

ESTUDO SOBRE O MOVIMENTO DE REFORMAS PROCESSUAIS MACROESTRUTURAIS: A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

STUDY ON THE MOVEMENT OF PROCEDURAL REFORMS: THE NEED TO ADAPT TO LEGISLATIVE DUE PROCESS OF LAW

Flaviane de Magalhães Barros
Dierle José Nunes

RESUMO

O movimento da reforma processual brasileira, tanto penal quanto civil, tem seguido uma linha pragmática que distorce em determinados pontos a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Assim, o presente ensaio busca estabelecer um estudo das fases do processo legislativo para a efetivação das reformas processuais macroestruturais que seja adequado ao Estado Democrático de Direito, permitindo assim o devido processo legislativo com a garantia de participação cidadã. Na proposta de uma metodologia para uma reforma processual tem-se como pressuposto a adequação à Constituição e ao modelo constitucional de processo, distinguindo-se as seguintes fases: diagnóstico prévio, definição das bases estruturantes da reforma, formulação de anteprojeto, debate público do anteprojeto, processamento legislativo, período de *vacatio legis* e, por fim, o monitoramento da reforma e adequação legislativa pontual. A partir da delimitação das fases preparatórias e finais do processo legislativo analisam-se, até o presente momento, os passos da reforma processual penal e civil brasileira.

PALAVRAS-CHAVES: REFORMA PROCESSUAL, DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO, PROCESSO CIVIL, PROCESSO PENAL.

ABSTRACT

Brazilian procedural reform motion, for both criminal and civil procedural laws, has been following a pragmatic line on certain issues that distort the perspective of the democratic rule of law. This work aims at studying the stages of the legislative process in order to enforce procedural macro-structural reforms which are appropriate to the democratic state of law, allowing the due process of law and guaranteeing citizen participation. The methodology proposed for a procedural reform takes as basic premise the adequacy to the Constitution and the constitutional procedural model, distinguishing the following stages: previous diagnosis, definition of the reform's structural bases, composition of the bill, public debate of the bill, legislative processing, *vacatio legis* and finally, reform monitoring and punctual legislative adequacy. As the preparatory and final stages of the legislative process are delimited, brazilian civil and criminal procedural laws shall have its steps analyzed up to the present moment

KEYWORDS: Procedural reform, legislative due process of law, civil procedure, criminal procedure.

Sumário: Introdução; I - Do necessário resgate da importância do processo – para além dos conceitualismos do liberalismo e da socialização processual; II – Processo e reformas processuais no estado democrático de direito; III - Por um devido processo legislativo adequado as reformas processuais macroestruturais; IV – Uma análise do movimento das reformas processuais brasileiras: estudos críticos sobre anteprojeto de CPP e CPC; V – Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O Brasil passou nas últimas duas décadas por inúmeras reformas pontuais no Código de Processo

Civil e, em menor número, reformas pontuais no Código de Processo Penal. O movimento das reformas parciais sempre foi criticado em razão da perda de consistência e coesão dos textos processuais.

Na atual ordem constitucional instituiu-se comissão dirigida prioritariamente pelos então Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, que com o auxílio do IBDP, iniciou seus trabalhos no início da década de 1990, que deveriam rever tanto o Código de Processo Civil quanto o Penal. A comissão deu origem a diversos projetos de leis aprovados pelo Congresso que modificaram pontualmente o CPC, instituindo, por exemplo, a tutela antecipada, a tutela específica, a audiência preliminar, a ação monitoria, bem como, mudanças na fase recursal e executiva. Foi, ainda, alterada a sistemática dos recursos extraordinários para se adequar à emenda 45 da Constituição da República que estabeleceu a “reforma” do Poder Judiciário, sistematizando a repercussão geral e os recursos repetitivos na legislação processual civil.

Houve, ainda, uma comissão presidida por Ada Pellegrini Grinover para rever o CPP, organizada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, que deu origem a sete projetos de lei, apresentados em 2001, sendo que alguns projetos foram aprovados, modificando pontualmente o CPP em matérias como o interrogatório do acusado, provas, sujeitos processuais, sentença, procedimento ordinário e procedimento do Tribunal do Júri.

As comissões optaram por propor reformas parciais, organizadas em diversos projetos de leis, justificando a opção em razão da morosidade legislativa e da dificuldade da tramitação de um projeto global perante o Congresso Nacional.

Somente em 2008, foi instituída pelo Senado Federal uma comissão de juristas responsável por apresentar um anteprojeto de Código de Processo Penal.^[1] A tarefa cumprida em tempo recorde foi concluída em março de 2009, quando o anteprojeto de Código de Processo Penal foi entregue ao Presidente do Senado Federal. Já em 2009, instituiu-se outra Comissão de Juristas^[2] para proposição de um novo Código de Processo Civil. Os trabalhos para um anteprojeto de novo CPC se encontram em andamento.

Assim, mudou-se a perspectiva do movimento das reformas no Brasil de reformas pontuais para a discussão de um novo projeto de Código de Processo. Esta é uma demonstração de que as reformas parciais se tornaram um problema, pois, as legislações processuais se tornaram desconexas e sem coesão interna, o que dificulta a compreensão pelos próprios “operadores do direito”, potencializando a complexidade processual.

Se a proposta de reforma global tem como aspecto positivo a definição de um texto com coesão sistêmica, ela traz a lume uma discussão mais complexa, que exige a definição das bases estruturantes da reforma, bem como, exige maior respeito ao devido processo legislativo, próprio do Estado Democrático de Direito, que garante aos cidadãos e em especial a sociedade civil organizada a possibilidade de participação.

Com base na compreensão do processo própria do Estado Democrático de Direito e na preocupação de que todas as reformas processuais precisam adequar-se ao texto constitucional, ao modelo constitucional de processo, o presente ensaio pretende estabelecer critérios para definição de um devido processo legislativo adequado às reformas processuais macroestruturais, tomando como base as experiências no direito comparado, para por fim apresentar uma análise do encaminhamento atual do movimento de reforma processual brasileira.

I - DO NECESSÁRIO RESGATE DA IMPORTÂNCIA DO PROCESSO – PARA ALÉM DOS CONCEITUALISMOS DO LIBERALISMO E DA SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL

Desde a obtenção da autonomia no estudo do Direito Processual, ocorrida em meados do século XIX, até pouco depois da Segunda Guerra Mundial, ocorreu a predominância da preocupação dos estudiosos com a análise e construção do processo em perspectiva meramente conceitual (WASSERMANN, 1978, p.45), muitas vezes, indiferente ao contexto de sua aplicação e mais ligado ao estudo da técnica processual.

Nesse período, assistiu-se no processo civil à transição de uma concepção processual privatística do processo liberal, escrito e dominado pelas partes (*Sache der Parteien – señores de los pleytos*) (CAPPELLETTI, 2002, p. 39-40; AROCA, 2002, p.31), para um processo que segue as perspectivas da oralidade (CHIOVENDA, 1949, p.227; GOLDSCHMIDT, 1936, p.28) e do princípio autoritário, com o decorrente delineamento de um ativismo técnico judicial no trâmite processual. O processo como um instrumento da jurisdição, como instituição de bem-estar social (KLEIN, 1958).

