

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 285-A DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, DEMONSTRADA A PARTIR DE UMA COMPREENSÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO¹

Mônica Rodrigues Carvalho²

Sumário

INTRODUÇÃO; 1 PARADIGMAS DO ESTADO DE DIREITO, 1.1 A conceituação do vocábulo “paradigma”, 1.2 Paradigma do Estado Liberal, 1.3 Paradigma do Estado Social, 1.4 Paradigma do Estado Democrático de Direito; 2 BREVE EXPOSIÇÃO DAS MAIS SIGNIFICANTES TEORIAS DO PROCESSO, 2.1 Processo como Contrato e Quase-Contrato, 2.2 Processo como Relação Jurídica, 2.3 Processo como Situação Jurídica, 2.4 Processo como Instituição Jurídica, 2.5 Processo como Procedimento em Contraditório, 2.6 Teoria Constitucionalista de Processo, 2.7 Teoria Neo-Institucionalista de Processo; 3 O ARTIGO 285-A NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: IMPLICAÇÕES INICIAIS; 4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 285-A; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O artigo 285-A foi recentemente inserto no Código de Processo Civil pela Lei 11.277 de sete de fevereiro de 2006, e está em vigor desde oito de maio deste ano, aduzindo, *in verbis*:

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

A justificativa para esta inserção refere-se à tentativa de desburocratização do procedimento, a fim de tornar a “prestação jurisdicional” mais célere, atribuindo-lhe efetividade.

¹ Artigo elaborado no Curso de Especialização em Direito Processual, da Universidade de Uberaba, sob a orientação do Prof. MSc. Vinícius Lott Thibau.

² Bacharel em Direito pela Universidade de Uberaba. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Processual pela Universidade de Uberaba, 2006, e em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal e Curso PRIMA, 2008.

Ocorre que, considerando-se que o Direito Processual deve observar as bases constitucionais para seu regular exercício e, tendo em vista os princípios constitucionais de Processo, tal justificativa não prospera quando em confronto com os princípios do contraditório e da ampla defesa, seja por decorrência do próprio paradigma constitucionalmente adotado, seja porque tais princípios são hierarquicamente superiores à legislação ordinária, na qual se enquadra o Código de Processo Civil.

Desse modo, no desenrolar deste trabalho, procurar-se-á demonstrar que a aplicabilidade do artigo 285-A, do Código de Processo Civil está prejudicada, uma vez que o disposto em referido artigo atenta não só contra os princípios do contraditório e da ampla defesa, insculpidos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Brasileira de 1988, mas sobretudo contra o próprio Paradigma do Estado Democrático de Direito, sendo, *prima facie*, inconstitucional.

1 PARADIGMAS DO ESTADO DE DIREITO

1.1 A conceituação do vocábulo “paradigma”

Para se compreender o real sentido do vocábulo “paradigma”, tal qual concebido pela Epistemologia Jurídica moderna³ são necessárias algumas reflexões acerca da concepção do termo para Thomas Kuhn, Habermas e Rosemiro Leal.

Para Kuhn, paradigmas são “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”⁴.

Em Kuhn, o paradigma, enquanto vigente, vincula a pesquisa científica, uma vez que é dele que se deve abstrair o entendimento das demais regras. Além disso, como não é perene, estimula o desenvolvimento da ciência, a fim de que se possa superar o paradigma vigente por meio da reestruturação daquele que o antecedeu.

Já Habermas, conforme assevera Cattoni, entende que paradigmas são “as visões exemplares de uma comunidade jurídica que considera como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser realizados no contexto percebido de uma dada

³ Consoante Rosemiro Pereira Leal, Epistemologia é o “estudo geral e sistemático do conhecimento humano numa relação sujeito-objeto” (1999, p. 53). Assim, pode-se deduzir que Epistemologia Jurídica seria a sistematização dos conhecimentos jurídicos.

⁴ KUHN, Thomas s. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 43 et seq, *apud* CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.52.

sociedade”⁵. Nessa ótica, paradigma refletiria a forma pela qual a linguagem estruturar-se-ia em determinado momento histórico, de modo que a adequada compreensão de qualquer conceito deveria passar pelo paradigma.

Rosemiro Leal, adotando uma concepção Popperiana do conhecimento científico, concebe paradigma como uma proposição normativa sujeita a testificações e dada à crítica.⁶

Das três definições expostas, observa-se que todas têm em comum o fato de adotarem o Paradigma como um conceito vinculante, não meramente ilustrativo, visto que sobre suas bases é que se irá desenvolver a ciência em uma determinada época.

De acordo com Carvalho Netto, os paradigmas sucederam-se no tempo “em um processo de superação e subsunção”⁷, sendo que três foram os paradigmas que se desenvolveram, acerca dos quais far-se-á uma breve exposição a seguir⁸.

1.2 Paradigma do Estado Liberal

O Paradigma do Estado Liberal consolidou-se no século XIX após um período de grande difusão de idéias reacionistas ao Estado Absolutista que imperava. Resultou de movimentos revolucionários, tais como a Revolução Gloriosa Inglesa, de 1688 e a Revolução Francesa de 1789.

Nesse período, destacam-se os pensamentos de Locke, Montesquieu e Kant⁹, os quais propugnavam ideais que se solidificaram como as bases do Estado Liberal, quais sejam: garantia a direitos fundamentais, separação de poderes e o império das leis.

Nesse paradigma, o Estado assume feição de não interventor nas relações sociais, havendo uma evidente divisão entre o que é público - relacionado às coisas do Estado - e o que é privado – restrito a relacionamentos familiares e de trabalho¹⁰.

A partir da dicotomia formalizada entre o espaço público e o privado, exsurtem pensamentos exacerbados acerca do exercício das liberdades individuais, entendendo-se

⁵ CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.54.

⁶ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 54 e ss.

⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, n. 3, maio 1999, p. 476.

⁸ O autor menciona a ainda existência de uma Paradigma Pré-Moderno, ou Paradigma Medieval, de três séculos de duração, anterior ao Paradigma do Estado de Direito Liberal.

⁹ cf. BONAVIDES, Paulo. **Do estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 45 e ss.

