassem todos seus discursos para desautorizar uma outra doutrina com a qual não concordam, ou lhe emprestam pouca importância.

Todo desenvolvimento, aperfeiçoamento e aplicação do Direito parte do estudo da doutrina como fonte do direito, mas inexiste obrigatoriedade de se seguir essa ou aquela doutrina. A lei, em seu processo de formação, por mais que tenha o caráter da abstração e de nascer do anseio de uma sociedade ou parte dela diretamente afetada, possui em sua fase mais técnica, de elaboração nas comissões nos diversos órgãos e casas legislativas, de pessoas que tem que ter o mínimo de conhecimento técnico a respeito do alcance da lei, e também do viés constitucionalista que deve congrega – neste ponto é que avulta de importância a figura dos *técnicos*²³ que vão buscar, nas

²³O relator do projeto na Câmara, deputado Sérgio Barradas Carneiro, aponta uma lista de funcionários do Congresso Nacional especializados na matéria que muito contribuíram para a confecção do novo CPC: a Secretária da Comissão, Cláudia Maria Borges Matias e os Consultores Marcelo Manzan, Luis Fernando Maria Regina Reis, Gilvan Correia de Queiroz Filho, Henrique Leandro Medeiros e Luis Fernando Botelho de Carvalho, responsáveis também por dar forma regimental, contribuir com sugestões e fazer as revisões necessárias ao relatório final. Igualmente contribuíram, do ponto de vista técnico, Alessandra Muller e Cristiano Ferri e toda a sua equipe do E-Democracia, Daniel Shim, Gilson Dobbin e Maria do Socorro Ayres, João Eduardo Lopes e Robson Taniago do Cenin. Esses técnicos do Congresso Nacional, Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 2, p. 173-205 Jul/dez, 2016 ISSN 2318-8650

diversas correntes doutrinárias e na experiência do que acontece na prática forense, os efeitos da elaboração do conteúdo da lei.

Evidente que o papel dos técnicos legislativos, por assim dizer, é muito importante na formação do próprio direito que objetivam construir, mas não é propriamente esse tipo de “doutrina” técnica que deve ser entendida como fonte de criação das normas jurídicas, e sim o pensamento doutrinário mesmo, dos juristas, os quais, ao longo dos anos, emitem seus posicionamentos jurídicos a respeito dos diversos temas de direito processual civil.

A questão é que a doutrina, como fonte do direito processual civil²⁴, aparece sempre relegada a segundo plano, e de todas “as fontes, é ela, na verdade, a única da qual se pode dizer que nunca gera *diretamente* uma norma jurídica. Sua função é apenas indireta”²⁵. No Brasil, não há qualquer lei, seja no código civil, na lei de introdução às normas do direito brasileiro ou mesmo no código de processo civil, que diga que a doutrina é fonte do direito, apesar do antigo anteprojeto da lei geral de aplicação das normas jurídicas, que não entrou em vigor, elaborado pelo jurista e historiador Haroldo Valladão, ter considerado em seu artigo 6º, segunda parte, que “a doutrina aceita comum e constante, dos jurisconsultos” é fonte positiva do direito, portanto do direito processual civil também. No exterior, tem-se o caso do Código Civil Suíço, o qual estabelece, na aplicação da lei, na falta de lei ou costume, em seu art. 1º, número 3, que o juiz pode se basear em soluções consagradas na doutrina e jurisprudência.

Essa questão de que a doutrina não vincula e, conseqüentemente, não tem força de obrigar o magistrado a decidir conforme esse ou aquele posicionamento doutrinário, nem sempre foi assim ao longo da história. Basta dizer que o “bartolismo introduz a ideia da *doutrina como fonte do direito*”²⁶ na cultura jurídica brasileira, ainda que indiretamente, na medida em que muitos de nossos magistrados e os próprios

que muitas vezes não aparecem nos Anais de uma obra codificada, de tamanha envergadura, deram suas contribuições, no fundo e na verdade, para a sistematização e organização do código, muitas vezes, sem ninguém perceber, são responsáveis pela feitura, deslocamento e inserção de artigos na lei ou mesmo de institutos de direito, por isso mesmo a eles devem ser dados significativos créditos da construção do novo cpc, ainda que tudo passou, novamente, pelo crivo e votação do Plenário do Congresso Nacional.

²⁴ É forte o posicionamento de muitos juristas que entendem que a doutrina não é fonte do direito processual civil.

²⁵ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Vega, p. 251.

²⁶ A respeito da doutrina, como fonte do direito, observa-se que mesmo quando o legislador constrói ou revoga uma norma jurídica, mesmo sendo ele bacharel em direito, sempre se socorre de ensinamentos dos especialistas do saber jurídico.

legisladores nacionais se socorrem, muitas das vezes, aos ensinamentos dos doutos do direito no desempenho da função judicante ou no ato da elaboração de normas jurídicas”²⁷.

Não por menos, também, Mata-Machado historicia que a doutrina teve sua primazia no Direito Romano, até a elaboração do Código de Justiniano, quando então entrou em franca decadência até o surgimento do mesmo Direito Romano, no século XI, e que “a partir de então domina a chamada *communis opinio doctorum*, de decisiva importância até o Código de Napoleão, quando se inicia a preponderância da lei escrita”²⁸.

Ocorre que todos aqueles que sustentam que a doutrina não é fonte do direito, apontam que sempre os jurisconsultos estavam, ainda assim, atrelados ao poder, na medida em que sempre houve alguma norma jurídica que determinava que seus posicionamentos doutrinários deveriam ser seguidos, foi assim com “a Constituição de 426, que recebeu o nome de *Lei de Citas*, reconhecendo força obrigatória aos escritos de Papiniano, de Paulo, de Ulpiano, de Modestino e de Gaio”²⁹. Observa-se, também, que as Ordenações Filipinas, de 1603, cujo livro III, título LXIV, determinavam quem, em caso de inexistência de leis nos reinos, a jurisprudência das Cortes e o direito consuetudinário deveriam observar as glosas de Arcúrio³⁰, e sendo essas omissas, aplicar-se-ia a opinião doutrinária de Bartolo³¹.

Quanto aos pós glosadores, época em que o direito natural ainda era o dominante e os textos legais pouco conhecidos e divulgados, “encarna a imagem do jurista negocial, notarial, registrador, parecerista, um modelo que o capitalismo soube

²⁷ MAGALHÃES, Joseli Lima. *Da Recodificação do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 46.

