



Algumas Linhas Críticas Sobre o novo Código de Processo Civil de 2015¹

(Some Critical Lines About the new 2015 Brazilian Civil Procedure Code)

Thiago Aguiar de Pádua

Ph.D. candidate and LL.M at the University Center of Brasília (UNICEUB), Brazil.

Resercher at the Brazilian Center for Constitutional Studies

Abstract: This essay pursuit criticize the new 2015 Brazilian Civil Procedure Code, under the critical-reflective perspectives. In an initial critical perspective, metaphorically from the “Engine Room” of the 2015 Civil Procedure Code, the democratic deficit of the code, and the rodriguean narrative of “Cute, but ordinary”, we invoke the character “Cadelão” (The Big Dog Bitch), in the sense of an artificial supply of wills, and compared it with the framework of the “new” code. It show us that the Supreme Court would be a kind of “Cadelão” of the Constitutional Law (constitutionalized and constitutionalizing), and the new 2015 Brazilian Civil Procedure Code would become the “Cadelão” (The Big Dog Bitch) of the legal system. Indeed, the legislative process of the “new” 2015 Brazilian Civil Procedure Code brings some revelations: even though has been stated that the new 2015 Brazilian Civil Procedure Code would be a democratic monument, in reality, it suffers from high democratic deficit. On the other hand, the “new” 2015 Brazilian Civil Procedure Code is also formally unconstitutional, because it was amended in one of the two legislative houses and did not come back to the other.

¹ Artigo escrito em homenagem às memórias de J.J. Calmon de Passos e Joaquin Herrera Flores, embora com menos brilho (e verve) do que seria necessário para, de fato, honrar a memória destes dois próceres e demiurgos do pensamento crítico-reflexivo.



Resumo: O presente ensaio busca realizar uma crítica ao Novo Código de Processo Civil de 2015, sob as perspectivas crítico-reflexivas. Numa perspectiva crítica inicial, metaforicamente a partir da “casa de máquinas do CPC de 2015”, o início da constatação do déficit democrático do CPC, e também a partir da narrativa rodrigueana de “Bonitinha, mas ordinária”, invocamos o personagem “Cadelão”, num sentido de suprimento artificial de vontades, e comparativamente, através desta observação, no quadro reformado, o Supremo Tribunal passaria a ser uma espécie de “Cadelão” do Direito Constitucional (constitucionalizado e constitucionalizante), e o “novo” CPC de 2015 passaria a ser o “Cadelão” do Ordenamento Jurídico. Demais disso, um olhar detido sobre a tramitação legislativa do “novo” CPC nos traz algumas revelações: muito embora afirme-se que o “novo” CPC de 2015 seja um monumento democrático, em realidade, ele padece de alto déficit democrático, bem como constatou-se a sua inconstitucionalidade formal em razão de ter sido alterado em uma das duas casas legislativas e não ter retornado para a outra.

Keywords: 2015; Brazilian Civil Procedure; Unconstitutionality;

Palavras-Chave: 2015. CPC Brasileiro; Inconstitucionalidade;

Summary: 1 – Previous Remarks: Brief narrative of some initial perplexities. 1.1 – Pollyannaism’s, The Big Dog Bitch, and the “Engine Room” of the 2015 Civil Procedural Code. 1.2 – The new that is not new: Procedure is power. 2 – The Democratic incipient and the formal unconstitutionality of the “new” 2015 Brazilian Civil Procedure Code. 2.1 - The striking and incipient democratic of the “new” 2015 Brazilian Civil Procedure Code. 2.2 - The formal unconstitutionality of the “new” 2015 Brazilian Civil Procedure Code. 3 – Final Remarks: strange fruit. References.



Sumário: 1 – Considerações Iniciais: Breve narrativa de algumas perplexidades iniciais. 1.1 – Cadelões, Pollyannismos e a Casa de Máquinas do CPC de 2015. 1.2 – O Novo que não é Novo: Processo é Poder. 2 – A incipiência democrática e a inconstitucionalidade formal do Código de Processo Civil de 2015. 2.1 – A flagrante incipiência democrática do CPC de 2015. 2.2 – A inconstitucionalidade formal do CPC de 2015. 3 – Considerações finais: estranho fruto. Referências.

1. Considerações Iniciais: Breve narrativa de algumas perplexidades iniciais.

1.1. Cadelões, Pollyannismos e a Casa de Máquinas do CPC de 2015

Um ensaio, algo que jamais parece ter sido definido com exatidão², como espécie, possui inúmeras limitações e um grupo de diferentes sentidos, que se entrecruzam e formam uma unidade a partir do momento em que se esgrime um discurso ou narrativa com a urdidura crítico-reflexiva.³ Já se observou também que o ensaio é um ato de rebeldia,⁴ e que está imbuído do amplo uso de metáforas, e é exatamente este último aspecto um dos motivos pelos quais é mais criticado.⁵

As metáforas, além das críticas que podem receber, também servem para informar e estruturar o pensamento em discursos e contextos, e elas são “limites-desenhos”, “limites-manutenção”, “ordenação” e “diferenciamentos”, representando mininarrativas que agem

² MÁLISHEV, Mijail. Ensayo: el origen y la esencia del género. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "*El ensayo iberoamericano*", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 267-287.

³ A polissemia decorrente da palavra ensaio atrai as seguintes características: 1) como tentativa, ligadas as ideias de intenção e intencionalidade, no sentido de que todo ensaio acontece como abertura de um “eu” que se dirige a um “outro”; 2) como prova, no triplo sentido: de dividir-se de algo, de “por a prova” e de “passar por uma prova”, numa experiência e experimentação artística, retórica e moral; 3) como simulação de um discurso, um avanço discursivo provisional, em virtude do qual se “espera ver” e se “espera até ver”, parecendo expressar certo extravio da razão, mesmo que sempre encontre o contrapeso da cautela, da sensatez, da realidade de um limite; 4) como registro da atividade que designa a palavra latina “exagium”, vale dizer, o ato de “pesar”, de comprovar o peso de algo. Cfr. LANDA, Josu. El Ensaio: Um Juego de Espejos. Notas sobre la invención de Montaigne. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "*El ensayo iberoamericano*", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 217-218.

⁴ ALCAIDE, Benjamín Lezama. El ensayista como rebelde. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "*El ensayo iberoamericano*", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 227-232.

⁵ GULDBERG, Horacio Cerutti. Hipotesis para una teoría del ensayo. Em: El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "*El ensayo iberoamericano*", tomo I. México: UNAM, 1993, p. 14.



contra o fundo de um conhecimento tácito, e neste sentido, contribuem para trabalhar mecanismos discursivos relacionados aos fenômenos políticos e sociais de uma maneira particular.⁶

A este propósito, é importante evocar o pensamento de Friedrich Nietzsche, que mencionou: “Então o que é a verdade? Um exército móvel de metáforas, metonímias e antropomorfismos - em suma, uma soma de relações humanas, que foram aprimoradas, transpostas, e embelezadas poética e retoricamente, e que após o uso prolongado parece firme, canônica e obrigatório a um povo: verdades são ilusões sobre as quais alguém se esqueceu o que são; metáforas que estão desgastadas e sem força sensível; moedas que perderam as suas fotos e agora importam apenas como metal, não mais como moedas”.⁷

Por este motivo, a relativização contextualizada da imagem das moedas da verdade, vale a pena correr o risco da crítica. Metáforas são famosas no meio jurídico, e para recordar apenas um caso notório e enigmático, observa-se que determinada decisão judicial já foi chamada de “*judicial Potemkin Village*” por parte de um dos *justices* da Suprema Corte Americana⁸, e que “tribunais de faixada” ou “inefetivos”, como a maioria dos Supremos Tribunais da América Latina, durante o período das várias épocas ditatoriais, também são chamados de “Cortes Potemkins”⁹, remontando ao famoso caso “Potemkin village”, no qual

⁶ MOTTIER, Véronique. Metaphors, mini-narratives and Foucauldian discourse theory. Em: CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. *Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world*. New York, Routledge, 2008, p. 183-194; CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. *Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world*. New York, Routledge, 2008, p. 183-194.

⁷ Tradução livre do original: “What then is truth? A mobile army of metaphors, metonyms, and anthropomorphisms -- in short, a sum of human relations, which have been enhanced, transposed, and embellished poetically and rhetorically, and which after long use seem firm, canonical, and obligatory to a people: truths are illusions about which one has forgotten that is what they are; metaphors which are worn out and without sensuous power; coins which have lost their pictures and now matter only as metal, no longer as coins.” Cfr.: NIETZSCHE, Friedrich. *The portable Nietzsche*. Reprint of the 1954 ed. elected, translated and notes by Walter Kaufmann. New York: The Viking Press, 1988, p. 46-47.

⁸ Refere-se à opinião do Justice William Rehnquist emitida no caso “Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey”, 505 U.S. 833, 966 (1992-06-29), julgado pela Suprema Corte Americana. A frase dita foi: “Roe v. Wade stands as a sort of judicial Potemkin Village, which may be pointed out to passers-by as a monument to the importance of adhering to precedent. But behind the façade, an entirely new method of analysis, without any roots in constitutional law, is imported to decide the constitutionality of state laws regulating abortion”.

⁹ BRINKS, Daniel; BLASS, Abby. *Beyond the Façade: Institutional Engineering and Potemkin Courts in Latin America, 1975-2009*. Longhorn 2014 APSA Papers, 2014.



Gregory Potemkin teria mandado construir às margens de um rio uma falsa vila para impressionar Catherine II, durante sua visita à Criméia, em 1787.¹⁰

Estimula-nos a usar a metáfora para refletir sobre um “CPC Potemkin”, que seria um pretexto para falar de um “novo” código que não é novo, pois mantidas as estruturas centrais e elementares do “velho”, com alguma decoração e perfumaria acrescentada. Isso nos conduz a uma outra metáfora: “a sala de máquinas” do CPC de 2015.

Preocupa-nos o fato de que as linhas mestras do “novo” CPC de 2015 não tenham sido objeto de consultas, precedidas de longas discussões sobre benefícios e malefícios de determinados modelos, junto a grande população votante, ou seja, mais de 140 milhões de pessoas. A população não entrou na “sala de máquinas do novo código de processo civil”, e a mesma crítica realizada por Roberto Gargarella¹¹ (neste aspecto sobre a Constituição), vale para o processo, pois ele (processo) é poder¹², isto é, representa a estrutura óssea da sociedade democrática.¹³

O presente ensaio busca realizar uma abordagem crítica sobre o “novo” CPC de 2015, a partir dos pensamentos crítico-reflexivos de inúmeros autores, citados ao longo do texto, e especialmente de J.J. Calmon de Passos (1920-2008) e Joaquín Herrera Flores (1957-2009), numa perspectiva que se limita, inicialmente, à abordagem sobre o déficit democrático do código e à sua inconstitucionalidade formal, além dos assuntos que lhes sejam conexos.¹⁴

¹⁰ Há certa controvérsia histórica sobre esse fato, com versões sobre a possível inexistência do fato, supostamente exagerado por inimigos políticos, desde a existência de uma mera “decoratividade exagerada” de uma vila então existente, até a concepção da “Potemkin village” como mito cultural.

¹¹ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013; GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution*. *Notre Dame J. Int’L & Comp. L.*, vol. 4, 2014.

¹² WHITEHOUSE, Sheldon. Speech: Opening Address. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n. 7, jun./2014, p. 1518.

¹³ FORTAS, Abe. *Concerning Dissent and Civil Disobedience*. New York: The New American Library, 1968, p. 60.

¹⁴ Há em curso, ainda, o projeto de criticar academicamente três outros aspectos do novo CPC de 2015: as estruturas de poder estabelecidas, a ideologia, e os mecanismos de funcionamento. O “ser” e o “dever ser” sobre o qual nos fala Gustavo Zagrebelsky ao refletir sobre o agir do Tribunal Constitucional Italiano, e o “ser” e o “dever ser” que opõe as análises acadêmicas de Lenio Luiz Streck e José Rodrigo Rodríguez. Confira-se, respectivamente: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Trad. Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 2008, p. 13; STRECK, Lenio. [Entrevista]. Previsibilidade e Segurança: “Fundamentação de decisões



Pensadores múltiplos e complexos, desnecessário dizer que não concordam eventualmente sobre todos os temas que serão abordados, e nem seria coerente se (e nem seria de se esperar que) isso ocorresse. Mas a crítica, ferramenta especialmente manejada pelos dois, possui um importante papel no direito, embora muitas vezes negligenciado em detrimento de uma pretensa neutralidade apologética. Não nos referimos à crítica pueril e infanticida, que debate com ferraduras *ad hominem*¹⁵, mas à crítica válida, útil e produtiva, com substância que debate ideias, institutos e instituições.¹⁶

Fala-se do tipo de crítica, seminal, que o professor Paul Bator, o grande artífice da reforma do poder judiciário americano das décadas de 1970 e 1980 fez à Richard Posner, ao resenhar um de seus livros, referindo-se a este último como “um escritor preso a uma epistemologia superficial e insatisfatória”¹⁷, críticas essas que Richard Posner considerou interessantes e não desprovidas de mérito, estimulando-o, confessa-o Posner, “a examinar os problemas da filosofia do direito em maior profundidade do que jamais [lh]e ocorrera fazê-lo”.¹⁸

vai diminuir drasticamente número de ações”. Conjur de 30.05.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/entrevista-lenio-luiz-streck-jurista-professor>>, acesso em 30.05.2015.

¹⁵ As críticas *ad hominem* são válidas apenas quando buscam denunciar o comportamento contraditório.

¹⁶ Para referirmo-nos a apenas três exemplos de crítica válida, útil e produtiva, com substância que debate ideias, institutos e instituições – dentre tantos existentes, cite-se respectivamente uma sobre uma obra, uma sobre um instituto e uma sobre ciclo de rebates críticos: 1) a interessantíssima análise crítica que Joaquín Herrera Flores realizou sobre o livro de Antonio Enrique Pérez-Luno (*Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*), 2) a ácida crítica de J.J. Calmon de Passos sobre a “Instrumentalidade do Processo”, e 3) os vários ciclos de excelentes embates críticos entre Ronald Dworkin e Richard Posner sobre temáticas diversas entre os anos de 1997, 2000 e 2007. Cfr.: HERRERA FLORES, Joaquín. A proposito de la fundamentacion de los derechos humanos y de la interpretacion de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (Nuova Epoca)*, n. 45, mayo-junio, 1985; CALMON DE PASSOS, J.J. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. *Revista de Processo* n. 102, 2001; DWORKIN, Ronald. In Praise of Legal Theory. 29 *Ariz. St. Law Journal*, 353, 1997; POSNER, Richard. Conceptions of Legal ‘Theory’: A response to Ronald Dworkin. 29. *Ariz. St. Law Journal*, 379, 1997; DWORKIN, Ronald. Philosophy & Monica Lewinsky. *The New York Review of Books*. Vol. XLVII, n. 4, Mar.-2000; POSNER, Richard. An Affair of State: An Exchange. *The New York Review of Books*. Vol. XLVII, n. 7, Mar.-2000; POSNER, Richard. Dworkin, Polemics and the Clinton Impeachment Controversy. 94 *Nw. U. Law Review*, 1023, 2000; DWORKIN, Ronald. *Posner’s Charges: What I Actually Said*. Disponível em: <<http://gongfa.com/dewojinbosina.htm>>, acesso em: 11.04.15; POSNER, Richard. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication. 63 *N.Y.U. Ann. Sur. Am Law* 9, 2007.

¹⁷ BATOR, Paul. The Judicial Universe of Judge Richard Posner. 52 *University of Chicago Law Review* 1146, 1985, p. 1161.

¹⁸ POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. xvi.



Assim, este ensaio pretende realizar breves e sinceras críticas ao “novo” CPC de 2015, com ênfase em ideias, institutos e instituições, e de forma alguma se dirige a qualquer pessoa em particular. Seria desnecessário dizê-lo.¹⁹ Se o ensaio receber o privilégio da leitura e vier a provocar algum debate, mínimo que seja, já terá conseguido um excelente resultado. Dito isto, passemos à crítica.

Embora não expressamente reconhecido, parece haver sobre o “novo” código de processo civil de 2015 uma espécie de “pollyannismo”, segundo o qual muitos juristas emulam sobre ele o “jogo do contente” (*the glad game*), como se dissessem, ou pensassem que fomos presenteados com um código que precisa ser olhado pelos seus melhores lados, no exemplo de quem espera ganhar uma boneca de presente, na caixa de donativos da igreja, mas acaba recebendo um par de muletas.²⁰

¹⁹ Em termos de crítica, dentre muitos outros, 5 são os principais documentos utilizados no presente ensaio, referentes ao Código, que naturalmente envolve as ideias inerentes a cada um: 1- Anteprojeto do CPC do Senado Federal, elaborado comissão de juristas. 2- Projeto de Lei do Senado do Novo CPC (PLS Nº 166/10). 3- Projeto de Lei Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa). 4 - Alteração do Senado ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem). 5 – Lei Federal n. 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil. Respectivamente: BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto elaborado pela Comissão de Revisão do CPC instituída em outubro de 2009 pelo Ato n. 379 do Presidente José Sarney. Brasília: Senado Federal. 2009; BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado do Novo CPC (PLS Nº 166/10). Brasília: Senado Federal, 2011; BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa). Brasília. Câmara dos Deputados. 2014; BRASIL. Senado Federal. Alteração do Senado ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”. Brasília: Senado Federal, 2014; BRASIL. Presidência da República (Planalto). Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília-Brasil, 2015.

²⁰ Explica-se o jogo do contente a partir da narrativa de sua adaptação infantil, num diálogo entre as personagens Nancy e Pollyanna: “(...) – Você é um bocado estranha, menina. Está sempre alegre com qualquer coisa que lhe acontece – observou Nancy. – Foi assim na estação, no sótão, e agora... – Faz parte do jogo. – Que jogo? – O jogo do contente! – Quem meteu isso na sua cabeça, querida? – Meu pai. É um jogo lindo! Brinco disso desde pequena... Pollyanna explicou à empregada que tudo tinha começado com umas muletas que ela e o pai encontraram na caixa de donativos da igreja. Ela havia pedido uma boneca ao pai e, quando a caixa de donativos chegou, só encontraram um par de muletas para criança. – o jogo consiste em encontrar alegria em tudo que acontece. – E onde está a alegria em encontrar muletas no lugar da boneca? Eu posso saber? – No início, eu também não entendia, mas meu pai me explicou... – E então? – A alegria está justamente em não precisar de muletas. Viu como é fácil? Nancy disse que isso era uma grande bobagem, mas Pollyanna não concordou: – Pelo contrário, o jogo é lindo! Desde aquele dia, sempre que acontece alguma coisa ruim, o jogo fica mais divertido. É verdade que foi difícil conseguir jogar quando papai morreu...” Cfr. PORTER, Eleanor. *Pollyanna*. São Paulo: Scipione, 2001, p. 14-15.



Presenciamos um “pollyannismo processual civil”. Recebemos um Código “novo”, que não é bom, e nem é novo, mas somos estimulados a olhar pelos eventuais lados bons: seria supostamente um código da democracia; teríamos honorários de advogados públicos e privados minuciosamente estipulados, que são ressaltados como destaques do código, que na verdade possui um outro apelido: estatuto da advocacia parte II²¹.

O “pollyannismo processual civil” nos leva a pensar, inconscientemente, da seguinte maneira: se não temos um código bom, e nem novo, é como se continuássemos com um velho arcabouço, sobre o qual, pelo menos, já sabemos manejar as estruturas do velho, sobre as quais sequer se cogita utilizar a “crítica” da “interpretação retrospectiva”, da qual nos recorda José Carlos Barbosa Moreira²², com a lógica utilizada por Luis Roberto Barroso²³ para, atualizando o dizer, referir que a Constituição de 1988 demorou a avançar porque seus intérpretes finais, os Ministros do STF durante a transição, não foram substituídos.

²¹ Embora a nobre classe dos advogados mereça todo respeito, valorização e consideração, como função essencial à justiça, há que ser destacada contextualmente a retumbante e significativa frase do presidente da OAB Nacional, Marcus Vinícius Furtado Coelho, quando da realização do Congresso Brasileiro sobre o novo CPC, em 13 de abril de 2015, em Brasília, na sede do Conselho Federal da OAB, de que “o novo Código de Processo Civil vem sendo conhecido, por parte da advocacia, como o estatuto da advocacia parte 2, porque todas as conquistas da advocacia que não conseguimos há 20 anos atrás, no estatuto em vigor, agora estão postas nesse novo Código”. Sonha-se com o dia em que um CPC seja o estatuto da cidadania parte I, discutido pelo cidadão, nascido no seio da cidadania e para ele, o cidadão. O veto presidencial sobre uma efetiva novidade do Código ainda fez expressa menção de que a OAB teria se manifestado a favor do veto. Cfr.: Disponível em: <<http://youtu.be/o5SSk74AN-w>>, acesso em: 14.04.2015.