¹⁰ Cf. CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.55.

possível fazer tudo que não fosse proibido por lei. Nesse sentido elucida Habermas que no Estado Liberal

A preocupação central está voltada a garantir a cada um a mesma liberdade para levar uma vida autêntica, autodeterminada. A partir dessa visão, cabe à autonomia pública dos cidadãos do estado que participam da práxis autolegislativa da coletividade possibilitar a autodeterminação pessoal das pessoas em particular. Embora a autonomia pública possa ter para algumas pessoas um valor intrínseco, em primeira linha ela parece ser um meio para a possibilitação da autonomia privada.¹¹

Consolida-se, dessa forma, a busca de realização pessoal no espaço público. Além disso, consagrou-se, nesse mesmo diapasão, a garantia de igualdade de todos perante a lei. Tais garantias materializaram-se no reconhecimento dos chamados direitos de primeira geração, ou direitos naturais, consagrando-se a vida, a liberdade, a igualdade e a propriedade como valores máximos.¹²

Com relação à separação de poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário, observa-se que se firmou como um dos grandes feitos do liberalismo, como forma de reação burguesa contra o abuso do poder estatal, do poder do monarca, de modo que “a uma soberania una antepõe-se a soberania parcelada ou pluralizada dos poderes que se dividem”¹³. Referida teoria tripartida dos poderes operacionalizou-se por um sistema de freios e contrapesos em que a atuação de um poder era limitada pela do outro.

Por fim, erige-se, como última base do Estado Liberal, o chamado império da lei, no qual a proeminência da lei escrita era vista como forma de alcançar segurança jurídica. Regulamenta-se todo o aparato de garantias individuais outrora conquistado. Tal regulamentação, feita no patamar constitucional, realça a necessidade de constituições escritas.

Nesse aspecto, o direito passa a ser visto como um sistema normativo de regras gerais e abstratas, confeccionado pelos membros da sociedade, sendo que a ele incumbe a tarefa de limitar a atuação do Estado.

Em que pese ter havido grandes conquistas nesse período, o Estado Liberal criou as condições para sua própria superação, uma vez que não atendia aos anseios de fuga à ditadura

¹¹ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.p. 123.

¹² Cf. BONAVIDES, Paulo. **Do estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 44. Ressalva-se, porém, que tais garantias, a despeito de serem proclamadas a todos, eram de fato asseguradas à burguesia, sendo que apenas nominalmente estendiam-se às demais classes.

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Do estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 68.

do soberano da maior parte da população, apenas substituindo-se a monarquia real pela ditadura da burguesia minoritária, alastrando-se uma situação de profunda desigualdade social.

1.3 Paradigma do Estado Social

Como alternativa para superação do contexto de intensa desigualdade social que se instalou com o Estado Liberal, surge então o Estado Social.

No Paradigma do Estado Social é feita uma releitura das bases da derrocada ordem liberal, a fim de que se minimize a distância entre a minoria burguesa e o restante da população, a classe proletária.

Assim, houve a reinterpretação da teoria tripartida da separação de poderes, com definição de novas funções ao Legislativo, ao Executivo e, sobretudo, ao Judiciário, o qual passa a aplicar o direito de modo mais concreto e finalista, objetivando garantir direitos legalmente assegurados, implantando, por conseguinte, a denominada justiça social.¹⁴

Da mesma forma, também no âmbito dos direitos individuais houve uma releitura. Os direitos de liberdade, igualdade e propriedade, antes apenas formalmente assegurados no texto constitucional, passam a ser, de fato, aplicados a todos, e não apenas à burguesia. O Estado passa a atuar com maior ingerência nas relações individuais, inicialmente no âmbito econômico e, num momento seguinte, implementando direitos sociais constitucionalmente garantidos, como saúde e trabalho, conhecidos como direitos de segunda geração.

Entretanto, consoante expõe Carvalho Netto

Não se trata apenas do acréscimo dos chamados direitos de segunda geração (os direitos coletivos e sociais), mas inclusive da redefinição dos de 1ª (os individuais); a liberdade não mais pode ser considerada como o direito de se fazer tudo o que não seja proibido por um mínimo de leis, mas agora pressupõe precisamente todo uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitem, no mínimo, o reconhecimento das diferenças materiais e o tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação ou seja, a internalização na legislação de uma igualdade não mais apenas formal, mas tendencialmente material.¹⁵

¹⁴ Cf. CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 61.

¹⁵ CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, n. 3, maio 1999, p. 480.

Houve, por assim dizer, uma redefinição dos clássicos direitos liberais de primeira geração, adaptando-os à nova necessidade social.

O direito, por seu turno, “passa a ser interpretado como sistema de regras e de princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (*ordem material de valores*, como entendeu a Corte Constitucional Federal alemã), bem como de programas e fins, realizáveis no *limite do possível*”¹⁶.

Apesar de ter superado as bases individualistas sobre que se assentou o Estado Liberal, o Estado do Bem-Estar Social acabou por “asfixiar” o indivíduo pelas suas ingerências. Mas foram as bases por ele lançadas que possibilitaram o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, conforme será visto.

1.4 Paradigma do Estado Democrático de Direito

Superado o Paradigma do Estado Social, erige-se o do Estado Democrático de Direito como nova proposição normativa.

Para se compreender as delimitações desse novo Paradigma, mister revisitar a noção de democracia participativa de Habermas e a concepção de ciência de Popper.

Habermas desenvolveu um terceiro modelo de democracia, ao lado dos já existentes modelo liberal e republicano, denominada democracia deliberativa, a qual resulta da conjugação de elementos das outras duas, permeados das noções da teoria do discurso. Nesse modelo, as decisões de governo são tomadas com a participação do povo, tomado na concepção heterogênea do termo, por meio de debates públicos. Segundo o autor

Com a teoria do discurso, novamente entra em cena outra noção: procedimento e pressupostos comunicacionais da formação democrática da opinião e da vontade funcionam como importantes escoadouros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei.¹⁷

Nessa perspectiva, é a sociedade que passa a regular e conformar a atuação do Estado, redefinindo-se assim, a antiga dicotomia entre espaço público e espaço privado propugnada no Paradigma Liberal, no sentido de que o limite entre esses dois espaços são relativizados.

¹⁶ CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 59.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.p. 290.

Implementam-se os direitos de terceira geração, de caráter coletivo ou difuso, a partir de uma readequação dos consagrados direitos de primeira e segunda gerações. Conforme assinala Carvalho Netto,

Os direitos de 1ª e 2ª geração ganham novo significado. Os de 1ª são retomados como direitos (agora revestidos de uma conotação sobretudo processual) de participação no debate público que informa e conforma a soberania democrática de um novo paradigma, o paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito e seu Direito participativo, pluralista e aberto.¹⁸

Quanto aos direitos de segunda geração, são eles retomados e os seus contornos redefinidos a partir de uma noção de direito-garantia, ou melhor, de direitos fundamentais, de forma que a atuação do Estado deve ser conforme esses direitos, jamais suprimindo-os do indivíduo.