²⁸ MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Vega, p. 252.

²⁹ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 272.

³⁰ Mário Júlio de Almeida Costa aponta o seguinte a respeito da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bartolo: “estabelece-se o requisito de a ‘comun opinio dos doutores’ não contrariar essas fontes. Relativamente a Bartolo, a restrição seria definida tão-só pelos autores que tivessem escrito depois dele. O facto de a letra da lei colocar a ‘communis opinio’ como filtro da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bartolo levou à interpretação, posto que não pacífica, de que aquela constituía, em si mesma, uma fonte subsidiária. Por outras palavras: na falta de direito nacional, de direito romano e de direito canônico, caberia recorrer à opinião comum, antes da Glosa de Acúrsio e da opinião de Bartolo”. (COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 1992, p. 311).

³¹ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 273.

reordenar no arquétipo ideal de bacharel liberal, advogado e membro da elite dirigente do Estado”³².

Já na Inglaterra e nos Estados Unidos da América, países em que tradicionalmente a força das decisões jurisdicionais se apresenta bem mais acentuada que nos países influenciados mais fortemente pelo *civil law*, doutrinadores como Edward Coke e William Blackstone (Inglaterra) e John Marshall e Oliver Holmes (EUA) emitiam suas *opiniões doutrinárias*, não havendo qualquer dispositivos de leis determinando que seus posicionamentos doutrinários fossem acatados, mas que pelo apelo argumento da autoridade, quase que eram obedecidos como se lei fosse.

Na verdade, “tudo se resumiria, enfim, à circunstância de não ser a doutrina expressamente contemplada pelo ordenamento jurídico, assim recebendo a proteção do poder institucional encarregado de fazer realizar o Direito”³³, por lhe faltar o elemento coação, garantidor da eficácia.

Miguel Reale aponta que as fontes do direito são sempre estruturas normativas vinculadas a um poder de decidir sobre o seu conteúdo, daí entender que existem quatro tipos de fontes do direito: *a legal* – vinculada ao poder legislativo; *a consuetudinária* – vinculada ao poder social e das relações entre as pessoas; *ajurisdicional* – vinculada ao Poder Judiciário; e *a fonte negocial* – vinculada ao poder que tem as pessoas de cumprir o que foi pactuado com o outro³⁴. Por isso mesmo que ele não considera a doutrina como fonte do direito, por não gerar modelos jurídicos prescritivos, já que as posições teóricas, por mais abalizado que seja o emitente do posicionamento doutrinário, apenas capaz de gerar modelos dogmáticos e hermenêuticos³⁵. Para Reale, pois, fonte do direito “é uma estrutura normativa capacitada a instaurar normas jurídicas em função de fatos e valores, graças ao poder que lhe é inerente”³⁶.

³² LUZ, Vladimir de Carvalho. Os Juristas da Tradição Ocidental: discursos e arquétipos fundamentais. *Revista Sequência*, n. 64. Florianópolis: UFSC, n. 64, jul. 202, p. 181.

³³ VASCONCELOS, Arnaldo. A doutrina como fonte do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Ceará*. Fortaleza: UFC, n. 25, p. 173, jul-dez 1984.

³⁴ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11-12.

³⁵ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 11-12.

³⁶ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15.

Fonte subsidiária ou fonte primária, o certo é que é através da doutrina que “se dimensiona a conformação da lei, a norma jurídica por excelência nos sistemas legislativos. A doutrina está antes da lei, sugerindo-a; está na lei, apoiando-a; e está depois da lei, vivificando-a”³⁷.

Se diretamente, hoje, a doutrina não vincula, certamente indiretamente faz construir na mente dos legisladores, magistrados e operadores do direito em geral, forte aspecto indutor de suas raízes, e que para sempre irão levar e aplicar essa carga dogmática e doutrinária do que apreenderam, seja no próprio curso de graduação, especializações, na prática jurídica ou em cursos de mestrado ou doutorado em direito.

A questão central a ser averiguada em relação ao novo CPC, que já nasce velho, bom que se diga, é saber qual o alcance do posicionamento doutrinário, dos vários institutos jurídicos escolhidos, renegados ou modificados pelos membros da comissão de juristas do novo CPC e sua recepção (ou não), junto ao Congresso Nacional, quando da entrada em vigor de referidos institutos e suas correspondentes modificações.

O que mais preocupa, neste casos de elaboração de diplomas de grande impacto na sociedade, como no caso dos códigos civil, penal, tributário, eleitoral e processuais, é que o Congresso Nacional, cuja competência constitucional é da União legislar a respeito desta matéria, é formada, em sua grande maioria, por deputados federais e senadores despreparados³⁸, do ponto de vista jurídico, ficando eles nas mãos daquilo que Savigny chamou de *comunidade científica abalizada*, cujos integrantes, muitas vezes, possuem interesses de toda espécie no sentido de imprimir aos códigos direcionamentos tais que sejam pertinentes àquilo que desejam como forma de manipulação de seus interesses em jogo. Esses bastidores do que acontece no poder legislativo, e até mesmo o que acontece antes da sanção presidencial, com a incidência de vetos ou não é capaz, de uma ora pra outra, mudar toda a historiografia do direito que vinha sendo praticado a longo de anos.

³⁷ VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 276.

³⁸ Isso ficou mais do que claro e evidente na votação do Impedimento da Ex Presidente Dilma, principalmente em relação aos deputados federal. As pessoas se questionavam: são estes mesmos os nossos representantes...?

4. A SUPERAÇÃO DA DOUTRINA PELO PROCESSO COMO FONTE CONSTRUTIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

A palavra doutrina tem acentuada carga dogmática, razão pela qual a construção de um direito, seja ou não sob o modelo codificador, influenciará certamente na existência de um direito dogmático com pouco conteúdo teórico, repetidor da realidade.

Na verdade melhor seria a designação “literatura jurídica”, porquanto a palavra “doutrina” passa ideia de dogmatização, de adestramento, o que é incompatível com a ciência jurídica, em especial com um ramo tão importante que é o processo (civil), ainda assim será utilizado esse termo, em homenagem à tradição jurídica e por entender que os rompimentos dos institutos jurídicos, a exemplo do que acontece em relação aos códigos, tem que ocorrer paulatinamente.

