

LEGITIMAÇÃO DECISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Christiano Rodrigo Gomes de Freitas**
*Cristiano Duro***

1 Introdução. 2 Relação Jurídica e a Socialização Processual: A Instrumentalidade e o Insuperável Paradoxo de Büllow. 3. A Crise dos Escopos Metajurídicos. 4 Paradigma Democrático e Legitimação. 5 Processo Jurisdicional Democrático no Novo CPC. 6 Considerações Finais. Referências.

RESUMO

A proposta do presente artigo é uma reflexão sobre a visão de processo como instrumento da jurisdição, enfrentando, de forma crítico-científica, a concepção de processo e seus institutos, momento a partir do qual se tentará demonstrar as aporias teórico-metodológicas dessa concepção, desconstruindo sua aplicabilidade no paradigma democrático que desagua na necessária reflexão sobre elementos externos ao sistema jurídico. Por conseguinte, buscando uma estabilização interpretativa, tentaremos delinear a legitimação dentro do Estado Democrático de Direito, que tem como consequência lógica a tentativa de construir uma metodologia de legitimação democrática da decisão a partir do novo Código de Processo Civil e institutos trazidos pelo seu complexo normativo, sem em vista da concepção de processo constitucional e perpassando pelo contraditório, simétrica paridade e ampla defesa, como elementos estruturais garantidores do ideal democrático, aptos a permear o procedimento processual de participação na construção do ato jurisdicional por meio de um processo participativo e policêntrico.

Palavras-Chaves: Processo Constitucional. Democracia. Legitimidade. Participação. Novo CPC.

* Mestre em Direito Processual pela PUC-Minas. Juiz de Direito do TJSP. E-mail: christianofreitas@hotmail.com.

** Mestrando em Direito Processual da PUC-Minas. Pós-graduado, nível especialização, em Direito Processual Civil pelo IDDE/Universidade de Coimbra (PT). Advogado. E-mail: cristianoduro@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A legitimidade da decisão judicial sempre esteve atrelada à pessoa do julgador e aos fins por ele realizados, incumbido que estava de realizar objetivos variados, em um protagonismo absoluto, sem qualquer preocupação com a inclusão dos destinatários da decisão ou mesmo da submissão a qualquer tipo de controle endoprocessual ou extraprocessual.

O processo, enquanto instrumento da jurisdição para a realização de objetivos sociais, culturais, econômicos, dentre outros selecionados pelo decisor, esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro desde o CPC de 1939, o que perdurou no CPC de 1973, agravada a situação com a concepção do instrumentalismo que reservou ao julgador o papel central do procedimento, tido como engenheiro social.

Nesse modelo, competia ao julgador definir e construir unilateralmente as bases e o conteúdo decisório, alheio à participação dos destinatários do comando estatal, sem, portanto, qualquer legitimidade democrática, mas decorrente exclusivamente da autoridade pessoal do julgador.

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16 de março de 2015) abre a possibilidade para um novo modelo, avesso à centralidade e voltado para a pluralidade, em observância estrita da concepção democrática de processo, consagrada no Brasil pela Constituição da República de 1988, primando pela participação na elaboração da decisão estatal.

A compreensão dessa alteração exige um estudo crítico dos fundamentos estabelecidos por ideologias, construindo noções crítico-argumentativas de sustentação interpretativa capazes de eliminar o discurso de autoridade em favor da capacidade de cidadania¹, em especial diante do proeminente papel do *processo* na construção do Estado de Direito Democrático.

No percurso a ser vencido, repassar-se-á pelo processo como relação jurídica, uma das bases teóricas do movimento de socialização processual e pilar teórico do Código Buzaid, trazendo como consectário lógico o próprio movimento de socialização e sua vertente brasileira, já com características neoliberais, oportunidade que prestará para demonstrar acomodações teóricas incapazes de serem solucionadas, bem como sua incapacidade de implementação dos direitos e garantias fundamentais.

Enfrentando a questão de legitimidade constitucional, será examinado o papel do processo contemporâneo, que, com o avanço da ciência processual, rompe por completo com as barreiras socializadoras, deixando de ser mero instrumento da jurisdição para se apresentar como verdadeiro instrumento da democracia.