²² Sobre o ponto, a observação de José Carlos Barbosa Moreira: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”. Cfr.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, n. 304, 1988, p. 151-152.

²³ Reflita-se sobre a assertiva de Luis Roberto Barroso: “Sem embargo da inegável virtude pessoal e intelectual de muitos dos juízes que lá tinham assento, a corte constitucional brasileira, encarregada de interpretar a nova Carta, era composta de juristas cuja nomeação era lançada a crédito do regime militar. Sem dever o seu título de investidura à nova ordem, e sem compromisso político com a transformação institucional que se opera no País, a Corte reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca má-vontade para com algumas inovações. Não se escapou aqui de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”. Cfr.: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 24; BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 52, 1999, p. 50-51.



A mesma lógica nos levaria a pensar sobre a conveniência de substituímos todos os ministros do STJ e do STF (aliás, todos os juízes) a cada transição de governo, ou alteração legislativa de grande porte, como os códigos em geral, o que parece avesso ao sistema Constitucional brasileiro.

Ao escrever uma das mais famosas “Forewords” da *Harvard Law Review*²⁴, analisando o ano de 2000 da Suprema Corte americana (*We the Court*²⁵), Larry Kramer observou que John Marshall proferiu a declaração de independência da Suprema Corte com uma frase entrincheirada na decisão do caso *Marbury v. Madson*.²⁶ Talvez precisemos de uma declaração de independência contra “pollyannismos”, e possivelmente um início seja substituir a palavra “departamento judicial” por “doutrina e crítica”, na famosa construção frasal.²⁷

Impressiona-nos o fato de que a engrenagem reformista, inserida na maquinaria do “novo” código, que aliás nem cheira a tão novo assim, parece albergar um produto que tenta “desafogar” os tribunais superiores em geral, e o STF em particular, dos processos que parecem os sufocar, e para atender a lobbies de vontades corporativas.

²⁴ O projeto de análise da “temporada” anual do desempenho da Suprema Corte americana é uma rica e ambiciosa experiência da doutrina norte americana, que ocorre desde 1951 num fascículo especial da revista de direito de Harvard (*Harvard Law Review*), na seção “Foreword – The Supreme Court Term”, em que um renomado doutrinador escreve sobre a Corte. Entretanto, a inspiração é mais antiga, remontando a uma série de artigos escritos pelo então professor de direito de Harvard, Felix Frankfurter, e posteriormente Juiz da Suprema Corte, entre 1925-1940. Cfr.: TUSHNET, Mark; LYNCH, Timothy. *The Project of the Harvard Forewords: A social and intellectual inquiry. Constitutional Commentaty*, vol. 11, 1994, p. 463-500.

²⁵ KRAMER, Larry. *We The Court. Harvard Law Review*, vol. 115, 2001.

²⁶ Tão arraigada está a decisão (*Marbury v. Madson*) na cultura jurídica americana, que Larry Kramer cita-a, e ao fazer a ligação em nota de rodapé, questiona, provocativamente: “Eu preciso mesmo incluir uma citação? Por amor à forma: *Marbury v. Madson*, 5 U. S. (1 Cranch), 137, 176 (1803)”.

²⁷ Disse o famoso Juiz: “É enfaticamente o domínio e a conduta do departamento judicial dizer o que é o Direito”. Com a mudança proposta, teríamos: “É enfaticamente o domínio e a conduta d[a] [doutrina e da crítica] dizer[em] o que é o Direito”. Sobre o papel da crítica doutrinária, dois pensadores de necessária observação: O primeiro, Lenio Streck, a nos recordar que “a doutrina deve voltar a doutrinar e não se quedar submissa e caudatária da ‘jurisprudência’”; o segundo, Luiz Otavio Rodriguez Jr., sobre o papel da discussão doutrinária como “elemento democrático na criação do Direito”, e que precisa sobreviver; ambos já representam, a seu modo, declarações de independência da doutrina contra “Pollyannismos”. Cfr.: STRECK, Lenio. ENTREVISTA: Direito Sumular. *Carta Forense* de 01.12.2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sumular/3120>>, acesso em: 21.04.2015; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OtavioLuiz.pdf>, acesso em: 21.04.2015.



A este propósito, calha trazer à reflexão uma das peças teatrais de Nelson Rodrigues, “Bonitinha, mas Ordinária ou Otto Lara Resende”²⁸, para recordarmos um de seus personagens mais enigmáticos: o famigerado “Cadelão”, cuja tradução para o inglês seria de difícil versão, mas talvez se acomodasse bem como “The Big Dog Bitch”, numa androginia de sentidos.²⁹

Este personagem aparece num contexto mais amplo da obra, e seria aquele que “supostamente” pratica violência sexual contra a personagem Maria Cecília, que na versão cinematográfica³⁰ de 1981 é interpretada pela atriz Lucélia Santos. No entanto, uma das duas grandes chaves interpretativas³¹ da peça é o fato de que não se trata de uma violência sexual propriamente dita (no sentido comum), antes, seria a criação de um personagem por parte da suposta vítima de modo a atender às suas próprias vontades e desejos.³²

Através desta observação, no quadro “reformado”, o Supremo Tribunal passaria a ser uma espécie de “Cadelão” do Direito Constitucional (constitucionalizado e constitucionalizante), e o “novo” CPC de 2015 passa a ser o “Cadelão” do Ordenamento Jurídico. No primeiro caso, porque passa a representar aquele no qual se depositam vontades que, como a lascívia, precisam ser saciadas. No segundo caso, por apresentar uma pluralidade de vontades que são saciadas à conta-gotas.³³

²⁸ RODRIGUES, Nelson. *Otto Lara Resende ou, Bonitinha, mas ordinária*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

²⁹ A provocação de Nelson Rodrigues mistura numa palavra, o apelido invocado, características de tamanho e miscigenação entre masculino e feminino. Cachorro + Cadela + Grande = Cadelão.

³⁰ Versão da Sincrocine, direção de Braz Chediak, com Lucélia Santos, José Wilker, Vera Fischer, Carlos Kroeber, Milton Moraes, Mme. Henriette Morineau, Rubens Correa, e grande elenco, “Bonitinha, mas Ordinária” ou “Otto Lara Resende”, de 1981 é baseado na peça de Nelson Rodrigues.

³¹ A outra grande chave interpretativa refere-se ao fato de que Edgar, funcionário do pai de Maria Cecília, recebe um cheque para que se case com a filha do chefe, num enredo no qual a frase “o mineiro só é solidário no câncer” representa o influxo para que o personagem se liberte, ao final, rasgando o cheque, abandonando tudo e indo viver seu verdadeiro amor com uma “mulher da vida”.

³² Na verdade, como revelado na peça, a personagem Maria Cecília, ainda adolescente, lê uma notícia de jornal sobre um estupro praticado por um grupo de homens, e a partir daquele dia passa a acalantar a vontade de ser, ela mesma, violentada por um grupo de homens, seduzindo seu cunhado para que este providenciasse, mediante remuneração, o serviço. O próprio nome “Cadelão” refere-se ao cunhado seduzido, que se apaixona pela tara e devassidão de Maria Cecília. Cfr.: RODRIGUES, Nelson. *Otto Lara Resende ou, Bonitinha, mas ordinária*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. p. 101-103.

³³ A crítica de que a Constituição foi dominada por Lobbys, os mais diversos, feita por J.J Calmon de Passos, se aplica ao novo CPC de 2015. Estão lá materializados os Lobbys dos bancos, dos cartórios, da OAB, da Defensoria Pública, do MP e em alguma medida, da magistratura. Todos pretenderam saciar sua vontade, eliminando sua



Ali estão presentes metaforicamente, da maneira como narrado por Walter Benjamin, o jogo e a prostituição³⁴, pois no local de realização de ambos encontra-se presente a mesma “delícia”, e também a mais pecaminosa delas, que é colocar “o destino no prazer”.³⁵

Num primeiro sentido, propiciando a aleatoriedade das circunstâncias, cuja crítica sobre sua racionalidade atinge parlamentos e julgadores, já se tendo falado em justiça lotérica ou randômica³⁶, ou na sugestão de julgamentos por sorteios, como observado por Jon Elster.³⁷ Num segundo sentido, numa reforma que continua a permitir não duas, mas três instâncias de julgamento³⁸, recordando o chiste do Conde Horace de Viel-Castel, que indagado sobre a virtude de certas mulheres, respondeu que elas pareciam bastante com as cortinas dos teatros, pois suas saias se levantam toda noite, não apenas uma, mas três vezes.³⁹

Mas o “pollyannismo processual” nos diz que isso pode ser bom, quando na realidade as três cortinas que devem nos inspirar são muito outras. Observa-se que Vladimir Nabokov foi à Nova Iorque para dar uma aula acerca da literatura russa, e ao entrar na sala de aula, imediatamente fechou as três cortinas, para em seguida abrir um pouco a primeira janela, e ao entrar a luz, disse: isso é Pushkin. Na segunda janela, abriu as cortinas um pouco mais que a

sede e obstruindo a sua fome, no STF e no novo CPC. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. *Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão*. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 189-191; CALMON DE PASSOS, J.J. *Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadã*. São Paulo: LTR, 2009.

³⁴ Além da construção do raciocínio, baseado em Walter Benjamin, observe-se a afirmação do processualista argentino Adolfo Alvarado Velloso, de que a falta de uniformidade jurisprudencial vulnera o postulado constitucional da igualdade, e que a jurisprudência uniforme diminui a litigiosidade e evita a prostituição interpretativa das normas. Cfr.: VELLOSO, Adolfo Alvarado. *Reflexiones Criticas Acerca del Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba*. Obra en Homenaje al Bicentenario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1991.

³⁵ BENJAMIN, Walter. Charles Baudelaire um lírico no auge do capitalismo. *Obras Escolhidas III*. Trad. José Carlos Martins Barbosa e Hemerson Batista. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 235-267.

³⁶ DUXBURY, Neil. *Random Justice*. Oxford, University Press, 2012.

³⁷ ELSTER, Jon. *Juicios Salomónicos: Las Limitaciones de racionalidad como principio de decisión*. Trad. Carlos Gardini. Barcelona: Gedisa, 1999.

³⁸ Evidentemente que a referência tem em mente a primeira instância, o tribunal de justiça (ou regional federal, ou eleitoral, ou militar o trabalhista) e um terceiro nível de análise, para manutenção da integridade do ordenamento em termos de preservação da legislação federal e/ou da constituição, mas não se desconhece que podemos ter nestes casos até 4 instâncias, se considerarmos a recorribilidade do STJ para o STF.

³⁹ BENJAMIN, Walter. Charles Baudelaire um lírico no auge do capitalismo. *Obras Escolhidas III*. Trad. José Carlos Martins Barbosa e Hemerson Batista. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 237.



metade, e disse: isso é Gogol. Na terceira janela, abriu toda a cortina, e com o entrar da luz, disse: isso é Tolstói!⁴⁰

A terceira luz deve ser o Supremo Tribunal Federal, que de *lege lata* não poderia permanecer com a sua competência banalizada, e o estabelecimento de cortinas/janelas com intenção de “filtragem da luz” tem o condão de tornar tão lotérica quanto caricata a acessibilidade aos umbrais da Corte. Neste sentido, o novo não é novo.

1.2. O Novo que não é Novo: Processo é Poder.

Com efeito, é importante observar um divisor de águas relativo a identificação dos corpos pré-legislativos do “novo” CPC. Sancionado em 16 de março de 2015, o “novo” Código, a Lei Federal 13.105/2015, finalmente se transformou em realidade após uma breve⁴¹ caminhada legislativa, oriunda do Anteprojeto elaborado e apresentado pela comissão de juristas instituída pelo Ato nº 379/2009, por parte do então presidente do Senado, José Sarney. Falou-se em novo, mas o novo não veio.

E porque continuamos a não poder falar em novo processo civil? Pelos mesmos motivos observados por J.J. Calmon de Passos sobre uma reforma pretérita que também pretendia trazer o “novo”, nos advertindo: “para se falar em um novo processo civil teríamos que

⁴⁰ Narra-se: “Nabokov, que hoje tem uma altura de Joyce, Proust e Kafka, (...). Mas o Nabokov foi à Nova Iorque para dar uma aula sobre literatura russa, e em lá chegando, claro, os garotinhos bem alimentados, olhos verdes, olhos azuis, as meninas bem bonitinhas, já donos do mundo! Falaram: “- O que que esse cara vem dar [de] literatura russa. Nós já sabemos isso”. Eles estavam esperando o burocrata do partido stalinista. Quando Nabokov entrou na sala de aula, ele entrou com uma elegância, que quando o russo atinge essa elegância o inglês é um mendigo. Ele olhou, os garotos olharam (que que essa cara vem fazer aqui). Olhou para as três janelas, com três grandes cortinas, ele foi na primeira janela, fechou a primeira cortina; foi na segunda janela, fechou a segunda cortina; foi na terceira janela, fechou a terceira cortina; [depois], veio na primeira abriu um pouquinho ou quase até a metade, entrou aquela luz, e disse: isso é Pushkin; foi na segunda, abriu-a quase depois da metade, entrou aquela Luz, e disse: isso é Gogol; foi até a última, abriu-a inteira, e disse: isso é Tolstói. Vamos falar sobre literatura russa!” Cfr.: ABUJAMRA, Antônio. Narrativa Oral. Programa Provocações nº568 com o filósofo Renato Janine Ribeiro, bloco 3, em maio de 2012. Disponível em: <<http://youtu.be/kvPOy5fzoqs>>, acesso em: 22.04.2015.

⁴¹ Breve, considerando-se a data da instituição da comissão elaboradora do anteprojeto e a sua conversão em lei (2009-2015 – 6 anos aproximadamente), evidentemente, relativamente à média das tramitações dos códigos que conhecemos, *e.g.*, o ora vigente Código Civil teve tramitação legislativa entre os anos de 1975 e 2001 (26 anos aproximadamente). Breve, ainda, se considerarmos os longos anos de tramitação legislativa em outros países, como os 20 anos em que as regras federais de procedimento civil dos Estados Unidos foram debatidas no Senado americano até a sua efetiva promulgação em 1934, com entrada em vigor em 1938.



comprovar terem ocorrido mudanças no tocante ao processo de produção do direito”. E este modo de produção do direito ocorre em variados níveis de complexidade.⁴²

Como observa Deleuze, citado por J.J. Calmon de Passos, devemos desconfiar de países com muitas leis, pois este fato denuncia a fragilidade de suas instituições.⁴³ Mais ainda, e aqui atualizamos o pensar, desconfiemos também se for agigantado o número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, Súmulas Vinculantes, etc.

No momento da escrita destas linhas, no plano federal, temos contabilizadas aproximadamente 13.114 Leis Federais Ordinárias, 149 Leis Federais Complementares, 8.433 Decretos (sem contar os Decretos não numerados), 2.230 Medidas Provisórias Anteriores à Emenda Constitucional n. 32 (muitas delas já convertidas em lei), 673 Medidas Provisórias Posteriores à Emenda Constitucional n. 32 (muitas delas já convertidas em lei), 5.310 ADI's, 341 ADPF's, 32 ADO's, 35 ADC's.

Desconfiemos de nossas instituições, sobretudo na academia, que necessita pensar com os olhos da crítica, especialmente em termos de mudanças legislativas sobre o processo. Conforme observado por Judith Resnik, reconhecida processualista da faculdade de direito de Yale, nos Estados Unidos, “a história do processo é uma série de tentativas de resolver os

⁴² Observa Calmon de Passos distintos e variados níveis de produção do direito: “processo constitucional, legislativo, negocial, administrativo e jurisdicional de produção do direito, com seus produtos específicos: constituição, leis infraconstitucionais, atos administrativos, contratos e sentenças (lato senso) dos diversos procedimentos adotados por cada qual deles, tendo em vista certas particularidades de seu produto específico. Só para exemplificar: é diverso o procedimento adotado para apresentar, discutir e votar emendas constitucionais daquele adotado para os projetos de lei ordinária, variando este, inclusive, se oriundos do Executivo ou de algum integrante do Parlamento.”. Cfr.: CALMON DE PASSOS. J.J. Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 18, jun-ago./2009, p. 4.

⁴³ Observa Calmon de Passos: “Dar prioridade a soluções jurídicas para conflitos sociais é impossível e indesejável. A nível macro, jamais existiu. A nível micro, denuncia a falência das instituições sociais. A saúde de um povo decorre da saúde de suas instituições sociais. Daí a advertência irônica de Deleuze: se você chegar a um país com muitas leis, não fique nele; isto denuncia a fragilidade de suas instituições. Mas se ele tiver poucas leis, pode nele fazer sua morada. As instituições são fortes e elas é que garantem a saúde social. Em país civilizado, as leis apenas cuidam das instituições já socialmente consolidadas.” Cfr.: CALMON DE PASSOS. J.J. Há um novo moderno processo civil brasileiro? *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 18, jun-ago./2009, p. 5.



problemas criados pela geração precedente de reformas processuais”.⁴⁴ Faz algum sentido a observação.⁴⁵ E parece que fará novamente no futuro.

Abe Fortas, um dos mais conhecidos *Justices* da Suprema Corte americana, foi bastante preciso ao afirmar que o “processo é a estrutura óssea de uma sociedade democrática”⁴⁶, o que pode ser resumindo com a observação de Sheldon Whitehouse: “processo é poder”.⁴⁷

Acabamos de ver nascer, em 2015, nosso terceiro código de processo civil nacional (1939, 1973 e 2015), e não realizamos uma revolução no processo. Não compreendemos – ou negligenciamos (proposita ou inconscientemente), a necessidade da implementação de robustas bases para um “Direito Processual Social” ou de um “Direito Processual de Grupos Sociais” no Brasil.⁴⁸

Negligenciamos, como já dito, que o “processo é poder”, e que ele é o mecanismo pelo qual (também) são travadas as lutas por direitos, quando deveríamos ter tido em mente a necessidade de enxergar o processo, e todos os seus institutos e pressupostos a partir da

⁴⁴ Em tradução livre do original: “The history of procedure is a series of attempts to solve the problems created by the preceding generation’s procedural reforms”. Cfr. RESNIK, Judith. Precluding Appeals, *Cornell Law Review*, vol. 70, 1985, p. 603-624.

⁴⁵ Toma-se aqui “*procedure*” por processo, e tomaríamos também “*substantive law*” por direito material a partir do clássico artigo de Thurman W. Arnold sobre esse tema em 1932, e portanto antes da reforma federal do “processo” civil nos Estados Unidos. Cfr. ARNOLD, Thurman W. The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process. *Harvard Law Review*, vol. XLV, n. 4, feb., 1932.

⁴⁶ FORTAS, Abe. *Concerning Dissent and Civil Disobedience*. New York: The New American Library, 1968, p. 60.

⁴⁷ WHITEHOUSE, Sheldon. Speech: Opening Address. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n. 7, jun./2014, p. 1518.

⁴⁸ Confirma-se a bem engendrada narrativa contextualizada sobre a evolução processual, e a necessidade de uma nova tipologia de processo. Primeiro sobre “Direito Processual Social”, e depois em uma atualização desta perspectiva, para “Direito Processual de Grupos Sociais”. Cfr.: GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual de Grupos Sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas*, Brasília: versão do autor, 2015 (mimeo); GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual Social Atual: entre o Ativismo Judicial e o Garantismo Processual*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 82, p. 45-79, 2013; ROCHA, E. P. ; GUEDES, J. C. . *Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: algunas tecnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los derechos fundamentales*. Universidad Complutense de Madrid. España. Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época, v. 11, p. 451-492, 2010; GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual Social no Brasil: As Primeiras Linhas*. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 2, enero-junio, 2006, p. 55-91; GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas*. *Revista de Processo*, v. 142, p. 137-167, 2006;



“racionalidade de resistência”⁴⁹, numa perspectiva que contemplasse sua complexidade a partir dos direitos humanos⁵⁰, com a conscientização de que existem ao menos seis decisões iniciais⁵¹ e seis paradoxos⁵² referentes aos direitos humanos, cujo esquema de compreensão teórica radica na insuplantável figura do diamante ético⁵³, e que precisavam ser inseridos, em perspectiva de criação legislativa, no “novo” CPC, inclusive a partir e além das premissas para uma teoria crítica do direito.⁵⁴

⁴⁹ HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Trad. Carol Proner. Em: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). *Direitos Humanos e Filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁵⁰ HERRERA FLORES, Joaquín. La Complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada. *Revista Internacional de Derecho e Ciudadania*, n. 1, p. 103-, junho/2008; HERRERA FLORES, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. Em: HERRERA FLORES, Joaquín. *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

⁵¹ Registre-se desde logo que as 6 decisões iniciais sobre os direitos humanos, observadas por Joaquín Herrera Flores, são: 1) pensar, é pensar de outro modo; 2) transição da negatividade dialética para a afirmação ontológica e axiológica; 3) pensar as lutas por dignidade humana significa “problematizar” a realidade; 4) transitar da utopia para as “heterotopias”; 5) a indignação relativamente ao intolerável deve nos conduzir ao encontro positivo e afirmativo de vontades críticas; 6) nem todos são iguais. Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. *La verdad de una teoría crítica. Seis decisiones iniciales y seis paradojas de los Derechos humanos*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2005.