Para viabilizar a compreensão do conceito do Estado Democrático é necessário, ainda, elucidar a noção de conhecimento científico em Popper. Para ele todo o conhecimento está sujeito a ser provisório, porquanto objeto de contínuas críticas e testificações. Na sua visão “a exigência da objetividade da ciência torna inevitável que todo enunciado científico permaneça provisório para sempre”¹⁹.

Dessa forma, coadunando-se a teoria discursiva da democracia de Habermas e a noção de ciência de Popper, formaliza-se o conceito de Estado Democrático de Direito, que na definição de Leal

(...) é um espaço judicemente institucionalizado a uma constante aprendizagem processual de exercício testificador dos direitos fundamentais (criados e garantidos pelo *devido processo constitucional*) em que os destinatários da normatividade legislada legitimam a *validade* e a *eficácia* do ordenamento jurídico pela via procedimental do devido processo legal irrestrito (aberto a todos como fundamento da *soberania popular*), mediante o qual se reconhecem autores das normas vigentes e aplicáveis por um controle confirmativo ou recriativo de constitucionalidade do direito posto (*plebiscitarização da fiscalidade jurídica*).²⁰

¹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, n. 3, maio 1999, p. 481.

¹⁹ POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. São Paulo: Cultrix, 1996. p.120 *apud* LEAL, Rosemiro Pereira. Op. Cit. Porto Alegre, Síntese, 1999. p. 55.

²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.145. Destaques do autor.

Nesse diapasão estrutura-se um novo direito balizado no devido processo constitucional, cuja aplicabilidade deflui da participação dos destinatários da decisão, num ambiente processualizado em que se garantam princípios mínimos instituidores do processo, como a isonomia, o contraditório e a ampla defesa. Não mais, como se vê, a aplicação do direito deve decorrer da onisciência do julgador ou do denominado senso de justiça deste.

Portanto, é o Paradigma do Estado Democrático de Direito aquele que melhor traduz como o Direito deve ser aplicado e concebido na atualidade. Logo, é de extrema importância desenvolver-se uma teoria da ciência jurídica adequada e atualizada aos seus parâmetros, o que, conforme será visto, já está sendo feito, há pouco mais de uma década, pela Teoria Neo-Institucionalista do Processo.

2 BREVE EXPOSIÇÃO DAS MAIS SIGNIFICANTES TEORIAS DO PROCESSO

Para se compreender o instituto do Processo na atualidade, é salutar a revisitação das Teorias do Processo desenvolvidas ao longo dos tempos, em especial aquelas encampadas por nossa legislação.

Muitas foram tais teorias, sendo que podemos enumerá-las como: Teoria do Processo como Contrato, Teoria do Processo como Quase Contrato, Teoria do Processo como Relação Jurídica, Teoria do Processo como Situação Jurídica, Teoria do Processo como Instituição, Teoria do Processo em Contraditório, Teoria Constitucionalista do Processo e a Teoria Neo-Institucionalista.

Falar dessas teorias significa fazer uma retomada desde o estudo da Teoria do Processo como Contrato até o estudo da Teoria Neo-Institucionalista do Processo, que se aplica ao Estado Pós-Moderno, ou melhor, ao Estado de Direito Democrático, paradigma adotado pela Constituição Brasileira de 1988.

Expor-se-á, ainda que sucintamente, as referidas Teorias que orientaram a sistematização do conhecimento no campo processual, especialmente no tocante à definição da instituição do Processo, de importância singular para esta pesquisa.

2.1 Processo como Contrato e Quase-Contrato

A primeira das Teorias desenvolvidas para definir a natureza jurídica do Processo foi a que o concebe como Contrato, desenvolvida no início do século XIX, e que teve como expoente Pothier. Seus adeptos acreditavam ser o Processo um contrato entre as partes, as

quais submetiam voluntariamente seu litígio a um juiz (o árbitro), acordando em aceitar a decisão deste.

Essa Teoria apresenta grande semelhança com o período formular do direito romano, nos séculos IV a II a.C., no qual as partes submetiam a sua demanda a um árbitro, de sua livre escolha, numa primeira fase e, num segundo momento, nomeado por um pretor, funcionário do Estado. O árbitro então decidia a lide nos limites de uma fórmula imposta pelo pretor, à qual aderiam os demandantes – *litiscontestatio*²¹. Conforme observa Santos,

O processo (...) foi, realmente, visto com características contratuais, sobretudo pelo fato de as partes terem de acordar sobre a fórmula elaborada pelo magistrado. Tratou-se, assim, durante certo tempo, o processo como de natureza contratual, com princípios idênticos aos encontrados no contrato de direito privado.²²

Entretanto, tal teoria não prosperou, já que, como na segunda fase do período formular romano, não mais era faculdade das partes a submissão de seu litígio a um árbitro, mas sim uma imposição estatal (à época) materializada na figura do pretor, típica do princípio da jurisdição una que passou a ser adotado.

Diante do fracasso dessa Teoria em explicar a natureza jurídica do Processo, Arnault de Guényvau criou então a Teoria que o tratava como um Quase-Contrato. Isso porque entendiam seus adeptos, dentre eles Savigny, que o Processo seria um ajuste prévio de vontades entre o autor e o juiz, uma vez que aquele, ao instaurar o procedimento, aderiria à decisão do juiz, fosse ela favorável ou desfavorável. Daí a terminologia “Quase”-Contrato, pois, ao contrário do que se dá normalmente num contrato, por essa Teoria não são as partes que acordam, mas autor e juiz, sendo que o réu pode ou não vir a aderir à demanda²³.

Porquanto também procurava situar a instituição²⁴ do Processo dentro do âmbito das ciências privadas, bem como porque a jurisdição já era uma imposição estatal, e não mera faculdade, essa Teoria também sucumbiu.

2.2 Processo como Relação Jurídica

²¹ Entendida como “convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida” cf. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 75.

²² SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. rev. e atual. (vol. I – Processo de Conhecimento). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 27.

²³ Cf. CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 2002, p. 279/280

²⁴ Instituição porque aderimos à noção de Processo consoante a Teoria Neo-Institucionalista.