Já no processo penal, a quebra do modelo inquisitorial não teve fim com o liberalismo processual, apesar neste ter defendido o delineamento de um modelo acusatório que retirava poderes do magistrado insitos à acusação, para propor um modelo tipicamente liberal de *Parteienkampf* - luta entre as partes. Contudo, os diversos Códigos de Processo Penal da Europa Continental e America Latina prolongaram, ainda, por muito tempo as heranças do *code d'instruction criminelle* napoleônico, marcado pela figura do juiz inquisidor. Assim, as heranças inquisitoriais formaram o berço forte para se estruturar as concepções autoritárias do direito processual de matriz social, consolidada no ativismo processual. Conjugando-se assim às matrizes inquisitórias do sistema (COUTINHO, 2009, p. 111) - visíveis na estrutura inquisitória da fase de investigação preliminar, nos poderes instrutórios do juiz, na busca da “verdade real”, na atenuação dos atos do órgão de acusação ante a atuação jurisdicional – à premissa da defesa social do juiz penal, o processo penal se torna um exemplo de ativismo judicial.

Ocorre que, posteriormente a este período e ao fomento do constitucionalismo no século XX, alguns teóricos começaram a perceber no processo algo além de um instrumento técnico neutro, uma vez que se vislumbra neste uma estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público (FAZZALARI, 1958, p. 875).

Tal situação gerou o crescimento da importância do processo, que passou a garantir uma efetiva influência dos cidadãos em qualquer tomada de decisão, uma vez que foi se afastando paulatinamente a possibilidade de que uma pessoa, instituição e/ou órgão pudessem ter privilégio cognitivo na formação dos provimentos estatais.

O processo começa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático (FAZZALARI, 1958, p. 875) eis que todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com

habilidades sobre-humanas. Logo, no processo penal, a atuação em contraditório das partes, a ampla defesa, o direito de liberdade e presunção de não culpabilidade são temas que ganham novas luzes, em especial nos países de herança romano-germânica,^[3] apenas depois movimento do constitucionalismo e dos direitos humanos do século XX. Assim, seja por meio de reformas parciais como a francesa e alemã, ou reformas totais como a italiana, a discussão perpassa não só pela necessidade de rever o ativismo judicial ou matrizes liberais, mas também por uma discussão prévia da assunção do sistema acusatório de perfil democrático. Nesses moldes, não é mais possível a defesa de um sistema acusatório liberal, nem de um sistema inquisitório de perfil socializador.

Passa, então, o processo a servir de baliza e garantia na tomada dos provimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos, chegando, mesmo, a normatizar os provimentos privados. (BRASIL, STF, 2006)

Porém, ao lado da percepção democrática de que o processo deve viabilizar a participação, o controle e, desse modo, uma universalização jurídica, delineiam-se no âmbito do processo jurisdicional, especialmente na segunda metade do século XX, uma predominância e uma busca por resultados práticos (eficiência^[4] - processo de resultados), muitas vezes, afastados de uma visão constitucional, na qual se imporia a aplicação dinâmica dos princípios processuais constitucionais.

Com o avanço de alguns estudos científicos, percebe-se a impossibilidade da construção de procedimentos tomando-se por base tão-somente a busca de seus resultados pragmáticos, mas, ganha importância uma estruturação que aplique as normas fundamentais processuais (modelo constitucional de processo)^[5] em perspectiva dinâmica e que procure a sua adaptação plena ao contexto de adequabilidade normativa de aplicação da tutela estatal.

Obviamente que essa nova visão não poderá olvidar jamais da instrumentalidade técnica do processo.^[6]

Percebe-se, assim, que a disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo, pseudo-social (neoliberalismo processual) do processo (NUNES, 2008), não pode mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não solipsista e democrático do contexto normativo atual.

Procura-se uma estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento^[7] e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado democrático de direito.

II – PROCESSO E REFORMAS PROCESSUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para se estabelecer uma pauta para as reformas processuais que se definem como reformas macroestruturais, por fazer uma revisão total da codificação processual civil ou penal, no caso brasileiro, é preciso antes

definir as suas premissas.

Assim, pretende-se reconstruir, em poucas linhas, as teorias do processo, para discutir sua adequação ao marco do Estado Democrático de Direito, demonstrando que o marco procedimentalista (HABERMAS, 1997) dedica ao processo um importante papel de garantia constitutiva dos direitos fundamentais.

Ao revisitar a teoria do processo é possível, a partir da noção de processo como garantia, defender a proposta de uma teoria geral do processo, compreendida por meio da definição de um modelo constitucional de processo, isto é, da possibilidade de se definir uma base principiológica uníssona para compreensão do processo, seja ele jurisdicional, administrativo, legislativo, arbitral, ou, em outras palavras, para o processo constitucional.

A proposta teórica de esclarecimento dos paradigmas jurídicos realizada por Habermas (1997) auxilia a compreensão do processo, na medida em que cada paradigma apresenta uma perspectiva distinta para o instituto.

No paradigma liberal, como já salientado, o processo tem uma feição de controle processual das partes, como um instrumento privado, e sua base é a igualdade formal e o princípio dispositivo (NUNES, 2008).

Já no Estado Social, a compreensão de processo passa por uma maior sofisticação teórica. No Brasil, os instrumentalistas, em especial, Cândido Rangel Dinamarco (1987), pretendem difundir, sob o marco do Estado Social, uma teoria do processo que tem como objetivo garantir a “pacificação social”, realizável por intermédio do cumprimento dos escopos metajurídicos do processo, que auxiliam o juiz a efetivar e balizar a justiça social, por meio do instrumento processual jurisdicional (DINAMARCO, 1998, p. 159-167).

Nesse contexto, a legislação processual brasileira tem forte influência da superação do processo liberal de luta das partes, para um processo de modelo de Estado Social construído a partir do ativismo técnico judicial, como se depreende do texto da própria exposição de motivos do CPP de 1941: “Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.” (BRASIL, 2008, p. 343) ou ainda das palavras de Alfredo Buzaid na Exposição de Motivos do CPC de 1973: “O processo é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores” (BRASIL, 2009, p. 583).

Inegável é a influência da legislação austríaca e alemã que são justamente o marco da socialização processual no código de processo civil brasileiro, que se depreende do próprio texto da exposição de motivos. As origens da proposta de “socialização processual”, gênese do ativismo judicial, remonta, em termos teóricos, a Anton Menger e Oscar Bülow, passando por Klein que introduziu tal perspectiva em propostas legislativas, e chegou até nós por meio de Chiovenda, como reconstrói Nunes (2008, p. 47; 77). Posteriormente, a socialização do processo teve no Projeto Florença de Acesso à Justiça dirigido por Mauro Cappelletti um importante marco a imprimir a preocupação com a celeridade, a efetividade da prestação jurisdicional e o estabelecimento de procedimentos específicos para garantia de determinados direitos materiais.

Não é só a legislação que é fortemente marcada por uma processualística centrada no papel do juiz, que o coloca na missão não só de julgar o caso concreto, mas de solucionar os problemas de (in)justiça social, de controle social para proteção da sociedade. Existe toda uma linha de pensamento teórico centrada nessa proposta. Para essa base teórica, o processo se volta para sua instrumentalidade, como meio de pacificação social, objetivando alcançar seus escopos, como defende Dinamarco (1998).

A linha teórica da instrumentalidade, que pretende que o juiz em sua decisão proceda à correção prática dos erros perpetrados por outras esferas estatais, a fim de garantir justiça social, é de fácil adaptação à teoria da relação jurídica processual.

É desde Bülow (1868) que se compreende o processo como uma relação jurídica entre o juiz e as partes, entendida esta como o vínculo subjetivo que faz com que aquele que tem direitos (sujeito ativo) possa exigir daquele que tem dever (sujeito passivo) o cumprimento de uma determinada conduta.

Como ressalta Nunes (2008), o próprio Bülow sustentava a aplicação livre e, de certa forma, subjetiva do direito pelos juízes.