Seguindo essa trilha e tomando o processo constitucional participado e policêntrico como marco teórico, será apresentada proposta de noção do que vem a ser processo constitucional nessa quadra da história, diante do paradigma democrático instaurado pela Constituição vigente e suas influências diante do Código de Processo Civil aprovado.

2 A RELAÇÃO JURÍDICA E A SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL: A INSTRUMENTALIDADE E O INSUPERÁVEL PARADOXO DE BÜLLOW

Em contraposição à estruturação estatal liberal, sustentado por uma igualdade formal dos cidadãos, pelo princípio dispositivo e pela escritura (liberalismo processual), em que direitos fundamentais liberais decorriam basilarmente do respeito de uma esfera de liberdade individual, Anton Menger desenvolveu a socialização processual com reforço do papel do juiz como um engenheiro social compensador de deficiências sociais,² o que veio a ser concretizado legislativamente por Franz Klein, responsável pela ÖZO - Ordenança processual civil do império austro-húngaro, de 1895, primeira legislação tipicamente socializadora.³

Serviu como base doutrinária à socialização a teoria da relação jurídica de Oskar von Büllow, segundo a qual o “processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo”, sendo estabelecida por “mútuo vínculo as partes e o Tribunal”.⁴ A perpetuação histórica da socialização processual é precisamente apontada por Lenio Streck.

Efetivamente, desde Oskar von Büllow - questão que também pode ser vista em Anton Menger e Franz Klein -, a relação publicística está lastreada na figura do juiz, ‘porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo’, com poderes para criar direito mesmo *contra legem*, tese que viabilizou, na sequência, a Escola de Direito Livre. Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma representacional, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, que sustenta que a jurisdição é ‘prover’, ‘fazer o que seja necessário’; também em Couture, que, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista chega a dizer que ‘o problema da escolha do juiz é, em definitivo, o problema da justiça’; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei.⁵

A socialização está impregnada no ordenamento jurídico brasileiro desde o Código de Processo Civil de 1939 (Estado Novo), em sintonia com o modelo político totalitário e populista da época, concretizando uma intervenção ativa do Estado no processo, o que permaneceu arraigado no CPC de 1973, recebendo no curso histórico nova denominação (instrumentalidade do processo) e novos elementos utilitaristas (custo/benefício), consagrando o processo (relação jurídica) e colocando-o como mero instrumento a serviço da jurisdição, sem um fim em si mesmo e responsável por resultados socialmente satisfatórios pela consecução de escopos metajurídicos.

Reservando ao julgador o papel central do procedimento, a chamada escola instrumentalista conserva a função de engenheiro social do juiz, que deve julgar de acordo com os escopos jurídicos, políticos, éticos e sociais (escopos metajurídicos), já que “fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade”.⁶

Essa visão utilitarista do processo recebe elementos tecnológicos de celeridade e efetividade a serem obtidos a qualquer custo, olvidando que “a celeridade se liga ao cumprimento do princípio da legalidade e do respeito aos princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, sem quaisquer compressões ou supressões do exercício destes direitos”.⁷

É inquestionável que a instrumentalidade do processo, seguindo a trilha traçada pelo processo como relação jurídica, atribuiu ao julgador a autoridade de completar o ciclo de criação do direito com fundamento em seu sentimento jurídico pessoal, já que a atividade jurisdicional deveria desenvolver-se em função da sabedoria e da sensibilidade do julgador.

Entretanto, não foram capazes de explicar como se poderia controlar a atividade jurisdicional criadora de um direito que era, em última análise, emocional ou sentimental, derrubando o pilar de sustentação sobre a legitimidade da decisão fora do Estado Social.

Ao permear de forma valorativa a jurisdição, permitiu-se a cooptação do interesse público pelos atores que a representam no âmbito estatal, com verdadeira privatização do “interesse público segundo suas contingências privadas (pré-compreensões, interesses etc.)”.⁸

A discricionariedade, representativa do poder arbitrário (arbitrariedade) do juiz, permitiria ao julgador atuar em uma suposta “zona de penumbra” do modelo normativo⁹ para completude do modelo de normas, o que, no “neoconstitucionalismo”, tornou-se verdadeira razão de afastamento do debate crítico entre as partes, com imediato reflexo no alargamento do espaço de discricionariedade balizada em escopos metajurídicos do processo, em verdadeiro estado de exceção,¹⁰ em que a estrutura normativa vigente é afastada na decisão.