Deve-se ao alemão Oskar von Bülow, aproximadamente em 1868, a noção de Processo como relação jurídica de direito público entre o Estado e as partes, afastando-a do âmbito privatístico em que era estudada. Consoante afirma Silva,

(para) BÜLLOW, até então, os estudiosos do processo civil, ao invés de considerar o processo como uma relação de direito público, que se desenvolve progressivamente entre o Estado (Tribunais) e a partes, limitavam-se a ver no processo apenas um a série de atos e formalidades a serem cumpridos pelos sujeitos que dele participavam, como uma mera consequência da relação de direito privado litigiosa.²⁵

Foi com Bülow que o Processo alcançou autonomia, distinguindo-se, então, a partir dele, duas relações jurídicas distintas: a de direito material, discutida no processo, e a de direito processual, “continente em que se coloca a discussão sobre aquela”²⁶, sendo que esta pode existir independentemente daquela.

A relação jurídica processual diferencia-se da material sob três aspectos, quais sejam, os seus sujeitos, objeto e pressupostos. São sujeitos da relação jurídica processual, além do autor e do réu, o juiz, representante da proeminência do Estado, sua personificação, que atua com pretensa imparcialidade, visando a pacificar os conflitos. A relação processual é fonte de direitos e deveres recíprocos para seus sujeitos²⁷. Quanto ao objeto, é ele a prestação jurisdicional, por meio da qual é garantido um provimento final ao autor. Já os pressupostos processuais são requisitos peculiares a que a relação processual deve atender, diferentes dos de direito material, a fim de que se possa constituir e desenvolver válida e regularmente o processo.²⁸ São classificados em pressupostos de existência subjetivos (competência do juiz, capacidade das partes, representação por advogado) e objetivos (formalidades a que o procedimento deve obedecer, como procuração juntada aos autos, inexistência de litispendência ou coisa julgada, por exemplo, dentre outras).

²⁵ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 3ª ed. re. e atual. (vol. I – Processo de Conhecimento). Porto Alegre: Fabris, 1996. p. 10.

²⁶ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 2002, p. 277.

²⁷ Ainda que de despicienda importância prática, convém assinalar que aqueles que desenvolveram a Teoria de Bülow, consoante esclarece Rosemiro Pereira Leal, representaram a relação entre os sujeitos de três formas: linear (Köler), angular (Hellwig) e triangular (Wach). (1999, p. 77)

²⁸ Como observa Teodoro Júnior (2003, p.55) “não se confundem os pressupostos processuais com as condições da ação. Os pressupostos são aquelas exigências legais sem cujo atendimento o processo, como relação jurídica, não se estabelece ou não se desenvolve validamente. (...) São, em suma, os requisitos para a validade e eficácia da *relação processual*. Já as condições da ação são requisitos a observar, depois de estabelecida regularmente a relação processual, para que o juiz possa solucionar a lide (mérito). Ressalta-se, que sob a ótica da Teoria Neo-Institucionalista, esses são elementos estruturais da ação, entendidos como pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade (pressupostos processuais) e requisitos de procedibilidade (condições da ação).

Ainda que bastante criticada por outros teóricos, a Teoria da Relação Jurídica foi a que mais influenciou a sistemática processual brasileira, sendo que sua vertente no Brasil denomina-se Escola Instrumentalista de Processo, cujos maiores defensores estão dentre os integrantes da Escola Paulista.

Dinamarco expõe que o processo civil moderno é resultado de evolução de três períodos: o sincretismo, o autonomista ou conceitual e o teleológico ou instrumentalista²⁹. No período sincretista havia identificação do processo com o direito privado; no autonomista, contemporâneo a Bülow, o processo alcança independência do direito material, passando a ser estudado no âmbito do direito público; por fim, no teleológico, o processo atinge o ápice de seu desenvolvimento, pois compreende-se que ele deve buscar escopos metajurídicos na busca do bem comum e da paz social.

A concepção de que o processo “moderno” brasileiro identifica-se com a noção instrumentalista de processo deve-se ao fato de Enrico Tullio Liebman, processualista italiano desenvolvedor das idéias de Bülow, vir para o Brasil nos anos 40, passando a lecionar na Faculdade de Direito de São Paulo e ganhar adeptos, dentre eles Alfredo Buzaid, redator do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973.

Assim, predomina na legislação processual civil brasileira a noção de Processo como relação jurídica entre pessoas – autor, juiz e réu-, com relação de sujeição entre as partes e de subordinação destas ao juiz, e como instrumento a exercício da Jurisdição estatal para realização do bem comum, visando à pacificação social.

O Processo, nessa Teoria, em especial em sua vertente instrumentalista, reduziu-se a instrumento da jurisdição, por meio do qual o Estado presta sua tutela. Processo, para eles, difere de procedimento, sendo aquele apenas a exteriorização fenomênica deste.

Essa Teoria, ainda que dominante no Processo Civil brasileiro, conforme será demonstrado, não é a melhor para definir o Processo, sendo nebulosas as distinções a que chegaram para diferenciá-lo de procedimento. Outrossim, não é o processo instrumento da jurisdição, ao contrário, é esta que deve ser prestada dentro dos limites impostos por aquele, a fim de, isso sim, legitimá-la.³⁰

2.3 Processo como Situação Jurídica

²⁹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. rev. e atual. (vol. I). São Paulo: Malheiros, 2005. p. 273.

³⁰ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.77

Essa Teoria foi sistematizada por James Goldschmidt, por volta de 1925, na Alemanha, para se contrapor à escola do processo como relação jurídica.

Para Goldschmidt não há no Processo relação jurídica. Esta o antecede e estende-se somente ao direito material a ser posto em juízo. Após esse momento, quando então a questão fosse levada ao conhecimento de um juiz, poder-se-ia falar em processo, ou melhor, em uma situação jurídica de incertezas, na qual as partes teriam apenas expectativas, ônus, perspectivas. Não haveria, portanto, vínculo de subordinação entre as partes, tampouco direito subjetivo destas a uma sentença, mas somente um embate de argumentos, dinâmico, semelhante a uma guerra, em que se busca obter vantagens para vencê-la, sendo que a categoria de vencedores e vencidos seria determinada pela sentença do juiz, despida ou não, de correlação com os fatos expostos nos autos.³¹

Não se susteve tal Teoria, em especial pelas críticas a ela direcionadas no sentido de que a situação jurídica de incerteza pregada por Goldschmidt refere-se tão-somente ao objeto do processo (*res in iudicium deducta*) e não a ele em si mesmo.

