

A carga principiológica do novo CPC e a instrumentalidade do processo

Carlos Eduardo Oliveira Dias¹

Resumo

O Novo Código de Processo Civil foi criado com a perspectiva de ser um marco institucional na superação da maior dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário, que é a morosidade nas ações judiciais. Nesse sentido, foi produzido com uma carga principiológica singular, não presente no ordenamento anterior, como fruto das necessidades contemporâneas do próprio Direito, de buscar soluções para os seus problemas concretos fora do sistema normativo-positivo. Em razão de suas características, esse modelo tende a permitir a conformação de um processo mais efetivo e voltado à realização instrumental das suas finalidades.

Palavras-chave

Processo civil. Princípios constitucionais e processuais. Efetividade da jurisdição. Eficácia dos princípios. Instrumentalidade do processo.

Abstract

The new Civil Procedure Code was created with the prospect of being an institutional framework to overcome the greatest difficulty by the justice, which is the slowness in trials. In this sense, it was produced with a unique principled load, not present in the previous system, as a result of the contemporary needs of the law itself, to seek solutions to their specific problems outside the normative-positive system. Because of its characteristics, this model tends to allow the formation of a more effective process and focused on the instrumental performance of its purposes.

Key-words

Civil procedure. Constitutional and procedural principles. Effectiveness of jurisdiction. Effectiveness of principles. Instrumentality of the process.

¹ Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho e Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Membro da Associação Juizes para a Democracia (AJD) e do IPEATRA. Professor Titular do Centro Universitário UDF (Brasília).

Um dos atributos essenciais da chamada teoria da separação dos poderes, sistematizada por Montesquieu, é a reserva do poder judicante aos órgãos judiciais, compondo o tripé com as atribuições de legislar e administrar, destinadas a outras esferas de ação estatal. Historicamente, a universalização desse preceito configura um importante fator de rompimento com as estruturas absolutistas e centralizadoras hegemônicas na Europa até o século XVIII e definirá a ideia de Estado de Direito consumada ao longo do século XIX. Associada à proteção aos direitos individuais, inerente às revoluções burguesas daquela ocasião, essa passagem do absolutismo para o liberalismo consagrou o jusnaturalismo racionalista instaurado nos séculos XVII e XVIII que, por sua vez, sucedeu aquele de base teológica, que houvera predominado até o ocaso da Idade Média². No entanto, a confluência das ideias do Estado Liberal com o movimento de codificação do direito, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, acabou sendo a causa principal da superação do pensamento jusnaturalista. Isso porque a tradição jurídica de índole romano-germânica incorporou a busca da clareza, da unidade e da simplificação do fenômeno jurídico por intermédio da técnica da codificação, que “*tende a promover a identificação entre Direito e lei*”³. Dessa maneira, os direitos chamados naturais, que se desenvolveram ao longo de mais de dois milênios, foram incorporados aos ordenamentos positivos, descaracterizando estruturalmente o que até então era considerada a justificativa filosófica da existência do próprio Direito⁴.

Inicia-se, assim, a principal fase de afirmação do Direito como ciência, que é demarcada pela predominância de sua compreensão na condição de fenômeno positivo. Resultado de uma crença de que toda atividade intelectual poderia ser regida por leis

² Segundo Barroso, “o rótulo genérico do jusnaturalismo tem sido aplicado a fases históricas diversas e a conteúdos heterogêneos, que remontam a Antiguidade Clássica e chegam aos dias de hoje, passando por densa e complexa elaboração ao longo da Idade Média”. Assim, “a despeito das múltiplas variantes, o direito natural apresenta-se, fundamentalmente, em duas versões: a) a de uma lei estabelecida pela vontade de Deus; b) a de uma lei ditada pela razão” (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 235-236).

³ *Idem, ibidem*. p. 238.

⁴ Como explica Barroso, a ideia básica do jusnaturalismo “consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independem do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal”. (*Idem, ibidem*, p. 235). A partir do momento em que há a necessária positivação de todos esses atributos, os elementos fundadores do Direito migram para outra lógica, a da legitimidade, que foi a tônica do juspositivismo.

naturais, independente da vontade ou intervenção humana, as teorias juspositivistas procuravam explicar o fenômeno jurídico utilizando os mesmos métodos usados nas ciências da natureza. Assim, afirma-se categoricamente o caráter científico do direito, já que a ciência é o único conhecimento verdadeiro porque pode ser observado e demonstrado, como ocorre nas ciências exatas e naturais. Obviamente, todas as indagações teológicas ou metafísicas são abstraídas por esse fenômeno, pelo simples fato de não poderem ser comprovadas. Sendo assim, o conhecimento científico – e, portanto, o conhecimento jurídico – é objetivo, fundado no método descritivo dos acontecimentos, imunizado de opiniões ou manifestações de índole subjetiva. Daí porque o principal atributo dessa vertente filosófica é a identificação latente do Direito com a norma, a quem compete exercer esse papel descritivo⁵.