⁵² Observe-se desde logo que os 6 paradoxos referentes aos direitos humanos observadas por Joaquín Herrera Flores são: 1) o “lugar comum”; 2) a “condição humana”; 3) os “padrões duplos”; 4) “os direitos e o mercado”, 5) “os direitos e os bens”, e, 6) os direitos humanos, como produtos culturais ou ideológicos? Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. *La verdad de una teoría crítica. Seis decisiones iniciales y seis paradojas de los Derechos humanos*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2005.

⁵³ Com a figura do diamante ético de Joaquín Herrera Flores, um bom exemplo de acolhimento de marcos teóricos para levá-los além, conforme Antonio Suxberger: “oriundo da figura do diamante cultural delineada por Wendy Griswold, o diamante ético concretiza um esquema de conhecimento e ação, para enfim se estabelecer como um marco pedagógico na teoria crítica dos direitos humanos. Em verdade, e aqui sem nenhum demérito à importantíssima obra de Griswold, talvez a maior contribuição de *Cultures and societies in a changing world* tenha sido exatamente incutir em Joaquín o que lhe levaria a criar seu diamante ético”. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Formação e ponto de inflexão: entre palavras e verdades. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 211.

⁵⁴ A esse propósito, as 16 premissas de uma teoria crítica do direito de Joaquín Herrera Flores, pois precisa ficar claro que o direito, inclusive o direito processual, é sempre o produto de uma determinada ordem de relações sociais, e o qual, uma vez validado institucionalmente, passa a condicionar e regular o acesso aos bens desde o ponto de vista de quem detenha, ou controle o poder, e nesta perspectiva, o direito é sempre um processo de criação e reprodução de objetos (normas, regras, procedimentos) que estão em estreita relação com a divisão social em classes hegemônicas e subordinadas, ou seja, o direito não sustenta a si mesmo, eis que reconhece e garante os resultados das lutas sociais, precisando do apoio e da crítica de grupos de interesse ou movimentos e organizações sociais – cada um a seu modo, defendendo diferentes formas de regulação das relações sociais. Cfr. HERRERA FLORES, Joaquín. 16 Premisas de una teoría crítica del derecho. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13.



E isso porque as mesmas necessidades de se “reinventar os direitos humanos”⁵⁵ estariam presentes (também) na necessidade de “reinvenção do processo civil”, que equivale a dizer: reinvenção de um mecanismo de poder, representativo da estrutura óssea da sociedade democrática.

No entanto, preferimos elaborar um Código que não inova em praticamente nada, e portanto sequer deveria ter nascido.⁵⁶ Quais são as grandes novidades do código “novo”? Acabar com o juízo de admissibilidade nos Recursos Especial e Extraordinário pelo presidente dos tribunais *a quo*?⁵⁷ Ora, ele nem sempre existiu⁵⁸, e sua morte pelo código “novo” confirma Judith Resnik, de que jamais deveria ter nascido, pois – repita-se: a história do processo é uma

⁵⁵ HERRERA FLORES, Joaquín. *La reinvención de los derechos humanos*. Colección ensayando. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

⁵⁶ Veja-se, a propósito, que Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao analisarem o Anteprojeto e o Projeto do Senado, em 2010, observaram que um código deve pretender sistematizar o direito processual, fazendo uma crítica sobre a dualidade do CPC Buzaid de 1973 e do Código Reformado, mas que a sistematização não seria a única razão ou oportunidade para um novo código, vale dizer, um novo código também deve apresentar “renovação metodológica”, pois em seu seio encontra-se presente a dualidade “tradição” e “ruptura”: “se o que se pretende é a outorga de coesão ao direito processual civil, e o acréscimo deste ou daquele instituto novo, colhe-se ensejo para simples consolidação. Ai sobressai com maior peso a tradição. Codificar e consolidar são coisas diferentes”. Observaram ainda que diferentemente das codificações processuais civis de 1939 e 1973, o Projeto apenas repetia muito do que já existia. Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 56. Veja-se ainda a profunda pesquisa de Fábio Siebeneichler de Andrade acerca da codificação, com destaque para a perene disputa entre “*ratio*” e “*autoritas*” no seio da disputa codificante. Cfr.: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da Codificação – A crônica de um conceito*, Livraria do Advogado, 1997, p. 27-28.

⁵⁷ CPC/2015: “Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão remetidos ao respectivo tribunal superior. Parágrafo único. A remessa de que trata o caput dar-se-á independentemente de juízo de admissibilidade.”

⁵⁸ Lei Federal 3.396/1958, que alterou os artigos 864 e 865 do CPC/1939: “Art. 3º O recurso será interposto perante o presidente do Tribunal recorrido, e, nas causas alçada perante o próprio juízo prolator da decisão da qual se recorre. § 1º Recebida a petição, publicar-se-á aviso do seu recebimento e ficará ela na secretaria do Tribunal ou no cartório do Juízo, à disposição do recorrido, que poderá examina-la e impugnar o cabimento do recurso dentro em três (3) dias, a contar da publicação do aviso. § 2º Findo esse prazo, serão os autos, com ou sem impugnação, conclusos ao presidente do Tribunal ou ao Juiz, que deferirá ou não o seguimento do recursos (sic) no prazo de cinco (5) dias. § 3º Será sempre motivado o despacho pelo qual o presidente do Tribunal ou o Juiz admitir o recurso ou denegar a sua interposição”. Confira-se, ainda, o clássico “Juízo de admissibilidade dos recursos civis”, de José Carlos Barbosa Moreira: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Civis. *Revista de Direito*, Volume 19, 1976, p. 104-105.



série de tentativas de resolver os problemas criados pela geração precedente de reformas processuais”.⁵⁹

A novidade seria o “Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica”? Um grupo de quase meia dúzia de artigos que já eram, no modelo anterior, em suas linhas gerais, seguidos por grande parte dos juízes, à exceção dos juízes trabalhistas, que continuarão a não fazê-lo? Acabar com o livro do processo cautelar? Mantendo pedido de “procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente”?

A novidade estaria em estabelecer, minuciosamente, casos em que a sentença não será considerada fundamentada? Repete o truísmo da desnecessidade dos Embargos de Declaração⁶⁰, pela mesma lógica: a previsão de fundamentação é constitucional, e estabelecer formalismos de “justificação da decisão” peca por não se preocupar com o que era mais óbvio e necessário: um *quadrivium* representado pela correta adoção, a partir de uma perspectiva constitucional, de mecanismos que permitissem e unificassem legislativamente: 1) teoria das fontes; 2) teoria da norma; 3) teoria da interpretação; e, 4) teoria da decisão.⁶¹

Entretanto, optou-se por fazer coexistir uma mixagem teórica⁶² absolutamente inadequada, ao tempo em que se adota mecanismo que estabelece que “Os tribunais devem

⁵⁹ Confira-se a nota n. 44, supra.

⁶⁰ Por todos, confira-se: STRECK, Lenio. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. Em: *Compreender Direito: Desvelando as obviedades do discurso jurídico*, volume 1, 2ª edição, revista. São Paulo: RT, 2014, p. 90-97.

⁶¹ Conforme observado por Lenio Streck, “no Brasil, com o advento da Constituição, ocorreram demandas das mais variadas. No campo da teoria do direito, precisamos de uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma, uma nova teoria da interpretação e, finalmente, uma nova teoria da decisão”. Cfr. STRECK, Lenio. Entrevista. *Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais*. V. 81, n. 4, ano XXIX, Out./Dez.-2011, p. 16.

⁶² Confira-se os “12 Pontos de Streck” contra mixagens metodológicas: STRECK, Lenio. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 143-153. E ainda, conforme observa o mesmo autor em outra oportunidade: “O pensamento jurídico (desde a dogmática jurídica até alguns setores sofisticados da teoria do direito) professa, de há muito, um tipo pernicioso de sobreposição de paradigmas filosóficos. Ou seja, os mais diversos juristas constroem sua argumentação sob um solo mutante, composto por tipos diversos – e no mais das vezes contraditórios – de posições filosóficas. Chamo isso de “mixagem teórica”. Cfr.: STRECK, Lenio. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011, p. 635; STRECK, Lenio. As Recepções Teóricas Inadequadas em *Terrae Brasilis*. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.



uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”⁶³, estipula-se que o juiz (e está implícito também o Tribunal), no “caso de colisão entre normas”, deve “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada”⁶⁴, enunciando – registre-se, “as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. Sem dúvida uma espécie de “Führerprinzip”⁶⁵, a despertar o mesmo tipo de preocupação que John Hart Ely⁶⁶ suscitou ao escrever sobre a Suprema Corte americana em 1978, e cuja preocupação foi retomada por Richard Posner⁶⁷ ao também escrever sobre a Suprema Corte americana em 2005.

⁶³ Conhecida como “Emenda Streck”, a introdução da excelente e necessária previsão de que os Tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência, e mantê-la estável, íntegra e coerente, sofre os influxos da perniciosa convivência com a mixagem teórico-legislativa da ponderação. Cfr.: STRECK, Lenio. Grande Avanço: Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! *Conjur* de 21.10.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>, acesso em 15.04.2015; STRECK, Lenio. Senso Incomum: Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Conjur* de 18.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>, acesso em: 15.04.2015; STRECK, Lenio. Ganhos Para O Brasil: O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta! *Conjur* de 25.02.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>>, acesso em: 15.04.2015.

⁶⁴ Veja-se, a este propósito a crítica de Lenio Streck, para quem a inserção da ponderação é inadequada. STRECK, Lenio. Senso Incomum: Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Conjur* de 08.01.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>, acesso em: 15.04.2015.

⁶⁵ Observe-se que a previsão de afastamento de uma norma, em detrimento de outra, por motivos de “justiça”, baseados na discricionariedade do juiz, nos faz recordar o discurso de Adolf Hitler sobre “o Führer protege o Direito”, numa “oposição entre um direito substancial, não separado da eticidade e da justiça, e a legalidade vazia de uma neutralidade inautêntica”, e ele, o Führer, protege o Direito “quando ele, no instante do perigo, cria o direito sem mediações, por força da sua liderança e enquanto juiz Supremo, conforme observado por Ronaldo Porto Macedo Jr. E ainda, sendo um mecanismo que permite “desformalizar” o direito, no sentido de ser contrária a determinado formalismo, está radicada também na seguinte observação de Cass Sunstein: “No período nazista, os juízes alemães rejeitavam o formalismo. Eles não confiavam no significado ordinário ou original de textos legais. Ao contrário, pensavam que as leis deveriam ser interpretadas de acordo com o espírito da época, definido com referência ao regime nazista. Pensavam que os tribunais poderiam levar a cabo a sua tarefa somente se não permanecessem presos à letra da lei (...)”. Confira-se, respectivamente: MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177-182; SUNSTEIN, Cass R. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? Em RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201-236; GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes de. Notas em torno do processo penal no nacional – socialismo alemão: Gleichstung e Führerprinzip. Intertemas. *Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Presidente Prudente, 2000, p. 59-67.

⁶⁶ ELY, John Hart. The Supreme Court, 1977 Term - Foreword: On Discovering Fundamental Values, *Harvard Law Review* vol. 92, 1978.

⁶⁷ POSNER, Richard. The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review* vol. 119, 2005.



Sem nos alongarmos demasiadamente sobre o tema, recordemos aqui que geralmente a ponderação é realizada (de maneira simplista, equivocada e *ad hoc*⁶⁸) com base no “princípio da proporcionalidade” e/ou da “razoabilidade”, aos quais o Ministro Eros Grau observou que se transformaram em gazuas aptas a arrombar outros Direitos Fundamentais.⁶⁹ Faz recordar Goffredo Silva Telles Jr, ao dizer que na ditadura os “Atos Institucionais” eram os “pés-de-cabra” para o arrombamento das estruturas constitucionais do Brasil.⁷⁰

Pois bem, assemelha-se ainda, *mutatis mutandis*, ao que Paulo Bonavides chama de silencioso golpe de Estado institucional, em diferenciação aos golpes de Estado clássicos e tradicionais (que se valem de tanques de guerra nas ruas, do fechamento das casas legislativas e com interdição dos veículos de opinião). Não é um golpe de Estado no governo, e sim nas instituições. O golpe de Estado institucional remove regimes, e não governos. Entende com valores, e não com pessoas.⁷¹ Este golpe, instrumentado com gazuas e pés-de-cabra, podemos chama-lo de “decisões-golpes de estado institucional fundadas na força proporcional ou razoável da ponderação”.

⁶⁸ Veja-se, a propósito, dois trabalhos acadêmicos de fôlego sobre o uso e sobre o mal-uso da ponderação e da proporcionalidade, que não podem ser simplificados ou vulgarizados: MORAIS, Fausto dos Santos. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013, 346f. *Tese (Doutorado)* - UNISINOS. São Leopoldo, abril de 2013; LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

⁶⁹ São as seguintes as contundentes observações de Eros Grau: “Tenho criticado aqui --- e o fiz recentemente (ADPF 144) --- a 'banalização dos princípios' [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um 'princípio superior', aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de 'corrigir' o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são princípios --- porque não reproduzem as suas características --- porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito'. No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual 'não há direitos absolutos'. E tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos”. Em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 95.009/SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06.11.2008, itens n. 34 e 35 do voto.

⁷⁰ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Uma estória para a história. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 95, 2000, p. 49.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 23-24.



Ao lado de possivelmente termos realizado transplantes legais (ou jurídicos) de maneira pouco (ou quase nada) refletida, vimos passar à brancas vistas, a oportunidade de inserção de dispositivo que normatizasse a citação/utilização de doutrina e/ou julgados/precedentes de outros países e de órgãos transnacionais⁷², atribuindo menos importância legislativa do que parece necessário sobre a rica discussão acerca do diálogo entre juízes⁷³, da “teoria dos transplantes jurídicos”⁷⁴ e sobre como esse tema é largamente discutido em outros países, que dificilmente aceitam a utilização de precedentes estrangeiros por uma série de variados e importantes motivos.⁷⁵ Vale, no entanto, uma detida leitura e reflexão sobre a densa tese de doutoramento de Ruitemberg Nunes Pereira sobre a circulação global de precedentes em matéria de direitos humanos, especialmente para pensarmos no contexto brasileiro.⁷⁶

⁷² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009; Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

⁷³ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 166-225; NUNES PEREIRA, Ruitemberg. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n 4, 2012; NUNES PEREIRA, Ruitemberg. *A Circulação Global dos Precedentes: Esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de Direitos Humanos*. 2014. 634 f. Tese (Doutorado em Direito) — Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2014.

⁷⁴ CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; PARISE, Agustín. *Legal transplants and codification: exploring the north american sources of civil code of argentina (1871)*. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; GIBSON, J. C. *Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the australian legal system*. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; HEIRBAUT, D.; GERKENS, J. F. *In the shadow of France*. Legal acculturation and transplants in the southern Netherlands/Belgium. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010; HUSA, Jaakko. *Legal families*. Elgar Encyclopedia of Comparative Law, pp. 382-393, Jan. M. Smits ed., Cheltenham: Northampton, 2006.

⁷⁵ TRIPATHI, P. *Foreign precedents and constitutional law*. *Columbia Law Review*, v. 57, n. 3, 1957, p. 321; WALDRON, J. *Foreign Law and the Modern *Ius Gentium**, 119 *Harvard Law Review*. 129, 2005; POSNER, Richard. *No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent In Any Way*. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>, acesso em: 06.10.2014; YOO, John; DELAHUNTY, Robert J. *Against Foreign Law*. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Volume 29, Number 1, 2005; GINSBURG, Ruth. *Transcript of Interview of U.S Supreme Court Associate Justice Ruth Bader Ginsburg*. Interviewed by Professor Deborah Jones Merrit & Professor Wendy Webster Williams. Interview of Justice Ginsburg. *Ohio State Law Journal*, v. 70, 2009.

⁷⁶ NUNES PEREIRA, Ruitemberg. *A Circulação Global dos Precedentes: Esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos*. 2014, 634f. Tese (Doutorado) - UniCEUB. Brasília, 2014.



Perdemos a oportunidade de criar um modelo a partir de uma densa reflexão sobre a teoria das exceções normativas, ou derrotabilidade⁷⁷ (*defeasibility*⁷⁸) no âmbito processual, mas antes, permitimos que um solipsismo jurídico-processual possa avançar em direção à dignidade e à integridade do direito, como um zumbi faminto por devorar os restos de seu próprio cadáver.

A novidade eficaz seria o estabelecimento de uma seção específica sobre “Da Prática Eletrônica de Atos Processuais”? Dificilmente; sem estabelecer um livro ou capítulo no novo CPC que buscasse unificar nacionalmente o processo eletrônico. Vale destacar que poucos dias após a promulgação do CPC de 2015, a OAB apresenta proposta para alterar a Lei 11.419/2006 (lei do processo eletrônico), o que podia, e deveria ter sido feito no CPC para sistematização.⁷⁹

Acaso a novidade seria a permissão para que se realize sustentação oral nos agravos de instrumento, interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de

⁷⁷ No Brasil, escrevendo sobre derrotabilidade, e de consulta obrigatória: CUNHA FROTA, Pablo Malheiros da. *Derrotabilidade das normas jurídicas e sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR, n. 52, p. 81-99, 2010; Ainda, a tradução de Tiago Lopes Mosci do artigo: BÄCKER, Carsten. *Regras, princípios e derrotabilidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, pp. 55-82, V. 102, 2011.

⁷⁸ Entre tantos outros, sobre a “*Defeasibility*”, são seminais os trabalhos de H. L. A. Hart e Frederick Schauer. O primeiro, introduzindo a ideia de derrotabilidade na filosofia do direito, e da maneira como aparece pela primeira vez no clássico texto a palavra “*defeat*” (derrotar) e “*defeasible*” (derrotável, mas que pode receber o sentido de “anulável”), em tradução livre: “Quando um estudante aprendeu no direito inglês que existem condições positivas requeridas para a existência de um contrato válido, isto é, pelo menos duas partes, uma oferta de um, a aceitação do outro, e em alguns casos um memorando escrito e consideração, seu entendimento sobre o conceito legal de um contrato permanece incompleto, e permanece assim mesmo se ele aprendeu as habilidades dos advogados para a interpretação da técnica, mas alguns termos permanecem vagos como “oferta”, “aceitação”, “memorando”, “consideração”. Para essas condições, mesmo que seja necessário, nem sempre é suficiente, e ele ainda precisa aprender o que pode anular uma pretensão de que há um contrato válido, mesmo se todas essas condições estejam satisfeitas”. O Segundo, um dos mais famosos defensores da tese de que a “*Defeasibility*” não é parte essencial do direito, observa que ela, a “*Defeasibility*” é muito difundida no direito (mas não falava do Brasil), pois os fazedores do direito não são oniscientes e não podem prever o que o futuro irá trazer, pois isso é uma limitação inerente ao ser humano, e que em casos tais, não previstos, a aplicação do direito pode ocorrer numa perspectiva que seja absurdo, tolo, injusto ou ineficiente. Ver, respectivamente: HART, H.L.A. *The Ascription of Responsibility and Rights*. Em: *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 49, p. 171-194, 1949; SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility na Essential Property of Law? Em: FERRER, J.; RATTI, C (Org.). *Law and Defeasibility*. Oxford University Press, 2010; SCHAUER, Frederick. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. *Current Legal Problems*. MDA, *Freeman*, vol. 48, 1998, p. 223-240; SCHAUER, Frederick. *Exceptions*. *University of Chicago Law Review*, vol. 58, 1991.

⁷⁹ ROVER, Tadeu. Qualidade de Vida: Comissão da OAB propõe atualização na Lei de Processo Eletrônico. *Conjur* de 17.04.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-17/comissao-oab-propoe-atualizacao-lei-processo-eletronico>>, acesso em 18.04.2015.



urgência ou da evidência, conforme previsão do art. 937, inciso VIII, contida no Capítulo “Da Ordem dos processos no Tribunal”?

Trazemos parcialmente de volta a discussão sobre a previsão do art. 857 do CPC de 1939, alterado pela Lei Federal n. 2.970, de 24 de novembro de 1956 (Lei Castilho Cabral), declarada inconstitucional pelo STF em 1º de dezembro de 1956, e suspensa por resolução do Senado Federal (RSF n. 23 de 1959), cuja problemática foi parcialmente revivida com o art. 7º, IX, da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia Parte I), cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo STF por meio da ADI 1.105, ajuizada pelo Procurador-Geral da República.