2.4 Processo como Instituição Jurídica

Embora de diminuta importância teórica –a não ser para a compreensão de sua reestruturação pela Teoria Neo-Institucionalista de Processo-, mister se faz elucidar os contornos sob que o espanhol Jaime Guasp concebeu, em meados dos anos 40, o Processo como sendo uma Instituição Jurídica.

Assim, o Processo seria um meio institucional de transposição dos valores sociais para o âmbito das decisões dos conflitos pelos juízes. Expõe Leal que

Quanto à teoria de Guasp, que entendia o *processo* como instituição oriunda da sociedade política para reproduzir o mundo da vida no plano decisório do direito, percebe-se que é insatisfatória para a compreensão da teoria democrática do direito, que se propõe a uma reconstrução jurídica da normatividade pela razão jurídico-discursiva que não é preservadora axiológica da vida social pela filosofia do sujeito do sujeito julgador ou decisor em qualquer segmento da estabilidade.³²

³¹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p.77 e 78.

³² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 169.

Despiciendo afirmar que referida Teoria não logrou êxito, seja porque fundada em bases sociológicas, típicas do Estado Social, seja porque sua falta de balizamento jurídico não lhe tenha agregado adeptos, vindo logo a ser superada.

2.5 Processo como Procedimento em Contraditório

Elio Fazzalari foi quem propôs tal teoria, a qual representa uma cisão entre os estudos de Teorias do Processo realizados até então. Isso porque o autor italiano com seus estudos rechaçou completamente a mais difundida das teorias anteriores, qual seja, a Teoria do Processo como Relação Jurídica de Bülow, superando a uníssona dificuldade de se estabelecer uma diferenciação entre processo e procedimento.

Entre nós, foi Aroldo Plínio Gonçalves que mais acessibilizou a Teoria Fazzalariana, divulgando-a, em especial, em seu livro *Técnica Processual e Teoria do Processo*.

Para desenvolver sua teoria, Fazzalari partiu de uma redefinição de procedimento, entendido agora como encadeamento de atos que preparam o provimento final. Afastou-se, portanto, a concepção de procedimento como “apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível”³³, como diziam os adeptos de Bülow.

Sob essa nova ótica, procedimento passa a ser o gênero, de que é espécie o processo. Espécie porque contém um atributo peculiar: o contraditório. Dessa forma, “em Fazzalari, pode haver procedimento sem processo, jamais processo sem procedimento.”³⁴

Por outro lado, embora seja o contraditório entre as partes que distinga processo de procedimento, sua instauração deve se dar em um ambiente de simétrica paridade entre aquelas. Nesse ponto, é importante ressaltar que o vocábulo “partes” deve ter sua noção inicial geral remodelada, delimitando sua extensão para abranger somente os destinatários do provimento, ou seja, autor, réu e demais intervenientes no processo. Ao juiz, ao Ministério Público e seus auxiliares não é dada oportunidade ao contraditório. Assim, “embora sejam sujeitos do processo, não podem atuar como contraditores”³⁵.

E por contraditório não se pode entender o mero debate de opiniões, como em um jogo de “passe e repasse” de perguntas acerca do direito material em discussão. Longe disso, o

³³ CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., 2002, p. 277.

³⁴ LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das decisões no Direito Processual Democrático**, 2002, p. 84.

³⁵ LEAL, André Cordeiro, op. cit., p. 84.

contraditório é sobretudo um atributo do procedimento, que o faz processo e oportuniza a todos (partes) iguais meios de participação.

Do acima exposto, nota-se que a essa Teoria representou um grande avanço dentro do estudo do Processo e, embora o autor trabalhasse o Estado Social, e não o Estado Democrático de Direito, nosso paradigma constitucional, é dele o mérito de promover a diferenciação entre Processo e Procedimento.

Sustenta, assim, ser o processo uma estrutura técnico-jurídica orientada pela lei, na qual se desenvolvem inúmeras atividades de direito, público ou privado, dentre as quais se inclui a jurisdicional, sendo por meio dela que o Estado exerce, personificado em seus juízes, a pacificação social. O procedimento, por outro lado, define-se como uma seqüência de atividades praticadas dentro do processo, em um espaço-temporal delimitado, no qual um ato é pressuposto do conseqüente e este uma extensão do antecedente, assim ocorrendo sucessivamente, até o provimento final.

Sua falha foi somente não explicitar de que maneira o contraditório alcançaria validade, não lhe dando a dimensão constitucional necessária a legitimar o seu uso. Essa fuga ao Princípio da Reserva Legal, ou melhor, essa não elevação do contraditório à categoria de princípio constitucional, é que torna a Teoria Fazzalariana inadequada ao nosso paradigma. Mas, como bem pondera Del Negri,

Fazzalari não atribuiu o *status* de instituto constitucional ao contraditório, o que não poderia ser diferente, vez que o processualista italiano formulou sua teoria por volta de 1968, antes, portanto, do surgimento das **teorias constitucionalistas do processo**.³⁶

Dessa forma, tem-se por explicada a falta da dimensão constitucionalista em Fazzalari.

2.6 Teoria Constitucionalista de Processo

Foi somente a partir desse movimento constitucionalista que a instituição do Processo ganhou a dimensão constitucional que atualmente se exige.

No Brasil, foram pioneiros os estudos do eminente constitucionalista José Alfredo de Oliveira Baracho, o qual obteve reconhecimento nacional e internacional, sendo que o autor

³⁶ DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo- Teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003. p. 62.

conseguiu perseguir o tema da inserção do processo como garantia constitucional e elucidar os esforços de outros autores em também fazê-lo.

O autor estabeleceu o período pós Segunda Guerra como marco para consolidação do processo com garantia constitucional na maioria dos países europeus. Na América Latina, destacam os estudos de Hector Fix-Zamudio, no México e de Eduardo Couture, no Uruguai.

Mas, conforme assinala o professor Rosemiro Pereira Leal,

(...) só recentemente é que, sob a denominação de ‘modelo constitucional’ do Processo, ficou explícito, por estudos de Ítalo Andolina, que o Processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada que pela principiologia do instituto constitucional do devido processo legal que compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, isonomia e contraditório, converte-se em direito-garantia impostergável e representativo de conquistas históricas da humanidade na luta secular empreendida contra a tirania, como referente constitucional lógico-jurídico, de interferência expansiva e fecunda, na regência axial das estruturas procedimentais nos segmentos da administração, legislação e jurisdição.³⁷

Deduz-se, assim, consoante expõe o autor, que somente a partir dos estudos de Andolina é que se tem como “nomenclaturalizado” o movimento constitucionalista e a Teoria Constitucional do Processo.