Logo, a relação jurídica de direito processual coloca o juiz como “super-parte”, de atuação preponderante no processo jurisdicional. Tanto é fato que fez surgir duas posições subjetivas, recorrentemente, apresentadas nos manuais de processo de matiz instrumentalista, a posição de poder-dever do juiz e a de sujeição das partes.

A primeira questão colocada por Gonçalves (1992), na crítica ao instrumentalismo, foi justamente a impossibilidade de se agregar uma idéia de contraditório, como posição de simétrica paridade entre os afetados, com a base teórica da relação jurídica, que nitidamente estabelece o vínculo entre os sujeitos do processo como uma posição hierarquizada de um sujeito que tem poder e outro que deve sujeição.

Assim, a apropriação feita por Gonçalves da obra fazzalariana permitiu a revisão da teoria da relação jurídica processual. Fazzalari (1958), no campo da técnica processual, a partir de apropriações de teorias dos direitos público e processual^[8], revisitou o conceito de processo e procedimento, para estabelecer, por meio de um critério lógico de inclusão, que o processo é uma espécie de procedimento, que se especifica em virtude da posição dos afetados em relação à construção do provimento final, que, assim, se realizaria em contraditório, isto é, com a garantia de participação em simétrica paridade dos afetados na construção do provimento.

Desse modo, tomando como marco o paradigma procedimentalista do Estado Democrático de Direito, visto pela teoria do discurso de Habermas (1997) na perspectiva do sujeito de direito que se coloca como sujeito e destinatário da norma jurídica, é possível estabelecer uma crítica à teoria do processo como relação jurídica, justamente em razão do lugar do juiz como “super-parte”, e ao instrumentalismo, em virtude do solipsismo do juiz e dos escopos metajurídicos do processo jurisdicional.

Ao mesmo tempo, pode-se pretender a apropriação da teoria do processo como procedimento em contraditório, como adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, principalmente em razão da compreensão do processo para além da jurisdição, já que o processo, no paradigma procedimentalista, deve ser entendido como constitutivo de direitos fundamentais. Ademais, a noção de contraditório pretendida pela referida teoria do processo consolida a proposta de garantia de influência e de não surpresa do provimento (THEODORO JÚNIOR, NUNES, 2009), no sentido de uma garantia de construção participada da decisão, que estarão compreendidos no processo tanto como autores, quanto como destinatários da norma jurídica.

O processo para além da jurisdição faz com que a noção de teoria geral do processo, sustentada nos institutos da jurisdição, ação e processo (DINAMARCO, 1998), se mostre inadequada principalmente se tomarmos como base a noção do processo como garantia constitutiva de direitos fundamentais. Assim, para consolidar a noção de processo como garantia, apropria-se dos conceitos técnicos de processo e

procedimento de Fazzalari, bem como de uma releitura da teoria geral do processo a partir da apropriação do modelo constitucional de processo.

A noção de processo como garantia tem sua base na Constituição, sendo co-depende dos direitos fundamentais. Assim, o que sustenta a noção de processo como garantia são os princípios constitucionais do processo definidos no texto constitucional.

Desde texto publicado em 1956, na Revista “Justicia”, passando pelo seu famoso ensaio da “Revista de Derecho Procesal” do Uruguai (posteriormente republicado pelo “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, em 1977), Fix-Zamudio (1977), referindo-se ao trabalho de Couture, nos dá notícia do nascimento de uma nova disciplina, o “derecho constitucional procesal”, surgido como “*resultado de la confluencia de otras dos ramas de la ciencia jurídica: el derecho constitucional y el derecho procesal*”. O jurista chama a atenção para a anterioridade e a repercussão dos trabalhos de Couture (especialmente o seu “Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil”) no âmbito processual mostrando a transcendência constitucional dos institutos processuais (FIX-ZAMUDIO, 1977, p.317).^[9]

A constatação é clara, “ação, jurisdição e processo” devem ser repensados desde uma perspectiva mais ampla: processual e constitucional.

En otras palabras, se está despertando la conciencia entre constitucionalistas y procesalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos con el objeto de profundizar las instituciones procesales fundamentales, ya que no debe olvidarse, como ocurrió durante mucho tiempo, que poseen una implicación político-constitucional, y no de carácter exclusivamente técnico, y es en este sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido en que lo hiciera el inolvidable Calamandrei respecto de la acción”(FIX-ZAMUDIO, 1977, p.318).

No Brasil, fator que mostra a constitucionalização do Direito, estaria no fato de nossa Constituição de 1988, mais do que qualquer outra anterior, além de tratar de matérias tradicionalmente afetas a uma Lei Maior — organização do Estado, dos poderes, da forma e regime de governo, além de um extenso e inigualável elenco de direitos e garantias —, trazer para seu seio disposições afetas ao Direito Civil, Comercial, Tributário, Penal, Processual (e outros) de maneira, por vezes pormenorizada.

Assim, quer se queira atualmente trabalhar em juízo com o Direito ou quer se queira simplesmente estudá-lo, dificilmente será possível fazê-lo no Brasil sem se reportar à Constituição da República Federativa de 1988.^[10]

Isso se torna ainda mais complexo em uma Constituição com um elenco tão longo de direitos e garantias fundamentais^[11]. De fato, a Constituição Brasileira de 1988 consagrou inúmeros direitos e garantias especificamente processuais, confirmando a tendência à constitucionalização do processo, dando a este (seja processo civil, penal, procedimentos administrativos e mesmo privados) uma nova conformação adequada ao Estado Democrático de Direito (BARACHO, 1985, p. 60 e 2000, p. 13-14). Só para citar alguns: inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV); Juízo natural (5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (5º, XXXIX); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); duração razoável do processo (5º, LXXVIII) princípio da presunção de inocência (5º, LVII); além das garantias do *habeas corpus* (5º, LXVIII), mandado de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), *habeas data* (5º, LXXII) e a ação popular (5º, LXXIII).

A Constitucionalização do Processo é um capítulo à parte dentro da tendência apresentada. Inicia-se

já quando a socialização processual começa a ser amplamente absorvida pelos textos legais (códigos e ordenanças processuais) e ganha força na forma de se interpretar e aplicar os institutos do processo (NUNES,2008, p. 88).

A partir disso os cultores do Direito passaram a olhar de forma diferenciada para o “processo”, não mais como direito “adjetivo”, mas sim, retomando antigas teorias acerca de escopos “metajurídicos” presentes nas ações judiciais[12]. Tal preocupação não passou despercebida pelos que elaboraram as Constituições ao longo do século passado, pois, como já nos lembra (FIX-ZAMUDIO,1977, p. 317), estas “consagram expresamente los delineamientos de las instituciones procesales, ya que los constituyentes contemporáneos se han percatado de la necesidad de otorgar la debida importancia a la función jurisdiccional”[13]. Assim é que os três institutos básicos da teoria geral do processo (ação, jurisdição e processo) passaram a ser estudados também por constitucionalistas (FIX-ZAMUDIO, 1977, p. 318).

Trata-se de uma mudança paradigmática na interpretação do processo. Como definiram Andolina e Vignera (1997, p.13): “[l]e norme ed i principi costituzionali riguardanti l’esercizio della funzione giurisdizionale, se considerati nella loro complessità, consentono all’interprete di disegnare un vero e proprio schema generale di processo, suscetibile di formare l’oggetto di una esposizione unitaria”.

Dessa maneira, pode-se apropriar da noção de modelo constitucional de processo, que teve uma proposição inicial feita por tais autores italianos (Andolina; Vignera 1997), mas aqui apropriada para um modelo de processo, visando à construção de outra noção de teoria geral do processo, constituída justamente por uma base constitucional fundada nos princípios do processo.