E ainda, um recurso *pro et contra*, permitido em casos de deferimento ou indeferimento, que certamente não concorrerá para a celeridade processual, e causará o abarrotamento das pautas dos tribunais, pois sendo de 15 minutos a sustentação oral⁸⁰ para cada uma das partes (recorrente e recorrido), *e.g.*, com 10 Agravos por dia (com vinte sustentações orais), teremos a necessidade de 5 horas apenas para os julgamentos dos ditos agravos. E a previsão aqui é a de celeridade?

Perdeu-se a oportunidade de normatizar, nacionalmente, importantes questões sobre a deliberação nos tribunais, com possibilidades que vão desde o estabelecimento de um verdadeiro sistema deliberatório (sem desconhecer que esse fato também seria complexo, em razão da discussão sobre a separação das funções do poder estatal), ao estilo socrático⁸¹ cuja participação do advogado fosse de fato efetiva, perpassando pela normatização contra os abusos dos pedidos de vista⁸², cujo abuso data de há muito tempo no STF, a ponto de o pedido de vista ser chamado de poder de veto unilateral.⁸³

⁸⁰ Curiosa a mensuração do tempo de fala dos procuradores das partes. Na primeira instância, 20 minutos prorrogáveis por mais 10 minutos (art. 364); 15 minutos, nas sustentações orais dos casos previstos no art. 937; 30 minutos, no caso de se tratar de incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 984, II, ‘a’).

⁸¹ Para algumas interessantes discussões sobre alguns limites e problemas da deliberação colegiada, veja-se: DORF, Michael C. The Supreme Court, 1997 Term - Foreword: The Limits of Socratic Deliberation. *Harvard Law Review* vol. 112, 1998, p. 4-83; SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. Garbage in, Garbage Out? Some Micro Sources of Macro Errors. *Journal of Institutional Economics*, 2014; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, 2012.

⁸² A normatização contida na engenharia processual do art. 940 não estabeleceu que o prazo não é impróprio, vale dizer, se descumprido mediante justificativa “razoável” permitiria a continuação do quadro dos prazos



Perdeu-se ainda a oportunidade do estabelecimento de formalização e uniformização do modo de escolha e do procedimento de seleção dos juízes dos tribunais, referentes ao quinto e ao terço constitucional, especialmente em relação as sabatinas, com vistas ao estabelecimento dos procedimentos internos referentes as escolhas das listas pelos tribunais e estabelecimento de prazos para a indicação e nomeação. Problemas recentes e notórios parecem decorrer da não existência de uma norma federal sistematizadora e uniformizadora, que bem poderia ser o CPC de 2015.

E não apenas dos juízes, mas também de seus assessores (*law clerks*), pois destes depende grandemente a agenda e as decisões políticas, administrativas e judiciais dos tribunais, devendo ser destacada a famosa frase do Justice da Suprema Corte Americana, Robert Jackson: “O Senado não mais precisa se incomodar com a confirmação dos Justices, mas ao invés disso deveria confirmar a nomeação de seus assessores”.⁸⁴ O próprio *Justice* Robert Jackson referia-se a um de seus assessores (*law clerks*) Bennett Boskey com uma deferência

estabelecidos para os juízos e para os tribunais. E ainda, já havia no CPC de 1973 previsão similar, até a reforma de 2006. Ademais, não estabelece previsão de punição ao presidente de tribunal que não requisitar os autos para julgamento. Nem se diga que a previsão da Representação por Inércia ou por Excesso de Prazo prevista no CNJ resolveria o problema, pois o Conselho é impotente contra o Supremo Tribunal Federal, cujos pedidos de vista são os mais prejudiciais à sociedade coletivamente considerada, em razão do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade.

⁸³ Neste sentido, observe-se os dados do projeto “Supremo em Números”, e os artigos de Diego Werneck Arguelhes: ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. Pedido de vista é poder de veto. Opinião, Folha de São Paulo de 15.04.2015; FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. Supremo em números. III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2014.

⁸⁴ Tradução livre: “*The Senate no longer need bother with the confirmation of justices but rather ought to confirm the appointment of their law clerks.*” (Justice Robert H. Jackson). Cfr.: BRYAN, Amanda C. Principled Agents or Legal Rasputins? Influence, Ideology, and the Cert. Pool on the U. S. Supreme Court. Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association, 2012; PEPPERS, Todd C. O Leakers and legal briefers: the modern Supreme Court Law Clerk. Charleston Law Review, vol. VII, 2012; PEPPERS, Todd C.; ZORN, Christopher. Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment. Depaul Law Review, vol. 58, 2008; PEPPERS, Todd C.; GILES, Michael W.; TAINER-PARKINS, Bridget. Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use Their Law Clerks. Albany Law Review, vol. 71, 2008; NELSON, William E.; RISHIKOF, Harvey; MESSINGER, Scott; JO, Michael. The liberal tradition of the Supreme Court Clerkship: Its Rise, Fall and Reincarnation? Vanderbilt Law Review, vol. 62, 2009; WASBY, Stephen L.; SWANSON, Rick A. Good Stewards: Law Clerk Influence in State High Courts. The Justice System Journal, vol. 20, n. 1, 2008.



especial, pois este, sobre assuntos referentes aos procedimentos da Suprema Corte, era aquele que “sabia melhor o que estava fazendo”.⁸⁵

Insista-se na continuação das indagações novidadeiras: estariam as novidades do código em obrigar o seguimento das decisões do STF, ou dos tribunais? E por acaso já não há a previsão constitucional da súmula vinculante? E antes dela, os Assentos⁸⁶? E na década de 1933 já não havia o Decreto nº 23.055, de 9 de agosto de 1933, que tornava obrigatório seguir as decisões da Suprema Corte?

Como sempre, fizemos uma reforma que se preocupa em “livrar de processos” os tribunais superiores, e o STF, elegendo prioridades que não são muito bem o que determina o art. 5º, XXXV, da CF/88. Para a falácia de que ninguém tem o direito de levar uma briga de galos - ou de vizinhos, ao crivo da Suprema Corte, basta recordar que sem reforma constitucional que transforme o STF em uma Corte Constitucional, ainda continuam em vigor suas três competências (originária, recursal ordinária e recursal extraordinária).

J.J. Calmon de Passos critica as várias reformas inerentes – especificamente - ao poder judiciário brasileiro, da qual o novo CPC de 2015 seria um fragmento, sob o fundamento de que inexistiria uma crise específica desse poder, mas sim do Estado brasileiro⁸⁷, e que qualquer

⁸⁵ O Justice Harlan F. Stone, para quem o mesmo assessor (*law clerk*) trabalhou, ao fazer uma carta de recomendação, descreveu com minúcias as tarefas desenvolvidas pelo ajudante: “seus deveres comigo incluíram a preparação de memorando sobre pretensões de casos e casos pendentes perante a Corte; a preparação de memorandos jurídicos; a correção de votos (*opinions*) e, de maneira geral, assistindo à preparação de todo trabalho da Corte para minha disposição e exame.” (Livre tradução). Cfr. BARRET, John Q. Bennett Boskey's Book, Some Joys of Lawyering. Edição do autor, 2008. Disponível em: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20080515-Jackson-List-Boskey.pdf>>, acesso em 19.04.2015.

⁸⁶ Raízes dos “Assentos” nas Ordenações Manuêlinas de 1521 (§ 1º do Título 58 do Livro V). Raízes dos “Assentos” nas Ordenações Filipinas de 1595 (§ 5º do Título 5 do Livro I). Assentos na Lei da Boa Razão, de 18.08.1769. Assentos no Brasil-Império por “Resolução da Assembleia-Geral, por meio do Decreto 2.684, de 23.10.1875. Confirma-se, por todos: CASTANHEIRA NEVES, A. *O Instituto dos <<Assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Almedina, 2014; FERREIRA NETO, Osly da Silva. Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. *Anais do VII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, Salvador, 2008; FERREIRA NETO, Osly da Silva. Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. *Revista Evocati* nº 32, 2008; DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. Os “assentos” (I). *Tribuna do Norte*, em 10.11.2013. Disponível em: <tribunadonorte.com.br/noticia/os-assentos-i/266143>, acesso em: 02.04.2015.

⁸⁷ Paulo Bonavides também acompanha essa assertiva, ao afirmar: “Os que formulam propostas de reforma do Judiciário, com o intuito de fazer mais eficaz a prestação jurisdicional, acoimada até agora de omissa, lenta, burocrática e tardia e, por isso mesmo, irmã gêmea da impunidade ou fatora indireta da corrupção dos



tentativa de reforma que se restrinja ao poder judiciário seria de todo inoperante, aliado ao fato de que haveria a necessidade, também, de se ter em conta que há uma “infecção externa”, ou seja, uma força incidente e preponderante do econômico e do político sobre o direito.⁸⁸

Em termos do que conhecemos como “constituição analítica”, inescapável a crítica de que tal faceta nos deu uma espécie de “catálogo telefônico constitucional”, em que tudo está constitucionalizado, ao lado da convivência entre os controles difuso e concentrado de constitucionalidade, numa patente “incompatibilidade de gêneros”, trazendo a obrigação de criação de óbices para o jurisdicionado, que ao lado da centralização política (que traz consigo centralização legislativa), obrigaria a correção dos problemas de nosso federalismo, para resolvermos o problema do recurso especial, mas preferimos criar óbices para a admissibilidade recursal.⁸⁹

governantes, nem sempre percebem que os meios de mudança estarão invariavelmente fadados ao malogro, se o tratamento das mazelas judiciais não se fizer acompanhar de uma transformação no comportamento do Executivo e do Legislativo, donde promanam vícios que contaminam o ser social e o ente público. A crise não é propriamente do Poder Judiciário, mas do Estado mesmo e, neste, do Poder Executivo, seu ramo hegemônico, onde ela grassa com extrema virulência e intensidade, irradiando-se, em seguida, aos demais Poderes.” Cfr. BONAVIDES, Paulo. O Poder Judiciário e a Democracia. Em: *Do País Constitucional ao país neocolonial: A derrubada da constituição pelo Golpe de Estado institucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 73-74.

⁸⁸ Baseando as críticas em duas obras de autores específicos, Giovanni Sartori (*Engenharia Constitucional: Como mudam as constituições*) e Adam Przeworski (*Democracia e mercado no leste europeu e na América Latina*), alega-se que “Institucionalizamos uma democracia social, a mais ambiciosa do mundo, quando jamais fomos sequer uma incipiente democracia social. Constitucionalizamos valores e objetivos já agredidos de modo selvagem pela globalização plenamente triunfante em fins da década de oitenta e lhes emprestamos o caráter de cláusulas pétreas. Aprisionamos tudo na camisa de força da constitucionalização, transformando nosso Pacto Máximo em um caleidoscópio de pretensões ingênuas. Fizemos de nossa Constituição um código do trabalho, um estatuto do servidor público, uma lei orgânica da magistratura e do ministério público e outros apêndices, um mini direito de família, nem esquecemos os silvícolas, os idosos, os deficientes físicos, as mulheres, os infantes. Só deixamos de fora os mortos, por não termos tido a suficiente fé de que nosso poder constituinte seria capaz de ressuscitá-los”. Cfr. CALMON DE PASSOS, J.J. Reforma do Poder Judiciário. Em: CALMON DE PASSOS, J.J. *Ensaio e Artigos*, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 484.

⁸⁹ Afirma ainda, que: “A sobrecarga na justiça local e nas federais especializadas resulta da elevada litigiosidade que se institucionalizou em nossa sociedade e é incentivada a cada dia. Nenhum empenho existe no tocante a criarmos instituições sociais capazes de gerar consenso e fazer a triagem dos conflitos sociais. Até mesmo a Administração Pública é algo menor, porquanto se pode prescindir dela e ir-se diretamente ao Judiciário. E o mais curioso é que se invoca para essa grave deformação uma de nossas famosas cláusulas pétreas: a de que nenhuma lesão de direito ou ameaça a direito pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Deduziu-se (o Judiciário) desta cartola de mágico um entendimento que dá primazia a todos os juízes frente ao Executivo, em detrimento do que seja efetivamente uma democracia e da inocultável realidade da impotência do Poder Judiciário para operar a nível macro, tanto em termos políticos quanto em termos econômicos, somando-se a isto sua vocação natural de alheamento a tudo que ultrapassa os estreitos limites dos microconflitos de interesses com os quais lida



As preferências de institucionalização e reforma legislativa, com vistas a “filtragem” e implemento de óbices aos julgamentos de ações e recursos podem ser ideias antigas, agravadas com o decorrer dos anos, pois há muito se fala de crise do Recurso Extraordinário, nascido sem nome, e portanto inominado, através do Decreto 848, de 1890, e assim mantido sob a Constituição de 1891 e sob a reforma de 1926, e o acúmulo recursal sempre foi o *leitmotiv* reformista: “é a sobrecarga decorrente dos recursos extraordinários a pedra de toque de quase todas as sugestões reformistas”.⁹⁰

Se a função ou finalidade do Recurso Extraordinário, a partir dos julgamentos do STF antes de 1988, segundo pensamento clássico, era a de “tutelar a autoridade e a unidade do direito federal”, e assim “sendo eminentemente política”, após 1988 esse papel passou a ser compartilhado com o STJ, com a extinção do Tribunal Federal de Recursos e a criação dos Tribunais Regionais Federais.

Com essa operação de engenharia constitucional, trocamos um Tribunal (TFR –Tribunal Federal de Recursos) por seis (o STJ – Superior Tribunal de Justiça e 5 TRF’s – Tribunais Regionais Federais), com a realocação de algumas competências do STF. Antes de 1946, no entanto, o STF exercia a função de tribunal de 2ª instância para as causas de interesse da União. Entre 1946 e 1988, a segunda instância da União foi exercida pelo então existente Tribunal Federal de Recursos.

Nossa história tem sido a de tentar encontrar a maneira mais adequada de dar vazão adequada ao crescente número de processos, com efetividade e celeridade. E esta história jurídico-processual muitas vezes tem utilizado de meios já testados, como no singelo exemplo acima, de primeiro transferir do STF para o TFR certas competências de julgamento, e de num momento posterior transferir do STF para o STJ algumas outras competências.

diariamente. Sufocado sob a montanha de milhões de processos, como resolver o impasse? Fragilizando as garantias processuais das partes e proliferando antecipações de tutela como epidemia, fertilizando o solo para os corruptos, apressados ou pouco escrupulosos”. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. *Ensaios e Artigos*, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 488-489.

⁹⁰ VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. *Revista de Informação Legislativa*, ano 23, n. 89, jan.-mar., 1986. p. 237-238.



Enfim, no “novo” CPC de 2015, inovação praticamente não há. E nem democracia robustamente considerada. São dois os objetos de análise do presente ensaio. Criticar a alardeada democracia do novo Código, e ressaltar a sua inconstitucionalidade formal por ter sido violado o postulado do bicameralismo.

2. A incipiência democrática e a inconstitucionalidade formal do Código de Processo Civil de 2015.

2.1. A flagrante incipiência democrática do CPC de 2015

A pretensão de não democracia, substituída pela mão guia de alguns poucos iluminados, é oriunda da nossa cidadania tutelada⁹¹, com deletérias consequências, como muito bem diagnosticado por J.J. Calmon de Passos, ou ainda, no diagnóstico de Octaciano Nogueira e Alípio Severo de que nossa história brasileira é minada por uma mistura de democracia sem democratas⁹², e de democracia dos autocratas⁹³, numa curiosa sucessão de regimes que muitas vezes começam a ser afrontados quando ainda estão em gestação.⁹⁴

Não pode soar exagerada a afirmação de que o novo CPC de 2015, mesmo com qualquer boa intenção para com suas linhas mestras, é o menos democrático instrumento legislativo que já tivemos. Houvesse nascido na ditadura do Estado novo varguista, ou no mandarinato do golpe civil-militar de 1964, estaria plenamente justificado.⁹⁵ E não é pelo fato de os legisladores de hoje serem ditadores, o que não são, mas sim pelo fato de que o modelo de representação não representa, de fato, a vontade geral popular. Quando isso ocorre numa

⁹¹ CALMON DE PASSOS, J.J. Cidadania Tutelada. *Revista de Processo* n. 72, out./1993; CALMON DE PASSOS, J.J. Tutela Jurisdicional das Liberdades. *Revista de Processo* n. 90, abr./1998.

⁹² NOGUEIRA, Octaciano; SEVERO, Alípio. *Democracia sem Democratas*. Brasília: Letraviva, 2004.

⁹³ NOGUEIRA, Octaciano. SEVERO, Alípio. *Democracia dos Autocratas*. Brasília: Edições Dédalo, 2003.

⁹⁴ A narrativa específica é sobre a Constituição de 1946, muito parecida em alguns sentidos com a Constituição de 1988. A primeira nasceu após o regime de exceção do Estado Novo varguista, e a segunda após o estado de exceção do golpe-civil militar de 1964. Cfr. NOGUEIRA, Octaciano. *A Constituinte de 1946: Getúlio, o sujeito oculto*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. xxiv.

⁹⁵ Com isso não se pretende dizer que não existam boas leis oriundas de regimes exceção, ou más leis oriundas de regimes democráticos. Não há uma relação causal.



ditadura é uma coisa, mas quando ocorre numa democracia, é mais preocupante quando tentamos ampliar a realidade.

É verdade que o casamento entre o preâmbulo e o parágrafo único do art. 1º da CF/88 alberga a democracia direta ou representativa, mas esta última de há muito encontra-se desgastada, possivelmente por causa do modelo pelo qual as instituições representativas foram desenhadas, de modo a afastar a população em detrimento de uma elite intelectual e econômica⁹⁶, e aqui a palavra elite é utilizada não como referente aos melhores, senão para se referir àqueles que exercem posições de mando e poder.

Se somos instigados a reclamar de volta a Constituição para o povo, para que ela nos seja devolvida, tirando-a das mãos e dos braços da Suprema Corte, conforme observado por Larry Kramer em seminal obra sobre o Constitucionalismo Popular, em razão de elevados déficits de legitimidade representativa e democrática⁹⁷, devemos observar que ela (constituição) pode, e deve, ser devolvida ao povo em termos do aprimoramento dos mecanismos de representação popular, grandemente deficitários, ou aprimoremos a representação popular, que não traduz de fato a vontade do povo. A lógica é parecida.

Permanece atual a reflexão crítica, antiga e esquecida⁹⁸, feita com acidez fora do comum por Goffredo Silva Telles Jr em 1963, poucos dias antes da ocorrência do golpe civil-militar de 1964, e por isso mesmo revisitada em cuidadoso exame de consciência em duas oportunidades (pronunciamento⁹⁹, em 1968 e Carta aos brasileiros¹⁰⁰, em 1977), na sua crítica

⁹⁶ GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*. México D.F: Fontamara, 1997, p. 95-97.

⁹⁷ Observa Larry Kramer que “Como se pode ver, trata-se de um conflito muito antigo: um conflito que começou no momento em que os estadunidenses planejaram criar uma república e ela tem variado muito pouco desde então. Na epígrafe deste livro, James Madison questiona: “quem é o melhor guardião das liberdades do povo?” O falso interlocutor republicano de Madison responde que “o povo mesmo”, é o depositário mais seguro - ante o qual Madison tem uma réplica antirrepublicana: “O povo é estúpido, desconfiado, indisciplinado” e “não pode confiar com segurança em si mesmo”. E continua ele antirrepublicano: “por mais maravilhoso que pareça, quanto mais independente e hostil se faça o povo em relação ao governo, melhor segurança este oferece a seus direitos e interesses.” (Tradução livre). Cfr.: KRAMER, Larry. *Constitucionalismo popular y controle de constitucionalidad*. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 300-302.

⁹⁸ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Lineamentos de uma democracia autêntica para o Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 58, 1963, p. 130-178.

⁹⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Pronunciamento. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 63, 1968, p. 401-412.



despida de qualquer panegírico gratuito sobre os gravíssimos defeitos da “amassadeira do sufrágio universal” e da desidentidade entre representantes e representados, e da crítica contra aqueles que confundem liberalismo com democracia.

Uma sutil confissão sobre as funções das duas casas do Congresso brasileiro, da maneira como desenhado institucionalmente na atualidade, é a forma como a elas se referiu Michel Temer, vale dizer, como “centros auscultadores da opinião pública e filtros da fermentação social”.¹⁰¹ Vale dizer, a utilização da palavra “filtro” passa a impressão de que o povo não tem o discernimento razoável o suficiente para exercício da cidadania, e a palavra “auscultadores da opinião pública” deixa claro que não haverá uma fidelidade da representação do mandato quando pesar contra ele a opinião pública.

Fica muito claro que a Câmara dos Deputados, pelo modelo representativo, já é em si contramajoritária, sobre a qual o Senado exerce outro peso contramajoritário, e para culminar, o Supremo Tribunal ainda exerce outra filtragem contramajoritária.