Essa teoria entende o processo como garantia inserta na Constituição e firmada pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia. Representa, pois, um avanço em relação à Teoria anteriormente exposta, visto que vislumbra o contraditório não como atributo do processo, mas sim como um princípio constitucional dele regente.

Contudo, em face do Paradigma do Estado de Direito Democrático, deve-se afastar as noções liberal e social de Constituição, entendendo-a como documento acessível a todos, não somente a alguns. Disso decorre que:

(...) há muito tempo questões jurídicas deixaram de ser tão-somente um problema de *experts* para se tornarem questões de cidadania. Hoje, buscar sustentar a crença na *bondade* ou na *maldade* intrínsecas das decisões, na *bondade* ou *maldade* intrínsecas do juiz, ainda mais o juiz constitucional, é ato ingênuo, já que não só os fatores, mas os sujeitos que participam ou influenciam uma decisão judicial são –e devem ser– múltiplos, a começar por aqueles que por essa decisão serão afetados. Assim é que os juízes não devem comportar-se (embora tantos se comportem) como donos da verdade e

³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 82.

guardiões da virtude, postura incompatível com um conceito procedimentalista de democracia.³⁸

Em suma, a maior deficiência dessa Teoria Constitucional do Processo é entender a figura do juiz como guardião da Constituição, sendo que a atividade jurisdicional continua na esfera de discricionariedade arbitrária do decisor, sem passar pelo discurso das partes destinatárias do provimento.

2.7 Teoria Neo-Institucionalista de Processo

Deve-se ao professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, no fim dos anos 90, a sistematização do Processo sob a ótica da Teoria Neo-Institucionalista.

Inicialmente cumpre destacar que a concepção de instituição dessa Teoria se afasta completamente daquela noção sociológica fatalista de Guasp. Instituição para Leal

não é aqui utilizada no sentido de bloco de condutas aleatoriamente construído pelas supostas leis naturais da sociologia ou da economia. Recebe, em nossa teoria, a acepção de conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de processo, cuja a característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados.³⁹

Galga assim, o Processo, categoria de instituição constitucionalmente assegurada, que tem nos princípios da ampla defesa, isonomia e contraditório seu referente lógico-normativo, não apenas princípios informadores como querem os Constitucionalistas.

E essa constitucionalização do processo é explicada pelo autor em artigo publicado na Revista Eletrônica da PUC-Minas, senão vejamos:

Ora, se assegurado o *process* em texto democrático-constitucional, só nos restaria afirmar que o **processo** tem, na atualidade, como lugar **devido** de sua criação a LEI CONSTITUCIONAL (o **devido processo constitucional** como fonte jurisdicional da judicção e direito-garantia das partes), porque não há uma vontade **superposta** ou a-late, subjacente ou obscôndita,

³⁸ CATTONI, Marcelo Andrade. **Devido Processo Legislativo- Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 105.

³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos**. 6ª ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005. p. 99/100.

valorativa ou corretiva que, por reconstrução cerebrina do intérprete, se arrojasse, por personalíssimas razões de costumes ou de justiça (norma fora do texto legal), a melhorar ou substituir a lei. Só se admitindo que a lei formulada é muda, não objetiva, fatalmente ininteligível e obstativa de criação e realização de direitos, nada transmitindo em seu discurso léxico-gramatical, e que, ao ser editada, tornar-se-ia coisa inerte, inexpressiva, caótica e inútil, é que seria possível dizer que o “sentido” da lei é o invectivado e atribuído pelo intérprete-aplicador do direito. Isto, por certo, resultaria numa interpretação engendrada pela argumentação que, invés de "algo que vai longe da discricionariedade", seria, ao contrário, algo que se iguala a mais desabrida autocracia interpretativa (personalismo hermenêutico).⁴⁰

Rosemiro alia ao jurídico a noção política habermasiana de discursividade como meio implementador da democracia participativa e concebe a decisão no processo como um provimento construído pelas partes, num espaço discursivo e sob condições de igualdade, sendo que, em última análise, poder-se-á prevê-la, uma vez que construída por aqueles a que ela afetar, os destinatários da decisão. Assim leciona Leal

(...) a teoria da democracia em Habermas carece da compreensão da principiologia jurídica da *teoria do processo* institucionalizador da possibilidade jurídica da racionalidade democrática, porque ao imaginar uma procedimentalidade como *medium* linguístico-jurídico da passagem do *princípio do discurso* ao *princípio da democracia* não se esclareceu a índole dessa procedimentalidade neutra e canalizadora de argumentos que se conduziram por uma razão estratégica centrada em estoques de historicidade jusracionalista pelos direitos humanos com abandono do *medium* discursivo auto-ilustrativo de sua própria construção jurídica. Por conseguinte, é de se reclamar uma *teoria (neo) institucionalista do processo*, voltada a qualificar o discurso da procedimentalidade fundante do direito democrático, a que nos dedicamos, em que seja o *processo instituição constitucionalizada de controle e regência popular soberana legitimante dos procedimentos como estruturas técnicas de argumentos jurídicos assegurados, numa progressiva relação espaço-temporal, de criação, recriação (transformação), extinção, fiscalização, aplicação (decisão) e realização (execução) de direitos, segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa.*⁴¹

Não há (ou não deve haver), como visto, relação de sujeição ou subordinação no processo, afastando a Teoria da Relação Jurídica da regulamentação do Processo na atualidade. Percebe-se, dessa forma, que a Teoria Neo-Institucionalista é a mais acertada para

⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo e Hemenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático**. In: Virtujus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira da Direito da PUC-Minas, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br>. Acesso em 12.12.2006. Destaques do autor.

⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p.178/179. Grifos do autor.

definir o Processo na atualidade, a par de ter-se que conviver com a obsoleta Teoria adotada pela legislação brasileira.

3 O ARTIGO 285-A NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: IMPLICAÇÕES INICIAIS

Foi com a Lei 11.277 de 2006 que se acrescentou o novel artigo 285-A⁴² ao Código de Processo Civil. Em vigor desde oito de maio deste ano, referido artigo autoriza o juiz a prolatar sentença de mérito sem que haja a citação do demandado, dentro de determinados casos.

