



## OS DESAFIOS DO NEOPROCESSUALISMO E O ABSURDO KAFKIANO

JORDANE COSTA OLIVEIRA<sup>1</sup>  
RAÍSSA CARLY FERNANDES MACÊDO OSTERNO<sup>2</sup>

**Resumo:** Com a ascensão do neoconstitucionalismo houve no ordenamento jurídico brasileiro uma aproximação dos institutos jurídicos aos princípios constitucionais. No Direito Processual aconteceu o fenômeno do neoprocessualismo, que carrega as diretrizes do neoconstitucionalismo com a finalidade de garantir o devido processo legal. Na ótica do direito e literatura, Franz Kafka vem a denunciar precocemente a ineficiência processual e a burocracia quanto ao acesso à justiça vivenciada pelo personagem Joseph K. em sua clássica obra “O Processo”. Desse modo, o objetivo deste trabalho é explicitar a evolução do direito processual, especialmente acerca da atual fase neoprocessual, e as inúmeras garantias processuais conquistadas, bem como mostrar que apesar dessas conquistas, o absurdo kafkiano ainda pode ser verificado nos trâmites processuais contemporâneos.

**Palavras-chave:** *Neoprocessualismo. Devido Processo Legal. Franz Kafka.*

**Abstract:** With the rise of neo-constitutionalism there was in the Brazilian legal system an approximation of the legal institutes to the constitutional principles. In procedural law happened the phenomenon of neoprocessualism, which carries the guidelines of neo-constitutionalism with the purpose of guaranteeing due process of law. From the point of view of law and literature, Franz Kafka comes to denounce early the procedural inefficiency and bureaucracy regarding the access to justice experienced by the character Joseph K. in his classic work “The Process”. Thus, the purpose of this paper is to explain the evolution of procedural law, especially after the current neoprocessual phase, and the numerous procedural guarantees that have been obtained, as well as to show that despite these achievements, the Kafkaesque absurdity can still be verified in contemporary procedural proceedings.

**Keywords:** Neoprocessualism. Due Process. Franz Kafka.

### INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil por meio de artigos em prol de um processo devido e justo, impôs desafios ao Direito em resguardar e efetivar o direito processual que as partes têm em um processo. Dessa forma, com o fenômeno do neoprocessualismo e

<sup>1</sup> Acadêmica do 5º semestre em Direito pela *Faculdade Luciano Feijão* (FLF). E-mail: jordaneoliveiraa0@gmail.com

<sup>2</sup> Mestra em Direito (UFSC). Professora do curso de Direito na *Faculdade Luciano Feijão* (FLF). E-mail: raissaosterno@yahoo.com.br



consequentemente a valoração dos princípios constitucionais e processuais, o rito garante às partes uma cooperação, bem como contraditório e ampla defesa, com o intuito de tornar o processo um instrumento de pacificação social célere, eficiente e ainda justo nos parâmetros da boa-fé processual.

No Brasil, onde notoriamente há brechas, mais entendidas como “jeitinho brasileiro”, é possível encontrar falhas no judiciário, tendo em vista a ascensão da politização do direito, ou ainda uma sociedade onde todos são iguais, no entanto, uns são mais iguais que outros. Nesse sentido, pode-se comparar o processo brasileiro com relação ao acesso à justiça em que a obra *O Processo*, de Franz Kafka, conta o aterrorizante drama de Joseph K., um respeitável funcionário de um banco que é preso de modo súbito e estranho e deve defender-se contra uma acusação que nunca lhe é formalmente apresentada e sobre a qual ele não consegue obter informações. Aclamada em todo o mundo, esta história verossímil é uma das mais originais e importantes criações literárias. Seja ela considerada um conto existencialista, uma paródia ou uma profecia, o fato é que as insuperáveis imagens de Franz Kafka anteciparam os excessos da burocracia quantos aos procedimentos e dos regimes totalitários do século XX, assim como a angústia do homem moderno.

Quanto à metodologia, o presente trabalho tem a finalidade de aprofundar as pesquisas acerca do novo modelo de processo com fundamento no fenômeno do neoprocessualismo. Os objetivos são pautados na pesquisa descritiva, onde as fontes são livros e artigos sobre o assunto pesquisado, com o intuito de enfatizar o trabalho científico, buscando a valoração do método dedutivo que será utilizado com base nos procedimentos bibliográficos.

Com o intuito de conseguir os objetivos almejados, o método é o aprofundamento dos temas, tais como a origem da ciência processual, bem como a valoração dos princípios constitucionais e processuais, com o foco na garantia do devido processo legal, realizando



assim, uma construção textual comparativa com a literatura de Franz Kafka, a fim de traçar a evolução do direito processual civil.