O fato é que a dogmática exerce função importante na construção das normas jurídicas, o que não se pode é supervalorizá-la, desde que seja entendida “como uma complexa atividade, na qual cabe distinguir essencialmente os seguintes escopos: a) o de fornecer uma análise conceitual e de propiciar o conhecimento sistemático da lei em vigor; e b) o de elaborar propostas para a solução dos dilemas jurídicos e superação dos paradigmas e, ainda, de fornecer critérios para a aplicação do direito”³⁹.

Para o enfrentamento de se ter um direito realmente democrático, e consequentemente haver a superação da ideia de que os elaboradores do novo CPC utilizaram-se do que de mais democrático existe à construção do novel diploma, precisa-se compreender que o processo, e não a doutrina, deve ser a fonte construtiva da lei, e que para tal existe uma linguagem adequada para construir a lei.

Há de ser superada a teoria das fontes do direito, que igualmente pode ser emprestada para a teoria das fontes do direito processual civil, pondo-se de lado o velho mas sempre estudado obsoletismo entre as fontes materiais e as fontes formais, cujas implicações lógico-jurídicas são i) a existência da dogmática analítica (sistema de raciocínio que impõe a compulsoriedade das decisões); ii) consequentemente também impõe a proibição do *non liquet*. Tem-se que dar um *salto epistemológico*, passando-se

da filosofia da consciência (ciência dogmática do direito) – daí a relação bastante premente entre fontes do direito processual civil, doutrina como fonte do direito processual civil e codificação do direito processual civil e a individualidade, o subjetivismo, a decisão tomada com base no *eu* do magistrado – para ir buscar na filosofia da linguagem (ciência discursiva do direito), onde a doutrina, como fonte do direito processual civil perde espaço porque o direito (lei processual civil) é gerado a partir do devido processo legal, o qual deriva do devido processo legislativo, e a lei (no caso a lei processual civil) somente se legitima se passar por esse instituto, observando-se os conteúdos matriciais do devido processo legislativo.

A questão é que o doutrinador (literato jurídico), entenda-se o codificador, o qual, no caso, foram os “codificadores”, ou membros da Comissão de Juristas do anteprojeto do novo CPC, exerceram papel de identificar e apontar quais deveriam ser essas matrizes à construção do código, quando na fase legislativa (Senado e Câmara dos Deputados). No fundo, busca-se o processo como fonte construtiva da lei, mas há forte presença da doutrina na influência construtora, base dos institutos de direito processual civil, não somente quando da elaboração do texto mínimo orientador (anteprojeto) mas também quando dos debates legislativos, audiências públicas onde foram ouvidos juristas renomados e sugestões apresentadas pela comunidade acadêmica ou não, ainda mais porque se sabe que “os redatores dos Códigos”⁴⁰ são geralmente juristas que nele deixam expressas sua orientação doutrinária”⁴¹.

A busca da existência de um código de processo civil que passe pela discursividade, e portanto que tenha no processo legislativo o cânone de sua construção, nem que para isso sofra, como de fato é inevitável, influência da doutrina jurídica na sua elaboração, é importante porque vai concretizar ou assinalar a existência do verdadeiro *paradigma de Estado Democrático de Direito*.

³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004, p. 21-22.

⁴⁰ Machado Paupério quando fala em “redatores” se refere a codificadores, ou pessoas que assumiram, *prima face*, a responsabilidade de elaborar um código, e não aos relatores de códigos junto às Casas Legislativas, os quais, no caso do atual projeto do novo CPC, são os senador Valter Pereira (PMDB-MS) e Deputado Federal Sérgio Barradas Carneiro (PT-BA), igualmente bacharéis em direito, mas longe de serem considerados juristas possuidores de larga e conceituada bagagem jurídica e filosófica que normalmente possuem os codificadores, ou mesmo os membros da comissão responsáveis para elaborar o anteprojeto do código correspondente.

⁴¹ MACHADO PALPÉRIO, A. *Introdução à ciência do direito*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 161.

Deve-se pesquisar a respeito do que se *entende* por Estado Democrático de Direito, o qual deixou de lado o Estado liberal republicanista-proceduralístico, na busca de um “*direito* que não fixe (padronize) os sentidos da **lei** por uma **juridicidade concreta** cultural (pragmática) de índole histórico-ideológica (historicista) ou transcendental subjacente ao sistema jurídico constitucionalmente adotado”⁴².

Acentuada diminuição do conteúdo democrático pode ter ocorrido com a elaboração deste novo CPC se a fonte de sua construção for alicerçada em doutrina que coadune o pensamento do magistrado poder decidir de maneira solitária, sem a participação das partes na construção do provimento o qual serão, pelo próprio provimento, afetadas, devendo-se superar a possibilidade dada pelos positivistas que tentando sair dessa situação, possibilitam que o magistrado decida por uma interpretação literal, “sem atenderem para a hipótese de que, se a própria **lei**, no âmbito instituinte-constituente de sua produção, omitir a *teoria* pela qual é enunciada, a interpretação ao ‘pé da letra’ da lei constituída incorrerá” em equívocos devastadores porquanto propiciaria que a “consciência” do julgador determine como, em que medida e limite ocorrerá a decisão concretizadora do Estado Democrático de Direito⁴³.

5. A FORMAÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS PARA A ELABORAÇÃO DE ANTEPROJETO DE NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. AS DISCUSSÕES INTERNAS DA COMISSÃO

Diferente do que tinha ocorrido com o código civil de 1917 e semelhante com o que ocorreu com o código civil de 2002, foi constituída uma comissão de juristas para apresentar um anteprojeto do código de processo civil a ser enviado para o Congresso Nacional.

De fato, a época dos grandes codificadores civilistas, como foi o caso de Clóvis Beviláqua, no Brasil, Velez Sarsfilelde, na Argentina, e Andres Bello, no Chile, além de Cambacère e Portalis, na França, foi somente no século XIX e início do século

⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.139.

⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.139.

XX, não tendo o direito processual civil alcançado a importância que tem hoje, ficando os processualistas a reboque do que doutrinavam os civilistas.