Há também a contemporânea crítica de Luigi Ferrajoli, na obra “Poderes Servagens”, em que se denuncia a integração dos partidos políticos nas instituições e a perda de seu papel de mediação representativa da sociedade, como terceiro fator de crise “do alto” da democracia, que minam pela raiz a relação referente à representação popular, todas elas convergentes, embora aparentemente opostas, juntamente com a ideia de populismo relacionado ao “chefe como encarnação da vontade” do povo, aliado ao conflito de interesses no vértice do estado (patrimonialismo populista), e ainda, com duas patologias relativamente ao controle da informação.¹⁰²

Tendo nascido em uma democracia, sem que o povo-jurisdicionado fosse efetivamente consultado “diretamente” sobre questões cruciais, i. é., como as que motivaram as muitas reflexões sobre os 50 anos de vigência das “regras federais de procedimento civil” (*Federal*

¹⁰⁰ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Carta aos brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 72, 1977, p. 411-425.

¹⁰¹ TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 141.

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: A crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 29-44.



Rules of Civil Procedure)¹⁰³ nos Estados Unidos, que entraram em vigor em 1939, e ainda hoje permanecem com alterações, preferimos acolher um anteprojeto (e depois dele, projetos de lei na Câmara e no Senado), oriundo de bem intencionados – e iluminados - processualistas, com discussões incipientes e anêmicas em termos de fortalecimento democrático.¹⁰⁴

Qualquer elogio apologético do modelo representativo não pode esquecer de seus defeitos, ou negligenciar suas limitações, bastando observar que imitamos desde há muito tempo o modelo representativo assemelhado ao americano, mas não recordamos com muita frequência as críticas que os americanos fazem à sua própria democracia.¹⁰⁵ Não costumamos

¹⁰³ Após 50 anos de implementação das “regras federais de procedimento civil” (*Federal Rules of Civil Procedure*), muitas foram as indagações que se realizaram sobre ele, como as que são sintetizadas no artigo do juiz Jack Weinstein, apresentadas em 1989 em simpósio destinado a sua reflexão crítica: quais os tipos de casos que deveriam ser encorajados ou desencorajados a entrar nas cortes do sistema de justiça federal? Quais os tipos de disputa, então presentes no sistema de justiça federal, deveriam ser forçados a serem resolvidos nas cortes estaduais, ou mesmo forçados a serem resolvidos por meios alternativos de resolução de disputas? Deveria ser alterado o então vigente modelo de prática no qual os procuradores geralmente dirigem o litígio, para um modelo no qual os juízes tomariam o controle, tal como o sistema alemão? Deveria ser exigido das partes mais precisão e detalhamento? Deveriam os litigantes serem mais precisos sobre suas pretensões probatórias no início do litígio, por meio de julgamentos sumários ou outros meios? As penalidades e controles exercidos pelas cortes custariam mais ou menos do que realmente valiam? Como deveriam os juízes empregar seu tempo em vista do fato de que em aproximadamente 90% os casos seriam usados essencialmente pelos litigantes? Em que medida se poderia realmente mensurar os custos econômicos do litígio e a boa-fé dos advogados em controlar os abusos na descoberta das provas? O que seriam abusos e qual seria a sua extensão? Quais seriam os efeitos qualitativos e outros efeitos de se expandir o sistema judicial de modo a conhecer os casos mais importantes? Quais seriam os impactos da sociedade sobre o que se faz ou se deixa de fazer nos tribunais? Como poderiam, ou não, ter mais direito e menos equidade, mais regras e menos discricionariedade? Deveriam as cortes federais controlar as regras das cortes locais, e se sim, de que maneira? Os doutrinadores estariam corretos em dizer que os juízes federais são muito administradores, ou que eles não seriam suficientemente assertivos? Deveriam ser vastamente federalizados as complexas litigâncias multipartes e multidistritos? Cfr.: WEINSTEIN, Jack B. After fifty years of the Federal Rules of Civil Procedure: Are the Barriers to Justice being raised? *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137, 1989, p. 1903.

¹⁰⁴ Embora exista referência sobre ciclo de debates por todo o Brasil, estes foram, infelizmente meros pretextos para alarde de algum fluido democrático no CPC de 2015. A realidade é que, após os propalados “ciclos de debates” as mudanças no Anteprojeto, e em suas tramitações - primeiro no Senado, depois na Câmara, e depois novamente no Senado-, foram permeadas por uma incrivelmente fraca força democrática, do qual o show de aprovação do projeto no senado, nos últimos dias de 2014 são uma demonstração cabal: inúmeras matérias com pedido de destaque, com pedido de retorno para a Comissão de Constituição e Justiça, que foi “resolvida” com um acordo de líderes para que fossem apreciados em plenário, entre inúmeras outras matérias que se misturavam.

¹⁰⁵ Confira-se, por todos, a indagação de Robert Dahl sobre quão democrática seria a Constituição Americana, o denso artigo de Gilberto Bercovici, respectivamente: Cfr.: DAHL, Robert A. *How Democratic Is the American Constitution?* 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 2003; BERCOVICI, Gilberto. *A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia.* *Lua Nova*, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.



recordar, também por óbvio, todos os déficits democráticos do modelo¹⁰⁶, que J.J. Calmon de Passos costumava sintetizar na provocação de que nosso modelo de “democracia é uma grande embromação”.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Roberto Gargarella dissecou com precisão a história de formação da democracia americana, que nos serviu de modelo de cópia, alunos “bem aplicados que s(f)omos”. Refere-se, de uma maneira geral, à análise das bases e documentos históricos das discussões constituintes de 1787, e que possuem relação com as reclamações populares contra as instituições políticas vigentes. Cfr. GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*. México D.F: Fontamara, 1997; GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição: O legado federalista dois séculos depois. Em: BORON, Atilio A. *Filosofia política moderna*. De Hobbes a Marx. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006; GARGARELLA, Roberto. *La Justicia frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Quito: Ed. Corte Constitucional para el período de Transición, 2011.

¹⁰⁷ Dizia J.J. Calmon de Passos, após ouvir uma elaborada e tecnicamente sofisticada descrição do que seria a democracia: “Eu tenho uma visão, eu digo sempre pilheriando, eu sou um homem ruim. Eu quero ser bom mais não consigo ser. A democracia para mim é uma coisa tão diferente. Eu não suporto estar julgando moralmente as coisas, os acontecimentos históricos produzem consequências. Como é que a democracia, que a gente luta tanto hoje por ela, surgiu? Surgiu por um motivo muito simples. É que o capitalismo era incompatível com a sociedade tradicional. O que era a sociedade tradicional? Era uma sociedade em que você transmitia o poder por hereditariedade. Quem é que tinha o poder até a modernidade? Quem era proprietário da terra. E quem é proprietário da terra, tanto pode ser alto como baixo, inteligente, como burro. Então na sociedade, como diz Zygmunt Bauman, ninguém perguntava, até a modernidade, o que você vai ser quando crescer. Você é filho de servo da gleba? vai ser servo da gleba. Você é filho de nobre? vai ser nobre. Você é filho de artesão? vai ser artesão. Mas o que foi que aconteceu com o capitalismo? O poder saiu da terra e foi para o comércio, para a mercadoria, pro capital. O espírito empreendedor. A capacidade de inovar. A coragem de correr risco. Você pode transmitir isso por herança? Impossível! (...) Então o capitalismo estava diante desse dilema. “Como é que a gente faz para sustentar a hegemonia para a burguesia?” “A gente só tem uma saída: dizer que todos os homens são iguais, que os homens não têm senhores, e que os homens têm que criar as leis que disciplinam a sua convivência, e que todos nós estamos sujeitos apenas a essa pessoa: à lei.” “E quem vai ditar as leis? os homens. Mas como é muita gente, é muita confusão, então vamos fazer o seguinte; a democracia representativa. As pessoas votam, e seus representantes é que fazem as leis. Mas rapaz, isso é um perigo! Porque a maioria, nem tem propriedade, e nem tem dinheiro e vão querer tirar da gente. Vamos criar então a democracia censitária. Todos os homens são iguais. Mas só são eleitores e elegíveis os proprietários. Os que tiverem diploma, os que tiverem a renda X”. Foi a solução europeia. A democracia censitária. O parlamento tinha a cara da burguesia. E o poder judiciário tinha a cara da burguesia. Então o juiz era a voz da lei. E porque o juiz era a voz da lei? Porque a lei traduzia a vontade da burguesia. Muito simples. Nos Estados Unidos a coisa foi diferente. Como os Estados Unidos não tinha o passado feudal, eles disseram: “como é que a gente faz para enganar o povo?” Porque a democracia é uma grande chantagem. A soberania é popular(!) Mas o povaréu só tem licença, primeiro, para procissão, para carnaval, para futebol. Então como foi que os Estados Unidos fizeram? Uma solução altamente inteligente. Primeiro, dividiram os Estados Unidos em Distritos. Distritos bem grandes para que o eleitor não tivesse poder de pressão sobre o deputado. Segundo, a eleição indireta para presidente da república. Mas a eleição indireta ainda é perigosa. Então eles imaginaram o seguinte: os colégios eleitorais. Agora mesmo está acontecendo isso. Como é a eleição americana? A Califórnia é um colégio eleitoral, digamos assim, que tem sessenta membros. Se o partido republicano tiver 48% da votação, e os democratas tiverem 42%, os sessenta lugares são dos republicanos. Então, no país da estátua da liberdade a minoria é... Por esse modo, como eles dizem no federalista, a gente não pode corromper e controlar três milhões. Mas pode corromper, ou controlar, três mil. Mas ainda é perigoso. Então a gente tem que criar uma situação que não precise corromper três mil, só trezentos. Criaram o colégio eleitoral. E o colégio eleitoral elege o presidente da república. Mas como ainda há um perigo muito grande, eles criaram o controle de constitucionalidade. Então a democracia é uma farsa, nunca existiu. Agora vocês dizem assim: “Mas



Lembremos, com Roberto Gargarella, que aquele de quem emana o poder (o povo) não costuma entrar na “sala de máquinas” (*engine room*) da Constituição, pois ao lado de um incremento da implementação de novos direitos observado nos recentes anos do constitucionalismo latino-americano, de um modo geral, a organização dos poderes basicamente permanece intocada, e em assim agindo, os reformadores mantêm fechadas as portas da sala de máquinas da Constituição, ou dos mecanismos de poder, e o acesso à sala de máquinas permanece fora da atenção dos reformadores das novas constituições.¹⁰⁸

Este não democrático CPC de 2015 tramitou inicialmente no Senado, casa iniciadora, no ano de 2010, como PLS 166/2010. Após ser aprovado na casa iniciadora, foi remetido para a análise da casa revisora, a Câmara dos Deputados, em 2011, como PL 8.046/2010. A Câmara dos Deputados apresentou substitutivo, e o devolveu ao Senado em 2014, como SCD 166/2010, e ele foi aprovado com alterações, sem devolução à outra casa legislativa, em dezembro de 2014.

Um importante marco divisório precisa ficar registrado. Após ser aprovado no Senado em 2011, e ser enviado para à Câmara dos Deputados, durante a realização de ciclos de

não há uma diferença entre Luís XIV?” Ai é que Deleuze tem uma frase que eu acho notável: Na sociedade tradicional, eles precisavam ter o direito de matar. Mas não tinham nenhuma necessidade de controlar o viver. Então o homem da idade média tinha uma liberdade fantástica para viver o que quisesse. Eles criaram seu direito costumeiro. Porque o nobre só queria ter o direito de matar. Porque ele poderia dizer assim a você: “Eu estou precisando que você contribua com dez galinhas pra mim.” Se você não contribuísse, ele cortava a sua cabeça e acabou. Mas ele não iria lhe dizer que você criasse galinha, porco, se traía mulher, se não traía a mulher... Ai diz Deleuze, já trabalhando em cima de Foucault: “Com o capitalismo, foi o inverso. O capitalismo não tem nenhum interesse em fazer morrer. O que ele não pode é deixar viver. Ele tem que controlar o existir das pessoas por um motivo muito simples. Existe um economista que diz, “minha gente, a lógica é muito simples”. Qual é a lógica do capitalismo? As famílias vão fornecer a mão de obra necessária para a indústria e o comércio. A indústria e o comércio, fornecem ao Estado os recursos necessários, para que o Estado forme as famílias de modo a que gere a mão de obra necessária para o sistema produtivo. Então a lógica do capitalismo é essa. Ele não pode deixar viver. Então veio a sociedade disciplinar. Foi a primeira. Depois, nós já estamos na sociedade do controle. (...)”. Cfr.: Disponível na parte 6, a partir do minuto “4:20” da palestra proferida por J.J. Calmon de Passos na Associação Juízes para a Democracia em 11.10.2008. Em: CALMON DE PASSOS, J.J. Diálogo e Alteridade. Palestra proferida na Associação Juízes para a Democracia. Disponível em: <<http://youtu.be/qe9rriKcWDS>>, acesso em 10.04.2015. Esta narrativa encontra-se prevista, parcialmente, em artigo com caráter mais acadêmico e menos informal. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. *Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadã*. Em: *Ensaio e Artigos*, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 315-323.

¹⁰⁸ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution*. *Notre Dame J. Int’L & Comp. L.*, vol. 4, 2014, p. 9-18; GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2013.



debates “sobre a reforma do CPC”, que contou com a presença de ministros do STF e de renomados processualistas, o ministro Gilmar Mendes então afirmou: “Não tenho muita segurança de que seja necessário um novo CPC”.¹⁰⁹

No mesmo evento, Ada Pellegrini Grinover, concordando com a afirmação acima, completou: “O projeto do novo CPC aprovado no Senado precisa ser aprimorado na Câmara dos Deputados. Por isso, nós, um grupo de advogados, vamos propor um substitutivo”, ao que o ministro Luiz Fux, então presidente da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto, ao ser informado sobre essa intenção, e fazendo uma veemente defesa do projeto, afirmou: “vamos lutar com todas as nossas forças para que um projeto substitutivo não chegue sequer à porta da Câmara (...) Tivemos um trabalho espartano e vamos lutar de forma espartana pela aprovação do projeto que está na Câmara”.¹¹⁰

Em outra oportunidade, alguns dias depois, em outro evento sobre a reforma processual, o ministro Luiz Fux, dizendo-se apunhalado pelas costas, defendeu o trabalho realizado no Senado como sendo representativo “[d]a vontade da nação brasileira”, afirmando terem recebido 13 mil e-mails e mais de 200 sugestões por meio de audiências públicas, além de sugestões que teriam sido enviadas pela comunidade científica, e que 86% das sugestões teriam sido acolhidas.¹¹¹

Alguns dias depois, Teresa Arruda Alvim Wambier, jurista que integrou a comissão elaboradora do anteprojeto escreve um pungente artigo defendendo o CPC projetado das críticas que vinha recebendo, iniciando por defender o caráter democrático do projeto, e também defendendo a ausência de pesquisas capazes de direcionar a formulação da proposta do novo CPC a um novo modelo, bem como, contra a crítica de que o projeto não rompia paradigmas e nem era revolucionário, afirmou: “quem estaria legitimamente autorizado, pela

¹⁰⁹ Cfr.: “Processo Civil: Ministros do STF e advogados discutem novo CPC”. *Conjur* de 20.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-20/ministros-stf-advogados-discutem-necessidade-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁰ Cfr.: “Processo Civil: Ministros do STF e advogados discutem novo CPC”. *Conjur* de 20.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-20/ministros-stf-advogados-discutem-necessidade-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹¹ Cfr.: “Parte do Problema: Operadores do Direito criticam nova redação do CPC”. *Conjur* de 23.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-23/operadores-direito-reclamam-efetividade-cpc>, acesso em: 11.04.2015.



sociedade brasileira, a promover essa “revolução”? Com que bases teóricas e com que fundamentos empíricos?” E encerra o ciclo de perguntas com esta outra: “Aliás, essa revolução seria mesmo necessária?”¹¹² É o paradoxo da defesa do “novo” CPC: para criá-lo não é necessário consultar bases empíricas, mas para criticá-lo sim. Não fez sentido na época, e continua a não fazer hoje.

Neste quadro de coisas, em dezembro de 2011, o então presidente do STF, Cezar Peluso, apresentou proposta de alteração do Projeto do CPC para o Deputado Federal Sérgio Barradas, com sugestões de emendas de redação e de conteúdo, num documento com 256 páginas¹¹³, muitas delas alterando de maneira radical o quanto originalmente proposto.¹¹⁴

Um dia depois de Cezar Peluso apresentar proposta de alteração do CPC projetado, Teresa Arruda Alvim Wambier faz publicar na imprensa um artigo¹¹⁵ defendendo o projeto das críticas feitas alguns dias antes por Antonio Cláudio Machado, que afirmara que o novo CPC “transforma juízes em deuses e advogados em escravos”.¹¹⁶

¹¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reforma do CPC: Críticas ao novo projeto de CPC são senso comum. Conjur de 27.06.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-jun-27/criticas-projeto-cpc-sao-injustas-refletem-mero-senso-comum>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹³ Foram propostas alterações estruturais pelo Ministro Cezar Peluso, referentes aos seguintes artigos/parágrafos (§§), incisos e alíneas, ao Projeto de Lei do CPC: 3º, 15, 20, 21, 22, 23, 41, 46, 55, 63, 66, 77, 86, 87, 88, 114, 164, 184, 207, 228, 249, 271, 273, 274, 275, 277, 279, 288, 293, 295, 296, 306, 307, 311, 314, 323, 324, 331, 333, 337, 338, 358, 419, 436, 437, 488, 490, 493, 496, 497, 498, 500, 506, 507, 509, 511, 522, 536, 538, 585, 586, 587, 588, 591, 592, 594, 595, 748, 749, 750, 751, 754, 756, 784, 785, 792, 831, 832, 835, 839, 840, 841, 844, 856, 857, 860, 893, 898, 903, 913, 914, 915, 916, 969, 976, 977. BRASIL. Sugestões ao Projeto do CPC apresentadas pelo Presidente do STF Cezar Peluso. Brasília. 2012. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/propostas-ministro-cezar-peluso-cpc.pdf>, acesso em 11.04.2015.

¹¹⁴ Cfr. “Projeto no Forno: Peluso entrega propostas de alteração em novo CPC”. Conjur de 12 de dezembro de 2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-dez-12/cezar-peluso-entrega-propostas-alteracao-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Críticas ao CPC: Críticas ao novo CPC são meras ‘frases de efeito’. Conjur de 13.12.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-dez-13/criticas-cpc-nao-podem-limitar-afirmacoes-bombasticas>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁶ Afirmou-se que: “O novo Código de Processo Civil transforma juízes em deuses e advogados em escravos”. Cfr. “Deuses e Escravos: Poder de juízes em novo CPC gera reclamação”. Conjur de 10.12.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-dez-10/poder-juizes-cpc-gera-reclamacoes-advogados>, acesso em: 11.04.15.



O CPC projetado na câmara recebeu muitas e duras críticas. Lenio Streck utilizou a palavra “leviatã neoprocessual” para se referir a um “projeto de juristocracia em marcha”.¹¹⁷ Alguns dias depois Luiz Rodrigues Wambier e Luiz Manoel Gomes Junior publicam um artigo defendendo que o Projeto do novo CPC teria, conforme alegam, DNA democrático”.¹¹⁸ Aventou-se que o Novo CPC estaria preocupado em acabar, ou pelo menos flexibilizar a chamadas “jurisprudência Defensiva”, que seria fator de democratização do acesso ao STF, conforme observação de José Manoel de Arruda Alvim Netto.¹¹⁹

Quando o projeto do CPC saiu do Senado Federal e foi para a Câmara dos Deputados, recebeu inúmeras alterações, a ponto de Fredie Didier Jr., um dos membros da comissão na Câmara dos Deputados, ter dito, em uma palestra em 2014 no Tribunal Superior do Trabalho, que o CPC da Câmara era completamente diferente do CPC do Senado, e que havia informações de que ao retornar da câmara para o senado não ocorreria praticamente nenhuma alteração, com manutenção de quase 100% do que a Câmara havia feito.¹²⁰

¹¹⁷ STRECK, Lenio. Poder aos Juízes: A juristocracia do novo Código de Processo Civil. Conjur de 18.09.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Debate democrático: Um código de processo civil com DNA democrático. Conjur de 02.10.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-out-02/codigo-processo-civil-possui-dna-democratico>, acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Democratização da justiça: STF ruma para flexibilização da jurisprudência defensiva. Conjur de 15.10.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-out-15/arruda-alvim-supremo-rumo-flexibilizacao-jurisprudencia-defensiva>, acesso em: 11.04.2015.