A noção de modelo constitucional de processo permite suprimir a dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional do processo, visto que tal modelo é constituído de uma base principiológica uníssona aplicável a todo e qualquer processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou estrutura (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 124), pois é garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos (BARROS, 2006).

Ao se retomar a compreensão de Andolina e Vignera, o modelo constitucional de processo é “um esquema geral de processo” (1997, p. 9) que possui três importantes características: a expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade de a norma processual especializar-se e assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade de o modelo constitucional aperfeiçoar-se e definir novos institutos por meio do processo legislativo, mas sempre de acordo com o esquema geral (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 9-10).

Logo, da noção de um modelo constitucional de processo que se funda em um esquema geral ou em uma base principiológica uníssona, abarca-se como pontos iniciais de referência para compreensão das garantias do processo o princípio do contraditório, o da ampla argumentação, o da fundamentação das decisões e o da participação de um terceiro imparcial (BARROS, 2006; 2008; 2009).

Como ressalta Andolina e Vignera (1997), a compreensão do modelo constitucional de processo, “de um modelo único e de tipologia plúrima” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 11), se adéqua à noção de que na Constituição se encontra a base uníssona de princípios que define o processo como garantia, mas que, para

além de um modelo único, ele se expande, aperfeiçoa e especializa, exigindo do intérprete compreendê-lo tanto a partir dos princípios bases como, também, de acordo com as características próprias daquele processo.

Portanto, para um novo momento histórico de reformas macroestruturais da legislação processual civil e penal brasileira não se pode olvidar da nossa nova ordem constitucional democrática e do respeito aos princípios constitucionais de processo. Tal preocupação não se refere tão somente a necessária adequação das novas normas processuais propostas ao texto constitucional, mas inicia-se pela observância do devido processo legislativo, pois tendo em vista a magnitude da missão reformista afetará todos os cidadãos e jurisdicionados brasileiros, que buscam junto ao processo jurisdicional a garantia de seus direitos fundamentais. Logo, uma proposta de macro-reforma processual exige um debate e a participação da opinião pública, da sociedade civil organizada em termos amplos. Isto porque em um movimento de reforma processual de tal amplitude não se muda apenas as leis, mais que isto é preciso mudar em determinados casos práticas processuais reiteradas e consagradas.

Assim, cabe uma importante advertência feita por Cattoni de Oliveira entre processo legislativo e processo constitucional de controle jurisdicional da constitucionalidade. Se apropriando da distinção proposta por Günther (1993, 1995), o primeiro é discurso de justificação e o segundo discurso de aplicação. Certamente, ambos prescindem de garantia de participação dos afetados, mas tal participação se dá de modo diverso. Como assevera o autor:

O processo legislativo situa-se em um nível discursivo em que argumentos de grande generalidade e abertura são acolhidos, e, na verdade, funcionam como pontos de partida para a construção do discurso jurídico, inclusive do doutrinário, do jurisprudencial e do administrativo. Assim, a “participação em simétrica paridade”, dos possíveis afetados pelo provimento legislativo, no procedimento que o prepara, garantido pelo princípio constitucional do contraditório, é possibilidade de participação na discussão política, mediada processualmente e não necessariamente atual e concreta. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2006, p.142)

Como se observa o processo legislativo de reforma global da legislação processual guarda profundas diferenças com o processo de aplicação jurisdicional. Logo, discutir sobre elas exige que se defina como premissa a relação entre Constituição e Processo no Estado Democrático de Direito. Assim, ao mesmo tempo em que a reforma se dá por meio do processo ela exige a compreensão da própria noção de processo como garantia de direitos fundamentais, para propor as modificações necessárias ao direito processual que terão força normativa para modificar a realidade do processo civil e penal.

A primeira premissa, portanto, é a necessidade de amoldar uma proposta de novo Código ao sistema processual constitucional e que viabilize uma adaptação concomitante da busca de eficiência, tanto quantitativa quanto qualitativa – objetivos diretos das reformas –, com o respeito à legitimidade (pela aplicação dos princípios processuais constitucionais em perspectiva dinâmica). Não há outro caminho senão partir da Constituição e dos princípios constitucionais de processo. Logo, pelo caráter de expansividade próprio do modelo constitucional de processo, permite-se que as normas processuais se expandam desde que mantenham sua coerência com o modelo constitucional de processo.

III- POR UM DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO ADEQUADO AS REFORMAS PROCESSUAIS MACROESTRUTURAS

Certamente, as reformas macroestruturais exigem mais que a atuação das diversas fases do processo legislativo que começam com o Projeto de Lei, análise pela Comissão de Constituição e Justiça, votação nas duas casas do Congresso e sanção presidencial. Pelo âmbito de generalidade e abertura dos Códigos de Processo torna-se necessário que se agregue aos atos e fases do processo legislativo definido constitucionalmente outras fases que permitiram a maior legitimidade das reformas, pois serão reconhecidas em razão da participação cidadã, da sociedade civil organizada e dos “operadores do direito”. Mas trata-se de uma participação que exige a preparação técnica e metodológica adequada para se evitar que a legislação processual seja vista como a adesão a compreensões pessoais sobre o direito processual. Envolver nessa preocupação de garantir um processo legislativo legítimo e democrático pretende-se estabelecer fases para o processo de macro-reformas.

A primeira delas é o **diagnóstico prévio**, ou seja, a necessidade de definir os problemas e as divergências na aplicação dos institutos processuais. Assim, é preciso realizar uma pesquisa prévia que busque elementos acerca do funcionamento dos institutos processuais e das mazelas de que padecem, a fim de garantir a manutenção de técnicas processuais que funcionam bem e sugerir novas técnicas – inclusive mediante análise do direito comparado – que permitam uma melhoria prática e institucional do sistema.^[14]

Uma pesquisa dessa importância deveria agregar diversos setores da sociedade em todas as regiões de nosso país em face da pluralidade de nuances de aplicações ínsitas à diversidade brasileira.

A aludida pesquisa precisaria captar inclusive o perfil do profissional. Se especializado em determinado(s) ramo(s) do Direito, a reforma processual poderia contar com o delineamento de inúmeros procedimentos, cada um vocacionado para um tipo de demanda (tutelas diferenciadas).^[15] Se generalista, com habilitação técnica (em tese) para trabalhar em qualquer área da ciência jurídica, como ocorre no Brasil, a reforma deveria ser mais comedida na construção de procedimentos, sob pena de gerar embaraços práticos ao profissional “mediano”, constrito a conhecer prazos diversos e incontáveis variações procedimentais, que aumentarão demasiadamente o grau de complexidade do sistema, contrariando os desígnios do acesso a jurisdição. Como já advertia Alfredo Buzaid utilizando-se dos estudos de Alcalá-Zamora y Castillo na exposição de motivos do CPC de 1973, há necessidade de conciliar inovação e conservação, ou seja, não se pode inovar a ponto de impossibilitar a adaptação dos profissionais e por outro lado não se pode conservar toda a estrutura anterior (BRASIL, 2009, p. 582).

A segunda fase é a **definição dos parâmetros da reforma e a constituição de uma comissão de juristas**. A partir do relatório de diagnóstico é necessário que se tracem as diretrizes da reforma definindo os eixos estruturantes e conceituais da reforma, ou seja, a partir dos problemas detectados no relatório diagnóstico definir as linhas mestras que direcionaram os parâmetros da reforma.

A fixação dos “objetivos preponderantes” (para utilizar da expressão de Harry Woolf na reforma inglesa de 1998 - *Overriding objective*) permite inclusive ao aplicador conhecer as escolhas de fundamentação dos reformistas.

