Reformas processuais: estatalismo ou privatismo? Por um modelo comparticipativo

Procedural reforms: publicism or privatism? For a co-participative model

Dierle Nunes

Em tempos de nova legislação processual (o Novo Código de Processo Civil) devemos olhar para o passado, de modo a aprender com o mesmo e se evitar percalços que tendemos a reproduzir.

Tal advertência é mais que necessária quando vemos hoje, de um lado, juristas defendendo em vertente estatalista o reforço do papel dos Tribunais Superiores (de seu protagonismo judicial) em face da grande ênfase no estudo do Direito jurisprudencial e, como decorrência, a defesa de (discutíveis) virtudes dos referidos órgãos de vértice (sem controle processual pelas garantias constitucionais e por uma teoria adequada de precedentes) e, de outro, dentro de uma vertente liberal-privatista, juristas ressuscitando algumas teorias da vontade (já abandonadas pelos próprios civilistas no estudo da autonomia privada) para a defesa de uma flexibilização integral (privatista) do regramento processual, especialmente em decorrência da ampla cláusula de negociação processual trazida na nova lei (arts. 190 e 191 do Novo CPC).

Muitas vezes parece se estar lendo, sob nova roupagem e novas técnicas, o embate entre os estatalistas-publicistas (precursores da socialização processual) e os privatistas-liberais, austro-germânicos, no século XIX (início do processualismo científico) em seus debates que culminaram na prevalência do entendimento dos primeiros, a partir da nova processualística dogmática de Oskar Bülow.

E mesmo a "ressureição" dos negócios processuais (processrechtliche Verträge), com novo fôlego, não pode ser pensada como a pandectística alemã a estruturou[1] com categorias de acordos entre as partes que mediante uma vontade ilimitada poderiam gerar impactos no processo (como exemplificativamente, pactos de exclusão de um grau de jurisdição e de exclusão de competência,[2] relativas às regras de procedimento,[3] de inversão do ônus da prova,[4] entre outras, e seus limites em face da intervenção judicial)[5]. Este relevantíssimo fenômeno deve ser dimensionado em novo enfoque comparticipativo.

Como se pontuou em outra sede:[6]

O declínio da centralidade do Estado na produção normativa (legiscentrismo), estudado desde os anos 1960,[7] mas com impacto processual mais emblemático desde a década de 1990, com o desencantamento do predomínio do Estado (inclusive em face do avanço do neoliberalismo) vem garantindo um fortalecimento e sofisticação das cláusulas de consensualidade. Isto faz com que o paradoxo aparente entre duas concepções tradicionalmente apresentadas como inconciliáveis, a de contrato (que parte do acordo) e do processo (que parte do desacordo),[8] ou como preferimos, de comportamentos não cooperativos,[9] sejam postas em xeque e isto se percebe facilmente quando se vê o avanço do uso dos compromissos para se evitar a solução adjudicada mediante a convenção de

arbitragem. Poder-se-ia então se dimensionar acordos das partes no processo, com eficácia substancial, como as conciliações judiciais e os acordos tácitos de não contestação; os acordos no processo, com atos praticados fora do mesmo com eficácia interna, inclusive sobre os poderes judiciais, como a convenção de arbitragem e os acordos sobre provas; e os acordos no processo para o processo, que corresponderiam aos contratos processuais, previstos, por exemplo no art. 764 do Nouveau Code Francês[10] ou em nosso CPC 2015. E é de se pontuar que tanto em França[11] quanto no recém aprovado CPC/2015 tais acordos processuais devem ser analisados em harmonia com a premissa normativa cooperativa (comparticipativa) e com o princípio do contraditório (art. 5º, inc. LV, CRFB/88 e arts. 6º e 10, CPC/2015), servindo como técnica complementar de gestão do processo civil, com uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação da atividade processual.[12]

Precisamos, assim, sair desta dicotomia (estatalismo versus privatismo) ao se pensar num sistema processual efetivamente democrático[13] e, para tanto, devemos também voltar nossos olhos ao passado.

Em 09 de novembro de 1901,[14] Franz Klein, idealizador do grande modelo legislativo social e oral para o processo civil do século XX (a ZPO austríaca de 1895), proferiu uma célebre conferência em Dresden, na qual mostrava a necessidade de ruptura com o sistema processual então vigente, de bases individualistas e liberais (governado tecnicamente pelas partes e advogados e que reduzia os conflitos a uma discussão privada).[15]

Na preleção, o mestre austríaco apontava e defendia o papel instrumental do processo, além de ter sido o primeiro a pontuar o enorme significado (e função) social, político e econômico do mesmo; algo divulgado com ares de novidade no final do século XX, por inúmeros pensadores.