¹²⁰ Eis as palavras de Fredie Didier Jr: “É apenas um exemplo para mostrar para vocês como é complexa a tramitação de um projeto que atinge um número absurdo de relações jurídicas, como o novo CPC. Pois bem. Do Senado, foi para a Câmara. Começou a tramitar na Câmara em 31 de agosto de 2011. Ficou na câmara de 31 de agosto de 2011 até o dia 26 de março deste ano [2014]. Foram dois anos e meio de tramitação. A Câmara pegou o projeto do senado e reformatou o projeto do Senado. É muito diferente. A versão da Câmara é muito diferente da versão do Senado. Muito Diferente! E eu estou fazendo essa observação por uma razão muito simples. Eu percebo que muitos dos senhores, muitos! Estão ainda com a memória auditiva sobre o CPC relativo ao anteprojeto do CPC. E muitos de vocês ouviram falar do anteprojeto e ficaram com o conhecimento do anteprojeto. Mas não tem nada a ver! Nada a ver! Cuidado com que falam e com o que vocês ouvem. Porque é muito diferente. É outra coisa. Essa versão da Câmara, amadurecida em dois anos e meio de discussões, ela chegou ao Senado agora, e começou a tramitar em junho desse ano [2014]. E vai terminar depois das eleições. Então o Código será publicado, senão na última semana de novembro, certamente antes do natal. (...) A versão da Câmara, como a gente está percebendo da Comissão do Senado, a 98% do que vai ficar. O Senado deve fazer alguns ajustes. E os ajustes que o Senado pode fazer, agora, são: ou não aceitar o que a Câmara fez em alguns pontos, quer dizer, recusa a mudança feita pela Câmara, ou resgata texto do Senado. Só tem essas duas possibilidades. Ou os acréscimos que a Câmara fez, o Senado pode eventualmente não aceitar um ou outro, ou mudanças que a Câmara tenha feito, o Senado pode recusar e optar pelo texto dele, anterior. Pelo que a gente já viu, pelo que a gente está discutindo lá, com a



No entanto, assim como Calmon de Passos foi enredado, e teve que deixar o tribunal do Júri, parece que seu discípulo mais famoso¹²¹ também foi enredado¹²² com essa história de manutenção de 98% do projeto, pois o Senado desfigurou o CPC da Câmara – retirando capítulos, alterando artigos, e fazendo uma verdadeira revolução, cumprindo a promessa feita por Luiz Fux de que prevaleceria a vontade do Senado.

O CPC projetado do Senado virou o “Quintela” da narrativa de Calmon de Passos. O Senado “justiçou” com as próprias mãos o CPC projetado na Câmara, e a comissão do Senado saiu pelas portas da frente, rindo e abraçado com seu projeto. Observe-se, de maneira breve, que a partir do art. 156 começam as mudanças de mérito e de sentido mais notáveis. No projeto da Câmara havia a previsão do assessoramento judicial que estava na Seção II. Já no projeto do Senado a Seção II, correspondente, refere-se ao “Perito”, pois houve supressão da II seção da Câmara.

comissão do Senado, fica 98% do projeto da Câmara.” Cfr. DIDIER JR., Fredie. Palestra de Abertura. Simpósio – O Novo CPC – Aspectos Gerais do Novo CPC, nos dias 15 e 16 de setembro de 2014. Disponível em: <http://youtu.be/Ng300_o1J5w>, acesso em 12.04.2015.

¹²¹ Referimo-nos a Fredie Didier Jr., grande e importante pensador do direito, e com quem Calmon de Passos manteve forte vinculação intelectual e afetiva. Cfr.: CALMON DE PASSOS, J.J. Prefácio. Em: DIDIER JR., Fredie. Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2005, p. 13-14; DIDIER JR., Fredie. Editorial 51, de 20.10.2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-51/>>, acesso em: 15.04.2015; DIDIER JR., Fredie. O Mundo torna a começar. Discurso de paranínia. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2008/03/discurso_de_paraninia_o_mundo_tornou_a_comecar.pdf>, acesso em: 15.04.2015.

¹²² A narrativa de um homem enredado: "A última atividade que eu tive como promotor criminal foi um célebre júri, aqui em Salvador, que ficou famoso, e foi esse júri, que, digamos assim, foi a gota que me fez transbordar o cálice. Um caso curioso, que talvez valha a pena referir. Um homem muito rico, de Itabuna, tinha um genro que tentou matá-lo. Mas ele sobreviveu, e a tipificação foi de tentativa de homicídio. E esse julgamento foi desafortunado para Salvador porque acharam que em Itabuna não era possível isenção para esse julgamento. E eu fui o promotor indicado. E veio como auxiliar da acusação um dos criminalistas mais famosos na época, que eu não vou mencionar o nome. Mas esse criminalista tinha sido contratado pela família da vítima para impedir que o autor do crime fosse condenado, porque a família fazia absoluta questão de justificar pelas próprias mãos. Então esse auxiliar da acusação me enredou de tal modo que em pleno júri, depois de eu ter feito a sustentação do libelo à mais veemente possível, depois de ter havido a réplica, quando foi para a tréplica, o auxiliar de acusação me disse 'Calmon, vai você primeiro, que você impressiona bem, me deixe por último.' E quando ele foi fazer a tréplica, ele pediu a absolvição do acusado. Chorou, ficou comovido, disse que realmente não havia provas. E esse acusado foi absolvido. E saiu abraçado com o advogado auxiliar de acusação. Isso foi uma grande lição para mim, principalmente porque um ano depois, num acidente de avião que nunca se explicou direito, Quintela morreu. Então a família cumpriu bem os seus objetivos. Justificar pelas próprias mãos, inclusive utilizando-se de um auxiliar da acusação que não era auxiliar da acusação. Era instrumento da defesa, infiltrada no território da acusação. Isso me causou uma decepção de tal ordem, que eu desisti do crime. E aí fui ser professor universitário, uma experiência maravilhosa." CALMON DE PASSOS, J.J. Depoimentos Magistrais. Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/depoimentos-magistrals/j-j-calmon-de-passos>>, acesso em 10.04.2015.



A seu turno, o art. 284, juntamente com seus parágrafos, constante do Projeto da Câmara, sobre a anulação do ato negocial praticado das partes ou participantes do processo, foi suprimido. Também o art. 294 do projeto da Câmara sofreu substancial supressão, referente à impugnação ao valor da causa. Também foi modificado o “*nomem iuris*” do título do livro V, que no projeto da Câmara recebe o nome de “Da Tutela Antecipada”, e acabou sendo nominado no senado de “Da Tutela Provisória”, substancial alteração do primeiro artigo que lhe segue.

Também excluiu a previsão então contida no Projeto do CPC da Câmara, contida em seu art. 333, IV, que previa hipótese de improcedência liminar do pedido em caso de pedido que contrariasse “frontalmente norma jurídica extraída de dispositivo expresso de ato normativo”.¹²³

Neste caso houve uma explícita opção ideológica que mata, ou começa a matar, o espírito do Código projetado que estava na Câmara, pois além de realizar uma escolha de valoração (para o CPC da Câmara, o Precedente judicial valia, de maneira equiparada, o mesmo que a lei, bastando verificar a previsão de capítulo destinado ao tratamento dos precedentes), observa-se que, em termos de rejeição liminar do pedido, o CPC do Senado preferiu não misturar as coisas, excluindo a equiparação da rejeição liminar do pedido por violação expressa de ato normativo, com a exclusão da referência ao capítulo dos precedentes.

O CPC projetado no Senado também optou por incluir, em acréscimo ao que o CPC da Câmara optou por não fazer, entre as matérias que o réu deve alegar, antes de discutir o mérito, na contestação, e, portanto, no efetivo exercício do contraditório, a convenção de arbitragem (art. 337, X, do CPC projetado no Senado), que no CPC projetado da Câmara

¹²³ Observe-se que o art. 333, referente ao Capítulo IV do CPC aprovado na forma da Lei Federal. 13.105/2015 foi vetado pela Presidência da República, no tema que era uma efetiva novidade do CPC sobre “Conversão da Ação Individual em Ação Coletiva”. Mais uma demonstração de que há sério déficit democrático no processamento legislativo do CPC, pois embora existente expressa previsão constitucional do Veto presidencial, esse ranço não democrático faz com que uma pessoa, a Presidente da República, tenha mais força legislativa que um Congresso inteiro e que o Supremo Tribunal Federal. É bem verdade que o Congresso poderia derrubar o veto, mas em um conturbado ano pós-eleitoral, dificilmente isso ocorreria, e dependeria, ainda, do perfil ideológico do Congresso que poderia achar bom o veto, com a felicidade de transferir o custo político de seu enfrentamento para outras instâncias.



constava do Capítulo VIII, por meio de um procedimento todo solene, mais amplo e diferenciado (art. 345 à 350, do CPC projetado na Câmara).

Ainda, o CPC Projetado na Câmara também teve suprimido de si a possibilidade de análise da inclusão de dois verbos (induzir e mandar) por parte do CPC Projetado no Senado, no art. 380, parágrafo único, e portanto, com acréscimo de sentido nos poderes do juiz que, em caso de descumprimento de ordem às partes, “ou a terceiro em relação a qualquer causa”, pode determinar também outras medidas “indutivas” e “mandamentais”, além das outras previsões que já constavam do CPC projetado na Câmara.

Outrossim, houve a extinção do espírito do CPC projetado na Câmara dos Deputados, qual seja, excluiu-se todo o capítulo XV, dos Precedentes Judiciais, artigos 520 à 522, e o CPC projetado no Senado preferiu alterar, basicamente, todo o trabalho realizado na Câmara sobre o tema dos precedentes. Sem mencionar mais amiúde inúmeras outras alterações.

Não fosse um número extremamente alto de alterações, conforme constatado, isso por si só já é causa de inconstitucionalidade formal do Código, pois viola o art. 65, parágrafo único da CF/88, ao sofrer alteração e não retornar para a outra casa legislativa.

Foi notório o impasse legislativo entre Câmara e Senado. Não se pode olvidar, sobre o tema, que o Deputado Miro Teixeira apresentou uma tentativa de resolução do impasse legislativo (entre reforma e novo código), com a proposição do PL 2.963/2011, cuja elaboração e a exposição de motivos aparecem vinculadas à “um grupo de juristas, que prefere se manter no anonimato”, defendido em artigo por Antônio Cláudio da Costa Machado¹²⁴, que buscava aproveitar os avanços das propostas incorporadas ao CPC projetado¹²⁵, através de uma reforma

¹²⁴ COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. Mudança Consensual: Novo projeto corrige propostas de alteração do CPC. *Conjur* de 08.02.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-fev-08/projeto-reforma-cpc-abandona-erros-proposta-votacao>, acesso em: 11.04.2015.

¹²⁵ Destaque-se da justificativa do PL 2.963/2011, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira, o seguinte: “Esse projeto altera dispositivos do Código de 1973, diferentemente da iniciativa do Senado, que optou por um novo Código de Processo Civil. Com os debates na Comissão Especial instalada para examinar o Projeto de Lei 8.046/2010 instalou-se, desde hoje, a dúvida sobre o instrumento para atualização da legislação. Seria necessário um novo código ou quem sabe emendar o código atual? Para deixar a opção às senhoras e aos senhores deputados, um grupo de juristas, que prefere se manter no anonimato, atendeu minha solicitação de organizar o projeto de lei que ora apresento, com a correspondente justificativa dos mesmos autores que segue aspeada.



ampla ao CPC de 1973, mas o referido Projeto acabou prejudicado em face do substitutivo global apresentado na Câmara dos Deputados.

Houve ainda, ao lado do impasse legislativo, durante a sua tramitação – e mesmo após ela – a tentativa de sedimentação de um discurso que procurou ressaltar que o CPC de 2015 era um monumento à democracia.

Neste aspecto, não se pode olvidar, por conseguinte, o fato de que através do site do Ministério da Justiça, no projeto participação, o CPC projetado recebeu – segundo dados do “Relatório Final do Debate Público” sobre o Código de Processo Civil, aproximadamente 2.500 comentários e sugestões “sobre os diversos pontos do Projeto de Lei Aprovado no Senado Federal”.¹²⁶ Antes disso, alardeou-se que o “Alô Senado” teria recebido mais de 650 sugestões para o novo CPC por parte dos cidadãos.¹²⁷

Tais números são irrisórios, e ao pretenderem atribuir legitimação democrática a uma lei, teriam que ficar ruborizados os que fizessem essa alegação, por uma série de motivos:

1) as estatísticas mostram que dos mais de 2500 comentários, de internet, estes se restringem a pouco mais de mil comentadores (1.145)¹²⁸, o que corresponderia,

‘Dentre as maiores divergências apontadas no Projeto de Lei nº 8.046/2010, pelos especialistas de todo o país – e que já repercute dentro desta Comissão Especial – se destacam as seguintes que traduzimos em quatro perguntas: 1ª é conveniente a eliminação de um livro inteiramente dedicado ao ‘Processo Cautelar’, como o que temos no CPC vigente, e o desaparecimento de todos os procedimentos cautelares específicos? 2ª é conveniente a eliminação de uma dezena de procedimentos especiais que adaptam o processo às peculiaridades do direito material? 3ª é necessária a criação de um livro dedicado à ‘Parte Geral’ do CPC, não apenas, mas principalmente, para dele fazer constar a referência expressa a princípios que já se encontram consagrados na Constituição Federal? 4ª é conveniente para o processo civil brasileiro a limitação do agravo de instrumento a pouco mais de dez hipóteses, a eliminação do agravo retido (e, com ele, a preclusão), e o desaparecimento do efeito suspensivo da apelação? (...)’. Cfr. BRASIL. Projeto de Lei 2.963/2011, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira. Disponível em: <www.camara.gov.br>, acesso em: 11.04.2015.

¹²⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Debate Público – Código de Processo Civil: Relatório Final. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011.

¹²⁷ Alô Senado é a central de relacionamento da casa legislativa com a população. Sobre a informação acerca das sugestões populares, Cfr.: “Alô Senado recebe mais de 650 sugestões para o CPC”. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-out-07/alo-senado-recebe-650-sugestoes-cidadaos-cpc>, acesso em: 11.04.2015.

¹²⁸ Aliás, as estatísticas sobre o debate acerca do CPC projetado, no portal do Ministério da Justiça, foram os seguintes: a) duração: de 12 de abril de 2011 até 16 de maio de 2011 (pouco mais de 1 mês); b) comentadores: 1.145; c) comentários: 2.565; d) visualizações: 43.361; e) visitas: 19.683; f) visitantes: 13.225. Cfr.: BRASIL. Ministério da Justiça. Debate Público – Código de Processo Civil: Relatório Final. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011, p. 12.



aproximadamente, ao inexpressivo percentual de 0,0005%, relativamente ao número da população brasileira em 2014 (cerca de 202 milhões de habitantes).¹²⁹

2) Numa analogia com a previsão constitucional sobre projetos de lei de iniciativa popular, e que considera – bem ou mal – um mínimo para que seja considerada significativa participação popular, conforme previsto no artigo. 61, § 2º, da CF/88, é necessário que o projeto de lei mencionado possua subscrição de no mínimo 1% do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles, ou seja, em 2014 registrou-se que o eleitorado brasileiro é superior a 142 milhões¹³⁰, vale dizer, um por cento corresponde atualmente a mais de um milhão e quatrocentos mil eleitores, e, neste sentido, o número da “participação popular” referente ao novo CPC não corresponde nem mesmo a um por cento deste um por cento.¹³¹

3) Não houve uma efetiva campanha na mídia não especializada para esclarecer os cidadãos, e nem mesmo foi utilizado de programa eleitoral equivocadamente nominado de gratuito, com vistas a mobilizar e discutir as ideias políticas do novo CPC, o que lhe retira praticamente qualquer pretensão de atribuição de discussão ampla e democrática.

4) Tendo sido o projeto elaborado e discutido praticamente no seio de um grupo de iniciados (alguns poucos profissionais do direito, e.g., advogados, professores, promotores, juízes e defensores), com um duelo intestino pela prevalência de ideias e de poder, no seio de uma deficitária democracia representativa, pretender legitimar democraticamente esse fato com alegações de que esse CPC de 2015 seria um Código da Democracia, é o que Calmon de Passos chamaria de “perversa manipulação ideológica”.

¹²⁹ Segundo dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em 2014 o número da população brasileiros foi estimada em 202.768.562 milhões de habitantes. Cfr.: BRASIL. IBGE. População. Nota técnica. Disponível em: <www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/notatecnica.html>, acesso em 11.04.2015.

¹³⁰ Segundo dados do TSE – Tribunal Superior Eleitoral, em 2014 o número de eleitores brasileiros foi estimado em 142.822.046 milhões de eleitores. Cfr.: BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral: Estatísticas eleitorais 2014. Disponível em: <www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorado>, acesso em 11.04.2015.

¹³¹ Aliás, o número de comentadores mais elevado do CPC projetado (1.145) não corresponde nem mesmo a um por cento (1400) daqueles um por cento (14 mil) referente a um por cento sobre o número mínimo para participação popular (1 milhão e 400 mil), que já corresponderia a um por cento do eleitorado.



5) Teríamos que reconhecer que o modelo “democrático” do novo CPC se assemelha muito com a ideia e com a crítica sobre engaiolar a cidadania em conselhos populares¹³², uma vez que se alega que em tais e poucas palestras, das quais participaram representantes não eleitos da sociedade, fizeram “legitimar” supostamente um Projeto de CPC que, ao fim e ao cabo, não teve respeitada a versão que foi modificada na casa do povo, que é a Câmara dos Deputados, embora tenhamos que recordar todas as mazelas do nosso modelo representativo, denunciado por Roberto Gargarella¹³³ e sobre o qual as narrativas clássicas do liberalismo¹³⁴ e do marxismo¹³⁵, antípodas por excelência, concordam sobre nossas deficiências de representação.

Não obstante, o Anteprojeto de Lei foi criticado por ausência de “espírito de código”¹³⁶, e que “o caos do nosso sistema jurídico gera grande preocupação”, mas “lamentavelmente, o anteprojeto de CPC não trata adequadamente do nosso assunto, já que não tem qualquer base na teoria do direito constitucional, além de confessar, de modo curiosamente contraditório,

¹³² A observação atila é de Carlos Ayres Britto: “Temo pelo pássaro da cidadania a trocar o voo pelo saltitar na gaiola dos conselhos populares ou coisa que o valha”. Cfr. BRITTO, Carlos Ayres. *O Decreto 8.243 e a sociedade civil*. Estadão, Caderno Opinião, de 22.02.2015.

¹³³ GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la Representación Política*. México D.F: Fontamara, 1997. Ver ainda: GARGARELLA, Roberto. Em nome da constituição: O legado federalista dois séculos depois. Em: BORON, Atilio A. *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

¹³⁴ Um importante autor da corrente do liberalismo, Antonio Paim, observa que entre os momentos decisivos da história do Brasil está a perplexidade: “de como o Brasil mantém a unidade nacional e deixa inconclusa a consolidação do sistema representativo”, e de que a elite imperial legou-nos, além da introdução da ingerência militar na política, “uma outra questão não resolvida até o presente e que responde em grande parte pelas dificuldades com que nos temos defrontado tanto no que respeita à estruturação do sistema representativo como no referente ao desenvolvimento capitalista. Trata-se de que, na Época Moderna, a moral social deixa de ser fixada unilateralmente por qualquer das Igrejas, incumbindo à própria sociedade estabelecê-la. É o que se denomina de moral social de tipo consensual, que nunca tivemos entre nós”. Cfr. PAIM, Antonio. *Momentos decisivos da história do Brasil*. 2ª ed. Revista e Ampliada. Campinas: CEDET, 2014, p. 198-199; p. 195-238.

¹³⁵ O importante autor marxiano Nelson Werneck Sodré, conhecido também como “o general marxista” que foi professor da Escola Superior de Guerra, também observa um problema de representação política em nossa sociedade, denunciando e resgatando a artificialidade da construção do ideal de “homem bom”, que era quem nos deveria governar e ser o juiz dos demais na colônia, apontando que nossas raízes legislativas remontam à xenofobia, ao racismo e ao preconceito para com o trabalhador: “ao lado de uns poucos cargos providos pelo rei, e de outros, em maior número, que cabia ao donatário prover, havia aqueles em que o provimento cabia aos sesmeiros, isto é, aos senhores de terras. Surgiram, nesse quadro, as câmaras locais, compostas de vereadores e presidida pelos juizes ordinários, estes e aqueles escolhidos pelos 'homens bons', confirmada a dos segundos pelo rei (...) Homens bons eram os indivíduos mais respeitáveis da vila, isto é, aqueles que já tinham exercido a governança... só deixavam de ser homens bons os operários, os degredados, os judeus e os estrangeiros”. Cfr. SODRÉ, Nelson Werneck. *História Militar do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Editora Popular, 2010, p. 41-42.

¹³⁶ Vide nota nº 56, supra.



sequer possuir ter um projeto de futuro, mas apenas a pretensão de reorganizar o tecido normativo processual”.¹³⁷

E ainda, a conversão do anteprojeto em Projeto de Lei foi criticado pela inconsistência decisória que permitia.¹³⁸ No entanto, com algumas emendas e ajustes passaram a ser “aceitáveis”¹³⁹, embora com ressalvas¹⁴⁰. Antes de ser aprovado, temeridade inimaginável, houve quem requeresse, como Fredie Didier Jr., sua eficaz e imediata aplicação, mesmo no período de *vacatio legis*.¹⁴¹

É de se observar, ainda, o Manifesto da OAB, de novembro de 2010, contra o anteprojeto do CPC, embora refutado posteriormente¹⁴², por ser gestado e encaminhado “sem a devida maturação democrática”, manifesto no qual, aliás, se afirma que “antes de se pensar em um novo diploma processual, devemos nos ocupar, no mínimo, com sete problemas que emperram nosso Judiciário e que nada têm a ver com os defeitos do CPC”.¹⁴³

¹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Falta de Perspectiva: Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais. *Conjur* de 11.11.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-11/cpc-esquece-equidade-decisoes-judiciais>, acesso em: 11.04.2015.