Também de forma diversa se deu com o anteprojeto de lei que culminou com os códigos de 1939⁴⁴, que apesar de instituída Comissão pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos, composta por Edgard Costa, Álvaro Belford, Goulart de Oliveira, Álvaro Mendes Pimentel, Mucio Continentino e Pedro Batista Martins, praticamente somente a este último coube a elaboração do nosso primeiro CPC, e com o de 1973, em que ficou conhecido como Código Buzaid (exatamente por toda a carga doutrinária e dogmática haver recaído por este grande processualista, que foi Ministro da Justiça e posteriormente Ministro do STF), o anteprojeto do novo CPC não teve uma “cara” desse ou daquele jurista, felizmente, a ponto de não se identificar, durante as chamadas audiências públicas, realizadas nas capitais do Brasil, a preponderância de um ou outro membro da Comissão. Evidente que os juristas Luiz Fux e Teresa Arruda Alvim eram os mais citados, mas entende-se que era mais em razão da competência legal atribuída aos próprios cargos (Presidente⁴⁵ e Relator⁴⁶, respectivamente) que exerciam, do que propriamente por se encontrarem em um nível de conhecimento jurídico bem mais elevado do que em relação aos demais membros da Comissão, já que todos, praticamente, encontravam-se, do ponto de vista intelectual, preparados para a missão honrosa que estavam sujeitos.

Originalmente, a comissão para elaboração de um anteprojeto do novo CPC era assim constituída: Luiz Fux (Presidente)⁴⁷, Teresa Arruda Alvim Wambier⁴⁸

⁴⁴ Texto promulgado pelo decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939.

⁴⁵ O art.3º, do regulamento da Comissão diz que “Ao Presidente da Comissão, designado nos termos do art.2º, do Ato do Presidente do Senado nº 379, de 2009 compete: I - elaborar plano e metodologia para as várias fases do trabalho, a serem aprovados pela Comissão; II - dirigir as reuniões de trabalho; III – definir as pautas e confirmar as reuniões ordinárias agendadas nos termos do *caput* do art. 2º deste Regulamento, ou eventualmente remarcá-las em razão de motivos relevantes; IV – convocar reuniões extraordinárias de trabalho, por iniciativa própria ou a pedido da maioria dos membros da Comissão; V - demandar da Secretaria Administrativa da Comissão os atos e expedientes necessários ao bom andamento dos trabalhos; VI – Solicitar os serviços de apoio aos Órgãos do Senado; VII – delegar funções aos membros da Comissão; VIII – outras atribuições inerentes à natureza da função. *Parágrafo Único.* A Comissão divulgará endereço eletrônico e outras formas de contato para o recebimento de sugestões do público externo”.

⁴⁶ O artigo 4º, desse mesmo regulamento, estabelece que “À Relatora-geral, designada nos termos do inciso X, do art.2º do Ato do Presidente do Senado nº 379, de 2009, compete: I – receber as sugestões encaminhadas à Comissão pelo público externo, distribuindo-as aos membros da Comissão conforme área de atuação temática; II – sistematizar o conjunto das contribuições oferecidas pelos membros da Comissão; III – designar sub-relatores”.

⁴⁷ Ministro do STF. Professor Titular de Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Livre-Docente em Processo Civil da Faculdade de Direito da
Revista Paradigma, Ribeirão Preto-SP, a. XXI, v. 25, n. 2, p. 173-205 Jul/dez, 2016 ISSN 2318-8650

(Relatora), Adroaldo Furtado Fabrício⁴⁹, Bruno Dantas⁵⁰, Elpídio Donizetti Nunes⁵¹, Humberto Theodoro Júnior⁵², Jansen Fialho de Almeida⁵³, José Miguel Garcia Medina⁵⁴, José Roberto dos Santos Bedaque⁵⁵, Marcus Vinicius Furtado Coelho⁵⁶, Paulo Cesar Pinheiro Carneiro⁵⁷. Sendo que pelo Ato do Presidente do Senado, de n. 411, publicado em 22 de outubro de 2009, foi alterada a composição da comissão de juristas, e nomeado o jurista para a comissão Benedito Cerezzo Pereira Filho⁵⁸.

Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil, 1971/1976. Ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça do Brasil.

⁴⁸ Mestre em direito pela PUC-SP; doutora em direito pela PUC-SP; livre docente em direito pela PUC/SP; professora dos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da PUC-SP; professora no curso de mestrado da Universidade Paranaense (UNIPAR). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP; Membro de Instituto Pan-Americano de Derecho Procesal; membro do Instituto Ibero Americano de Direito Processual; membro da International Association of Procedural Law - IAPL; membro da IBA - International Bar Association; Advogada.

⁴⁹ Doutor em Direito (Livre Docente) pela UFRGS, e autor de vários trabalhos jurídicos entre artigos, ensaios e obras individuais e coletivas, trabalhos estes que, invariavelmente, aparecem sob forma de citação em doutrinas de outros grandes autores, bem como fundamentado sentenças judiciais e acórdãos dos pretórios nacionais. Ex Presidente do TJRS.

⁵⁰ Mestre e Doutor em Direito Processual Civil (PUC-SP). Conselheiro do Tribunal de Contas da União.

⁵¹ Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Advogado. Exerceu os cargos de promotor de justiça nos Estados de Goiás e Minas Gerais; Ex Presidente da Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – Anamages. Professor de Direito Processual Civil nos cursos de pós-graduação e preparatório às carreiras jurídicas, em Belo Horizonte. Mestre em Direito Processual pela PUC-MINAS.

⁵² Professor Titular aposentado de Processo Civil da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor em Direito. Desembargador aposentado do TJMG. Autor de diversos livros e artigos jurídicos. Advogado. Sócio fundador do escritório Humberto Theodoro Júnior Advogados Associados. Membro de diversos Institutos e Conselhos Jurídicos nacionais e internacionais. Membro efetivo da Academia Mineira de Letras Jurídicas.

⁵³ Atuou como advogado durante oito anos, pós-graduado em Direito Processual Civil, Direito Privado e Direito Administrativo; foi Professor de Direito Processual Civil, na UNIP e na UNIDF, foi Professor de Direito Processual Civil, Direito Constitucional e Técnica de Sentenças da Escola Superior da Magistratura do DF. Foi Procurador do Distrito Federal, ingressou na magistratura em 1996. Foi Vice-Presidente do Instituto dos Magistrados do Distrito Federal - IMAG-DF até 2005.

⁵⁴ Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC-SP, e fez pós-doutoramento na Universidade de Sevilla. Professor de Direito Processual Civil no curso de graduação da Universidade Estadual de Maringá - UEM, no curso de mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR e no curso de pós-graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Advogado, foi Conselheiro Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, no triênio 2007-2009, Ex Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para o triênio 2010-2012.