Büllow, no debate terminológico sobre exceções, paradoxalmente teoriza a necessidade de majoração do poder do Estado com verdadeiro escape ao formalismo,¹¹ incorrendo em incontornável *déficit* de legitimidade da decisão, servindo como fundamento teórico do protagonismo judicial, como bem sintetiza Dierle Nunes:

As propostas de Büllow, na doutrina, e de Klein, na legislação, ao estruturarem o protagonismo judicial mediante o arquétipo do processo como relação jurídica (conjunto de vínculos de subordinação ao juiz) e instituição de bem-estar social, buscavam, por meio da atividade de criação judicial (escola de direito livre), a implementação da vontade desse agente “privilegiado” do Estado. O processo é reduzido a instrumento da jurisdição, e esta é vista como atividade solitária do juiz.¹²

Desagua, portanto, o paradoxo de Büllow em lacuna participativa do povo no exercício do poder, subsidiado por um conceito de jurisdição incompatível com o paradigma democrático estabelecido, que apenas oportuniza o protagonismo judicial, fazendo que o processo como relação jurídica afronte o princípio democrático e a própria Constituição.

3 A CRISE DOS ESCOPOS METAJURÍDICOS

Como vimos, o elemento potencializador do protagonismo judicial é revelado pelos escopos metajurídicos, cuja realização se exige uma postura arbitrária sob a falsa crença de que a jurisdição seria responsável pela incorporação de “verdadeiros valores”, incapaz de propiciar a construção de um direito democraticamente produzido, sob o lume de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição¹³.

A noção de escopos metajurídicos de Klein foi defendida em *terrae brasilis* por Cândido Rangel Dinamarco¹⁴ de forma bem estruturada e em nome da justiça social – razões apontadas por Aroldo Plínio Gonçalves como ensejadora do “fascínio difícil de vencer”¹⁵ -, com o desenvolvimento de uma nova mentalidade em torno da *instrumentalidade do processo*, considerados os fins sociais, políticos e econômicos, já que seria expressão do poder do Estado e, assim, permeável às mutações dos conceitos de bem comum, justiça e justiça social, abandonando fórmulas exclusivamente jurídicas para exercício da jurisdição.

Defende Dinamarco que, na determinação dos fins do Estado e consequentemente dos escopos da jurisdição, é indispensável ter em vista as necessidades e as aspirações do povo, cabendo ao juiz buscar a paz social e a educação (escopos sociais), encontrando equilíbrio entre *poder* (autoridade) e *liberdade*, mediante atuação na vontade concreta da lei (escopos políticos).¹⁶

A partir de então, o neoliberalismo processual, por meio dos escopos metajurídicos, permitiu a “superação” da literalidade da norma por juízes axiológicos, respaldados pelo argumento de predominância do papel dos juízes e “sustentando que o processo serviria para legitimar seus entendimentos, que deveriam ser aceitos e obedecidos”, ideologia encharcada pela filosofia hegeliana, completamente incompatível com o princípio democrático.

Salienta André Leal que:

A atribuição de escopos metajurídicos à jurisdição coloca o juiz como sujeito privilegiado, na posição de líder inatacável do bando soberano, que cria uma fronteira móvel (kafkiana) de aplicação do direito em que o juiz está fora da legalidade para fixar os limites do ordenamento e sua direção, colocando o julgador (juiz-führer, como quer Couture) na borda legal que nega a própria normatividade do direito, ou seja, no ponto similar ao de decretação do estado de exceção schmittiano.¹⁷

Os escopos metajurídicos não resistem à crítica apresentada por Aroldo Plínio Gonçalves, segundo a qual a existência de três ordens normativas – jurídica, social e política – só tem lugar se entendidos como pré-jurídicos que preparam e antecedem uma nova ordem jurídica, representando valores a serem acolhidos pelo conteúdo normativo deste ordenamento, como pôde ser observado na Assembleia Constituinte de 1988.¹⁸

Ultrapassada a fase pré-jurídica, com a instituição do ordenamento jurídico, não terá mais lugar a cisão do ordenamento da sociedade para coexistir, paralelas e autônomas, uma ordem jurídica, uma ordem social e uma ordem política, pois não se poderia explicar a soberania de uma nação, que não pode ser fragmentada. O ordenamento jurídico é soberano e suas ordens social e política encontram no ordenamento jurídico seus fundamentos e suas regulamentações, pois são condutas e relações humanas valoradas como lícito e ilícito pelas normas a que se submetem.