Em qualquer reforma levada a cabo em perspectiva democrática, a assunção de uma aplicação dinâmica dos direitos fundamentais processuais é imperativa, sendo impossível a sobrevalorização de apenas um desses princípios (como, por exemplo, a celeridade).

Outra preocupação é delinear uma comissão de juristas que parta dos dados técnicos e não de

sugestões pessoais isoladas (como v.g. seus problemas individuais na advocacia ou na magistratura), eis que a criação de um novo código é tarefa de cidadania e não de defesa de concepções teóricas e subjetivas próprias.

Após a definição da Comissão de Juristas seria necessário que ela tivesse tempo razoável para discutir e apresentar o texto do anteprojeto para se passar a fase da discussão democrática do anteprojeto. Assim, por meio da organização de audiências públicas, congressos com especialistas garantir-se-ia, durante a gestação do anteprojeto, e, **especialmente, depois de sua confecção**, a participação dos cidadãos e da sociedade civil organizada, representadas por associações de classes, institutos de pesquisa e programas de pós-graduação. Esta constituiria a terceira fase.

Não se pode olvidar que mesmo no período militar, nosso atual CPC de 1973 foi submetido a um grande encontro prévio em 1965, na cidade de Campos do Jordão, onde foram apresentadas centenas de pontos de discussão, levados em consideração por Alfredo Buzaid antes do envio do Anteprojeto ao Congresso Nacional. Nesses termos, torna-se impensável que em um período democrático um anteprojeto de CPC ou CPP seja enviado ao Parlamento antes do cumprimento dessa etapa.

Assim, discutidos o anteprojeto e adotadas as sugestões e críticas pertinentes, produzir-se-ia o texto base a ser submetido ao **processo legislativo**, que passaria pelas fases de análise da adequação constitucional, apresentação de substitutivos e emendas, aprovação do texto em ambas as Casa do Congresso Nacional para a sanção presidencial, promulgação e um período de *vacatio legis*. O processo legislativo propriamente dito será, portanto, a quarta fase.

A quinta fase se subsume no **período de *vacatio legis*** em que se prepara para a entrada em vigor da reforma. Ela exige importante comprometimento dos “operadores do direito”: magistrados, membros do Ministério Público, advogados, serventuários. Assim, em período razoável de *vacatio legis* (mínimo de um ano), todos os “operadores” deveriam se submeter a cursos de atualização para que se procedesse a uma redefinição da cultura, do pensamento e das práticas, em benefício de toda a sociedade. [\[16\]](#)

Tanto a participação na fase de discussão do projeto como a fase de preparação para a entrada em vigor da reforma do período de *vacatio legis* são importantes para que reformas macroestruturais processuais possam ser efetivas, pois exigem uma mudança da mentalidade dos operadores do direito, ou nossos futuros e tão sonhados novos Código de Processo Penal e Código de Processo Civil serão inócuos para modificar a realidade atual dos nossos processos. Esta ressalva já foi feita por Coutinho (2009), ao analisar a reforma parcial do CPP de 2008.

Essa etapa é essencial, considerando-se o grande número de técnicas processuais vigentes há décadas, mas jamais implementadas de modo consistente. É o caso da oralidade, prevista desde a década de 40 do século XX, mas que até os dias de hoje não foi capaz de substituir a prática escrita.

Faz-se necessária, nesse período de *vacatio legis* a implementação de uma política pública de democratização processual, que imponha verdadeira reforma do Poder Judiciário, de suas rotinas, entre outras intervenções, pois a mera reforma legislativa não possui o condão de obter resultados úteis.

Por fim, nesta fase é preciso que se prepare um verdadeiro estudo caso a caso do direito intertemporal, já que os processos em andamento precisarão se adaptar a nova ordem processual do ponto em que se encontrarem. Para tanto, é importante estabelecer uma comissão que defina as bases da adaptação procedimental do direito intertemporal, com intuito de garantir as bases do modelo constitucional de

processo. Assim, deve-se levar em conta para estabelecer os pontos de adaptação do procedimento à nova ordem e respeito aos princípios constitucionais e às especificidades do microsistema analisado, seja processo civil individual, consumerista, incidentes de coletivização ou processo penal (BARROS, 2008, 2009).

Cumpridas as etapas aqui expostas de modo simplificado, far-se-á necessária a designação de uma outra comissão institucional para o monitoramento da reforma, ou seja, verificar o impacto prático das alterações e, em médio prazo, propor adequações em face de dados concretos de inconstitucionalidade, ainda não declarada, e ausência de funcionalidade do novo sistema.

A comparação da reforma macroestrutural brasileira com outras que lograram excelentes resultados no direito comparado (como a processual civil inglesa de 1998), demonstra que será difícil concretizar as reformas se não estabelecer um projeto de **monitoração das reformas** e adequação legislativas dos pontos divergentes, que será o último ponto. Outros países criam verdadeiros observatórios das reformas, como é o caso português[17] e inglês.[18]

IV – UMA ANÁLISE DO MOVIMENTO DAS REFORMAS PROCESSUAIS BRASILEIRAS: estudos críticos sobre anteprojeto de CPP e CPC

O movimento das reformas globais iniciou-se com a instituição da Comissão de Juristas para apresentação de anteprojeto de Novo Código de Processo Penal. No presente ensaio estabeleceu-se no tópico anterior a proposta do estabelecimento de fases para que as reformas processuais macroestruturais, com intuito de garantir o devido processo legal.

Assim, o primeiro ponto de análise é a definição de um estudo prévio de diagnóstico dos problemas específicos da legislação processual penal. Tal etapa não foi cumprida pelo processo legislativo brasileiro. Em que pese a crítica diária e consistente dos pesquisadores em direito processual penal, principalmente após a Constituição da República de 1988, que constituíam principalmente na crítica ao conteúdo inquisitorial do CPP e se apresentavam com a tentativa de constitucionalização do processo penal, não houve um estudo prévio. Principalmente, um levantamento de dados quanto ao número de processos penais no Brasil, quais os crimes e os procedimentos de maior ocorrência, dados sobre o número de prisões processuais e execuções penais, dentre outros. Bem como, não houve uma análise qualitativa prévia das reformas parciais de 2008, dos pontos de avanço principalmente no que se referia a simplificação procedimental, procedimento do Tribunal do Júri e adoção de institutos de matriz acusatória como a *cross examination* do art. 212 do CPP.

Assim, por mais que a Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal tenha sido formada por juristas com importante trajetória jurídica, não houve preparação prévia, para que no exíguo tempo de trabalho da comissão fosse possível estabelecer os principais problemas do processo penal brasileiro, exigindo-se assim que as propostas fossem estabelecidas partisse da experiência pessoal dos juristas operadores do direito ou de uma certa intuição (empírica) de que as mudanças recentes da reforma parcial seguiam um rumo certo ou errado.