### **EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL**

O Direito tem seus pilares alicerçados no contrato social, que é fruto de delimitações e garantias fundamentais. Consoante a mutação social, o Direito acompanha as modificações valorativas advindas da sociedade. Muito se questiona a ligação entre direito e justiça, mas sabemos que não é sempre que fazer justiça e direito são sinônimos. Sabe-se ainda que sempre houveram conflitos sociais, tendo em vista que os bens são escassos e as necessidades são infindas. Logo, foi percebido pela sociedade que seria cabível um procedimento que instrumentalizasse o direito para que fosse defendido os interesses das partes. Nasce, então, o direito processual. Segundo Didier, “a relação entre o processo e o direito material, embora reconhecida há bastante tempo, deve ser, continuamente lembrada e revisada” (DIDIER, 2017, p. 35).

Por Direito Material entende-se que é o conjunto de normas legais que regulam determinada ação, sendo de interesse público ou privado, impondo uma sanção. É o direito positivado nos códigos. O direito processual regula a utilização das normas do direito material.

Antes da ciência processual, os conflitos humanos eram solucionados de forma baseada em costumes da sociedade, que era fazer justiça com as próprias mãos. No entanto, os antigos povos chegaram à conclusão de que as partes não deveriam usar força física para obter justiça e que os conflitos deveriam ser submetidos a julgamento de autoridade pública, e se viu necessária a regulamentação da atividade da administração judicial. E dessa forma nasceram as normas processuais. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.12).



## PROCESSO GRECO-ROMANO

A sociedade greco-romana iniciou uma fase do processo onde desvinculava os valores religiosos dos processos. Anteriormente eram julgados a partir de valores divinos, dessa forma o direito era posto em segundo plano. Com a fase greco-romana o direito processual ganhou foros científicos, apartando-se de preconceitos religiosos e superstições. Houve a valorização de provas documentais e testemunhais, que proporcionou um sistema mais justo de acusação e defesa, e se manteve a oralidade nos processos. Vale ressaltar que mulheres e crianças eram excluídas de testemunhar, tendo em vista que as mulheres eram limitadas aos afazeres domésticos.

Nessa fase do direito processual, o juiz tornou-se um funcionário do Estado, uma vez que anteriormente ele era tido como árbitro e tinha a função de visualizar os duelos entre as partes. O processo foi tido como um instrumento de paz social quando a tarefa do julgador se tornou uma função derivada do Estado. Durante o processo civil romano houveram evoluções no procedimento. As partes do processo passaram a ter intervenção de advogados e o processo passou a ter forma escrita, envolvendo o pedido do autor e defesa do réu, instrução da causa, a prolação da sentença e sua execução. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.13-14).

A evolução vivenciada pelo direito processual nos três momentos do processo romano influenciou e serviu de base para a fase do processo civil moderno.

## PROCESSO COMUM

O período histórico em que se deu o processo comum foi um momento de exacerbado fanatismo religioso, onde a Igreja Católica tinha influência máxima sobre a sociedade. O processo comum ocorreu em meados da Idade Média, logo, podemos perceber uma enorme consideração e influência da religiosidade nos aspectos jurídicos. Esse tipo de



processo foi tido como extremamente complicado, pois haviam métodos desumanos para obtenção da verdade, como por exemplo, a tortura. Por isso, o processo comum foi visto como um retrocesso com relação ao procedimento greco-romano. O processo comum era escrito, lento e excessivamente complicado. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.15).

Apesar do visível retrocesso, haviam pensadores que buscavam explicitar suas ideias acerca do tratamento que era dado às partes do processo jurídico, tendo em vista que não havia distinção entre o processo penal e processo civil. Beccaria, um notório pensador do direito processual penal, autor de um clássico do Direito, o livro *Dos Delitos e das Penas*, onde o autor revela suas insatisfações com o Poder Judiciário, escrevendo sobre a obscuridade das leis, bem como sobre a duração do processo e da sua prescrição, e ainda sobre as injustiças na legislação. Beccaria teve pensamentos bem à frente de sua época e foi ouvido o seu protesto pelo fim do século XVIII.

## DIREITO PROCESSUAL MODERNO

O direito processual moderno é marcado pelas quatro fases: sincretista, autonomista, instrumentalista e neoprocessualismo.

### Fase sincretista

Na fase sincretista não havia distinção entre direito material e direito processual, ou seja, o direito processual não tinha autonomia e era apenas uma parte do direito material, logo, ainda não havia uma ciência processual e as decisões eram puramente baseadas na vivência de outros processos, este seria, portanto, mero exercício de direitos, uma sucessão de atos para resolver o conflito, sendo confundido com o próprio direito subjetivo material.