O início do século XX, portanto, é dominado pelo positivismo jurídico, que adquiriu o *status* de “filosofia dos juristas”, compreendendo o Direito como “*um conjunto de normas em vigor*”, compondo um “*sistema perfeito*” que “*não precisava de qualquer justificação além da própria existência*”⁶. Com isso, suas principais características são o reconhecimento da completude de ordenamento jurídico, não admitindo a existência de lacunas que não possam ser preenchidas internamente pelo próprio sistema; a afirmação de que a única fonte do Direito é a ação estatal e, por fim, como corolário disso, que a validade da norma está atrelada apenas à legitimidade do procedimento seguido no seu processo de criação, independentemente do conteúdo⁷. Esse pensamento, ao menos nos países de tradição jurídica romano-germânica, tornou-se hegemônico e passou a constituir o que se pode nominar de *Direito clássico*, ou seja, um Direito fundado na racionalidade da lei e na neutralidade do intérprete, que não tinha qualquer liberdade para exercer nenhum papel

⁵ Daí é que se nota a relevância da incorporação da técnica da codificação, responsável por essa “positivação” normativa: “com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”. (BOBBIO, Norberto *et alii*. *Dicionário de Política*. 7ª. Ed., Brasília : UnB, 1995. p. 659).

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 241. Embora disseminado em diversas correntes de pensamento, o positivismo jurídico adquiriu sua forma mais consistente a bordo do normativismo jurídico de Hans Kelsen, que teve a pretensão de elaborar uma *Teoria Pura do Direito*, em 1934, que se tornou simbólica das teorias juspositivistas.

⁷ *Idem*, p. 240.

criativo. Neste contexto, reforça-se a ideia de que a atividade do juiz seria exclusivamente a de aplicar a norma, não lhe competindo imiscuir-se em searas então consideradas metajurídicas, como a política, a sociologia, a psicologia e a economia. Todas as inferências e conjecturas que escapavam ao estrito conteúdo normativo estariam fora do plano da jurisdição que deveria ser exercida estritamente nos termos da lei. É a consagração da idealização tradicional da separação rigorosa das funções do Estado, segundo o qual o juiz é *la bouche qui prononce les paroles de la loi*⁸: de posse das diretrizes da lógica formal, o juiz realizava a tarefa silogística da subsunção, consistente em ajustar os fatos sob sua análise à hipótese normativa, estabelecida como um comando de *dever-ser*⁹.

O positivismo jurídico¹⁰, no entanto, levado a extremas consequências, produziu danos extremamente graves para a Humanidade. De sua pretensão original de tornar-se uma teoria do Direito, transformou-se em ideologia, de modo a propiciar que, “*em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico (...) serviram de disfarce para autoritarismo de matizes variados*”¹¹. Fundando a legitimidade do discurso jurídico a partir do plano exclusivo da validade formal – e esta, por sua vez, estruturada apenas em uma relação de exercício de poder legiferante – permitiu, ao longo do século XX, que certos movimentos políticos de índole conservadora, ascendendo ao poder, promovessem a barbárie em nome da legalidade que estava rigorosamente em suas mãos. “*A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter*

⁸ *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 230. O autor cita, do original, o seguinte trecho: “Mas os juízes da Nação, como dissemos, são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não lhe pode moderar nem a força nem o rigor.”

⁹ Conforme explica Mancuso, “Por esse contraste, compreende-se que o Estado-juiz, que até meados do século XIX ainda não se houvera firmado, universalmente, como um vero Poder, tenha transmitido aos seus integrantes uma postura de neutralidade e distanciamento dos fatos e das partes, em nome da imparcialidade necessária a um julgamento justo e isento; falava-se, mesmo, do Judiciário como o ‘poder discreto’.” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo: RT, 2009 grifo do autor).

¹⁰ O positivismo jurídico foi apenas uma das vertentes do positivismo filosófico, que constituiu uma das principais correntes de pensamento na passagem dos séculos XIX e XX, e que tinha a pretensão de explicar todos os fenômenos do conhecimento humano de forma objetiva, racional e comprováveis por métodos científicos. O principal articulador dessa tendência filosófica foi Augusto Comte que, com seu *Catecismo Positivista*, influenciou milhares de pensadores e serviu de inspiração para incontáveis movimentos políticos ao redor do mundo.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 241.

legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”¹². Esse fenômeno, intensamente presente na Europa dos anos 1930-1940, reproduziu-se em praticamente toda a América Latina nos anos 1960-1970, com a instauração de regimes ditatoriais que sustentavam juridicamente seus atos com a lógica da autoridade legitimada, a qual lhes conferia o poder de criar normas capazes de admitir expressamente a supressão de incontáveis garantias e liberdades individuais, duramente conquistadas ao cabo de dois séculos¹³. Não por outras razões é que a decadência do juspositivismo se associa diretamente à derrota dos regimes fascista e nazista ao final da Segunda Guerra¹⁴.