⁵⁵ Doutor e Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre docente em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

⁵⁶ Advogado, professor de pós-graduação, doutorando em Direito Processual pela Universidade de Salamanca, Ex Presidente e Ex Secretário-Geral do Conselho Federal da OAB. Professor Universitário.

⁵⁷ Professor Titular de Teoria Geral do Processo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Procurador de Justiça Aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

⁵⁸ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999) e doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2002). Fundador do IND - Instituto Nacional de Direito.

A razão do ingresso somente posterior de mais um membro a compor a Comissão não se encontra esclarecida, não constando nos anais do Congresso Nacional nada a respeito desse fato (a justificativa).

A primeira reunião da Comissão ocorreu no dia 30 de novembro de 2009, em Brasília, tendo o Presidente da Comissão já deixado bem claro que o CPC é “um Código da nação brasileira, não é um Código da comissão” e que estão seus membros reunidos exercendo *múnus público*. Todos nós, cada um de nós, com suas ocupações, estamos abrindo um espaço numa agenda que é extremamente apertada de cada um de nós, para que possamos contribuir com o país”⁵⁹. No fundo essa contribuição que existiu e ainda existe foi relevante, mas também propiciou que o currículo de muitos dos seus integrantes fosse sobejamente coroado, com tão importante “múnus”.

O projeto do novo código de processo civil tentou romper “dois dos maiores males que afligem atualmente a sociedade brasileira na seara jurídica: a fragmentação e a instabilidade da jurisprudência. Em diversos pontos, o projeto revela verdadeira mitigação do rígido modelo de *civil law* que tradicionalmente conhecemos, aproximando-nos em razoável medida da família do *common Law*”⁶⁰.

Aparentemente havia um ambiente democrático entre os membros da Comissão, o que nem sempre tem se verificado isso na historiografia do direito brasileiro, onde se apresenta ser muito comum não apenas sobressair o aspecto da vaidade de um ou outro membro, associada à capacidade intelectual ou jurídica que cada um entende possuir, como também os próprios interesses de classe que eles, ao longo de anos como profissionais na área do direito, acabam por representar, às vezes de forma direta, às vezes indiretamente, ou mesmo não deixando transparecer tanto. O próprio art. 5º, do Regulamento da Comissão, propiciava agregar essa harmonia, ao estabelecer que “as deliberações da Comissão serão tomadas pela maioria de seus membros presentes”, sendo que seu parágrafo único disciplina que “eventuais divergências poderão ser consignadas em ata, a pedido do membro interessado”. A plena liberdade de opinião, a respeito dos temas debatidos pela comissão, referentes à

⁵⁹ Ata da Reunião da Comissão de Juristas “Novo Código de Processo Civil”, realizada em Brasília, em 30 de novembro de 2009.

⁶⁰ DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de revelar por sua uniformização e estabilidade. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 48. Nº 190 abr./jun. 2010, p. 61.

elaboração do Novo Código de Processo Civil, independentemente da divisão interna de trabalho, também era respeitada (art. 6º, do regulamento).

Apesar disso, houve um episódio de desentendimento entre os membros da Comissão, especificamente com o então desembargador do TJMG, Elpídio Donizetti, onde aponta que o texto final do anteprojeto do CPC continha várias imperfeições. Em ofício⁶¹ endereçado ao Presidente da Comissão, cita essas imperfeições, especialmente no que se refere à relevância que a Comissão tem se mostrado em desconfiar da atividade do magistrado, com acelerado âmbito controlador, em que condenou a repetição, ao longo de todo o Anteprojeto, que os magistrados devem ouvir as partes, mesmo que possa decidir de ofício. Igualmente, identificou que constantemente o projeto se refere ao contraditório e à ampla defesa, como se os magistrados brasileiros não conhecessem ou não soubessem da importância desse princípio constitucional, praticamente identificando serem os juízes como desconhecedores de um princípio tão importante para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Em nota oficial, de 2 de junho de 2010, o presidente em Exercício da Comissão, Bruno Dantas, à época Consultor Geral do Senado e hoje Ministro do Tribunal de Contas da União, comunicou que houve reunião dos membros da Comissão, realizada no dia anterior, cujos membros aprovaram Moção de Apoio ao Presidente, Ministro Luiz Fux, “pela condução democrática, isenta e plural dos trabalhos”, e que são infundadas as críticas endereçadas os trabalhos da Comissão e às ideias preponderantes nos debates da própria Comissão. Diz ainda que “as proposições que prevalecem nos debates são frutos do amadurecimento das teses levadas ao Plenário da Comissão por todos os seus membros, e acolhidas em votação democrática e participativa pela maioria do Colegiado”.

Mais grave que isso, contudo, foi a Carta endereçada igualmente aos Membros da Comissão e largamente divulgada pela imprensa e no meio jurídico, onde o membro da comissão, Elpídio Donizetti, quase que clama para que os trabalhos da Comissão não tenham o desfecho que tiveram, no sentido de que o tempo a ela destinada foi muito premido e que não tiveram seus membros condições, associado ao aspecto de que todos eles possuíam outras atividades, de fazerem a bom termo, o

⁶¹ Endereço: <http://fltbadv.blogspot.com/2010/06/excelente-texto-desembargador-elpidio.html>, acesso em 20.03.2011.

anteprojeto, devendo haver maiores debates, não só na própria Comissão, mas perante a sociedade, junto à comunidade jurídica, a ponto de literalmente afirmar inexistir “qualquer dúvida sobre as minhas palavras e sobretudo para que a vaidade não me compila a retroceder, eu repito em alto e bom som: VOTO NÃO às reuniões fora de Brasília; VOTO NÃO às reuniões em dias e locais inapropriados; VOTO SIM pela imediata prorrogação, pela discussão das propostas recebidas, pela amadurecida reflexão, a fim de que possamos apresentar ao país um trabalho cuja autoria não nos envergonhe e, mormente em nome de uma celeridade falsa, não faça tábula rasa de conquistas que a duras penas alcançamos com a redemocratização do Brasil”⁶².

O próprio então consultor-geral do Senado, Bruno Dantas, também integrante da Comissão, como dito, na condição de Presidente em Exercício, rebateu as críticas de Elpídio Donizetti no *twitter*⁶³, afirmando que o jurista Elpídio Donizetti, ao sustentar que o reforço em se respeitar o contraditório, presente no anteprojeto do novo código representaria policiamento da função judicante só poderia ser assim considerada se partisse de quem se considera acima da lei⁶⁴.