Klein dizia que na segunda metade do século anterior (XIX), o grande surgimento da economia e cultura popular continental, com suas poderosas repercussões geraram impacto na propriedade, na posse, no comércio e na estrutura da sociedade. Produção, produtividade e vendas cresceram rapidamente e o intercâmbio de bens aumentou de forma inesperada. Abarcando milhões, um comércio audacioso estende-se para além das fronteiras nacionais e, com ajuda da estrada de ferro, do telégrafo e de outras ferramentas, fez do globo terrestre inteiro o seu mercado. A magia do crédito é descoberta e sua organização cria um elo entre milhares de indivíduos que anteriormente não tinham nada em comum uns com os outros, mas que agora compartilham do sentimento de prosperidade assim como dos tremores da vida econômica. As necessidades de fruição do indivíduo tornaram-se múltiplas e, juntamente com as finalidades, também se tornam múltiplos os meios, que consistiam sobretudo, numa rica formação associativa e corporativa. Cresceram os índices populacionais, os homens se movem para mais perto uns dos outros e, tal como no intercâmbio do crédito, mostra-se na produção a divisão do trabalho entre uns e outros e seus interesses se acoplam quase que indissoluvelmente.[16]

Essas reviravoltas, que lançam seus reflexos por todos os lados, colocavam, segundo ele, evidentemente em apuros toda a vida jurídica. Neste aspecto, o processo não era poupado. Colocavam-se novas demandas ao seu mecanismo e à sua performance.

Não podemos negligenciar que o jurista tecia considerações acerca de uma época na qual havia uma divisão estanque do papel das funções estatais (Judiciário/Legislativo/Executivo) e, nesses termos, na qual o processo civil e a Jurisdição se prestavam a dimensionar somente conflitos privados, notadamente envolvendo questões de propriedade, posse, contratos, família e sucessões (litígios bipolares).

Tal horizonte interpretativo reduzia a discussão processual a uma perspectiva técnica e permitia que ao processualista somente fosse necessária a análise de institutos que permeassem sua trilogia estrutural (Processo – Jurisdição – Ação).

Apesar da já clara percepção à época, do caráter publicístico do sistema processual (que infelizmente reduziu, paulatinamente, a preocupação dos estudiosos com questões meramente formais e com a tendência romântica de se acreditar que os problemas seriam resolvidos com alterações legislativas e com o reforço do papel dos juízes), este era pensado de modo bastante reducionista, buscando somente resolver as tradicionais questões burocráticas, de custo, de celeridade e de acesso à justiça (em sua versão liberal). Questões ainda vistas como técnicas.

Viveu-se, nestes termos, durante algumas décadas uma discussão acadêmica, legislativa e pragmática vinculadas a busca de transição de um processo liberal (liberalismo processual) para um processo social (socialização processual).[17]

E neste período, a incipiente constitucionalização jurídica no direito estrangeiro (a partir da década de 1920), ao alcançar o campo processual, no entanto, impunham uma reformulação na leitura de seus institutos.[18]

Após o segundo pós-guerra, começa a mudar paulatinamente o quadro até aqui descrito, eis que se implementa a rejeição de ações políticas que visavam a uma melhoria social, inclusive em países de regime democrático-liberal. Além disso, configura uma maior abertura da ciência jurídica aos problemas da sociedade.[19]

Nos dizeres de Picardi, uma passagem de um Gesetzstaat (Estado de Leis) para um Richterstaat (Estado de Juízes).[20] com diminuição da importância do legislador e potencialização do papel da magistratura.[21]

Tal situação permitiu paulatinamente a quebra de uma visão positivista (ou mesmo exegeta) e teve o condão de colocar em pauta uma série de 'novos' paradoxos para as 'novas' funções desempenhadas pela Jurisdição estrangeira, desde então (fenômeno que passaremos a sofrer recentemente, pós 1988).

Instaura-se a "polêmica" acerca dos poderes e papéis (antigos e novos) do Judiciário permitindo todo um embate acerca da adoção pelos magistrados de um perfil ativista, para alguns, ou minimalista (self restraint), para outros.

Os diálogos institucionais entre as três funções irão potencializar o papel do Judiciário, e de seu poder, e nos mesmos termos, aumentará a importância do processo, agora constitucionalizado, como garantia constitucional de participação dos interessados na formação do provimento e como viabilizador de direitos fundamentais.

Ganha destaque a denominada “comunidade de trabalho” (Arbeitsgemeinschaft – de uma teoria normativa da comparticipação[22] ou cooperação relida) entre juiz e partes (e seus advogados), impedindo que a relação entre estes se transformasse em conflito de categorias, e promovendo na doutrina processual a idealização do policentrismo processual, que afasta qualquer concepção de protagonismo (das partes e advogados no liberalismo processual e do juiz na socialização). E não podíamos mais nos alienar desta percepção.