Com a Revolução Francesa, houve um avanço para a ciência processual, foram adotados princípios que fariam total diferença no sistema processual, como o princípio da



publicidade e do devido processo legal. O juiz deixa de ser apenas um confrontador de provas e atua com mais liberdade e subjetividade. (IBERÊ DE CASTRO, 2005, p.14)

### **Fase autonomista**

A fase autonomista é um marco no direito processual, tendo em vista que a partir dessa fase é considerado científico e autônomo, deixando de ser fração do direito material.

É nessa fase que os conceitos passam a ter maior importância e surgem estudiosos na área processual como Oskar Von Bülow, defensor da teoria autonomista do direito processual, além de outros estudiosos importantes, dentre eles, Carnelutti e Chiovenda.

Nessa fase foi enfatizada a relação entre juiz, autor e réu, levando em consideração o objetivo do processo, que não seria mais um mero exercício de direitos, e sim o caminho para obtenção de direitos, uma proteção vinda de um funcionário do Estado, o juiz. As normas do direito processual têm por objeto a jurisdição, a ação, o processo e a defesa. Vale ressaltar que na fase sincretista a ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material, no entanto, os alemães começaram a teorizar a natureza jurídica da ação.

A fase autonomista visou especular a natureza jurídica do processo e dessa forma o tornou autônomo em relação ao direito material. Pode-se dizer que foi um grande avanço para a ciência processual.

### **Fase Instrumentalista ou Teleológica**

Durante a evolução do direito processual vimos que houve a separação do direito material e processual, houve o direito processual como ciência, o estudo da natureza jurídica e a justificativa do processo como um meio de obtenção de direitos. Entretanto, na fase teleológica é frisada a separação das áreas processuais do direito. Dessa forma, o que seria da área penal nem tudo caberia usar na área cível. O processo teria uma finalidade e uma objetivação mais sólida e mais coesa.



Essa terceira fase do processo é tida como expansiva e abrange horizontalmente as áreas do direito, sendo um desdobramento da área processual, ou ainda, um momento de novos olhares acerca da ciência processual, como também a criação de códigos processuais e exacerbada valorização deles. É reconhecida a proteção do Estado com as partes do processo e é dada a garantia de serem ouvidas pelo juiz, além de serem beneficiadas com o princípio constitucional do devido processo legal, em que as partes tenham um processo justo, eficaz e rápido.

Há uma cautela com o decorrer do processo, nessa fase é necessário que o juiz julgue com o objetivo de justiça social e dê uma maior importância à produção de provas, além de ter uma maior responsabilidade com as decisões impostas por ele, tendo em vista a valorização dos interesses coletivos.

Didier enfatiza que:

O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de instrumentalismo, cuja principal virtude é estabelecer a ponte entre o direito processual e o direito material. (2017, p.45)

Portanto, o processo, nesta fase, visa garantir o direito material através do direito processual com o uma finalidade específica, portando uma estrutura teleológica.

### **Fase Neoprocessualista**

Após a Segunda Guerra Mundial o cenário jurídico passou por modificações em seu sistema constitucional e processual.

Com a derrota dos regimes totalitários na Segunda Guerra, foi pensado em uma nova forma de aplicar a lei. Dessa vez, não mais conforme a “vontade da lei”, tendo em vista que com o neoconstitucionalismo, a hermenêutica jurídica aboliu o exacerbado uso da legislação codificada. Foi dado um olhar mais demorado aos valores humanos e conseqüentemente a



forma de aplicar o direito foi vinculada diretamente à dignidade humana e aos direitos fundamentais. O neoprocessualismo está diretamente ligado ao neoconstitucionalismo, que foi um marco para o sistema constitucional. A partir desse fenômeno constitucional, o direito age com posições mais humanas e o objetivo é garantir os direitos fundamentais e a dignidade da humanidade. Houve a supervalorização da constituição, bem como o reconhecimento da força normativa dos princípios, a partir dessa nova perspectiva o legislador ao deferir uma causa judicial, antes de aplicar a lei, será consultada a constituição federal, tendo em vista a sua grandiosidade perante o âmbito jurídico. O pensamento jurídico passa de um modelo fundado na lei para um modelo fundado na constituição, é notório, também, a transformação da hermenêutica jurídica, há um reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, bem como a distinção entre texto e norma.

O neoprocessualismo é o processo baseado no neoconstitucionalismo com a constitucionalização do direito processual o artigo 1º do código de processo civil diz que:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições desse código. (BRASIL, 2015).