Se um dos membros da própria Comissão emite tão severas críticas ao trabalho da Comissão, imagine-se o que diriam aqueles que não fizeram parte dela.

Esses debates, acadêmicos ou não, travados entre os membros integrantes da Comissão de Juristas pode até mesmo ser considerado justificável, por ser próprio da relação de poder e até mesmo de vaidade em que se encontram pelo exercício de tão importante *múnus* público a que estavam vinculados, sendo pertinente apontar que para “um jurista, a participação na elaboração de um anteprojeto de código civil, código penal, código tributário etc pode implicar a sua consagração no meio acadêmico e profissional. Um burocrata que elabora um importante projeto de lei terá maiores chances de galgar na estrutura administrativa. Também muito relevante é a atividade legislativa para a carreira política. Em todas essas hipóteses, a aprovação da respectiva lei importa igualmente a satisfação pessoal do seu “elaborador”. É evidente que, nesses

⁶² <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/968/719>. Acesso em 22.03.10

⁶³ Vale consignar que muitas das proposições aparentemente acatadas pela Comissão foram colhidas a partir das chamadas redes sociais de comunicação, onde o papel do Facebook, twitter, msn, e-mail, e vídeo conferência on line, foi muito importante para estreitar a relação de proximidade entre os membros da Comissão e os jurisdicionados de um modo geral. Posteriormente, no Senado e principalmente na Câmara dos Deputados esse tipo de interlocução foi também largamente utilizado, ao menos em tese.

⁶⁴ <http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/148592-NOVO-CPC-RECEBE-CRITICAS-DE-INTEGRANTE-DA-COMISSAO-DE-JURISTAS.html>. Acesso em 20.03.10.

casos, a legislação pode ser simplesmente simbólica. Mas os efeitos positivos da legislação para o elaborador da lei, especialmente para juristas e burocratas, tendem a ser tanto mais intensos quanto maior for a sua força normativa”⁶⁵.

O que se espera, agora, é que depois de elaborado o novo CPC, os membros integrantes da Comissão de elaboração do anteprojeto que deu vida ao código processual não se utilizem de tal *munus* público para elaborarem obras jurídicas com base no novo CPC e colocando como destaque este aspecto. Por si só isto não é reprovável, o que não se pode admitir, todavia, é a promoção pessoal com base em uma atividade de destaque que exerceram, mas que nem por isso o tornam melhores do que aqueles não participantes da anteprojeto. De igual maneira, no Congresso Nacional, principalmente na Câmara dos Deputados, onde o projeto teve uma participação da sociedade mais efetivas, inclusive com um maior número de audiências públicas e realizações de congressos para discutir o projeto em todo o território nacional, e principalmente mesmo, a presença mais marcante de juristas renomados os quais participaram diretamente na construção do código, não se pode admitir que tais juristas se utilizem, maliciosamente, de tais participações, para fazerem promoção pessoal e, assim, elaborarem e venderem mais livros com base no novo CPC, ou mesmo a participação em Congressos Nacionais e locais debatedores do novel diploma processual.

6. A FALTA DE CRITÉRIO PARA A ESCOLHA DOS MEMBROS QUE INTEGRARAM A COMISSÃO DE ELABORAÇÃO DO ANTEPROJETO DO NOVO CPC

Um dos aspectos mais questionados, não apenas pela sociedade civil organizada, mas especialmente pela comunidade acadêmica jurídica, é saber qual foi o critério de escolha dos membros que integraram a Comissão de Juristas.

Longe de emitir qualquer crítica apressada, desarrazoada, impertinente ou mesmo com o propósito de desqualificar a competência, história, comportamento ético e nível intelectual de seus membros, a crítica que se faz é saber por que a escolha recaiu nos juristas escolhidos e quem os escolheu, ou se teriam sido nomeados por

⁶⁵ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 48-49.

representarem alguma entidade de classe (Magistratura, OAB, Ministério Público, Defensoria Pública, Universidades, por exemplo). Há de se observar, ainda, que alguns deles, pela própria tenra idade, ainda não alcançaram a maturidade de um jurista, entendido este como aquele que possui o conhecimento de terceiro grau – o filosófico – conhecedor dos mais profundos aspectos não apenas do direito, mas da filosofia do direito, da história do direito e da epistemologia jurídica.

Não somente pela idade de alguns dos membros, pois o conhecimento não é adquirido, necessariamente, pelos anos de existência, afinal há pessoas que lutam a vida toda e quase nada aprendem de conhecimento do Direito, mas também pela própria bagagem jurídica que poderiam ou não compor a Comissão. De qualquer forma, no fundo, a escolha é um critério político (a nomeação foi do Presidente do Senado), havendo a presunção de que todos foram capacitados tecnicamente e intelectualmente para exercerem a tarefa de elaborarem o anteprojeto de um novo CPC, esqueleto do novel diploma processual civil.

A criação dessa Comissão de Juristas se deu em um ambiente político às avessas. O Congresso Nacional figurava na pessoa de seu então presidente, Senador José Sarney, como alvo de graves desmandos e denúncias a respeito de seu comportamento como Presidente da Casa, precisando ele, pois, de uma agenda⁶⁶ positiva para sobressair-se perante a imprensa, de algo a demonstrar que o Senado estivesse produzindo algo útil à sociedade – criou-se, então, a Comissão para elaboração (relâmpago) de um anteprojeto do novo CPC, pelo Ato do Presidente n. 379, datado de 30 de setembro de 2009, que teria o prazo de 180 dias, a contar de primeiro de novembro de 2009, para elaborar o anteprojeto.

Certamente o aspecto negativo da constituição dessa Comissão é o elevado número de membros que a integravam. Historicamente as Comissões de Juristas não ultrapassam seis ou sete integrantes; de qualquer forma, o aspecto positivo é que por serem juristas que exercem ou exercem diferentes profissões jurídicas, como magistrados, advogados e professores universitários, certamente o viés imprimido ao anteprojeto passou por toda a carga doutrinária encorpada por seus membros ao longo

⁶⁶ Mesmo pensamento exposto pelo jurista Fredie Didier Jr., no III Congresso Nordestino de Direito Civil e Processual Civil, em palestra sobre o *Novo Código de Processo Civil*, que teve oportunidade de participar, na cidade de Salvador, no dia 02 de setembro de 2011.

de anos de trabalho, de estudo. Sentiu-se falta, contudo, de um membro representante do Ministério Público.