Sem a vivência de um diagnóstico prévio não houve o estabelecimento das diretrizes da reforma, definidas previamente, antes da nomeação da Comissão de Juristas. Esta sim estabeleceu eixos diretivos da

reforma, que pela leitura da exposição de motivos do anteprojeto de CPP podem ser identificados como a adequação do processo penal aos princípios constitucionais, especialmente ao princípio acusatório adotado pela Constituição da República. Ademais, pretende a exposição efetivar uma proposta de cunho garantista, o que não impede a implementação de um processo célere:

Observe-se, mais, que a perspectiva garantista no processo penal, malgrado as eventuais estratégias no seu discurso de aplicação, não se presta a inviabilizar a celeridade dos procedimentos e nem a esperada eficácia do Direito Penal. Muito ao contrário: o respeito às garantias individuais demonstra a consciência das limitações inerentes ao conhecimento humano e a maturidade social na árdua tarefa do exercício do poder. (BRASIL, 2009b)

Tal proposta deveria ser melhor refletiva principalmente se a perspectiva garantista por identificada pela teoria do garantismo social, formulada inicialmente por Ferrajoli, que foi apropriada no Brasil pelo movimento do garantismo penal. Certamente, a proposta teórica garantista (FERRAJOLI, 2002) é incompatível com o viés pretendido de celeridade, principalmente pela proposta do procedimento sumário.

Verifica-se que a Comissão de Juristas estabeleceu estas como as matrizes da reforma, em especial, a proposta de adoção do sistema acusatório. Como ressalta Coutinho (2009), de um sistema inquisitorial que se agrega nuances acusatórias para um sistema acusatório, mas ainda com elementos inquisitoriais. Em especial, porque o anteprojeto manteve ainda no texto redação igual ao do art. 385 do atual CPP, no art. 409 do Anteprojeto.

Certamente, a ausência das diretrizes iniciais da reforma macroestrutural do processo penal impediu que se formasse uma Comissão que tivesse preocupação em reduzir as influências liberais da luta das partes, bem como do ativismo judicial próprio da socialização do processo. Uma proposta de reforma adequada ao Estado Democrático de Direito impediria que com a adoção do sistema acusatório se retornasse ao liberalismo processual em que o juiz inerte assiste a luta entre as partes. Ou por outro lado, que se mantivesse o ativismo judicial, em que o juiz exerce papel de garantidor da defesa social. Certamente, estas não podem ser as perspectivas adequadas ao Estado Democrático de Direito, em que o juiz possui papel importante de garantidor da construção participada da decisão, permitindo que garanta a influência e a não-surpresa como bases de uma perspectiva de contraditório. Por esta perspectiva segue melhor caminho a reforma macroestrutural do processo civil que prevê inclusive o contraditório prévio nas decisões de ofício do juiz, como se verá a seguir.

A apresentação do anteprojeto pela Comissão de Juristas não passou por uma fase de debate sendo imediatamente transformado no Projeto de Lei do Senado 156/2009. Assim, a importante fase do debate público foi prescindida no anteprojeto de reforma macroestrutural do processo penal. Após a proposição do anteprojeto ao Congresso, institui-se no Senado Federal uma Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código de Processo Penal, que realizou 17 reuniões no ano de 2009, sendo 12 audiências públicas. Assim, no início do processo legislativo abriu-se às associações de classe, entidades públicas e privadas, segundo relatório do Senador Renato Casagrande. Assim, em momento diverso do adequado, haja vista que a Comissão de Juristas teria maior capacidade de manter a coesão do texto proposto **poderia ter colhido as sugestões e críticas antes do envio do texto final ao Congresso**, houve uma abertura do processo legislativo à participação cidadã.

Ainda não se pode ainda analisar as demais fases do processo legislativo, pois a aprovação das duas

Casas do Congresso e a sanção presidencial ainda não ocorreram. Mas serve ainda de advertência à observância das duas últimas etapas, relativas à preparação para a entrada em vigor do novo texto e à fase de monitoração da reforma. Certamente, serão elas as duas mais importantes fases para se evitar que todo o importante esforço de um Código de Processo Penal adequada à Constituição seja perdido em razão da dificuldade em se implementar as mudanças.

Já no campo processual civil, além do descumprimento das etapas prévias à elaboração do Anteprojeto, em especial a ausência de um diagnóstico prévio, fator assustador é o da exigência pelo Senado (com a finalidade de aproveitamento da legislatura) de entrega desse texto em 180 dias (provavelmente até o próximo dia 27 de abril de 2010, salvo o possível e salutar adiamento desse prazo).) (BRASIL, 2009c)

Na elaboração do anteprojeto, até o presente momento, a Comissão não explicitou os objetivos estruturantes da proposta, apesar da afirmação recorrente de busca de celeridade alardeada nas inúmeras Audiências Públicas (Belo Horizonte, Fortaleza, Rio de Janeiro, Brasília e São Paulo) ocorridas até hoje para discussão das propostas temáticas divulgadas em dezembro de 2009 (e não do texto da lei projetada).

No entanto, uma das propostas a ser louvada pela Comissão é de reforçar a importância da aplicação dinâmica do princípio do contraditório.

Na busca de aumento da eficiência do sistema processual a Comissão percebeu, parcialmente, a necessidade de reforçar a cognição de primeiro grau, de maneira a ampliar o debate entre os sujeitos processuais (comparticipação - NUNES, 2008) e, com tal medida, melhorar a qualidade das decisões judiciais. Tal aprimoramento gerará a diminuição de recursos e/ou redução das taxas de reformas dos provimentos judiciais perante os tribunais.

Tal proposição é mais consentânea com os desígnios do acesso à justiça e da celeridade do que a busca desenfreada pela extinção dos recursos, uma vez que toda vez que o legislador aniquila um meio legal de impugnação das decisões (recurso) faz surgir em seu lugar um sucedâneo recursal (NUNES, CAMARA, SOARES, 2010, p. 215), ou seja, mata-se o recurso e cria-se outra técnica (mais complexa e polêmica) para o cidadão, profissionais e Tribunais.

Ao perceber esta situação a Comissão propõe no seu relatório ao Senado uma medida extremamente salutar na busca do reforço da cognição: a redefinição dos limites do princípio do contraditório.

Como já se defendeu em outras oportunidades (NUNES, 2008 e THEODORO JR, NUNES, 2009), o princípio do contraditório há muito deixou de ser analisado pela doutrina e jurisprudência estrangeiras como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmöglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Tal concepção renovada significa que não se pode mais, na atualidade, acreditar que o contraditório se circunscreva ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afastando a ideia de que a participação das partes no processo possa ser meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial.

Ao seguir esta tendência a Comissão propõe que todas as matérias, inclusive as oficiosas, sejam submetidas ao contraditório entre as partes, corroborando a ideia de que o contraditório seja uma garantia dinâmica de influência e de não surpresa. [\[19\]](#)

No entanto, a Comissão até o presente momento não ofertou nenhuma tendência de se adotar uma fase preparatória metódica no processo de cognição.

No direito comparado existe uma tendência universal de reforço da primeira fase da cognição (NUNES, BAHIA, 2009, p. 127) (fase introdutória ou preparatória do procedimento cognitivo), como demonstram os relatórios do Congresso da Associação Intencional de Direito Processual de 2008 (CARPI, ORTELLS, 2008) no sentido de realizar uma verdadeira preparação da fase de debates (audiência de instrução e julgamento) e que poderá gerar um final abreviado do processo, mediante a realização de um acordo estruturado (conciliação) caso seja interesse das partes, ou, caso não seja possível, uma preparação adequada da instrução e debates que promoverá a melhoria qualitativa das decisões de primeiro grau, com redução do índices de reforma desses provimentos nos tribunais.

Sabe-se que todos os sistemas processuais modernos, sejam de *common law* ou de *civil law*, dimensionaram suas fases ou procedimentos cognitivos em estruturas bifásicas em que, numa primeira fase técnica, ocorre a preparação do debate (v. g. audiência preliminar, com a fixação de pontos controvertidos, e preparação escrita do tema da prova) e, numa segunda fase, a discussão endoprocessual de todos os argumentos relevantes (v. g. audiência de instrução e julgamento).