Com o neoprocessualismo ocorreu a incorporação das normas processuais ao direito constitucional e, também o diálogo entre processualistas e constitucionalistas. Os princípios constitucionais processuais são considerados espécie normativa, eles descrevem um estado ideal dos bens jurídicos. Humberto Ávila salienta que “os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas, ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários.” (ÁVILA, 2006, p.80)

A distinção entre princípios e regras é destacada por Humberto Ávila:

A distinção entre categorias normativas, especialmente entre princípios e regras, tem duas finalidades fundamentais. Em primeiro lugar, visa a antecipar características das espécies normativas de modo que o intérprete ou aplicador,





encontrando-as, possa ter facilitado seu processo de interpretação e aplicação do Direito. Em consequência disso, a referida distinção busca, em segundo lugar, aliviar, estruturando-o, o ônus da argumentação do aplicador do Direito, na medida em que a uma qualificação das espécies normativas permite minorar a necessidade de fundamentação, pelo menos indicando o que deve ser justificado. (2006, p.65).

O neoprocessualismo tira a centralidade dos códigos e o processo deixa de ser um mero mecanismo de utilização individual para tornar-se um meio à disposição do Estado para realizar justiça.

Como consequência, o código civil deixa de ser o centro do ordenamento jurídico, pois a constituição passa a ser o topo da pirâmide de Kelsen e adquire força normativa, além disso, há o surgimento de microssistemas, como a criação dos Estatutos e o Código de Defesa do Consumidor. Há, também, a crescente adoção das cláusulas gerais e a constitucionalização do direito material e processual, e, o aumento dos poderes os juízes, e a partir desse aumento de poder surgem as críticas ao neoprocessualismo e passa-se a falar em ativismo judicial, que configura a intervenção de um poder em outro, o que gera um enorme prejuízo à democracia.

Um dos pilares do neoprocessualismo é o acesso à justiça, que, para Eduardo Cambi, não se limita à mera admissão ao processo ou à possibilidade de ingresso em juízo, mas, ao contrário, essa expressão deve ser interpretada extensivamente, compreendendo a noção ampla do acesso à ordem jurídica justa. (2007, p.25)

Nesse sentido, o desafio maior do neoprocessualismo é conciliar a instrumentalidade do processo, ampliada na perspectiva dos direitos fundamentais (arts.5º, inc. XXXV e LXXVIII), com o garantismo. (CAMBI, 2007, p.37-38).

Em outras palavras, a instrumentalidade do processo, relativizando o binômio substance-procedure, permite a construção de técnicas processuais efetivas, rápidas e adequadas à realização do direito processual. Este viés metodológico do neoprocessualismo, contudo, precisa ser compatibilizado com o respeito aos direitos e garantias fundamentais do demandado, no processo civil, e do acusado, no processo penal, que estão na essência do garantismo. (CAMBI, 2007, p.38).



Essa fase do direito processual visa garantir um processo devido, no entanto há um questionamento acerca da eficiência dos processos nos tribunais brasileiros, apesar de a constituição garantir um devido processo legal em seu artigo 5º, LIV.

### **DIREITO DE DEFESA NO PROCESSO**

Com o instrumentalismo processual o processo deixa de ser um mero exercício de direitos e passa a ser um instrumento de paz social (DINAMARCO,1996, p.270). Quando se fala em defesa processual é necessário entender a relação entre os institutos fundamentais (Ação, Jurisdição e Processo). Em razão do princípio da inércia a Ação justifica o exercício da jurisdição, que é um “poder-dever” do Poder Judiciário de “dizer o direito”. O processo é o meio que possibilita a paz social.

A ciência processual deu ênfase à ação durante as primeiras fases do processo e somente nas últimas décadas as doutrinas frisaram a Defesa. Acontece que Ação e Defesa são inerentes ao processo, e não havendo a possibilidade de defesa em um processo o resultado é a violação de princípios constitucionais, como o devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Também viola um princípio do direito penal, o de presunção de inocência. Esses princípios são garantidores de um processo justo e pacificador, logo, eles têm peso enorme sobre o processo. O neoprocessualismo exige um processo de acordo com a Constituição Federal e dá aos princípios o valor de norma. Portanto, é presumido que as partes do processo cooperem, inclusive o juiz, conforme o artigo 6º do Código de Processo Civil, onde é afirmado que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

“Toda ação requer uma reação”. Assim diz a física afirmando a terceira Lei de Newton, e no âmbito jurídico não é diferente, os litigantes de um processo provocam essa ação e reação. Então, quando um autor propõe uma ação é natural que o réu tenha uma resposta à ação e desencadeia uma defesa. A defesa, portanto, complementar a ação, assim



como a exceção. Por exceção entende-se que, em termos processuais, é o exercício do direito abstrato de defesa. Em sentido material, é o contradireito do réu em face do autor.