Esse fato alimentou a intensificação do surgimento de escolas jurídicas e filosóficas, sobretudo a partir dos anos 1960, que se postaram no sentido da flexibilização do normativismo jurídico, *“transpassando conscientemente o rigor dogmático das regras positivadas -, para focar expressamente seu teor axiológico, moral, político ou teleológico com o objetivo de obter a adaptação delas aos reclamos da complexidade social em expansão”*¹⁵. Formam-se, assim, as vertentes da *teoria crítica do direito*, que abrigam *“um conjunto de movimentos e de ideias que questionam o saber jurídico tradicional na maior parte de suas premissas”* e que se fundam na constatação de que o Direito *“não lida com fenômenos que se ordenam independentemente da ação do sujeito, seja ele o legislador, o juiz ou o jurista”*¹⁶. Essas teorias, no entanto, se não conseguiram se conformar como alternativas substanciais ao positivismo, abriram uma frente significativa ao admitirem que o Direito poderia não estar somente contido na lei, abrindo espaços para que se pudesse

¹² BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 241.

¹³ Um dos exemplos mais emblemáticos dessa prática deu-se no Brasil, onde o regime militar governou, por longo período, com base em Atos Institucionais editados pelo Chefe do Executivo Federal, e que tinham o inusitado poder de suspender a eficácia de normas e garantias constitucionais. O mais significativo, de dezembro de 1968 (AI-5), dentre outras barbáries, determinou o fechamento do Congresso Nacional e criou restrições severas à atuação do Poder Judiciário.

¹⁴ Conforme assinalamos anteriormente, o positivismo jurídico constituiu a matriz filosófica que justificava os atos dos acusados perante o Tribunal de Nuremberg, criado para julgar os crimes cometidos durante a Guerra. A comunidade internacional precisou desenvolver uma nova concepção do próprio ordenamento jurídico que, definitivamente, não poderia mais ser compreendido abstraindo-se fatores sociológicos e axiológicos na sua aplicação. Essa foi a gênese da construção de uma teoria contemporânea de direitos humanos, que consagra a ideia de um núcleo suprapositivo de atributos inerentes à condição humana e que, portanto, resta infenso à positivação que lhe possa, porventura, contrariar.

¹⁵ ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e Direito. Linguagem, sentido e realidade*. Barueri : Manole, 2010. p. 477.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 231.

compreender o fenômeno jurídico de maneira interdisciplinar, afastando-o da pureza teórica buscada pelos positivistas:

O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua própria crítica (filosofia do direito). A interdisciplinaridade que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive os menos óbvios, como a psicanálise ou a linguística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico¹⁷.

O inevitável diagnóstico de insuficiência metodológica do positivismo para atender a todas as necessidades decorrentes das relações da sociedade com os institutos jurídicos contribuiu para que, no último quartel do século XX, se desenvolvesse uma nova tendência de reflexões acerca da função social e da interpretação do Direito. A esse conjunto abrangente, que se encontra em processo franco de construção e de expansão, convencionou-se chamar *pós-positivismo*, que pode ser entendido como sendo a “*designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem algumas ideias de justiça além da lei e de igualdade material mínima, advindas da teoria crítica, ao lado da teoria dos direitos fundamentais e da redefinição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica.*”¹⁸

Assim é que o Direito do final do século XX tem no pós-positivismo o seu marco filosófico, o que representaria uma confluência entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, os quais de forma isolada não cumpriram satisfatoriamente a incumbência de explicar e compreender os fenômenos jurídicos na sua integralidade. Ao contrário das teorias críticas,

¹⁷ ALVES, Alaôr Caffé. *Op. cit.*, p. 477. As teorias críticas do direito também foram arraigadas nas mais diversas colorações ideológicas, abrigando-se desde aquelas notadamente influenciadas pelo pensamento marxista – e que, em linhas gerais, afirmavam o Direito como a institucionalização dos interesses dominantes e acessório normativo da hegemonia de classe – até os que tinham inspiração mais liberal. Ao lado dessas teorias, muitos foram os pensadores que se preocuparam em formular diretrizes jusfilosóficas de superação ao positivismo, destacando-se, entre todos, Esser, Siches, Viehweg, Perelman, Habermas, MacCormick, Dworkin, Günter, Aarnio e Alexy (*Idem, ibidem*. p. 477) e Althusser (In BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 232). No Brasil, o principal expoente dessa tendência crítica ao positivismo jurídico é Miguel Reale, com sua conhecida Teoria Tridimensional do Direito, que propugna exatamente que a Ciência Jurídica é uma realidade tridimensional, dado que a norma jurídica é resultante de um fato observado e valorado pelo legislador; por tais motivos, não haveria sentido a sua compreensão apenas a partir da norma positivada.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.* p. 242.

essa nova postura filosófica não procura desconstruir a importância da norma, mas busca associar à sua aplicação conceitos de cunho axiológico, político e sociológico.¹⁹

Tal tendência atingiu, sobretudo, o Direito Constitucional, o que motivou a consagração do termo *neoconstitucionalismo* por parte de alguns autores, para explicar o momento metodológico de reaproximação entre o Direito e a Filosofia do Direito, que foram desconectados durante o longo período de hegemonia do positivismo jurídico. Mas como o Direito Constitucional contemporâneo também adquiriu um sentido de supremacia no complexo jurídico, fomentando conceitos e princípios de abrangência múltipla nos mais diversos segmentos, não é temerário reconhecer-se que essa mesma tendência tem sido disseminada como verdadeiro método de compreensão da própria ciência jurídica. Isso porque, no pós-positivismo, busca-se *“ir além de uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas”* e, ao mesmo tempo, reentronizam-se os valores na *“interpretação jurídica, com o reconhecimento da normatividade dos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras (...) e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana”*²⁰.