¹³⁸ Antes da “Emenda Streck”.

¹³⁹ Lenio Streck, ao dizer que “agora já podemos apostar no Novo CPC.”

¹⁴⁰ Lenio Streck, sobre as ressalvas da Ponderação (Veta Presidenta) e sobre outras críticas a Ponderação e as Associações de Juízes.

¹⁴¹ Fredie Didier Jr. pediu, antes mesmo de aprovado o novo CPC, que fosse eficazmente aplicado o novo CPC por nascer a casos concretos, mesmo durante o futuro período da *Vacatio*. Cfr.: DIDIER JR, Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *Revista de Processo* nº 236, 2014.

¹⁴² Afirmou-se que o senador Valter Pereira (PMDB-MS), então relator da Comissão de Reforma do CPC, recebeu com estranheza o manifesto da OAB contra o projeto pois segundo observação, teriam sido realizadas, até então, pelo menos dez audiências públicas pelo Brasil, e que o Conselho Federal da OAB possuía um representante na que participara da elaboração do anteprojeto, o então conselheiro federal, e posteriormente presidente da OAB nacional, Marcus Vinícius Furtado Coelho. Cfr. “Processo Transparente: Comissão de Reforma do CPC rebate manifesto”. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-05/relator-comissao-reforma-cpc-rebate-manifesto-oab-sp>, acesso em: 11.04.2015.

¹⁴³ Além do apontado déficit democrático, os sete pontos prévia para o pensamento da reforma apontados pela OAB seriam: 1) Ausência da vontade política para criar um judiciário eficiente; 2) Falta de investimento de recursos orçamentários para o aparelhamento da Justiça; 3) Falta de informatização completa dos órgãos jurisdicionais e administrativos do PJ; 4) Falta de capacitação, motivação e remuneração do pessoal da Justiça; 5) Número relativamente baixo de juízes; 6) Falta de capacitação específica dos nossos magistrados para administrar cartórios e secretarias; e, 7) Ausência de padronização da rotina administrativo-cartorária. Cfr.: “Direitos Conquistados: OAB-SP faz manifesto contra projeto do novo CPC”. *Conjur* de 3.11.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-03/oab-sp-faz-manifesto-projeto-codigo-processo-processo-civil>, acesso em 11.04.2015.



Observa-se que o CPC de 2015 não é um código democrático, e como refletido abaixo, além de não democrático, ou ao menos dele se deveria dizer que é oriundo de um modelo complexo e que não traduz a efetiva vontade da população, mas ele também é formalmente inconstitucional.

b) A inconstitucionalidade formal do CPC de 2015

Muito já foi dito antecipadamente sobre o fato de o projeto ter sido alterado em uma casa legislativa e não ter retornado para a outra, razão pela qual o presente tópico será relativamente mais reduzido.

A Câmara dos Deputados faz questão de frisar, em seu regimento interno que é a mesma desde 1826, em termos históricos¹⁴⁴, não importando que tenhamos tido inúmeras Constituições (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988). As práticas, usos e costumes vão se arraigando a tal ponto que muitas vezes se atrevem a sobrepor o comando do texto constitucional.

Como parece intuitivo, esta segunda parte do ensaio, nestas linhas críticas ao novo CPC de 2015, se dedica a enfrentar o problema da notória inconstitucionalidade formal da Lei 13.105/2015.

E isto porque houve violação ao postulado do bicameralismo, vale dizer, o projeto iniciado no Senado Federal foi profundamente alterado na Câmara dos Deputados, e, sendo devolvido ao Senado, este o alterou novamente, mas não o encaminhou de volta para a Câmara, como determina o art. 65 da CF/88.

Segundo o artigo 65 da CF/88, o “projeto de lei aprovado por uma casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa

¹⁴⁴ Eis a interessante redação do art. 279 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados: “Art. 279. A Mesa, na designação da legislatura pelo respectivo número de ordem, tomará por base a que se iniciou em 1826, de modo a ser mantida a continuidade histórica da instituição parlamentar do Brasil”. Cfr.: BRASIL. Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Brasília: Edições Câmara/Centro de Documentação e Informação, 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>, acesso em 11.04.15.



revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”, e acrescenta em seu parágrafo único: “Sendo o projeto emendado, voltará à Casa iniciadora”.

A lógica é a de que as duas casas estejam em sintonia. Uma emenda ao projeto representa, em perspectiva, um novo projeto, e por isso deve ser devolvido para a outra casa legislativa, sempre que ocorrer alteração.

Uma das casas, a Câmara dos Deputados, representa o povo, por meio de representantes eleitos pelo sistema proporcional (art. 45 da CF/88). A outra representa os Estados e o Distrito Federal, por meio de representantes eleitos segundo o princípio majoritário (art. 46 da CF/88).

Não fosse a nossa maneira de contemporizar as coisas, ou a nossa “matreirice”, diria J.J Calmom de Passos, este Código de Processo Civil de 2015 haveria de ser declarado formalmente inconstitucional, por desrespeito ao espírito da Constituição e ao seu processo legislativo.

No entanto, como todos sabemos, o Supremo Tribunal Federal tem um entendimento curioso, notório e fragorosamente inconstitucional sobre o tema. Fazemos de nosso bicameralismo é um “verdadeiro” “*mise en scène*”, pois adotamos um bicameralismo do tipo igualitário entre representantes do povo (Deputados) e representantes dos Estados e do Distrito Federal (Senadores), quando essa pretensão igualitária não condiz com a realidade.

Mais do que isso, as regras do procedimento legislativo presentes nos regimentos internos das Câmaras Alta (Senado Federal) e Baixa (Câmara dos Deputados), no que se refere a alteração de projetos de lei na casa revisora, são claros em prever a possibilidade, apenas, da alteração que retifique eventual incorreção de linguagem, e “desde que não altere o sentido da proposição”.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Aliás, o próprio regimento comum do Congresso Nacional traz essa previsão de “acomodação” legislativa em seus artigos 135 e 136: “Art. 135. A retificação de incorreções de linguagem, feita pela Câmara revisora, desde que não altere o sentido da proposição, não constitui emenda que exija sua volta à Câmara iniciadora. Art. 136. Emendado o projeto pela Câmara revisora, esta o devolverá à Câmara iniciadora, acompanhado das emendas, com cópia ou publicação dos documentos, votos e discursos que instruíram a sua tramitação.” Cfr. BRASIL. Regimento Comum do Congresso Nacional. Brasília: Edições Câmara/Centro de Documentação e Informação, 2015. Disponível



A observação percuciente de André Ramos Tavares e de Bruno Dantas, questionando se o bicameralismo brasileiro só vale no papel, pois em tese, numa proposição legislativa que tramite nas duas casas, como regra, se houver “alteração, deve retornar à outra para novo exame, tantas vezes quantas necessárias”.¹⁴⁶

Observa-se que duas questões expõe a complexidade de nosso processo legislativo, vale dizer, no caso de aprovação de emendas “estritamente de redação” por uma das casas implicaria a devolução para a outra casa legislativa para análise, pois qualquer mudança (mesmo que meramente redacional) significa alterar o texto original, mas por uma “antiga interpretação da mesa do senado e da Comissão de Constituição, Justiça e Redação” da Câmara dos Deputados, apenas as alterações que impliquem “emendas de mérito” teriam o condão de reabrir o processo legislativo, e essa modelagem foi chancelada pelo STF em inúmeras oportunidades.¹⁴⁷

A controvérsia semântica é uma ficção jurídica das mais notáveis, pois considera-se que uma alteração (de redação) não é uma alteração (de mérito), embora o texto constitucional não faça essa distinção quase subliminar e de “Metempsicose jurídica”, pelo qual um artigo sai de seu corpo e ingressa em outra realidade. Claro caso de “ativismo legislativo”, resguardados todos os problemas existentes com o termo “ativismo judicial”.

Entre tantos exemplos possíveis, observemos o caso julgado pelo STF na ADI 2182, na qual se discutia a inconstitucionalidade formal da Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Federal 8429/1992, e cujo pano de fundo é exatamente o mesmo: afronta ao postulado do bicameralismo, em razão do projeto de lei ser alterado em uma casa sem que retornasse para a apreciação da outra.

Há, durante a discussão do pedido de Medida Cautelar na ADI 2182, uma interessantíssima observação do então Ministro Nelson Jobim, fazendo um aparte no voto do

em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>>, acesso em 11.04.15.

¹⁴⁶ DANTAS, Bruno; TAVARES, André Ramos. *Bicameralismo só vale no papel?* Folha de São Paulo, caderno opinião, de 02.06.2013.

¹⁴⁷ DANTAS, Bruno; TAVARES, André Ramos. *Bicameralismo só vale no papel?* Folha de São Paulo, caderno opinião, de 02.06.2013.



Ministro Marco Aurélio, que defendia a inconstitucionalidade formal da lei, por ter havido alteração em uma casa sem que tivesse posteriormente retornado para a outra. Segue a transcrição do diálogo para que busquemos uma breve reflexão.

Disse o Ministro Marco Aurélio: “O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que não me parece possível, Senhor Presidente, é conferir-se ao artigo 65 da Constituição Federal interpretação que conduza à aprovação de um projeto apenas por uma das Casas. O alcance, pelo menos sob minha ótica, do artigo 65 é esse, a mens legis do artigo 65 é o duplo crivo considerada a integralidade do projeto, porque, caso contrário, no cenário jurídico, que restou aprovada só por uma das Casas e não por ambas as Casas. Pode ser até que, potencializando-se o pragmatismo, seja isso o que ocorra quanto à quase totalidade dos projetos.”¹⁴⁸

Aparteu-o o Ministro Nelson Jobim: “O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM – Para que isso se modifique, precisamos ir para o Senado, sermos eleitos, e alterarmos o processo legislativo e não através de uma interpretação que vem sendo produzida há mais de cem anos. V.Exa. está pretendendo exatamente mudar uma regra de cem anos de vigência, através de uma interpretação num fim de tarde, num fim de sessão.”¹⁴⁹

Supõe-se que o Supremo Tribunal seja o guardião da Constituição, e mesmo que a tarde seja chuvosa, amena e silenciosa, deve caber ao Tribunal maior, se for o caso, alterar práticas inconstitucionais de outra instituição, ainda que seculares e arraigadas em palavras pomposas como tradição e costume. Costumes e tradições inconstitucionais, são normas inconstitucionais, e chega a ser um truísmo com o qual a Suprema Corte não deveria transigir ou tergiversar.

Assim sendo, percebe-se a inconstitucionalidade formal que viola o bicameralismo, tornando-o, o mais das vezes, em unicameralismo de ocasião, em que na maioria das vezes prevalecerá a vontade de uma apenas das duas Casas.

¹⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2182/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ementário 2144-2, p. 23-24 do acórdão digital.

¹⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2182/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ementário 2144-2, p. 23-24 do acórdão digital.



3. Considerações finais: Estranhos frutos.

O presente ensaio apresenta apenas uma tentativa de debate crítico sobre o novo CPC de 2015, e neste sentido, espera-se que estas sejam linhas provisórias, jamais definitivas. Para recordar Honoré de Balzac, e parece necessário fazê-lo, “existe, em todos os sentimentos humanos, uma flor primitiva gerada por um nobre entusiasmo que sempre acaba enfraquecendo até que a felicidade já não passe de uma lembrança e a glória, de uma mentira”.¹⁵⁰

Descreveu-se poeticamente o CPC de 2015, seu discurso legitimador e seu processo de elaboração e construção, mesmo sem o saber. Com o discurso de que é democrático, acaba sendo uma “armadilha”¹⁵¹, e poderíamos mesmo falar em uma “teoria das armadilhas processuais”, embora este não seja nem o momento, e nem o local adequado.

O “novo” CPC de 2015, no entanto, parece ter sido urdido de maneira dedicada e espirituosa por cada um de seus específicos elaboradores, nos mais variados momentos de sua construção. A impressão que transparece é a de que cada um dos envolvidos esteve comprometido de maneira leal e honesta com sua própria obra de arte, com felicidade e entusiasmo, vislumbrando a possível solução dos problemas processuais.

Contudo, processo é poder¹⁵², representativo da estrutura óssea da sociedade democrática¹⁵³, e por isso mesmo a participação popular, em suas linhas mestras, deveria ter sido feita por meio de consulta direta, e não através de mecanismos outros que não são capazes de lhes fazer as vezes.

Além disso, a luta intestina por fazer prevalecer versões distintas, luta pelo poder, acabou por fazer do CPC projetado uma espécie de santo graal que iria redimir todos os

¹⁵⁰ BALZAC, Honoré. *A obra-prima ignorada*. Trad. Dorothée de Bruchard e Rejane Janowitz Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 6.

¹⁵¹ Num dos sentidos empregados pelo dicionário priberam: cilada, embuste e logro. Disponível em: <www.priberam.pt/dlpo/>, acesso em: 14.04.2015.

¹⁵² Vide parágrafo e narrativa contidas na nota nº 47, supra.

¹⁵³ Vide parágrafo e narrativa contidas na nota nº 46, supra.



pecados, de todos os credos e sentidos de justiça. Decorrente da ambição por fazer do projeto um projétil, destinado a representar a bala de prata que derrotaria, com um só tiro, todos os nossos males. Poucos foram os que ingressaram, de fato, na sala de máquinas do novo CPC de 2015 (*engine room of the 2015 civil procedure code*), talvez porque poucos são os que ingressam na sala de máquinas da Constituição (*engine room of the Constitution*).

Houve uma promessa de que a vontade prevalecente seria a da casa iniciadora, o Senado. Esquecemos de respeitar o art. 65, da CF/88, rememorando um enredo que pretendia obnubilar as visões sobre o texto, e sobre o processo legislativo. Assim como Calmon de Passos foi enredado e abandonou o júri, desiludido, juristas de escol foram enredados de que a vontade prevalecente seria a da casa do povo, a Câmara. Cumpriu-se a promessa. O CPC projetado da Câmara se transformou no Quintela, e foi “justiçado”.¹⁵⁴

A metáfora aqui acaba sendo também outra. Como observado a partir de um primeiro prisma da narrativa rodrigueana, o “novo” CPC, sobre o qual se lutou com unhas e dentes, acaba por representar o “Cadelão” do ordenamento jurídico, assim como o STF parece ser “Cadelão” do Direito Constitucional. Representam objetos de vontades que precisam ser saciadas.

Também faz recordar a letra da canção imortalizada na voz de Billie Holiday (1915-1959), “*strange fruit*”¹⁵⁵, que fala sobre o hediondo crime motivado por racismo, contra afrodescendentes, afirmando que as árvores do sul produzem uma estranha fruta, com sangue nas folhas e sangue nas raízes, com corpos negros balançando nas árvores.

No Brasil de 2015, a nosso turno, nossa árvore da democracia também produz frutos estranhos. Códigos, sem participação popular substancial, pendurados pelos álamos, como na canção acima, para os corvos arrancarem e saciarem a sua fome.

¹⁵⁴ Vide parágrafo e narrativa contidas na nota nº 122, supra.

¹⁵⁵ Composta inicialmente como um poema por Abel Meeropol (um professor judeu do colégio do Bronx), que o publicou sob o pseudônimo de Lewis Allan, e que foi interpretada por quase uma centena de artistas, e mais notoriamente por Billie Holiday, sobre o triste e famoso caso dos negros covardemente mortos, linchados, enforcados, pendurados pelos pescoços nas árvores do Sul dos E.U.A.: “As árvores do Sul estão carregadas com um estranho fruto, sangue nas folhas e sangue na raiz, Um corpo negro balançando na brisa sulista. Um estranho fruto pendurado nos álamos”.



Referências

ABUJAMRA, Antônio. *Narrativa Oral. Programa Provoações nº568 com o filósofo Renato Janine Ribeiro*, bloco 3, em maio de 2012. Disponível em: <<http://youtu.be/kvPOy5fzoqs>>, acesso em: 22.04.2015.

ALCAIDE, Benjamín Lezama. El ensayista como rebelde. Em: *El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "El ensayo iberoamericano"*, tomo I. México: UNAM, 1993.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da Codificação: A crônica de um conceito*, Livraria do Advogado, 1997.

ARGUELHES, Diego Werneck; HARTMANN, Ivar A. *Pedido de vista é poder de veto*. Opinião, Folha de São Paulo de 15.04.2015.

ARNOLD, Thurman W. The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process. *Harvard Law Review*, vol. XLV, n. 4, feb., 1932.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Democratização da justiça: STF rumo para flexibilização da jurisprudência defensiva. *Conjur* de 15.10.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-out-15/arruda-alvim-supremo-rumo-flexibilizacao-jurisprudencia-defensiva>, acesso em: 11.04.2015.

BALZAC, Honoré. *A obra-prima ignorada*. Trad. Dorothée de Bruchard e Rejane Janowitz Porto Alegre: L&PM, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. *Revista Forense*, n. 304, 1988.

_____. Juízo de Admissibilidade no Sistema dos Recursos Cíveis. *Revista de Direito*, Volume 19, 1976. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1233166/DLFE-55106.pdf/REVISTA1976.pdf>>, acesso em 13.04.2015.



BARRET, John Q. Bennett Boskey's Book, Some Joys of Lawyering. Edição do autor, 2008. Disponível em: <<http://thejacksonlist.com/wp-content/uploads/2014/02/20080515-Jackson-List-Boskey.pdf>>, acesso em 19.04.2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 52, 1999.

BATOR, Paul. The Judicial Universe of Judge Richard Posner. 52 *University of Chicago Law Review* 1146, 1985.

BÄCKER, Carsten. Regras, princípios e derrotabilidade. trad. de Tiago Lopes Mosci *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, pp. 55-82, V. 102, 2011.

BENVINDO, Juliano Zainden. "O Grande Jurista". *Crítica Constitucional* de 18.02.2014. Disponível em: <www.criticaconstitucional.com/o-grande-jurista>, Acesso em: 12.04.15.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Invertida: A Suprema Corte Americana no combate à ampliação da democracia. Lua Nova, São Paulo, n. 89, p. 107-134, 2013.

BONAVIDES, Paulo. Do País Constitucional ao país neocolonial: A derrubada da constituição pelo Golpe de Estado institucional. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2182/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Ementário 2144-2, p. 23-24 do acórdão digital.

_____. Senado Federal. *Anteprojeto elaborado pela Comissão de Revisão do CPC* instituída em outubro de 2009 pelo Ato n. 379 do Presidente José Sarney. Brasília: Senado Federal, 2009.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado do Novo CPC (PLS Nº 166/10). Brasília: Senado Federal, 2011.



_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010 (nº 8.046, de 2010, naquela Casa). Brasília. Câmara dos Deputados. 2014.

_____. Senado Federal. Alteração do Senado ao Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil”. Brasília: Senado Federal, 2014.

_____. Presidência da República (Planalto). Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília-Brasil, 2015.

_____. Sugestões ao Projeto do CPC apresentadas pelo Presidente do STF Cezar Peluso. Brasília. 2012. Disponível em: <s.conjur.com.br/dl/propostas-ministro-cezar-peluso-cpc.pdf>, acesso em 11.04.2015.

_____. Projeto de Lei 2.963/2011, apresentado pelo Deputado Miro Teixeira. Disponível em: <www.camara.gov.br>, acesso em: 11.04.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC n. 95.009/SP, Rel. Min. Eros Grau, julgado em 06.11.2008.

_____. Tribunal Superior Eleitoral: *Estatísticas eleitorais 2014*. Disponível em: <www.tse.jus.br/eleicoes/estatisticas/estatisticas-eleitorais-2014-eleitorado>, acesso em 11.04.2015.

_____. Ministério da Justiça. Debate Público – *Código de Processo Civil: Relatório Final*. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2011.

_____. IBGE. População. *Nota técnica*. Disponível em: <www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/notatecnica.html>, acesso em 11.04.2015.

BRINKS, Daniel; BLASS, Abby. Beyond the Façade: Institutional Engineering and Potemkin Courts in Latin America, 1975-2009. Longhorn 2014 APSA Papers, 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. O Decreto 8.243 e a sociedade civil. Estadão, Caderno Opinião, de 22.02.2015.



BRYAN, Amanda C. Principled Agents or Legal Rasputins? Influence, Ideology, and the Cert. Pool on the U. S. Supreme Court. Presented at the Annual Meeting of the Southern Political Science Association, 2012.

CALMON DE PASSOS, J.J. Reforma do Poder Judiciário. Em: CALMON DE PASSOS, J.J. *Ensaios e Artigos*, v. I. Salvador: Juspodivm, 2014.