Grinover, Dinamarco e Cintra explicitam o termo:

Tomada nesse sentido, da exceção é lícito afirmar que configura um direito análogo e correlato à ação, mais parecendo um particular aspecto desta: aspecto esse que resulta exatamente da diversa posição que assumem no processo os sujeitos da relação processual. Tanto o direito de ação como o de defesa compreendem uma série de poderes, faculdades e ônus, que visam à preparação da prestação jurisdicional. (2001, p.273).

O direito de defesa não se confunde com a resposta apresentada pelo réu, a defesa possibilita o réu de contestar o pedido do autor, e em preliminar de contestação o réu apresenta sua matéria defensiva. Com a constitucionalização do direito e o neoprocessualismo, o juiz, antes de proceder, deve comunicar as partes justamente para que haja um processo devido e justo e conseqüentemente exista a possibilidade de defesa.

O processo é guiado pela norma, no entanto é assegurado que o aplicador do direito respeite os princípios e a constituição.

Ressalta Humberto Theodoro Júnior:

É no conjunto dessas normas do direito processual que se consagram os princípios informativos que inspiram o processo moderno e que propiciam às partes a plena defesa de seus interesses, e ao juiz, os instrumentos necessários para a busca da verdade real, sem lesão dos direitos individuais dos litigantes. (2017, p.47).

A defesa, portanto, é um elemento intrínseco para fins de justiça.

## PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Vivemos em um Estado democrático de direito, onde as normas que regem a sociedade foram instituídas de forma democrática, sobretudo através da função legislativa. Quando se fala em processo, seja administrativo ou judicial, esse processo tem uma forma de acontecer, e encontra-se essa forma a partir da legalidade. É fundamental o respeito ao



Devido Processo Legal, que decorre do princípio da Legalidade. Vale ressaltar que caso não sejam assegurados os princípios do Contraditório e Ampla Defesa, é desrespeitado o princípio do devido processo legal, logo, tais princípios são intrínsecos ao processo.

O devido processo legal é garantido no texto constitucional vigente em seu artigo 5º, LIV, onde relata que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A doutrina assimila o devido processo legal à processo justo. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.47).

A ideia de um devido processo legal não é recente, remonta ao Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d. C.), no qual pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o imperador está submetido às “leis do império”. (DIDIER, 2017, p.74).

O princípio do devido processo legal é de conteúdo extremamente complexo e direito fundamental. Uma vez que seja desrespeitado qualquer princípio, é violado o direito de um devido processo. Portanto, se trata de uma cláusula geral.

Humberto Ávila ressalta que o princípio do devido processo legal tem como função proteger os outros princípios para que se tenha um processo adequado, leal e efetivo. (ÁVILA, 2008, p.57). A partir do devido processo legal originam-se os outros princípios constitucionais, como a boa-fé processual, adequação, efetividade, juiz natural, ampla defesa, contraditório, legalidade, publicidade, duração razoável do processo, paridade de armas e eficiência.

Didier ressalta que há ainda uma compreensão do devido processo legal sob duas dimensões, a formal e substancial. O devido processo legal formal é caracterizado pelas garantias processuais e sobre o devido processo legal substancial o autor salienta:

A experiência jurídica brasileira assimilou a dimensão substancial do devido processo legal de um modo bem peculiar, considerando-lhe o fundamento constitucional das máximas de proporcionalidade (postulado, princípio ou regra da proporcionalidade, conforme seja o pensamento doutrinário que se adotar) e



da razoabilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal extrai da cláusula geral do devido processo legal os deveres de proporcionalidade ou razoabilidade. (2017, p.78).

Humberto Theodoro Júnior certifica que o devido processo legal é um instrumento de justiça e sustenta:

Uma vez que o atual Estado Democrático de Direito se assenta sobre os direitos fundamentais, que não são reconhecidos e declarados, mas cuja realização se torna missão estatal, ao processo se reconhece o papel básico de instrumento de efetivação da própria ordem constitucional. Nessa função, o processo, mais do que garantia da efetividade dos direitos substanciais, apresenta-se como meio de concretizar, dialética e racionalmente, os preceitos e princípios constitucionais. Dessa maneira, o debate, em que se enseja o contraditório e a ampla defesa, conduz, pelo provimento jurisdicional, à complementação e o aperfeiçoamento da obra normativa do legislador; faz nele integrar os direitos fundamentais, não só na interpretação da lei comum, como na sua aplicação ao quadro fático, e, ainda, de maneira direta, faz atuar e prevalecer a supremacia da Constituição. O devido processo legal, portanto, pressupõe não apenas a aplicação adequada do direito positivo, já que lhe toca, antes de tudo, realizar a vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais. (2017, p.49).

Tendo em vista que a Constituição Federal garante um processo devido, espera-se um processo, justo, célere, eficiente e eficaz. Paralelamente à essa ideia, temos o conhecimento sobre a realidade brasileira e surge o questionamento sobre a eficiência do processo no âmbito jurídico brasileiro.

## PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório é base para um processo devido e uma defesa, com esse princípio o réu tem a garantia que será ouvido pelo órgão jurisdicional. O novo código de processo civil, em seu artigo 9º, relata que “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”. O novo modelo processual exige a cooperação entre as partes, inclusive a cooperação do juiz, que conforme o artigo 7º do CPC o juiz terá de zelar pelo efetivo contraditório. A Constituição Federal também assegura o contraditório aos litigantes em processo judicial em seu artigo 5º, LV. A estrutura do processo moderno é



reflexo de um Estado Democrático de Direito, dessa forma é intrínseco que haja a garantia de participação e possibilidade de influência na decisão. (DIDIER, 2017, p.92).

Dinamarco e Carrilho Lopes (2006) destacam que com relação ao princípio do contraditório, existe uma obrigação de informação e existe a possibilidade de reação, logo, em síntese a ideia do contraditório é dar às partes a oportunidade de manifestação, é o dever de informação.

Tais autores ressaltam ainda que:

Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes peça, alegue e prove. O autor alega e pede na demanda inicial, instituído o processo mediante o ajuizamento desta e citado o réu, este é admitido a pedir e alegar logo de início, podendo manejar fundamentos de defesa e postular a improcedência da demanda ou a extinção do processo. Ambas as partes são admitidas à produzir provas dos fatos alegados. A parte contrariada por uma decisão tem o caminho aberto para pedir ao tribunal uma decisão favorável, mediante a interposição de recurso. Ao pedir, cada um dos litigantes alega. Isto é traz fundamentos destinados a convencer o juiz; alega também ao fim do procedimento e antes da sentença, analisando os fatos, as provas e as consequências jurídicas daqueles etc. (DINAMARCO, CARRILHO LOPES, 2016, p. 62).

O contraditório, em sua essência, garante tratamento paritário entre as partes, ou seja, havendo desigualdade entre as partes, o tratamento igualitário dependerá de assistência judicial. Além disso, qualquer decisão do juiz não poderá ser tomada sem antes a parte contrariada ser ouvida. (THEODORO JÚNIOR, 2017, p.86-87). Essas garantias do contraditório oportunizam a fundamentação do direito de defesa, que é inerente ao procedimento, pode-se concluir, então, que o contraditório é a raiz do exercício do direito de defesa. Essa garantia constitucional é de suma importância para a democracia, tendo como base a meta de melhor encontrar a justiça diante de um conflito. Logo, para a efetividade e eficiência do contraditório é necessário que as partes sejam igualmente ouvidas e que o que elas alegarem sirva para influenciar na decisão do juiz. Essa capacidade de ser ouvido e



influenciar a decisão do juiz é o que Didier acrescenta como as duas dimensões do princípio do contraditório, a dimensão formal sendo a garantia de ser ouvido pelo juiz e, a dimensão substancial como poder de influenciar sobre a decisão do órgão jurisdicional. Além disso, a dimensão substancial impede que haja decisão surpresa, pois, a parte será notificada sobre todos os procedimentos do processo. (DIDIER, 2017, p.92).

Mesmo em caso de ato atentatório à dignidade da justiça o juiz é requisitado a advertir sobre a conduta da parte. Para Didier, mesmo no ato da aplicação da multa prevista no segundo parágrafo do artigo 77º do código de processo civil, se faz necessário notificar o réu. O contraditório tem um poder enorme em relação ao processo, sendo esse princípio uma garantia de um direito fundamental. O juiz, ao exercer a função jurisdicional, não é tido como quem simplesmente decide os fatos de acordo com o código, mas de acordo com o relato das partes ouvidas é que ele tomará suas decisões de acordo com a legislação e as garantias fundamentais.

O contraditório transforma o processo em uma conversa entre as partes e juiz, essa relação tem como finalidade uma efetiva pacificação social e a busca pela verdade dos fatos, Daniel Amorim ressalta:

A completa realização do princípio do contraditório, em especial quando analisado como forma de garantir a “paridade de armas” no processo, exige uma igualdade real entre as partes para que as reações possam efetivamente igualar suas situações no processo. Essa é a razão pela qual existem normas que permitem a assistência aos menos favorecidos economicamente, com a isenção no recolhimento de custas e a indicação de patrono gratuito pelo Estado. (2016, p. 214).

Em suma, o contraditório durante o processo permite a eficiência do poder jurisdicional, tendo como base a formação do Estado democrático de direito, que assegura um processo justo.



## PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A ampla defesa é um princípio constitucional extremamente importante e é a partir desse princípio previsto no artigo 5º, LV da constituição federal que se alcança a justiça em um processo. É um direito do cidadão ser ouvido em sua mais ampla defesa, é um direito democrático e ninguém pode ser acusado sem esse direito individual, da mesma forma, são garantidos recursos, a produção de provas periciais, as provas testemunhais. Busca-se no processo a verdade real, uma vez eu há presunção de inocência do acusado. As partes possuem plena igualdade e condições de apresentar seus direitos.

Fernanda Marinela destaca alguns aspectos imprescindíveis à ampla defesa para que se tenha eficácia do direito de defesa, dentre eles, o caráter prévio da defesa é ressaltado de forma que a parte tenha o conhecimento sobre o que e como se defender. Destaca também o direito de interpor recurso, bem como a defesa técnica, que tem muita importância, tendo em vista a função desempenhada pelos advogados, defensores públicos, procuradores da Fazenda. (MARINELA, 2016, p.107). É importante frisar que existe um enunciado de súmula do STJ que afirma a obrigatoria presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar, tendo em vista que não se pode ficar apenas na autodefesa, no entanto o entendimento do STF em sua súmula vinculante 5 anuncia que a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição. Esta súmula derogou o entendimento da súmula 343 do STJ, que parecia bem mais coerente com o princípio constitucional. É lastimável o entendimento do guardião da Constituição, pois não atende de forma satisfatória a ampla defesa.

Marinela ressalta que:

Esse princípio deve assegurar à parte a garantia de defesa, conferindo ao cidadão o direito de alegar e provar o que alega, podendo se valer de todos os meios e recursos disponibilizados para a busca da verdade real, proibindo-se, taxativamente, qualquer cerceamento de defesa. (2016, p 107).





Para Didier (2017), a ampla defesa qualifica o contraditório, o contraditório se configura como o instrumento de atuação do direito de defesa. O princípio da ampla defesa garante o exercício de um direito fundamental de ambas as partes e “corresponde ao aspecto substancial do princípio do contraditório”. (DIDIER, 2017, p.100).

### **A EFICIÊNCIA DO PROCESSO E O ABSURDO KAFKIANO**

Absurdo kafkiano é um termo usado para apontar uma situação cuja origem não se conhece. A obra *O Processo* de Franz Kafka é causa de muitas estirpes do direito, tendo em vista o modo como o livro é escrito com termos jurídicos. A obra foi imortalizada por suas críticas políticas, sociais e jurídicas. Kafka em sua genialidade evidencia a burocracia do Estado para com o povo e faz uma crítica ao poder judiciário, que além da desorganização, não promove um devido processo legal. No universo kafkiano é mostrado a consternação do indivíduo frente ao judiciário. Nas obras kafkianas aparecem sempre a burocracia e o sentimento de culpa e conseqüentemente a privação de uma defesa por parte do réu. Se torna clara a crítica ao poder judiciário em *O Processo*, onde Joseph K., personagem do livro que é acusado de algum crime grave e lhe é privado o contraditório e ampla defesa, causando um constrangimento maior na vida do personagem.

O livro explicita o diálogo entre Joseph K. e os funcionários do Poder Judiciário:

— Não — disse o homem junto à janela, atirando o livro sobre uma mesinha enquanto se erguia. — O senhor não tem permissão para sair. O senhor está detido.

—É o que parece — disse K. — Mas por quê? — perguntou então.

— Não fomos incumbidos de dizê-lo. Vá para o seu quarto e espere. O procedimento acaba de ser iniciado e o senhor ficará sabendo de tudo no devido tempo. (KAFKA, 2017, p.11).

Joseph K. é privado de saber o motivo do seu processo, o que evidencia uma violação do devido processo legal, e conseqüentemente do contraditório, paridade de armas e ampla



defesa. As indagações surgem e não são claramente respondidas, pois os funcionários não estão autorizados a responder tais perguntas. Kafka mostrou com clareza a sua crítica à falha do devido processo legal com o diálogo entre os funcionários e Joseph K.

Tiro essa conclusão do fato de ser acusado e não conseguir descobrir a mínima culpa da qual me pudessem acusar. Isso também é secundário. A questão principal é: por quem sou acusado? Que autoridade conduz o processo? Os senhores são funcionários? Nenhum está de uniforme, caso não se queira chamar de uniforme a roupa que vestem — e aqui se voltou para Franz—, pois ela é antes um traje de viagem. Nessas questões eu exijo clareza e estou convencido de que depois desse esclarecimento vamos poder nos despedir uns dos outros da forma mais cordial possível. (KAFKA, 2017, p.21,22).