Antes de se tecerem algumas considerações acerca deste artigo, mister retomar algumas noções anteriormente expostas. A primeira delas refere-se à Teoria de Processo adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro.

Conforme explanado, o Código de Processo Civil Brasileiro adota a Teoria da Relação Jurídica, radicalizando-a na vertente da Teoria Instrumentalista para definir a instituição do Processo, em que pese não serem as mais adequadas ao Paradigma do Estado Democrático de Direito. Nesse prisma, o processo deve ser entendido como uma relação jurídica entre juiz, autor e réu e um meio (instrumento) da Jurisdição.

Assim, não haveria que se falar em processo sem que a mencionada “tríade” estivesse integrando a relação processual. Ora, conforme se depreende da análise dos artigos 213, 214 e 263, segunda parte, do Código de Processo Civil, somente “com a citação do réu, a relação processual se completa com o seu lado passivo: isto é, com a vinculação réu-juiz e juiz-réu”.⁴³ Só com a citação válida do demandado, portanto, é que se pode falar em processo para a Teoria da Relação Jurídica.

Disso advém um grande anacronismo ao se considerar que o artigo 285-A autoriza o juiz a proferir sentença de “total” improcedência, portanto uma sentença com resolução de mérito, que faz coisa julgada formal e material na concepção de Liebman, sem sequer citar o réu. A incoerência está justamente no fato de que não há ainda processo, visto que o réu não foi validamente citado, então não há que se pensar ser possível a prolatação de sentença de

⁴² Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

⁴³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40ªed. (vol. I). Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 268.

mérito que produza os efeitos da coisa julgada. Ora, se não há processo, não pode, por conseguinte, haver sentença de mérito.

Dessa forma, carece o artigo 285-A, de plano, de consonância com os preceitos do Código, uma vez que sequer há processo segundo a Teoria por ele adotada, realçando, portanto, a impossibilidade de haver uma sentença de mérito.

Vejamos, mais pormenorizadamente, o que aduz referido artigo.

Em primeiro lugar, para que o artigo possa ser aplicado, a matéria controvertida deve ser unicamente de direito e deve ter sido proferida sentença improcedente⁴⁴ em outros casos idênticos. Entende-se por matéria controvertida, na Teoria da Relação Jurídica, a pretensão resistida levada a juízo para apreciação do juiz. Quanto a ser unicamente de direito, relaciona-se à possibilidade de independer de prova, fato que, pela Teoria Neo-Institucionalista não pode ficar ao arbítrio do juiz, uma vez que, como são as partes que constroem a decisão por meio do discurso, é a elas que pertence do direito de prova.⁴⁵

Ainda outra imperfeição linguística da norma refere-se ao termo “casos idênticos”. É cediço na doutrina processual que a identidade de procedimentos gera a litispendência, pela qual o segundo procedimento instaurado deve ser extinto sem resolução do mérito (artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil). Ocorre que, no artigo 285-A, não parece ser esse o caso, uma vez que a sentença a ser prolatada é de mérito. Entende-se, por conseguinte, que “casos idênticos” não remetem a identidade de partes, pedido e causa de pedir, mas tão-somente a estes dois últimos, não sendo o caso, pois, de litispendência. Quer parecer, assim, que a identidade refere-se ao procedimento anteriormente encerrado e restringe-se ao pedido e à causa de pedir.

Entretanto, ainda que interpretando a expressão com transigência, percebe-se que outro é o subjetivismo que a permeia. Isso porque ficará ao arbítrio do juiz a discricionariedade de decidir quais casos são idênticos e em qual número, atentando referida norma, mais uma vez, contra os princípios que devem informar a instituição do Processo.

Em síntese, quando houver congruência desses dois requisitos (matéria controvertida unicamente de direito e houver sido proferida sentença de improcedência em casos idênticos) poderá o juiz, de plano e sem citar o demandado, proferir sentença que repita os termos das anteriormente prolatadas. A uma máquina, conforme se vê, é a que se reduziu o Judiciário.

⁴⁴ Total improcedência, segundo entendo, é um termo redundante, uma vez que a sentença ou é procedente, ou parcialmente procedente ou improcedente.

⁴⁵ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 149 a 152.

Antes o desenvolvimento tecnológico para criar computadores que façam tal análise, que os cofres públicos pagarem servidores como juízes para realizarem tal trabalho mecânico.

Continuando a análise do artigo 285-A, aduz o seu parágrafo primeiro que o autor poderá apelar da sentença de improcedência, caso em que, o juiz (mais uma vez o juiz) poderá exercer o juízo de retratabilidade em cinco dias, sendo que, caso não reveja a decisão, somente então será o réu citado para responder ao recurso.

Frise-se bem que, ao que parece, ficará o demandado tolhido de se manifestar quanto aos termos do procedimento inicial. Só lhe será facultado pronunciar-se sobre as razões do recurso de apelação impetrado pelo autor. Crê-se, dessa forma, que somente após a decisão do recurso de apelação em segundo grau de jurisdição e, sendo o recurso provido, é que será aberto ao demandado prazo para contestá-lo. Ele será então intimado – embora sem sequer ter sido citado – para oferecer contra-razões.

Não lhe é aberto, assim, o contraditório, nem a ampla defesa lhe é assegurada.⁴⁶ Dizer, como querem muitos, que o princípio do contraditório deve ser mitigado está em total desconsonância com o Paradigma do Estado Democrático de Direito. Isso porque o contraditório é um instituto do processo e mitigá-lo (ou postergá-lo) é descaracterizar o próprio processo.

Articulam-se a grande número de autores no sentido de que a situação ora exposta não causará prejuízo ao réu⁴⁷, apenas ao autor. Não cabe à instituição do Processo privilegiar uma parte ou outra, indiscriminadamente. Essa visão Goldschmidtiana, porquanto baseada na busca de privilégios sobre a outra parte visando vencer o embate processual, já está há muito superada. Furtar-se à condição isonômica em que as partes devem estar no Processo, deixa, em última análise, de caracterizá-lo como tal.

Observa-se, por tudo isso, as contradições inerentes ao artigo 285-A, as quais, consoante será demonstrado, atentam contra os princípios instituidores do Processo e contra o Paradigma vigente em nosso Estado.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 285-A

⁴⁶ Entende-se que o contraditório é princípio que possibilita aos sujeitos do processo o dizer e o contradizer dentro do limite temporal imposto pela lei, enquanto a ampla defesa seria princípio correlacionado ao contraditório e que dá às partes a possibilidade de produzir provas sobre quaisquer alegações no tempo e modo determinados pela lei.