Especialmente quando se vislumbra que o sistema processual brasileiro traz um ambiente no qual prevalecem os interesses não cooperativos de todos os sujeitos processuais. O juiz imerso na busca por otimização numérica de seus julgados e as partes (e seus advogados) no âmbito de uma litigância estratégica (agir estratégico[23]) com a finalidade de obtenção de êxito. Esta patologia de índole fática não representa minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo, nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, deve ofertar. Ao se partir desta constatação cabe ao direito, dentro de seu pressuposto contrafático, ofertar uma base normativa que induza um comportamento de diálogo genuíno no qual estes comportamentos não cooperativos sejam mitigados.[24]

Do mesmo modo que Klein conclamou aos processualistas no início do século XX a uma nova postura para a análise do direito processual, faz-se mister a provocação dos juristas atuais, especialmente no Brasil, para novas perspectivas e novas preocupações que transcendam um análise dogmática e legal de nosso sistema processual.

Paradoxalmente, a ciência processual se manteve alheia a esta percepção e somente recentemente passou a perceber a mudança qualitativa das litigiosidades e a importância de uma constitucionalização dos direitos e do processo.

No entanto, a grande maioria dos pensadores até recentemente estavam arraigados a uma perspectiva técnica, que se preocupava com os velhos dilemas da celeridade e eficiência, sem perceber a referida mudança qualitativa das discussões. Buscava-se quase que exclusivamente o aumento da produtividade, e se olvidava que todas as digressões da ciência processual devem ser pensadas tendo o cidadão e seus direitos fundamentais como centrais, eis que a efetivação dos direitos destes seria seu fim maior.

Desde a década de 1990, e do Consenso de Washington, o Brasil tenta buscar a implementação da proposta neoliberal de busca de uma eficiência quantitativa na justiça, em face dos novos imperativos impostos pelo FMI e Banco Mundial.

No entanto, pós 1988 e assunção do paradigma do Estado democrático de direito, há de se manter em tensão (não em contraposição) as concepções liberais e sociais, e o binômio Segurança – Celeridade. Antes excludentes, agora complementares.

Não seria mais possível, nem mesmo, reduzir o objeto da ciência processual aos debates dogmáticos acerca da construção e reforma da legislação (Código); a legislação representa apenas um capítulo da discussão, ao lado de questões bem mais complexas acerca dos já indicados novos papéis assumidos pelo Judiciário e

da decorrente necessidade de se repensar seu modo de funcionamento e gerenciamento.[25]

Quando se percebe, na atualidade, que não lidamos somente com processos bipolares (um autor – um réu) acerca de pretensões patrimoniais, mas com processos multifacetados (envolvendo a litigância de interesse público: questões fundiárias, consumidor, saúde, minorias, meio ambiente, entre outras temáticas) com vários atores sociais, percebemos a necessidade de ampliar o enfoque de análise.[26]

Casos envolvendo a interferência judicial na organização e operação dos agentes administrativos públicos encarregados de subsidiar e planejar, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, já vem se tornando comum aqui e em outros países (como nos EUA) com abordagem não mais centrada no juiz e sim na interlocução ativa de todos os envolvidos (comparticipação), inclusive se reduzindo os riscos. Investe-se em um modelo deliberativo, com contraditório concentrado e participação de todos os interessados, de experts e membros da administração pública para a negociação da melhor solução possível sob condições de provisoriedade e transparência. Trabalha-se com uma renovada processualização.

Do mesmo modo que Klein conclamava os pensadores de sua época a uma ruptura interpretativa, é necessário proceder a análise de nosso sistema jurídico processual dentro de uma visão constitucional democrática, que provoque o rompimento com o paradigma (horizonte interpretativo no silêncio) até então prevalecente, especialmente quando todos os esforços de discussão se direcionam tão somente para a leitura do Novo Código de Processo Civil, recentemente sancionado.

Precisamos nos abrir para uma visão panorâmica de nosso sistema jurídico, de seus dilemas (e potenciais soluções) e no qual o processo constitucional[27] vem se tornando um dos grandes garantes do auferimento de direitos pelos cidadãos e da blindagem contra o exercício decisionista do poder.

Por mais que se estudem os princípios e o modelo constitucional de processo é absolutamente imperativo que enxerguemos em cada forma processual sua substância e fundamento de direitos fundamentais e que a técnica e a prática sejam concebidas e aplicadas dentro deste pressuposto que favorecerá soluções mais efetivas para os novos dilemas que nosso sistema vivencia.