É nesse contexto que os juízes também se veem compelidos a uma releitura de seu papel moldado historicamente nos paradigmas já assinalados. Ao contrário do que se assentou durante a predominância do juspositivismo, o Poder Judiciário contemporâneo exerce um papel protagonista na concretização do direito que não se aperfeiçoa senão somente no momento da sua criação, mas se denota especialmente no momento efetivo de sua aplicação. Afinal, a neutralidade política e a indiferença à realidade se mostram inconsonantes com as demandas da sociedade, de prestação de uma jurisdição atenta à

¹⁹ “Assim, no pós-positivismo (após os anos 1970), a norma jurídica, além de tomar a forma dogmática de regra de conduta ou de estrutura – especialmente enfocada em sua dimensão sintática e semântica, destacada das circunstâncias pragmática e objeto de consideração da lógica formal, criada segundo procedimentos racionais expressos e seguros, toma também, e principalmente, as formas axiológicas e teleológicas, implícitas ou explícitas, que expressam valores e fins (princípios) a serem protegidos em um determinado contexto histórico social, particularmente no que respeita às forças sociais hegemônicas e subordinadas em permanente conflito nas sociedades contemporâneas.” ALVES, Alaôr Caffé. *Op. cit.*, p. 476.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 249.

satisfação de suas necessidades substanciais, nem sempre atendidas pela legislação ou, ainda quando asseguradas por lei, não são implementadas pelos poderes constituídos²¹. A valorização dos direitos fundamentais conclama o Poder Judiciário a buscar alternativas que não se exaurem e nem sempre se consumam na atuação do Poder Legislativo. Isso se identifica como um processo de *judicialização da política* ou *politização da justiça*, compreendido como sendo o redirecionamento de temas que, classicamente, seriam de incumbência dos demais poderes da República, para o foro judiciário. Os juízes, portanto, passam a ser responsáveis pela adoção de decisões de cunho eminentemente político – muitas delas com repercussões econômicas – para dar plena satisfação aos reclamos da sociedade, mormente diante da inércia dos demais poderes. Adquirem, com isso, uma condição de centralidade no jogo democrático, tornando suas decisões mais relevantes e mais proeminentes do que as emanadas dos demais poderes²².

Nesse contexto metodológico, os princípios adquirem uma função primordial na aplicação do Direito. Como explica Canotilho, “*um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática*”, exigindo “*uma disciplina legislativa exaustiva e completa (...) fixando, em termos definitivos as premissas e os resultados das regras jurídicas.*”²³ Por isso, a hermenêutica constitucional contemporânea, de um lado, não admite o abandono completo da regra mas, de outro, exige que se respeite o papel elementar dos princípios, que é o de “*dar unidade e harmonia ao sistema, ‘costurando’ as diferentes partes do texto constitucional*”²⁴.

²¹ É o que ocorre, p.ex., nas ações em que os cidadãos buscam a efetivação judicial de prestações positivas do Estado, asseguradas em instrumentos internacionais e na Constituição, mas que não foram providas pelos administradores.

²² Afirma Guerra Filho: “Por ser o Judiciário a única unidade que opera apenas com elementos do próprio sistema jurídico – o qual, ao prever a proibição do *non liquet*, força-o sempre a dar um enquadramento jurídico a quaisquer fatos e comportamentos que sejam levados perante ele – postula-se que essa unidade ocuparia o centro do sistema jurídico, ficando tudo o mais em sua periferia, inclusive o Legislativo, em uma região fronteira com o sistema político.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 223).

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1162.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 319. O autor lembra, ainda, que “A eficácia dos princípios constitucionais, nessa acepção, consiste em orientar a interpretação das regras (constitucionais e

Se é assim que os princípios são tratados na matriz constitucional, não menos correto é afirmar-se que esse modelo se projeta para todo o sistema de interpretação e aplicação do Direito. Afinal, mesmo em padrões exegéticos conduzidos pelo positivismo, é inquestionável a supremacia hierárquica da Constituição, sobretudo no plano formal²⁵. Com muito mais razão, essa supremacia tem de ser afirmada quando se vislumbra a posição assumida pela Constituição no contexto atual da ciência jurídica brasileira. Deixando o papel de Lei Fundamental para se tornar o *centro do sistema jurídico*, sua prevalência sobre os demais instrumentos normativos não se limita somente ao plano da formalidade, mas supõe, também, uma supremacia material e axiológica, “*potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos seus princípios*”²⁶. Dessa forma, a Constituição passa a ser “*um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito*”, de sorte que “*toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados*”²⁷. Com isso, pode-se afirmar, com segurança, que todas as facetas da Ciência Jurídica se encontram ajustadas a métodos de interpretação que valorizam o papel dos princípios não apenas no plano estrutural mas, sobretudo, no âmbito da aplicação do Direito, inclusive dotando-se-lhes de função normativa para os casos em que se encontrem lacunas no regramento positivo.²⁸

infraconstitucionais), para que o intérprete faça a opção, dentre as possíveis exegeses para o caso, por aquela que realizar melhor o efeito pretendido pelo princípio constitucional pertinente.”