_____. Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo: Reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Visão crítica dos 20 anos da Constituição cidadão. São Paulo: LTR, 2009.

_____. Há um novo moderno processo civil brasileiro? Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 18, jun-ago./2009.

_____. Prefácio. Em: DIDIER JR., Fredie. Recurso de Terceiro: juízo de admissibilidade. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2005.

_____. *Diálogo e Alteridade*. Palestra proferida em 11.10.2008 na Associação Juizes para a Democracia. Disponível em: <<http://youtu.be/qe9rriKcWDs>>, acesso em 10.04.2015.

_____. *Depoimentos Magistrais*. Direito do Estado. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/depoimentos-magistrais/j-j-calmon-de-passos>>, acesso em 10.04.2015.

_____. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. *Revista de Processo* nº 102, 2001.

_____. *Direito, Poder, Justiça e Processo*: Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Tutela Jurisdicional das Liberdades. *Revista de Processo* nº 90, abr./1998.

_____. Cidadania Tutelada. *Revista de Processo* nº. 72, out./1993.

CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world. New York, Routledge, 2008.



CASTANHEIRA NEVES, A. O Instituto dos <<Assentos>> e a função jurídica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA MACHADO, Antônio Cláudio. Mudança Consensual: Novo projeto corrige propostas de alteração do CPC. *Conjur* de 08.02.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-fev-08/projeto-reforma-cpc-abandona-erros-proposta-votacao>, acesso em: 11.04.2015.

CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). Legal Culture and legal transplants. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

CRÍTICA CONSTITUCIONAL. Esclarecimentos de Crítica Constitucional em relação às acusações de Reinaldo Azevedo. *Crítica Constitucional* de 24.02.2014. Disponível em: <www.criticaconstitucional.com/esclarecimentos-de-critica-constitucional-em-relacao-as-acusacoes-de-reinaldo-azevedo>, Acesso em: 12.04.15.

CUNHA FROTA, Pablo Malheiros. Derrotabilidade das normas jurídicas e sua aplicabilidade: o diálogo principiológico entre o direito contratual civil e o direito contratual administrativo. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, n. 52, p. 81-99, 2010.

DAHL, Robert A. How Democratic Is the American Constitution? 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 2003.

DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. Os “assentos” (I). *Tribuna do Norte*, em 10.11.2013. Disponível em: <tribunadonorte.com.br/noticia/os-assentos-i/266143>, acesso em: 02.04.2015.

DIDIER JR, Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. *Revista de Processo* nº 236, 2014.

_____. *Palestra de Abertura*. Simpósio – O Novo CPC – Aspectos Gerais do Novo CPC, nos dias 15 e 16 de setembro de 2014. Disponível em: <http://youtu.be/Ng300_o1J5w>, acesso em 12.04.2015.

_____. Editorial 51, de 20.10.2008. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-51/>>, acesso em: 15.04.2015.



_____. O Mundo torna a começar. Discurso de paranínia. Disponível em: <[http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2008/03/discurso de paranínia o mundo tornou a comecar.pdf](http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2008/03/discurso_de_paraninia_o_mundo_tornou_a_comecar.pdf)>, acesso em: 15.04.2015.

DORF, Michael C. The Supreme Court, 1997 Term - Foreword: The Limits of Socratic Deliberation. Harvard Law Review vol. 112, 1998.

DWORKIN, Ronald. In Praise of Legal Theory. 29 *Ariz. St. Law Journal*, 353, 1997.

_____. Philosophy & Monica Lewinsky. *The New York Review of Books*. Vol. XLVII, n. 4, Mar.-2000.

_____. *Posner's Charges: What I Actually Said*. Disponível em: <<http://gongfa.com/dewojinbosina.htm>>, acesso em: 11.04.15.

ELY, John Hart. The Supreme Court, 1977 Term - Foreword: On Discovering Fundamental Values, Harvard Law Review vol. 92, 1978.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. Supremo em números. III Relatório Supremo em Números: O Supremo e o Tempo. Rio de Janeiro: FGV Rio, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. Poderes Selvagens: A crise da democracia italiana. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERREIRA NETO, Osly da Silva. Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. Anais do VII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008.

_____. Os assentos no Direito português e as súmulas no Direito brasileiro: efetividade, segurança e imobilidade. Revista *Evocati* nº 32, 2008.

FORTAS, Abe. *Concerning Dissent and Civil Disobedience*. New York: The New American Library, 1968.

GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame J. Int’L & Comp. L.*, vol. 4, 2014.



_____. Latin American Constitutionalism (1810-2010): The Engine Room of the Constitution. New York: Oxford University Press, 2013.

_____. *Crisis de la Representación Política*. México D.F: Fontamara, 1997.

_____. Em nome da constituição: O legado federalista dois séculos depois. Em: BORON, Atilio A. *Filosofia política moderna. De Hobbes a Marx*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. Disponível em:

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/secret/filopolmpt/08_gargarella.pdf>, acesso em 10.04.2015.

_____. La Justicia frente al Gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Ed. Corte Constitucional para el período de Transición, 2011.

GIBSON, J. C. Impact of legal culture and legal transplants on the evolution of the Australian legal system. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

GINSBURG, Ruth. Transcript of Interview of U.S Supreme Court Associate Justice Ruth Bader Ginsburg. Interviewed by Professor Deborah Jones Merrit & Professor Wendy Webster Williams. *Interview of Justice Ginsburg*. Ohio State Law Journal, v. 70, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes de. Notas em torno do processo penal no nacional – socialismo alemão: Gleichstung e Führerprinzip. Intertemas. *Revista do Curso de Mestrado em Direito*. Presidente Prudente, 2000.

GUEDES, Jefferson Carús. *Direito Processual de Grupos Sociais no Brasil: uma versão revista e atualizada das primeiras linhas*, Brasília: *versão do autor*, 2015 (*mimeo*).

_____. *Direito Processual Social Atual: entre o Ativismo Judicial e o Garantismo Processual*. *Revista Brasileira de Direito Processual* (Impresso), v. 82, p. 45-79, 2013.

_____; ROCHA, E. P. *Derechos Fundamentales y Proceso Civil en el Brasil: algunas técnicas procesales compensatorias de desigualdades sociales y la protección judicial de los*



derechos fundamentales. Universidad Complutense de Madrid. España. *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época, v. 11, p. 451-492, 2010.

_____. Direito Processual Social no Brasil: As Primeiras Linhas. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n. 2, p. 55-91, enero-junio, 2006,

_____. Direito Processual Social no Brasil: as primeiras linhas. *Revista de Processo*, v. 142, p. 137-167, 2006.

GULDBERG, Horacio Cerutti. Hipotesis para una teoria del ensayo. Em: *El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "El ensayo iberoamericano"*, tomo I. México: UNAM, 1993.

HART, H.L.A. The Ascription of Responsibility and Rights. Em: *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, vol. 49, p. 171-194, 1949.

HEIRBAUT, D.; GERKENS, J. F. In the shadow of France. Legal acculturation and transplants in the southern Netherlands/Belgium. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

HERRERA FLORES, Joaquín. A proposito de la fundamentacion de los derechos humanos y de la interpretacion de los derechos fundamentales. *Revista de Estudios Políticos (Nuova Epoca)*, n. 45, mayo-junio, 1985.

_____. *Los Derechos Humanos desde la escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos, 1989.

_____. Utopia, Fundamentalismo y espíritu utópico. Em: *El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "El ensayo iberoamericano"*, tomo I. México: UNAM, 1993.

_____. Presupuestos básicos para educar en Derechos Humanos. El "Diamante ético". Em: Suplementon, p. 16-20, de *Andalucía Educativa*, Año III, n. 16, septiembre de 1999.



_____. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. Em: HERRERA FLORES, Joaquín. *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

_____. La riqueza humana como criterio de valor. *Crítica jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho* n. 21, 2002.

_____. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: tres precisiones conceptuales. Em: *La globalización y los derechos humanos. IV Jornadas Internacionales de Derechos Humanos*, Sevilla, 2003.

_____. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. Trad. Carol Proner. Em: WOLKMER, Antonio Carlos. (Org.). *Direitos Humanos e Filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Tres mecanismos de funcionamiento del Patriarcalismo: Política, Derecho y Espacio Social Ampliado. Em: HERRERA FLORES, Joaquín. *De "habitaciones propias" y otros espacios negados. Una teoría crítica de las opresiones patriarcales*. Bilbao: Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2005.

_____. *La verdad de una teoría crítica*. Seis decisiones iniciales y seis paradojas de los Derechos humanos. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide, 2005.

_____. La Construcción de las Garantías. Hacia una Concepción Antipatriarcal de la Libertad y la Igualdad. *Revista Estudos Legislativos da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul*. Ano 2, n. 2, dez.-2006. Porto Alegre: CORAG, 2006.

_____. *O nome do riso*. Um breve tratado sobre arte e dignidade. Trad. Nilo Kaway. Florianópolis: CESUSC/Bernúncia, 2007.

_____. Neoconservadurismo <<versus>> derechos humanos: la construcción de la dignidad. A propósito del debate sobre la <<seguridad humana>>. Em: *De los derechos y la seguridad humana, de tod@s o de nadie*. N. 5. Bilbao: PTM mundubat, 2007.



_____. Entrevista: A reinvenção dos Direitos Humanos. *Constituição & Democracia*, UnB-SindjusDF, junho de 2008.

_____. *La reinención de los derechos humanos*. Colección ensayando. Andalucía: Atrapasueños, 2008.

_____. La Complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una redefinición contextualizada. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 1, p. 103-, junho/2008.

_____. 16 Premisas de una teoría crítica del derecho. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Diez bases para la producción contemporánea de los derechos: el caso de los pueblos indígenas en aislamiento autónomo. Crítica y Emancipación - *Revista Latinoamericana de ciencias sociales*. Clacso. Año n. 7, p. 159-176, primer semestre 2012.

_____. La democracia en processo participativo: principios, fundamentos y requisitos. Aula de Derechos Humanos "José Carlos Mariategui" de la UPO, p. 87-115. Em: La pedagogía de la decisión: Aportaciones teóricas y prácticas a la construcción de las Democracias Participativas. *Construyendo ciudadanía* - 10. Sevilla: CIMAS, s/d, mimeo.

_____. *Los Derechos humanos: una visión crítica*. s/d. Mimeo.

HUSA, Jaakko. Legal families. *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, pp. 382-393, Jan. M. Smits ed., Cheltenham: Northampton, 2006.

KRAMER, Larry. Constitucionalismo popular y controle de constitucionalidad. Trad. Paola Bergallo. Madrid: Marcial Pons, 2011.

_____. We The Court. *Harvard Law Review*, vol. 115, 2001.

LANDA, Josu. El Ensaio: Um Juego de Espejos. Notas sobre la invención de Montaigne. Em: El ensayo en nuestra América. *Para una reconceptualización*. Colección "El ensayo iberoamericano", tomo I. México: UNAM, 1993.



LUDWIG, Roberto José. *A norma de direito fundamental associada: direito, moral, política e razão em Robert Alexy*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÁLISHEV, Mijail. *Ensayo: el origen y la esencia del género*. Em: *El ensayo en nuestra América. Para una reconceptualización. Colección "El ensayo iberoamericano"*, tomo I. México: UNAM, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIÉRO, Daniel. *O projeto do CPC: crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Falta de Perspectiva: Novo CPC esquece da equidade perante as decisões judiciais*. *Conjur* de 11.11.2010. Disponível em: <www.conjur.com.br/2010-nov-11/cpc-esquece-equidade-decisoes-judiciais>, acesso em: 11.04.2015.

MORAIS, Fausto dos Santos. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013, 346f. Tese (Doutorado) - UNISINOS. São Leopoldo, abril de 2013.

MOTTIER, Véronique. *Metaphors, mini-narratives and Foucauldian discourse theory*. Em: CARVER, Terrell; PIKALO, Jernej. *Political Language and Metaphor: interpreting and changing the world*. New York, Routledge, 2008.

MUÑOZ, Francisco A.; HERRERA FLORES, Joaquín; RUEDA, Beatriz Molina; FERNÁNDEZ, Sebastián Sánchez. *Investigación de la paz y los derechos humanos desde Andalucía*. Andalucía: Editorial Universidad de Granada, 2005.

NELSON, William E.; RISHIKOF, Harvey; MESSINGER, Scott; JO, Michael. *The liberal tradition of the Supreme Court Clerkship: Its Rise, Fall and Reincarnation?* *Vanderbilt Law Review*, vol. 62, 2009.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.



NIETZSCHE, Friedrich. *The portable Nietzsche*. Reprint of the 1954 ed. elected, translated and notes by Walter Kaufmann. New York: The Viking Press, 1988.

NOGUEIRA, Octaciano. *A Constituinte de 1946: Getúlio, o sujeito oculto*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____; SEVERO, Alípio. *Democracia sem Democratas*. Brasília: Letraviva, 2004.

_____; SEVERO, Alípio. *Democracia dos Autocratas*. Brasília: Edições Dédalo, 2003.

NUNES PEREIRA, Ruitemberg. *A Circulação Global dos Precedentes: Esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de Direitos Humanos*. 2014. 634 f. Tese (Doutorado em Direito) — Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2014.

_____. *Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica no direito internacional*. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n 4, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. *Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e “panelinhas”*. *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 44, 2012.

PAIM, Antonio. *Momentos decisivos da história do Brasil*. 2ª ed. Revista e Ampliada. Campinas: CEDET, 2014.

PARISE, Agustín. *Legal transplants and codification: exploring the north american sources of civil code of argentina (1871)*. Em: CORDERO, Jorge A. Sánchez (Coord.). *Legal Culture and legal transplants*. Washington, D.C.: International Academy of Comparative Law, 2010.

PEPPERS, Todd C. *O Leakers and legal briefers: the modern Supreme Court Law Clerk*. *Charleston Law Review*, vol. VII, 2012.

_____; ZORN, Christopher. *Law Clerk Influence on Supreme Court Decision Making: An Empirical Assessment*. *DePaul Law Review*, vol. 58, 2008.

_____; GILES, Michael W.; TAINER-PARKINS, Bridget. *Inside Judicial Chambers: How Federal District Court Judges Select and Use Their Law Clerks*. *Albany Law Review*, vol. 71, 2008.



PORTER, Eleanor. Pollyanna. São Paulo: Scipione, 2001.

POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Tribute to Ronald Dworkin and a Note on Pragmatic Adjudication. 63 *N.Y.U. Ann. Sur. Am Law* 9, 2007.

_____. The Supreme Court, 2004 Term - Foreword: A Political Court. *Harvard Law Review* vol. 119, 2005.

_____. No Thanks, We Already Have Our Own Laws: The Court Should Never View a Foreign Legal Decision as a Precedent In Any Way. Disponível em: <http://www.legalaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp>, acesso em: 06.10.2014.

_____. Conceptions of Legal 'Theory': A response to Ronald Dworkin. 29. *Ariz. St. Law Journal*, 379, 1997.

_____. An Affair of State: An Exchange. *The New York Review of Books*. Vol. XLVII, n. 7, Mar.-2000.

_____. Dworkin, Polemics and the Clinton Impeachment Controversy. 94 *Nw. U. Law Review*, 1023, 2000.

RESNIK, Judith. Precluding Appeals, *Cornell Law Review*, vol. 70, 1985.

RODRIGUES, Nelson. Otto Lara Resende ou, Bonitinha, mas ordinária. 3ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Dogmática e crítica da jurisprudência (ou da vocação da doutrina em nosso tempo). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 99, n. 891, p. 65-106, jan. 2010. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/OtavioLuiz.pdf>, acesso em: 21.04.2015.

ROVER, Tadeu. Qualidade de Vida: Comissão da OAB propõe atualização na Lei de Processo Eletrônico. *Conjur* de 17.04.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-17/comissao-oab-propoe-atualizacao-lei-processo-eletronico>>, acesso em 18.04.2015.



SCHAUER, Frederick. Is Defeasibility na Essential Property of Law? Em: FERRER, J.; RATTI, C (Org.). *Law and Defeasibility*. Oxford University Press, 2010.

_____. On the Supposed Defeasibility of Legal Rules. *Current Legal Problems. MDA, Freeman*, vol. 48, 1998, p. 223-240;

_____. Exceptions. *University of Chicago Law Review*, vol. 58, 1991.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. *Transjusfundamentalidade: diálogos judiciais transnacionais sobre direitos fundamentais*. 2013. 274 f. Tese (Doutorado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2013.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História Militar do Brasil*. 2ª edição. São Paulo: Editora Popular, 2010.

_____. *A Farsa do Neoliberalismo*. 6ª edição. Rio de Janeiro: Graphia, 1999.

STRECK, Lenio. [Entrevista]. Previsibilidade e Segurança: “Fundamentação de decisões vai diminuir drasticamente número de ações”. *Conjur* de 30.05.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-30/entrevista-lenio-luiz-streck-jurista-professor>>, acesso em 30.05.2015.

_____. *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. Em: *Compreender Direito: Desvelando as obviedades do discurso jurídico*, volume 1, 2ª edição, revista. São Paulo: RT, 2014.

_____. Grande Avanço: Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! *Conjur* de 21.10.2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>, acesso em 15.04.2015.

_____. Senso Incomum: Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? *Conjur* de 18.12.2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez->



18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>, acesso em: 15.04.2015.

_____. Senso Incomum: Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta! *Conjur* de 08.01.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>, acesso em: 15.04.2015.

_____. Ganhos Para o Brasil: O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta! *Conjur* de 25.02.2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>>, acesso em: 15.04.2015.

_____. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. *Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011.

_____. As Recepções Teóricas Inadequadas em Terrae Brasilis. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 2-37, jul./dez. 2011.

_____. Poder aos Juízes: A juristocracia do novo Código de Processo Civil. *Conjur* de 18.09.2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-set-18/lenio-streck-juristocracia-projeto-codigo-processo-civil>, acesso em: 11.04.2015.

_____. Entrevista. *Revista do Tribunal de Constas do Estado de Minas Gerais*. V. 81, n. 4, ano XXIX, Out./Dez.-2011.

_____. Entrevista: Direito Sumular. Carta Forense de 01.12.2008. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-sumular/3120>>, acesso em: 21.04.2015.

SUNSTEIN, Cass R. Deve o formalismo ser defendido empiricamente? Em RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *A justificação do formalismo jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; HASTIE, Reid. Garbage in, Garbage Out? Some Micro Sources of Macro Errors. *Journal of Institutional Economics*, 2014.



SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Formação e ponto de inflexão: entre palavras e verdades. Em: PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (Cord.). *Teoria crítica dos direitos humanos: in memoriam Joaquín Herrera Flores*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. Lineamentos de uma democracia autêntica para o Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 58, 1963.

_____. Pronunciamento. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 63, 1968.

_____. Carta aos brasileiros. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 72, 1977.

_____. Uma estória para a história. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 95, 2000.

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TRIPATHI, P. Foreign precedents and constitutional law. *Columbia Law Review*, v. 57, n. 3, 1957.

TUSHNET, Mark; LYNCH, Timothy. The Project of the Harvard Forewords: A social and intellectual inquiry. *Constitutional Commentaty*, vol. 11, 1994.

VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. Reflexiones Criticas Acerca del Proyecto de Reforma al Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba. Obra en Homenaje al Bicentenario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1991.

VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. *Revista de Informação Legislativa*, ano 23, n. 89, jan.-mar., 1986.

WALDRON, J. Foreign Law and the Modern *Ius Gentium*, 119 *Harvard Law Review*. 129, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Debate democrático: Um código de processo civil com DNA democrático. *Conjur* de 02.10.2012. Disponível em:



www.conjur.com.br/2012-out-02/codigo-processo-civil-possui-dna-democratico>, acesso em: 11.04.2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reforma do CPC: Críticas ao novo projeto de CPC são senso comum. *Conjur* de 27.06.2011. Disponível em: www.conjur.com.br/2011-jun-27/criticas-projeto-cpc-sao-injustas-refletem-mero-senso-comum>, acesso em: 11.04.2015.

_____. Críticas ao CPC: Críticas ao novo CPC são meras ‘frases de efeito’. *Conjur* de 13.12.2011. Disponível em: www.conjur.com.br/2011-dez-13/criticas-cpc-nao-podem-limitar-afirmacoes-bombasticas>, acesso em: 11.04.2015.

WASBY, Stephen L.; SWANSON, Rick A. Good Stewards: Law Clerk Influence in State High Courts. *The Justice System Journal*, vol. 20, n. 1, 2008.

WEINSTEIN, Jack B. After fifty years of the Federal Rules of Civil Procedure: Are the Barriers to Justice being raised? *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137, 1989.

WHITEHOUSE, Sheldon. Speech: Opening Address. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 162, n. 7, jun./2014.

YOO, John; DELAHUNTY, Robert J. Against Foreign Law. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Volume 29, Number 1, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política. Trad. Manuel Martinez Neira. Madrid: Trotta, 2008.