Há bons anos se apresenta entre nós uma terceira via interpretativa que busca romper com a antiga dicotomia abordada no início (estatalismo versus privatismo) mediante uma teoria normativa da comparticipação, melhor explicada em outras sedes,[28] e que encontra respaldo na principiologia e premissas do Novo CPC.[29]

Em assim sendo, não seria mais aceitável se ler o novo modelo dogmático (Novo CPC) ressuscitando os mesmos embates do passado e se desprezando todo o avanço do estudo do direito e das ciências sociais do último século e meio. Cabe, neste momento, seriedade, reflexão e um olhar panorâmico do sistema jurídico brasileiro para que possamos realmente evoluir em prol de uma efetiva democratização processual lastreada no processo constitucional com adequabilidade. E os desafios estão apenas começando....

Notas [arriba]

[1] Cf. KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß. Berlin: Scientia Verlag Aalen, 1894. Reedição: 1969.
[2] KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. cit. p. 130-144.
[3] KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. cit. p. 144-150.
[4] KOHLER, Josef. Ueber processrechtliche Verträge und Creationen. cit. p. 159-163.
[5] Para uma análise no campo probatório cf. PEZZANI, Titina Maria. Il regime convenzionale delle prove. Milano: Giuffrè, 2009.
[6] THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. 2a edição. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.
[7] Idem.
[8] CADIET, Loïc. Les conventions relatives au process en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. cit. p. 7-8.
[9] NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e república: uma relação necessária. Revista Justificando. Acessível em : http://migre.me/mbYh3
[10] CARPI, Federico. In Quaderni della rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Accordi di parti e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p. 2-3.
[11] Na França a assertiva é de CADIET, Loïc. Les conventions relatives au process en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. cit. p. 20.
[12] CAPONI, Remo. Autonomia private e processo civile. cit. p. 102.
[13] NUNES, Dierle. Por un proceso civil efectivamente constitucionalizado. In RÚA, Mónica Bustamante. Reformas procesales em Colombia y en el mundo. Medellín: Universidad de Medellin, 2014. p. 47-49.
[14] KLEIN, Franz. Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.
[15] Nunes, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise critica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.
[16] KLEIN, Franz. Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.
[17] Nunes, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise critica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.
[18] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e Constituição: o devido processo legal. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Nova Fase, Belo Horizonte, ano XXX, n. 23/25, p. 59, 1980/1982. Segundo o autor: “os estudos dos institutos do processo não podem ignorar seu íntimo relacionamento com a Constituição, principalmente tendo em vista os instrumentos indispensáveis à garantia e modalidades de defesa dos Direitos Fundamentais do homem”.
[19] DENTI, Vittorio. Processo civile e giustizia sociale. Milano: Edizioni di Comunità, 1971. p. 31.
[20] Perceba-se que esta tendência, de desmoronamento de um Estado legislativo Parlamentar já era apontada em 1932 por Carl Schmitt (SCHMITT, p. 3), que vislumbrava a existência de Estados Jurisdicionais onde a última palavra ao se dirimir um conflito não era dada pelo legislador, mas, sim, pelo juiz (SCHMITT, p. 6). Afirmava, ainda, que o ethos do Estado jurisdicional garantia ao juiz julgar

imediatamente, em nome do Direito e da Justiça, sem mediações ou imposições de outros poderes não judiciais. Para tanto, o Direito e Justiça deveriam possuir um conteúdo unívoco (SCHMITT, Carl. Legalidad y legitimidad. Madrid: Aguilar, 1971, p. 12).

[21] PICARDI, Nicola. La vocazione de nostro tempo per la iurisdizione. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, Giuffrè, p. 42, 2004.

[22] Nunes, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático: uma análise critica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

[23] A expressão está sendo utilizada no sentido trazido em HABERMAS, Jürgen. Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta, 1998. Cap. 1; ver ainda: PEDRON, Flávio Quinaud. A teoria discursiva do Direito e da democracia de Jürgen Habermas. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3935, 10 abr. 2014. Disponível em: < http://migre.me/nJIF0>. Acesso em: 27 dez. 2014. E não como aquele veiculado ao pensamento expresso em GOLDSCHMIDT, James. Princípios Gerais do Processo Civil. Belo Horizonte: Líder, 2002.

[24] Adotada pelo Novo Código de Processo Civil. Para melhor compreensão consultar: THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

[25] Como já se disse em várias outras oportunidades, v.g. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Por um novo paradigma processual. Revista da Faculdade Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, n. 26, p. 79-98, jan.-jun. 2008. Acessível em: http://migre.me/o0ukH

[26] NUNES, Dierle et al. Curso de direito processual civil – Fundamentação e aplicação. Belo Horizonte; Fórum, 2011.

[27] Acerca do processo constitucional. Cf. BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. Processo Constitucional e e Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. Revista Eletrônica de Direito Processual. p. 236-262. Jul. –Dez/2009.

[28] NUNES, Dierle. Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. NUNES, Dierle. Processo jurisdicional democrático. cit.

[29] THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. Novo Código de Processo Civil: Fundamentos e sistematização. 2a edição. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.