⁴⁷ Cf. VIGLIAR, José Marcelo. “Casos idênticos” no novo artigo 285-A. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=28249&vigliar=S. Acesso em 15.12.2006.

Da análise outrora exposta, ainda que incipiente, percebe-se que não deve ser outro o entendimento, senão o de que a aplicabilidade do artigo 285-A, do Código de Processo Civil está prejudicada, já que é uma artigo permeado de vícios, os quais levarão à inevitável declaração de sua inconstitucionalidade.

Como visto, o Paradigma do Estado Democrático de Direito adotado constitucionalmente, ao qual toda a legislação deve harmonizar-se, é um referente lógico-normativo que reclama a atuação participativa do povo na construção das normas jurídicas, por meio do devido processo constitucional.

Nesse sentido, expõe Leal que

O Estado democrático de direito, em suas instâncias judicial, legislativa e administrativa, não é, *per se*, produtor de direito, porque o Estado é co-instituído e incluso, como instância jurídico-espacial processualmente normatizada de condicionalidade (acondicionamento) dos direitos fundamentais, pela vontade popular (soberania) da comunidade. Portanto, a produção, a atuação e a aplicação do direito na democracia só se validam no espaço estatal discursivo do *devido processo constitucional* como lugar de sua legitimidade originária em suas vertentes dos devidos processos legislativo e legal.⁴⁸

Dá a impossibilidade de se pensar na prolatação de uma decisão que não seja pela via discursiva e processualizada, construída pelas partes destinatárias do provimento final, como o quer o legislador com a inserção do artigo 285-A, no Código de Processo Civil Brasileiro.

A instituição do Processo não pode, outrossim, ser concebida de forma apartada dos institutos que lhe são próprios, como o contraditório, a ampla defesa e a isonomia.

Esses três princípios fundantes do Processo garantem legitimidade ao direito democrático quando seu exercício pauta-se nos limites daqueles. Isso porque oferta-se às partes a oportunidade de debater, de contradizer o que o outra disse, ou mesmo de silenciar-se (contraditório), em condições de simétrica paridade (isonomia), garantindo aos interlocutores amplitude de defesa (ampla defesa).

Ausente qualquer desses princípios, descaracterizado, por assim dizer, torna-se o Processo. Não é outro o entendimento de Rosemiro Pereira Leal que, ao lecionar sobre o princípio do contraditório, assim dispõe:

Conclui-se que o PROCESSO, ausente o contraditório, perderia sua base democrático-jurídico-principiológica e se tornaria um meio procedimental

⁴⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p.139.

inquisitório em que o arbítrio do julgador seria a medida imponderável da liberdade das partes.⁴⁹

Dessa forma, não pode subsistir norma alguma que atente contra princípios constitucionalmente assegurados, tal qual ocorre com os princípios do contraditório e da ampla defesa, firmados pelo inciso LV, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988.

Daí que não se pode furtar à conclusão de que o artigo 285-A do Código de Processo Civil Brasileiro é inconstitucional, seja porque afronta expressa norma constitucional, seja porque atenta contra o próprio Paradigma do Estado Democrático de Direito.

Afronta o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Brasileira de 1988 porque não garante o contraditório ao demandado, nem a ampla defesa, uma vez que não é chamado ao debate e, quando o é, ele é limitado às razões do recurso de apelação interposto pelo autor.

Contraria, ainda, o Paradigma do Estado Democrático de Direito porque relega à arbitrariedade do decisor o provimento final de mérito, afastando o discurso que deve ser inerente à aplicação do Direito, a fim de legitimá-lo.

E tudo isso para se alcançar a famigerada celeridade processual, idealizada como a saída para os problemas inerentes ao Judiciário. Porém, conforme demonstrado, não é essa a realidade. Conquanto a demora para se chegar ao provimento final possa ser prejudicial, mais maléfica é a supressão das garantias constitucionalmente asseguradas aos sujeitos do processo, causadoras de uma decisão despida de legitimidade.

Ademais, sendo a celeridade um princípio informativo e não institutivo do processo, não prevalece sobre estes. É informativo porque apresenta-se como nuança dos princípios institutivos, destacando-se dos chamados princípios gerais do direito. Contudo, porque decorre dos princípios institutivos, não pode contrariá-los, nem prevalecer sobre eles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado no decorrer desta pesquisa, observa-se que o artigo 285-A, do Código de Processo Civil é flagrantemente viciado, requerendo, pois, a decretação de sua inconstitucionalidade, uma vez que afronta os princípios instituidores do Processo, instituição garantida pela Constituição da República de 1988, bem como atenta contra o próprio Paradigma do Estado Democrático de Direito, à medida em que afasta a possibilidade do discurso pela via processual.

⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 88. Destaque do autor.

Dessa forma, importante ressaltar que não é à custa de sacrificar direitos fundamentais constitucionalmente assegurados que a efetividade do Processo será alcançada. O caminho é exatamente o oposto. É assegurando aos litigantes um processo balizado no Devido Processo Constitucional que poder-se-á implementar direitos e garantir um provimento final legítimo.

Reformas como as que estão sendo introduzidas em nossa legislação processual, recortando-a ainda mais, em nada acrescentam. Necessário, pois, é reformular todo o Código de Processo Civil para adequá-lo ao paradigma adotado pela Constituição Brasileira de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Do estado Liberal ao Estado Social**. 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Requisitos Paradigmáticos da Interpretação Jurídica sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito**. Revista de Direito Comparado. Belo Horizonte, n. 3, maio 1999.

CATTONI, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Devido Processo Legislativo- Uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18ª ed. São Paulo, Malheiros, 2002.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo- Teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5ª ed. rev. e atual. (vol. I). São Paulo: Malheiros, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro – Estudos de Teoria Política**. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 2004.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos**. 2ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos**. 6ª ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

_____. **Processo e Hermenêutica Constitucional a partir do Estado de Direito Democrático**. In: VirtuaJus: Revista Eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br>. Acesso em 12.12.2006.

_____. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 10ª ed. rev. e atual. (vol. I – Processo de Conhecimento). São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 3ª ed. rev. e atual. (vol. I – Processo de Conhecimento). Porto Alegre: Fabris, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 40ªed. (vol. I). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo. **“Casos idênticos” no novo artigo 285-A**. Disponível em: http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=28249&vigliar=S. Acesso em 15.12.2006.