²⁵ Como já exposto, um dos postulados essenciais do positivismo está relacionado à *validade formal* de uma norma, consubstanciada no fato de ter sido apoiada em outra norma hierarquicamente superior. Segundo Kelsen, um dos mais proeminentes teóricos do positivismo jurídico, “*o Direito é visto como um sistema escalonado e gradativo de normas, as quais atribuem sentido objetivo aos atos de vontade. Elas se apoiam umas nas outras, formando um todo coerente: recebe uma das outras a sua vigência (validade), todas dependendo de uma norma fundamental, suporte lógico da integralidade do sistema.*” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 457). Assim, a lógica “piramidal” do sistema normativo é da essência do positivismo, sendo certo que as normas infraconstitucionais buscam sua fundamentação sucessiva até alcançar a Constituição que, por seu turno, fundamenta-se na Norma Hipotética Fundamental.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 341.

²⁷ *Idem*, pp. 341-342.

²⁸ Dentre as funções atribuídas aos princípios está justamente a função normativa, consagrada no art. 4o. da LINDT e no art. 8o., da CLT, que autorizam ao aplicador concreto do Direito suprir as lacunas mediante o uso dos cânones principiológicos.

Aqui são necessárias algumas importantes considerações a respeito da eficácia dos preceitos constitucionais, quando defrontados com diretrizes normativas postas no sistema infraconstitucional. Por mais absurda que possa parecer essa hipótese, um estudo cuidadoso da jurisprudência permite identificarmos incontáveis situações em que alguns aplicadores do Direito interpretam a Constituição a partir do plano infraconstitucional, quando o natural seria que se fizesse o contrário. É certo que a natureza de certos postulados constitucionais exigem, para sua implementação, um suporte oriundo dos paradigmas hierarquicamente inferiores. No entanto, se há a necessidade de se buscar o sentido desses preceitos em outros instrumentos jurídicos, isso tem que ser feito de forma a valorizar o conteúdo da Constituição, vez que os princípios constitucionais funcionam como *“vetores da atividade do intérprete, sobretudo na aplicação de normas jurídicas que comportam mais de uma possibilidade interpretativa”*²⁹. Por isso mesmo, *“a eficácia interpretativa consiste em que o sentido e alcance das normas jurídicas em geral devem ser fixados tendo em conta os valores e fins abrigados nos princípios constitucionais”*³⁰. Com sua inquestionável autoridade, explica Gomes Canotilho:

“O princípio da interpretação das leis em conformidade com a constituição é fundamentalmente um princípio de controlo (tem como função assegurar a constitucionalidade da interpretação) e ganha relevância autónoma quando a utilização dos vários elementos interpretativos não permite a obtenção de um sentido inequívoco dentre os vários significados da norma. Daí a sua formulação básica: no caso de normas polissêmicas ou plurissignificativas deve se dar preferência à interpretação que dê um sentido em conformidade com a constituição”.³¹

De outra parte, mesmo os princípios que não são constitucionalizados são dotados de um amplo grau de eficácia, que os torna capazes de produzir efeitos concretos na aplicação das demais normas jurídicas. Como exprime Miguel Reale Jr., *“os princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do*

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 319.

³⁰ *Idem*.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1226.

Direito, quanto o de sua atualização prática.”³² Portanto, ainda que fundado o modelo jurídico em uma estrutura lógico-formal oriunda da sua vinculação a sistema normativo, o papel dos princípios tem notável relevância instrumental, mesmo que não estejam assinalados expressamente em nenhum texto legal.³³

A tal propósito, sempre é oportuno assinalar alguns elementos que consideramos substanciais para dissipar dúvidas com relação à distinção entre princípios e regras jurídicas. Nesse sentido, temos que, segundo a contemporânea teoria constitucional, tanto princípios como regras estão inseridos dentro do conceito de normas jurídicas, visto que ambas possuem, nas suas devidas dimensões, o caráter de normatividade³⁴. Todavia, em razão da suprapositividade, os princípios não precisam estar expressos no texto legal; bastam que sejam assimilados pelas suas diretrizes gerais, visto terem uma notável carga valorativa e um fundamento ético relevante³⁵. Por outro lado, o fato de determinada diretriz estar expressa no texto constitucional não a transforma em princípio, podendo apenas constituir uma regra de incidência obrigatória.

Além disso, pode-se afirmar que regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma do “tudo ou nada”: vale dizer que seu comando é objetivo e deve incidir à hipótese consagrada pela norma, deixando de incidir apenas se for inválida ou inaplicável ao caso³⁶. Princípios, por seu turno, “*são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos.*”³⁷ Bem por isso, as regras são normas concretas ou de abstração reduzida, enquanto os princípios são normas de alta abstração³⁸. Por fim, os princípios têm caráter de

³² REALE Jr., Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27a. ed. 8a. tiragem. São Paulo : Saraiva, 2009, pp. 304-305.

³³ Como diz Reale Jr., “a maioria dos princípios gerais de direito, porém, não consta de textos legais, mas representam contextos doutrinários, ou (...) são modelos doutrinários ou dogmáticos fundamentais.” *Op. cit.*, p. 305.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1160.