As perguntas de Joseph K. não foram respondidas durante a narrativa de Kafka, apareceram outros questionamentos, tendo em vista que no mundo em que Joseph K. vive, o judiciário é completamente adulterado e distinto do que está posto nas leis, desde o tribunal até o processo sem qualquer fundamento. Joseph K. presenciou as atrocidades que Kafka criticou no século XX.

Para uma eficácia do processo judicial é necessário que sejam asseguradas as garantias processuais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório para que as partes tenham conhecimento sobre o que estão sendo processadas e tenham plena capacidade de defender-se. Claramente, em *O Processo* não existem essas garantias constitucionais, o que existe é uma ineficácia e desumanização processual. Ao fim da obra, Joseph K. é morto por um dos senhores com uma facada no coração.

Como uma luz que tremula, as folhas de uma janela abriram-se ali de par em par, uma pessoa que a distância e a altura tornavam fraca e fina inclinou-se de um golpe para a frente e esticou os braços mais para frente ainda. Quem era? Um amigo? Uma pessoa de bem? Alguém que participava? Alguém que queria ajudar? Era apenas um? Eram todos? Havia ainda possibilidade de ajuda? Existiam objeções que tinham sido esquecidas? Sem dúvidas, estas existiam. A lógica, na verdade, é inabalável, mas ela não resiste a uma pessoa que quer viver. Onde estava o juiz que ele nunca tinha visto? Onde estava o alto tribunal ao qual ele nunca havia chegado? Ergueu as mãos e esticou todos os dedos. (KAFKA, 2017, p 277, 278).



Kafka denuncia a inacessibilidade da justiça por meio do sistema com regulamentos incompreensíveis, como se o processo fosse um procedimento que se regulamentasse e prosseguisse sozinho. Trazendo para a realidade do novo CPC, que traz as garantias processuais, tais como a cooperação processual, o acesso à justiça, o contraditório e ampla defesa, ainda há um déficit considerável quanto à eficiência processual, seja pela falta de informação, ou ainda por excessos de processo e escassez de recursos. Entende-se que processo eficiente é aquele que respeita as garantias constitucionais e objetiva solucionar o conflito, o novo CPC rege o procedimento respeitando os parâmetros sociais e profissionais, inovando o método de solucionar os conflitos com mais rapidez e efetividade, é o caso da tentativa de conciliação e mediação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto, o novo CPC traz uma maior atenção à efetividade e eficiência das garantias constitucionais, o processo, para existir, tem que ser justo e à luz da constituição, configurando uma consequência do neoprocessualismo, que foi um marco na ciência processual. Diante de um Estado Democrático de Direito é preciso respeitar a Constituição e os códigos, bem como respeitar e tornar possível o cumprimento da legislação. Dessa forma, o novo CPC evidencia a humanização do processo. O rito, agora, é um instrumento de pacificação social, e não mais um problema para as partes.

O processo caminha em direção à humanização das relações processuais, levando em consideração a cooperação das partes e o objetivo de pacificação social. No entanto, ainda são notórias algumas falhas, tendo em vista a morosidade da justiça e a ineficiência processual, apesar de todas as garantias que o novo CPC traz. Em relação à morosidade da justiça, cabe não só ao Estado resolver tal problema, como também aos operadores do direito



tentar resolver os conflitos pela autocomposição, como a conciliação e mediação, de acordo com a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

Os princípios visam garantir a eficácia do processo devido e justo, uma vez que se encontra alguma violação de um princípio, o processo deixa de ser devido, iniciando assim uma possível situação kafkiana. Os desafios impostos ao judiciário no Brasil são inúmeros e garantir o acesso à justiça é um dos principais objetivos do Direito. E apesar do “jeitinho brasileiro”, o novo Código de Processo Civil visa garantir juntamente com a Constituição Federal o Devido Processo Legal, com o intuito de diminuir a ineficiência processual que atinge as partes e otimizar a duração do processo, que deve ser razoável nos parâmetros do novo código, para que dessa forma se obtenha um processo com eficiência e eficácia, baseado na boa-fé processual e livre de burocracia.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2017.
- BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm) >. Acesso em: 27 abr. 2019.
- CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p.1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 27 abr. 2019.
- DIAS, Iberê de Castro. **Processo Civil**. Campinas: Millenium, 2005. v.1
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 19ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. v.1
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.



DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do novo Processo Civil**: de acordo com a Lei 13.256, 4 de fevereiro de 2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

FARIAS, Renato Bismarck Feio. **Direito e literatura: O Processo de Kafka, desumanização do processo e a experiência brasileira com o CPC/15**. JUS, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54457/direito-e-literatura-o-processo-de-kafka-desumanizacao-do-processo-e-a-experiencia-brasileira-com-o-cpc-15>. Acesso em: 20 abr. 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

KAFKA, Franz. **O Processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 58ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v.1