A novidade é que a preocupação recorrente e mais importante, no passado, com a fase de produção de provas (segunda fase procedimental), de modo a garantir o direito constitucional à prova, vem sendo deslocada paulatinamente para a primeira fase, na qual ocorre a **preparação** do debate e da produção das provas, uma vez que se percebeu que a depuração quase completa das questões objeto do processo permite um diálogo profícuo, seja em procedimentos marcadamente escritos, seja em procedimentos marcadamente orais, além de impedir que a decisão seja fruto solitário do pensamento judicial (NUNES, 2008).

Nesses termos, a adoção concomitante de um contraditório dinâmico e de uma efetiva fase preliminar poderiam promover uma melhoria qualitativa e de eficiência em nosso sistema processual.

Entretanto, parece que a Comissão não pactua com esse movimento universal de reforma da cognição e até o presente momento pretende dimensionar um modelo bifásico de cognição, no qual na primeira fase ocorrerá uma audiência de conciliação (não preparatória) que poucos frutos poderão gerar em comparação com as efetivas fases preparatórias utilizadas no direito comparado.

Não se pode ainda olvidar de outras propostas temáticas perigosas, como a de diminuição de alguns recursos, retirada de incidentes e das intervenções de terceiros (entre outras propostas) que poderão gerar inúmeros problemas de eficiência e de celeridade, além de ferir mortalmente outros direitos fundamentais.

É de se louvar a preocupação com a litigiosidade repetitiva (serial) mediante a utilização de um incidente de coletivização inspirado no modelo alemão do *Musterverfahren* (THEODORO JR, NUNES, BAHIA, 2009).

Ocorre que não é nem mesmo possível tecer maiores críticas e considerações do possível Anteprojeto de CPC eis que ele ainda não foi submetido ao debate público com a sociedade e seus diversos seguimentos sociais e técnicos.

Acredita-se que pela responsabilidade e enorme envergadura moral e técnica de seus membros após a elaboração do Anteprojeto haverá o cumprimento da etapa obrigatória de submissão do texto à Comunidade em evento ainda não divulgado.

Assim, garantir-se-ia a discussão democrática do anteprojeto de CPC, antes do início da discussão legislativa. Mas, novamente, asseverou-se a necessidade do período de *vacatio legis* e do posterior monitoramento da reforma, como etapas finais no processo de uma reforma processual macroestrutural.

V – CONCLUSÃO

O presente ensaio buscou estabelecer, a partir de uma compreensão do processo adequada ao Estado Democrático de Direito e de uma reflexão crítica do conceitualismo voltado ao liberalismo e ao socialismo processual, uma proposta de devido processo legislativo concernente as reformas processuais macroestruturais que vem sendo implementadas no Brasil tanto para o processo civil quanto para o processo penal.

Desta feita, o estudo estabeleceu fases para um devido processo legislativo de reforma processual, definindo três fases preparatórias: a primeira do diagnóstico prévio dos problemas e crises da legislação a ser reformada, a segunda fase de definição legislativa das diretrizes da reforma e nomeação de uma Comissão de juristas e a terceira, consubstanciada, no debate público da proposta de anteprojeto de Código. Somente depois desta fase preparatória adviria o processo legislativo propriamente dito que vai da proposição de projeto de lei até a sanção presidencial. Como fases finais do devido processo legislativo, prevê-se a necessidade de período de *vacatio legis* adequado à preparação dos “operadores do direito” para implantação da nova sistemática processual e ainda uma última fase que se inicia com a entrada em vigor do novo Código denominada de fase de monitoramento da reforma.

A partir da definição de um devido processo legislativo para as reformas processuais macroestruturais o presente estudo analisou as atuais fases das reformas do Código de Processo Penal e Código de Processo Civil brasileiro analisando as aproximações e os distanciamentos que as propostas apresentam.

Perceba-se, por derradeiro, que a sociedade brasileira se encontra com uma oportunidade inédita de conceber legislações processuais marcadas pela democratização e constitucionalização do direito.

Somente se espera que fatores políticos, econômicos ou sociais não inviabilizem que as Comissões de Juristas e o Congresso Nacional aprovem leis apressadas e que não se encontrem em consonância com o paradigma constitucional democrático que vivenciamos desde 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Proceso, Autocomposición y Autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*. México: UNAM, 2000.

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para a relação entre direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217, p. 55-66, jul./set. 1999.

ANDOLINA, Ítalo e VIGNERA, Giuseppe. *Il Modello Costituzionale del Processo Civile Italiano*. Torino: G. Giappichelli, 1990.

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fundamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale Del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, n. 3 e 4, v. 2, p. 89-154, 1º/2º sem. 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Teoria da Igual Proteção (*equal protection*). *Revista Logos Veritas*, Santarém, n. 3, p. 9-13, 1999b.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A Constitucionalização do Direito: a constitucionalização do direito processual. Processo civil e direito constitucional. Direito Processual Comunitário. *Revista Logos Veritas*, Santarém, n. 4, p. 9-14, 2000.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. 2ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas a partir da Constituição. *Constituição e Processo*. Del Rey: 2008.

_____. Ensaio de uma teoria geral do processo de bases principiológicas: sua aplicação no processo legislativo, administrativo e jurisdicional In: GALUPPO, Marcelo Campos (org.) *O Brasil que queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: PUC Minas Editora, 2006.

BRASIL, , *Anteprojeto de Código de Processo Penal*. Brasília: Senado Federal, 2009b http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645, acesso em 31 de março de 2010.

BRASIL, *Comissão de Juristas “Novo Código de Processo Civil”*. Ata da 1ª reunião. Brasília: Senado Federal, 2009c Disponível em http://www.senado.gov.br/sf/senado/novocpc/pdf/ATA_1a.pdf, acesso em 22 de março de 2010.

BRASIL, *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, *CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL, STF, 2ª T, RE 201.819-8, Rel. Gilmar Mendes, 2006.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, p. 30-35, set./out. 1999

BÜLOW, Oskar. Gesetz und Richteramt. *Juristische Zeitgeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003. v.10.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008. v. I e II.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade . *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la comisión de posguerra. **In:** CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea, 1949. v. II, p. 227.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In: Revista de Informação Legislativa*, v. 183, p. 103-115, 2009.

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

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, n. 3, 1958, p. 861-862.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco Años de Evolución de la Justicia Constitucional – 1940-1965*. México: UNAM, 1968.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad Del México, a. X, vol. 30, p. 315-348, 1977.

FIX ZAMUDIO, Héctor; CARMONA, Valencia. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. México: Porrúa-UNAM, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão. Teoria do garantismo penal*. trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Labor, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: Application discourses in morality and law* New York: State University of New York, 1993.

_____. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de La argumentación jurídica. Trad. Juan Carlos Velosco Arroyo. *DOXA*, V17 -18, PP 271-302, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Hector Fix-Zamudio y el origen científico del derecho procesal constitucional (1928-1956). MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. LARREA, Arturo Zaldivar Lelo de (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional: estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: Marcial Pons, 2008. t. I.

MONTERO AROCA, Juan. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane. 2002, p. 31.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Eficiência processual: algumas questões. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 2009, v. 169.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do estado democrático de direito. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro: UERJ, 2009. 223-249.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. In: THEODORO JUNIOR, Humberto. *Tutelas diferenciadas*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010 (no prelo).

NUNES, Dierle; CAMARA, Bernardo; SOARES, Carlos. *Processo civil para OAB*. Salvador: Podivm, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Porto: Afrontamento, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

TARUFFO, Michele. Orality and writing as factors of efficiency in civil litigation. CARPI, Federico; ORTELLS, Manuel. *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente*. Valencia: Universidad di Valencia, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 168, fev./2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 177. nov/2009.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978.