³⁵ Nos dizeres de Dworkin, são *standards* juridicamente vinculantes radicados na ideia de justiça.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 330.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1161.

³⁸ *Idem*, p. 1160.

fundamentalidade no sistema de fontes do direito, por serem “*normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes*”; logo, têm natureza normogenética, pois são “*os fundamentos das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio das regras jurídicas*”³⁹.

É exatamente nesse quadro que o Código de Processo Civil de 2015 assume um papel significativo. Cabe salientar que novo CPC é resultado de trabalho originário de uma Comissão de Juristas notáveis, instituída pelo Ato 379/09, da Presidência do Senado Federal.⁴⁰ Discutido e debatido no plano da referida comissão, o anteprojeto foi apresentado àquela Casa em 08/06/2010 e tornou-se o PLS 166/10. Enviado à Câmara dos Deputados, passou a ser o PL 8.046/10, sendo aprovado em 17/12/2014 e sancionado no dia 16/03/2015. Já na exposição de motivos do anteprojeto levado pela Comissão ao Senado Federal, nota-se uma latente preocupação na formulação do texto, para que estabeleça nitidamente um conjunto principiológico que, sobretudo, se harmonizasse com a Constituição:

*“A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária e relação à **Constituição Federal da República** fez com que se incluíssem no Código, expressamente, **princípios constitucionais**, na sua versão processual. Por outro lado, muitas **regras** foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais (...).*”⁴¹

Tem-se, portanto, que desde a sua origem, ainda na fase preliminar, o novo CPC já trouxe consigo uma manifesta intenção de afirmar a supremacia dos princípios constitucionais de processo e, além disso, de criar um sistema processual estruturado sobre esses princípios, além de outros assimilados pela ciência contemporânea, alguns dos quais igualmente positivados. Bem por isso, na sua estrutura topológica, o CPC de 2015 inova

³⁹ *Idem*, pp. 1160-1161.

⁴⁰ O ato foi publicado em 03/10/2009, no Diário do Senado Federal. A Comissão, presidida pelo Ministro Luiz Fux (então no STJ), era composta pelos juristas Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpídio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Jr., Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinícius Furtado Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim Wambier (relatora-geral).

⁴¹ Senado Federal. *Anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de motivos*. Brasília, 2010, p. 238.

com relação aos seus antecessores, ao iniciar sua parte geral com o Livro I, composto de um único título: trata-se de um tópico destinado à Normas processuais civis e, em particular, das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais. Dessa sorte, já em sua abertura o novo código atende a uma demanda antiga da doutrina, consubstanciada em uma Parte Geral que contempla princípios e regras fundamentais do processo civil (arts. 1º a 12), além de regras específicas para sua aplicação (arts. 13 a 15). Assim, consonante com o enunciado em sua Exposição de motivos, o código consagra o modelo constitucional do processo civil, repetindo normas constitucionais que tratam, por exemplo, da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV e CPC, art. 3º, *caput*); da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII e CPC, art. 4º, *caput*); do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV e CPC, art. 7º); da proteção à dignidade humana e dos princípios da legalidade, publicidade e eficiência (CF, art. 1º, III e 37, *caput*, e CPC, art. 8º) e da fundamentação das decisões judiciais (CF, art. 93, IX e CPC, art. 11). Ao lado disso, o Livro I da Parte Geral do código também ratifica a relevância de um dos escopos do processo civil, já consagrado pela doutrina: a pacificação social.⁴² Nesse mesmo sentido, ao repetir a fórmula constitucional que trata da razoável duração do processo, ressalta a busca pela satisfatividade por intermédio da decisão judicial.⁴³ Consolida, dessa forma, outra demanda histórica da doutrina, que é o reconhecimento institucional de que a efetividade é o princípio motor do processo.⁴⁴

Com isso, é indubitável que, ao assumir esses postulados conceituais, o código de 2015 permite o ingresso definitivo do processo civil brasileiro em sua fase instrumentalista, até então só frequentada no plano doutrinário e pela legislação suplementar ao Código de

⁴² Nos dizeres de Dinamarco, “*nesse quadro é que avulta a grande valia social do processo como elemento de pacificação. O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com a justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.*” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, São Paulo : Malheiros, 2001, p. 128.

⁴³ Artigos 4o. e 6o., do NCPC.

⁴⁴ Mais uma vez, socorremo-nos de Dinamarco para pontuar essa demanda, o que faz de forma precisa: “*A força das tendências metodológicas do direito processual civil na atualidade dirige-se com grande intensidade par a efetividade do processo, a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.*” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6a. ed. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 270