7. O PROCEDIMENTALISMO E O INSTRUMENTALISMO NAS ESCOLAS DE DIREITO PROCESSUAL E O DESLOCAMENTO DA DOUTRINA COMO FONTE SUBSIDIÁRIA DO NOVO CPC

A ideologia do anteprojeto, do projeto e do próprio novo CPC não acolhe, em sua maioria, as teses procedimentalistas; ao contrário, a instrumentalidade é a que ainda prevalece na sua grande parte nos artigos do novel diploma processual civil.

Pela teoria procedimentalista, o processo não mais pode ser visto como o resultado ou predominância da vontade do juiz, mas na construção do provimento final com a participação das partes, em simétrica paridade, com apoio efetivo do contraditório e da ampla defesa, havendo vínculo de sujeição à lei processual e às normas procedimentais e não à vontade do magistrado, daí a importância do novo conceito de processo, entendido esse como uma espécie de procedimento em contraditório, garantindo-se, assim, a simétrica paridade dos afetados quando da construção do provimento, posicionamento tão bem exposto na *teoria fazzalarina do processo* trazida ao Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, a partir do começo dos anos 80.

Como coadunar os escopos metajurídicos do processo, prestigiando a instrumentalidade, homenageando a celeridade processual, sem confrontar a nova ordem democrática inaugurada pela constituição federal de 1988? Certamente não será por meio de um código processual civil, cujos alicerces encontram-se boa parte estruturado em bases ideológicas da subjetividade, do aumento dos poderes do magistrado e na frágil participação das partes na construção do provimento a que serão por ele afetadas, ainda que muitos instrumentalistas apontem que o novo CPC é das partes, e do juiz ou dos advogados.

As premissas ideológicas do projeto e, por assim dizer, do novo CPC, com a introdução do estado democrático de direito, iniciado pela Constituição Federal de 1988, toda e qualquer lei, seja ou não de direito processual civil, tem que se adequar a esse novo marco teórico. A ideologia que identifica o projeto tem as suas bases epistemológicas centradas no próprio anteprojeto elaborado pela comissão de juristas, o

qual identificou a *celeridade processual* como o elemento central e mais importante da construção do código.

Na elaboração de um diploma de tamanha envergadura não se pode deixar de lado os elementos teóricos, filosóficos e ideológicos de sua construção, buscam-se quais realmente são os propósitos da inserção ou exclusão dos institutos de direito processual, na medida em que haverá uma nova ordem jurídica toda ela alicerçada na base dessa nova lei codificada, sendo necessária a implementação de pesquisa jurídica no ambiente dessas Escolas de Processo para que se possa aperfeiçoar o direito processual futuramente aplicado.

O estudo das teorias do processo desenvolvidas junto às principais escolas ou tendências de direito processual existentes no país não pode, assim, passar sem uma análise crítica dos estudiosos do direito, exatamente por serem elas as responsáveis por forjarem toda a estrutura teórica e futuramente pragmática dos dispositivos de uma nova legislação.

Ainda prevalece no Brasil, tanto nos ensinos da graduação como na pós-graduação em direito, e na prática forense (principalmente), a aplicabilidade da teoria do processo como relação jurídica, base de sustentação da escola instrumentalista, com a presença marcante do chamado Estado Social, onde se busca, por meio do processo, e o que é pior, o magistrado atuando nele, se busca garantir a pacificação social, por meio dos conhecidos e ultrapassados escopos metajurídicos do processo, num verdadeiro pensamento concebido ainda no século XIX por Franz Klein e Oscar von Bülow.

No fundo, raros foram os momentos em que tanto o legislador como os julgadores, e principalmente os doutrinadores, desvencilharam-se do apego à figura de ter o magistrado de ser o sujeito central do processo. A socialização do processo não mais pode ser entendida, ou não mais pode ser aplicada, frente ao paradigma democrático instituído pela Constituição Federal de 1988, onde a lei, e não a subjetividade é a cicatriz identificadora de qualquer julgamento e a doutrina como fonte do direito exerce papel de suma importância para realmente se chegar a um melhor aperfeiçoamento, tanto teórico, como prático, do direito processual que realmente se pretende exercer.

Observa-se, assim, que o processo é o núcleo da Democracia em um Estado de igual oportunidade para todos, oportunidade de fiscalização do cidadão em relação ao Estado. O Estado brasileiro, tradicionalmente, inverte a relação e coloca na normatividade autoritariamente posta a legitimidade do Direito. A legitimação deveria ser processual-democratizante, com um discurso aberto a todos. O que se configura na instituição do processo é a sua função de sistematização das pretensões jurídicas, o que deveria ocorrer em um Estado coeso com os pressupostos discursivos seria a porta de entrada da democratização e não o fechamento discursivo-processual. Tal fechamento ocorre exatamente em um Estado propositalmente auto-referente e não democrático como o brasileiro. O processo civil brasileiro, pois, indica uma não vinculação ao sistema de democratização e de liberdade de fiscalização, de proposição e mesmo de decisão por parte do cidadão, e não apenas do juiz, contribuindo tanto a instrumentalidade como o procedimentalismo para, na medida do possível e do necessário, concretizarem o Estado Democrático de Direito.

No fundo, tem que haver a desvinculação da doutrina como fonte do direito processual e passar essa responsabilidade para o processo como forma de construção da lei (processual), daí haver considerável ganho de legitimidade a vertente procedimentalista por se encontrar mais atinada com o Estado Democrático de Direito, exercendo os juristas importante função na construção de tal objetivo, não podendo se limitar a se repetir e concordar com as decisões jurisdicionais, não emitindo juízo crítico, e pouco contribuindo para mudar o quadro da dogmática processual dominante. Essa letargia em que se encontram nossos doutrinadores não passou em silêncio pelo olhar crítico de Lenio Streck, quando alerta que parcela “considerável dos livros apenas reproduz o que o judiciário diz sobre a lei. Esse ‘já dito’ é condensado/resumido em verbetes (ou, se quisermos ser mais sofisticado, ‘enunciados assertóricos’). Mas, então, por que escrever livros? Insisto: temos que redefinir o papel da doutrina. Nós podemos mais do que isso...! e temos que aprender a criticar as decisões dos tribunais, principalmente quando se tratar de decisões finais, daquelas que representam o ‘dizer final’. E temos que ser veementes. Caso contrário, podemos fechar os cursos de pós-graduação, as faculdades, etc. E parar de escrever sobre o direito. Afinal, se o direito é

aquilo que o judiciário diz que é, para que estudar? Para que pesquisar? Doutrina(r)? Para quê(m)? vamos estudar apenas ‘*case-law*’...!’⁶⁷.