WOOLF, Harry. *Final report to the Lord chancellor on the civil justice system in England and Wales – July 1996. Access to justice*. Londo

[1] Ao todo, nove membros compuseram a referida Comissão de Juristas: Antonio Corrêa; Antônio Magalhães Gomes Filho; Eugênio Pacelli; Fabiano Augusto Martins Silveira; Félix Valois Coelho Júnior; Hamilton Carvalhido; Jacinto Nelson de Miranda Coutinho; Sandro Torres Avelar; Tito de Souza Amaral.

[2] A Comissão de Juristas com a finalidade de apresentar, no prazo de cento e oitenta dias, anteprojeto de Código de Processo Civil pelo Senado Brasileiro criada mediante o ATO No- 379, de 30 de setembro de 2009 é composta por: Adroaldo Furtado Fabricio, Bruno Dantas, Benedito Cerezo Pereira Filho, Elpídio Donizetti, Teresa Arruda Alvim Wambier, Humberto Theodoro Júnior, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Luiz Fux, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho.

[3] Não podemos olvidar a superação da dicotomia *civil law - common law*, na atualidade, em face da circulação de modelos jurídicos das últimas duas décadas.

[4] Critica-se a eficiência meramente quantitativa eis que, com Taruffo, devemos buscar sua aplicação qualitativa. (TARUFFO, 2008. p. 185 *et seq.*)

[5] Para percepção do “modelo constitucional de processo” brasileiro adotam-se as características gerais estruturadas por Andolina e Vignera para o direito italiano consistentes “[...] a) na *expansividade*, consistente na sua idoneidade (da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) na *variabilidade*, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam acontecer segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares; c) na *perfectibilidade*, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoada pela legislação infra-constitucional, a qual (isto é: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução de objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (ulteriores) garantias e institutos ignorados pelo modelo constitucional. [...]”(tradução livre) (ANDOLINA, VIGNERA, 1997, p. 14-15).

[6] Gonçalves defende a instrumentalidade técnica, que garante um processo que “[...] se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos”. (GONÇALVES, 1992, p. 171). A instrumentalidade técnica não deve ser confundida com as defesas de linhas instrumentalistas, do realismo norte-americano, ou brasileiras, que acreditam no protagonismo judicial como mecanismo para a aplicação do direito com base em valores uniformemente compartilhados pela sociedade, eis que não se acredita na existência desses valores uniformes em sociedades altamente complexas e plurais como as nossas.

[7] Calmon de Passos, certamente lastreado na melhor doutrina estrangeira, informa que a efetividade a ser defendida não é a do processo em sentido utilitarista, mas, sim, do ordenamento, pois “[...] Efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda ao nome de quê se institucionaliza numa ordem política democrática. Temos dito reiteradamente que se alguma característica é ineliminável, quando se pretende conceituar democracia, ela será o postulado de que todos os homens são substancial e originariamente iguais, por natureza, pelo que ninguém se pode atribuir a condição de senhor ou soberano do outro. Conseqüência disso é também o princípio, igualmente essencial, de que em uma organização democrática o poder só é legítimo quando exercitado em termos de serviço e nos precisos limites em que foi outorgado, vale dizer, no estrito espaço da competência previamente definida e formalizada no pacto político básico que é a Constituição” (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 33).

[8] Fortemente influenciado por teorias do direito público, por administrativista e também por processualista como Goldschmidt (1936).

[9] Para compreensão da importância do pensamento de Couture no desenvolvimento do estudo da ciência processual constitucional cf. MAC-GREGOR, 2008, p. 597 *et seq.* Para uma análise mais acurada da temática no Brasil cf. (NUNES, BAHIA, 2009, 223-249)

[10] Aqui não poderia deixar de fazer uma consideração: Os processualistas devem se abrir para os ganhos da teoria do direito, da Constituição e da filosofia. Essa afirmação não advoga o retorno a posturas conceitualistas próprias do início da ciência processual, mas, ao ver ainda, manifestações de “desprezo” aos avanços do constitucionalismo, da filosofia, da sociologia e, mesmo, das ciências gerenciais percebemos a repetição de posturas e preleções típicas dos praxistas (dos idos tempos) como se ao falar de processo nos reduzíssemos a falar de formas e formalidades de um mecanismo técnico neutro, ou pior, de um mecanismo aberto às concepções pessoais de cada aplicador.

[11] Como observa ALEXY, referindo-se especificamente à Constituição brasileira de 1988: “Os problemas de interpretação jurídico-fundamentais que aparecem em toda a parte são, por meio dessa regulação relativamente detalhada, abafados em parte ampla mas não eliminados; em alguns casos nascem até novos. Assim o artigo 5º, IV, declara a manifestação dos pensamentos como livre. Isso quer dizer que todas as manifestações de opinião são permitidas, também tais que violam a honra de outros e tais com conteúdo racista?” (1999, p. 63).

[12] As primeiras referências a escopos políticos, sociais e econômicos ao processo se encontram nas obras de Menger e Klein (NUNES, 2008, p. 79 *et seq.*) Sobre a retomada dessas ideias na atualidade ver Dinamarco (1998).

[13] Já ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO(2000, p. 103-104) mostrava a dificuldade de se tentar enquadrar a jurisdição como pertencente ao direito processual ou ao constitucional. O autor inclusive lembrava que Couture, ao tratar dos “fundamentos do

direito processual” não tratou da jurisdição, o que foi objeto de críticas no meio processual. Cf. também FIX-ZAMUDIO (1977, p. 317) e SANTOS (1994).

[14] Cf. como exemplo desse procedimento o relatório da reforma processual civil inglesa de 1998,(WOOLF, 1996).

[15] Conforme explicado em texto ainda não publicado de nossa autoria: “O tema das tutelas diferenciadas ou das tutelas jurisdicionais diferenciadas passou a ser objeto do debate da ciência processual a partir do trabalho de Proto Pisani publicado em 1973, partindo-se do pressuposto óbvio da necessidade de diversidade de técnicas processuais para as diversas hipóteses de direito material a ser aplicado e analisando que a questão somente pode ser devidamente colocada em discussão a partir daquele momento histórico em face da viabilidade de pensar uma quebra com o modelo neutro e único de processos ordinários de cognição plena, presumidamente predispostos a permitir o julgamento de qualquer caso. Os modelos processuais diferenciados seriam delineados com a intenção de garantir as mais idôneas formas de tutela para as várias categorias de situações jurídicas merecedoras de tutela jurisdicional. Com tal expressão Proto Pisani estabeleceu dois tratos para a temática processual, que não se confundiam. Nesses termos, tutela jurisdicional diferenciada poderia significar a predisposição de vários procedimentos de cognição (plena e exauriente ou não), alguns dos quais modelados sobre categorias individuais de situações substanciais controversas; ou, em outra perspectiva, a expressão poderia se referir a formas típicas de tutela sumária (cautelar, antecipatória, específica etc.)” (NUNES, 2010)

[16] Nesse sentido nos lembra Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 66) que, na “Alemanha, não há nenhuma inovação legislativa sem que os juízes sejam submetidos a cursos de formação para poderem aplicar a nova lei”.

[17] Observatório Permanente da Justiça Portuguesa: <http://opj.ces.uc.pt/>

[18] Department for Constitutional Affairs: www.dca.gov.uk

[19] “c) As matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado, sempre serão submetidas ao crivo do contraditório.” De forma semelhante a inúmeros outros países: Alemanha, Portugal, França, Itália, Áustria, entre outros