1973.⁴⁵ Bem por isso, o Livro I da Parte Geral do CPC-2015 assume um papel designado de **sobredireito**, consubstanciado nas diretrizes normativas fundamentais do processo civil brasileiro, aplicáveis a todo o contexto processual, inclusive para além das dimensões desse mesmo segmento da ciência jurídica.⁴⁶ Ressalta-se, mais uma vez, que o referido Livro I da Parte Geral não se limita a apontar os princípios constitucionais, mas desvela outros, não positivados na Constituição, mas que se mostram de grande relevância no contexto metodológico atual do processo. Nesse aspecto, cumpre notar que o legislador não se preocupou em descrever exaustivamente todos os princípios regentes do processo, o que seria uma tarefa imprópria e desnecessária. Imprópria, a um tempo, porque eventual adoção dessa metodologia poderia encarcerar definitivamente qualquer evolução conceitual a respeito da principiologia do processo. Assim, a partir do desenvolvimento de novas demandas e perspectivas a respeito das funcionalidades do processo, eventual proposição exauriente poderia constranger a formulação de conceitos que envolvesse a absorção de novos princípios não contemplados no Código. Por outro lado, seria desnecessária porque é doutrinariamente incontestado que os princípios possuem força hermenêutica independentemente de sua posituação, seja constitucional ou infraconstitucional. Por certo que, quando positivados na Constituição, eles podem adquirir o *status* de **princípios fundamentais**⁴⁷, passando a pertencer à ordem jurídica positiva e constituindo um relevante fundamento para o cumprimento das funções próprias dos princípios. No entanto, mesmo não estando inscritos positivamente, eles não perdem a sua carga hermenêutica, sendo capazes até mesmo de suplantar a eficácia de uma norma positiva.⁴⁸

⁴⁵ Conforme explica Cândido Dinamarco, referindo-se aos dois códigos que antecederam ao de 2015, “considerados os períodos em que se divide a história do pensamento processualística, os dois Códigos Brasileiros de Processo Civil situam-se no período autonomista, ou conceitual. As conquistas caracterizadoras da fase instrumentalista, ou teleológica, principiaram a ingressar no direito positivo brasileiro com diplomas supervenientes ao Código de 1973.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, São Paulo : Malheiros, 2001, p. 278

⁴⁶ Nesse sentido, a regra de aplicabilidade exógena das diretrizes do CPC-2015, inscrita no art. 15.

⁴⁷ Segundo Canotilho, princípios jurídicos fundamentais são aqueles “*historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.*” O autor ainda revela outras modalidades de princípios, como os “políticos constitucionalmente conformadores”, os impositivos e os “princípios-garantia”, que se voltam a outras funcionalidades. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 1165.

⁴⁸ Nesse aspecto, vale lembrar a conhecida função orientadora dos princípios jurídicos, voltada a nortear o legislador na elaboração de normas. Por isso, Maria Helena Diniz aponta que os princípios “*são normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivadas.*” DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 5a. ed. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 424.

Da mesma sorte, não é legítima a conclusão de que todos os postulados constantes do Livro I da Parte Geral têm carga principiológica. Alguns dos dispositivos assinalam regras procedimentais de concretização de princípios⁴⁹, as quais não podem ser com eles confundidas. Nessa linha de raciocínio, as diretrizes voltadas à aplicação das normas processuais, constantes do mesmo instrumento, igualmente não possuem carga principiológica, constituindo meramente regras voltadas à incidência dos demais preceitos constantes do código.⁵⁰

Essas louváveis características que o novo CPC assume não o tornam, a nosso sentir, imune a críticas. De nossa parte, associamo-nos a outros tantos que veem incontáveis defeitos nas formulações que resultaram no texto promulgado. É de se notar que todo o contexto de elaboração do novo código foi cercado de uma perspectiva de afastar o Judiciário do senso comum de que se trata de um poder que presta um serviço público *“lento, caro e difícil de utilizar”*.⁵¹ Assim, as modificações normativas, especialmente aquelas com grande impacto, tendem a trazer consigo uma expectativa de melhora na qualidade desses serviços, decorrente de uma percepção genérica - e nem sempre confirmada - de que as mudanças nas leis são capazes, por si só, de alterarem o quadro. Porém, quaisquer operadores jurídicos com alguma independência intelectual sabem que as alterações normativas têm um papel limitado na efetiva transformação do Poder Judiciário. Se é certo que as mudanças processadas nos últimos vinte anos foram eficazes, isso não se deve somente à alteração dogmática, mas a uma mudança de postura dos atores principais do processo, mormente aqueles que o fazem no prisma técnico: magistrados, membros do Ministério Público e advogados. Em sentido contrário, mas com a mesma racionalidade, pode-se afirmar que a mudança nos paradigmas de comportamento desses atores, ainda que

⁴⁹ Como é o caso dos artigos 9o. e 10, do NCPC, que se referem ao contraditório e art. 12 que trata da ordem cronológica dos processos.

⁵⁰ Bem por isso, entendemos equivocado falar-se em “princípio da subsidiariedade ou da supletividade”, invocando-se o art. 15 do CPC. O que se tem no dispositivo é uma regra de aplicação exógena das normas processuais constantes do código a outros segmentos do processo.