Todos esses aspectos somente podem ser superados se houver implementação da pesquisa jurídica no âmbito gerador do direito – nas Faculdades dos cursos jurídicos do país. Como a maioria das faculdades não trabalha com pesquisa, mas praticamente só com o ensino (trabalha-se, por exemplo, a jurisdição como atividade – dicção – do juiz, e não como conjunto de leis – ordenamento jurídico), cada vez mais há a mitigação dos institutos de direito processual, e os ganhos de democracia, pelo processo, ficam cada vez mais distantes à concretização do próprio Estado Democrático de Direito.

8. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O novo código de processo civil possui alta carga dogmática da escola instrumentalista do processo, e muito se deu em face da sua origem – a comissão de juristas que elaborou o esqueleto do novo CPC – ainda que posteriormente sofrendo mudanças no Senado e na Câmara dos Deputados, muito contribuiu para vetoriar a estrutura do que é hoje o novo CPC.

Ao que parece o problema parece ter sido no início – não se sabe ao certo quais os motivos (acadêmicos, pragmáticos ou políticos) que levou o então Presidente do Senado ter escolhido este ou aquele jurista para compor a Comissão, por sinal em número muito elevado, propiciando a crer ter havido forte lobby de classes (magistrados e advogados, principalmente) para indicarem este ou aquele membro, sem falar do aspecto da relação pessoal (política) existente entre eles (Presidente do Senado e os membros da Comissão).

Todos estes aspectos são importantes porque o novo CPC é essencialmente para ser, ao menos encontra-se isso na Exposição de Motivos, um código que iria primar pela celeridade processual, sem perder de vista o respeito aos direitos fundamentais, principalmente o contraditório e a ampla defesa.

⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79.

Na verdade, falta em nosso país a instalação de pesquisa jurídica séria, capaz de desmitificar, des-dogmatizar o que há anos vem sendo objeto de aprendizagem em nossas Faculdades de Direito, o que só leva à repetição de tudo que é construído nas décadas passadas. Sem a pesquisa jurídica em nossos cursos de graduação e pós graduação em direito pouco adianta a elaboração do melhor código que seja, pois a aplicação da lei e construção da jurisprudência ainda continuam arraigados a elementos toscos do passado (dogmática reinante) e o direito, como ciência, mais uma vez, somente serviria, como vem servindo ao longo de décadas, para justificar uma realidade opressora e mistificadora, de instituições, jurídicas ou não, já ultrapassadas e desatualizadas, não condizentes com o Estado Democrático de Direito instalado pela CF de 1988. Deve-se sempre buscar a verdade, ou ao menos, o ideal dela. No fundo, “os cientistas não podem estar seguros de que suas conjecturas atuais são verdadeiras, nem mesmo que eles vão algum dia atingir a verdade ou que iriam saber, se atingissem mesmo a verdade, que o fizera. Contudo, se a verdade deve ser não apenas um ideal, mas um ideal regulador ou que guia, deve ser possível dizer, quando uma teoria substitui a outra, se a ciência está se aproximando da verdade”⁶⁸.

Essa a grande questão – a Comissão de Juristas do novo CPC ainda trabalha a ideia de um código instrumentalista, onde a verdade é estabelecida a priori, e o amor à figura da autoridade, como que detentora da verdade, apresenta-se mais do que evidente, devendo-se o processo ser o meio pelo qual “proporcionará a construção do direito liberto do mito da ideologia de um poder autoritário e presunçoso, não no plano constituído da Lei como atualmente prevalente, e, portanto, a prevalência do poder constituindo originário mas o direito sendo construído em sua origem da produção da lei, no nível instituinte do direito, demarcando assim a democracia em sua base de criação (originária)”⁶⁹.

A desmitificação da doutrina e, conseqüentemente, da figura da autoridade, pois, proporcionará seja o novo CPC interpretado e aplicado em consonância com os ditames constitucionais prevalentes no texto de 1988.

REFERÊNCIAS

⁶⁸HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. São Paulo: Unesp, 2002, p. 164.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. Vol. 1. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BATTAGLIA, Felice. *Curso de filosofia del derecho*. Vol. 2. Madri: Instituto Editorial Reus, 1951.

Bülow. *In Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Porto Alegre: Síntese, 2005, v. 06.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *História do direito português*. 2. ed.. Coimbra: Almedina, 1992.

DANTAS, Bruno. A jurisprudência dos tribunais e o dever de revelar por sua uniformização e estabilidade. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, ano 48. Nº 190 abr./jun. 2010.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

HAACK, Susan. *Filosofia das lógicas*. São Paulo: Unesp, 2002.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como teoria da lei democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Edesp, 2004.

LUZ, Vladimir de Carvalho. Os Juristas da Tradição Ocidental: discursos e arquétipos fundamentais. *Revista Sequência*, n. 64. Florianópolis: UFSC, n. 64, jul. 202.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

MACHADO PALPÉRIO, A. *Introdução à ciência do direito*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

⁶⁹SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. *Processo e Poder Constituinte Originário: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 183

MAGALHÃES, Joseli Lima. *Da Recodificação do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAGALHÃES, Joseli Lima. Ação, jurisdição e processo em Guisepe Chiovenda. In *Temas de direito processual democrático*. Teresina: EDUFPI, 2012.

MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte: Veja.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. *Processo e Poder Constituinte Originário: a construção do direito na processualidade jurídico-democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2004.

VASCONCELOS, Arnaldo. A doutrina como fonte do direito. *Revista da Faculdade de Direito do Ceará*. Fortaleza: UFC, n. 25, p. 173, jul-dez 1984.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

<http://fltbadv.blogspot.com/2010/06/excelente-texto-desembargador-elpidio.html>.

Acesso em 20.03.2015.

<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/968/719>. Acesso em 22.03.15.

<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/148592-NOVO-CPC-RECEBE-CRITICAS-DE-INTEGRANTE-DA-COMISSAO-DE-JURISTAS.html>. Acesso em 20.03.15.

Recebido em 03.01.2017

Aprovado em: 16.01.2017