⁵¹ Fundação Getúlio Vargas. *Relatório ICJ Brasil*. 2o. e 3o. trimestres/2014, p. 13. Disponível em www.bibliotecadigital.fgv.br. Acesso em 10/03/2015.

com a mudança legislativa, pode não produzir nenhum resultado verdadeiramente eficiente.⁵²

Daí porque, em em nosso modesto entender, temos dúvidas se a construção um novo Código processual neste momento seria mais eficiente do que a intensificação do aperfeiçoamento dos institutos já existentes, o que se tem praticado nos últimos vinte anos.⁵³ De notar-se que o novo texto tem cerca de 85% de seu conteúdo simplesmente reproduzido - em alguns itens de forma literal - do código anterior, apurando-se uma diferença ínfima diante de todo o impacto midiático que cercou sua aprovação e sanção. Dentre as inovações, sem dúvidas algumas com relativa relevância, mas outras com graves retrocessos⁵⁴, além de normas de eficácia questionável⁵⁵ e outras de nítido populismo legislativo, tendentes a não cumprir resultado prático algum.⁵⁶ Esses fatos, ao menos até o momento, nos convencem de que talvez a solução normativa pudesse ter seguido outro curso que não o adotado.

⁵² Nesse ponto, igualmente concorda Tereza Wambier, no texto citado: “*O projeto do novo CPC não resolverá todos os problemas, pois entendemos que a racionalização das práticas cartorárias, reestruturação do Poder Judiciário, assim como uma maior performance das agências reguladoras são imprescindíveis para conferir maior efetividade às instituições do sistema de Justiça*” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et alii*. O novo CPC dará maior racionalidade ao sistema de justiça”, in Migalhas de Peso, 09/03/2015. www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182384,41046-O+novo+CPC+dara+maior+racionalidade+ao+sistema+de+Justica. Acesso em 10/03/2015., p. 2)

⁵³ É de se destacar que, a despeito de o Código de 1973 ter sido concebido com uma vertente autonomista do processo, as mudanças processadas em seu texto, mormente nos últimos vinte anos, e mais o acréscimo de leis extravagantes no sistema processual, foram todas influenciadas pela instrumentalidade, denotando uma evolução notável de concepção no plano lógico-formal do processo.

⁵⁴ Como é o caso do disposto no art. 459, do CPC, que autoriza às partes a formulação de perguntas diretamente às testemunhas, situação que tende a ser foco de eventuais conflitos e pode prejudicar a qualidade dos depoimentos testemunhais.

⁵⁵ Neste tópico cita-se a situação do chamado “saneamento cooperativo” que pressupõe a fixação dos elementos da controvérsia pelo magistrado em cooperação com as partes, estabelecido no par. 3o. do art. 357, do CPC. Ainda que se possa afirmar que o dispositivo pode ser aplicado ou não pelo juiz, segundo sua prudente ponderação, o certo é que o latente conflito de interesses entre os litigantes torna essa disposição um instrumento de difícil assimilação, justamente porque, na maior parte dos casos, há uma tendência dos litigantes de não querer assumir compromissos processuais prévios, sem ter a dimensão de como isso pode ou não afetar seus interesses.

⁵⁶ Aqui, a referência inevitável diz respeito ao disposto no art. 12 do Código, que determina a observância cronológica da ordem de conclusão para julgamento das lides. Além de se tratar de uma medida que tolhe a capacidade de gestão processual do magistrado, é dispositivo que tende a se tornar inócuo, seja pela falta de mecanismos hábeis de controle, seja por ser medida de difícil aplicação prática. Afinal, sendo os processos distintos em seu conteúdo e em sua natureza, não faz nenhum sentido que norma exija, em postulado objetivo, que seu julgamento seja feito apenas observando o critério cronológico da conclusão.

No entanto, o que nos felicita, nesse contexto, é a latente determinação do novo Código de Processo Civil de assimilar os preceitos fundantes da visão contemporânea do processo, focada no instrumentalismo e no papel significativo dos princípios na interpretação e aplicação do Direito. Espera-se, com essa notável carga metodológica, que o processo civil brasileiro se desvencilhe de vez da lógica autonomista que foi a tônica não somente da normatização anterior mas contribuiu sobremaneira na formação intelectual dos juízes e demais operadores do Direito. E que, na esteira das expectativas dos formuladores do Anteprojeto e todos os demais envolvidos na elaboração do texto, seja efetivamente consubstanciada uma nova era nas relações processuais.

Campinas, agosto de 2015.

Bibliografia

ALVES, Alaôr Caffé. *Dialética e Direito. Linguagem, sentido e realidade*. Barueri : Manole, 2010

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto *et alii*. *Dicionário de Política*. 7ª. Ed., Brasília : UnB, 1995. p. 659

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a. ed. Lisboa: Almedina, 2003

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

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1, São Paulo : Malheiros, 2001

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 5a. ed. São Paulo : Saraiva, 1993

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório ICJ Brasil*. 2o. e 3o. trimestres/2014, p. 13. Disponível em www.bibliotecadigital.fgv.br. Acesso em 10/03/2015

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial*. São Paulo: RT, 2009

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 457
_____. *Lições Preliminares de Direito*. 27a. ed. 8a. tiragem. São Paulo : Saraiva, 2009

SENADO FEDERAL. *Anteprojeto de Código de Processo Civil. Exposição de motivos*. Brasília, 2010

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et alii*. *O novo CPC dará maior racionalidade ao sistema de justiça*, in Migalhas de Peso, 09/03/2015.
www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI182384,41046-O+novo+CPC+dara+maior+racionalidade+ao+sistema+de+Justica. Acesso em 10/03/2015