No Estado de Direito atual, o poder, a estruturação de seus órgãos, a definição de competência e os direitos e as garantias que limitam seu exercício serão sempre objeto do Direito, pois estão dispostos na Constituição, lei fundante do Estado.

A construção de decisões por fundamentos fora da normatividade transmuta o processo em meio de dominação, como alerta Rosemiro Pereira Leal:

A procura obsessiva de um direito assegurador de situações jurídicas de dominação que, a cada dia, migram de grupos dominantes para novos grupos dominantes, num duelo vertiginoso que se fez por sucessões ou anexação de patrimônios na sociedade capitalista do século XX, agravou a autocracia de um formalismo jurídico, tecido de modo voluntariamente confuso, difuso e assistemático, com vestimentas e máscaras uniformizadoras e pseudocientíficas (forma pela forma, rito pelo rito), com vistas a preservar, pela fetichização ético-moral dos ordenamentos jurídicos, os privilégios milenares dos grupos de comando econômico-social e pelo bloqueio do reconhecimento efetivo de direitos fundamentais dos povos.¹⁹

A outorga de escopos metajurídicos à concepção socializadora de jurisdição (paradoxo de Büllow) não encontra guarida sob o manto da democracia, ao contrário, como lembra Rosemiro Pereira Leal, desde o Congresso de Gand “o provimento (sentença) já não é mais ato solitário do juiz, mas da jurisdição que se organiza pelo Poder Judiciário em grau de definitividade decisória, na órbita de toda a jurisdicionalidade estatal”.²⁰

Valiosa também é a lição de Ronaldo Brêtas, segundo a qual a sujeição do julgador ao ordenamento jurídico respeita o princípio constitucionalizado da reserva legal, diretivo da jurisdição, com vinculação ao Estado de Direito Democrático, indicando que:

[...]os órgãos jurisdicionais devem irrestrita observância ao ordenamento jurídico, sem olvidarem a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infringam. A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional.²¹

Conclui-se que não se pode admitir escopos inerentes à jurisdição, pois, nas palavras de Lenio Streck, “não podemos admitir que, ainda nessa quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta ‘superação’ da literalidade”,²² sob fundamento da existência de escopos na atividade jurisdicional.

4 PARADIGMA DEMOCRÁTICO E LEGITIMAÇÃO

O movimento de constitucionalização dos direitos Pós-Segunda Guerra deslocou a Constituição para assumir o papel central do ordenamento jurídico como fonte de direito e também como núcleo hermenêutico do intérprete, exigindo desenvolvimento de uma atividade interpretativa constitucionalizada do direito infraconstitucional, que deve guardar estreita relação com os princípios e as garantias fundamentais.

Conforme assinala Canotilho:

Se quisermos um Estado Constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da ‘legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político’. O Estado ‘impolítico’ do Estado de direito não dá resposta a este último problema: de onde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual ‘todo poder vem do povo’ assegura e garante o direito de igual participação na formação democrática da vontade popular.²³

A marcante exigência de participação como idealizador do princípio democrático levou André Del Negri a apontar que:

As sociedades totalitárias são avessas ao debate. Silenciam o discurso dos atores sociais, tanto quanto. Em face dessa não possibilidade de manifestar opinião, o outro é anulado. Por isso, a importância de estudos que buscam a emancipação dos indivíduos num contexto que privilegie a pluralidade de vozes e de visões de mundo. Daí a importância da teoria da democracia, das soluções legítimas para os problemas sociais, da ‘inclusão do outro’, da contestação, da racionalidade, das ‘sociedades abertas’, de um razão dialogal, e não subjetiva, de decisões compartilhadas e não solitárias.²⁴

Apenas por intermédio de elementos essenciais, como escolha dos seus representantes pelo voto direto, secreto e igual, a participação popular na solução de problemas e questões da nação, mas, especialmente, pela *legitimação* do exercício do poder pelo povo,²⁵ com respeito às minorias, pode-se falar em democracia, já que, em sistemas sociais complexos, caracterizados por diversidade de interesses econômicos, políticos, religiosos e culturais, os interessados devem ser necessariamente considerados na construção do ato estatal.

A legitimação do ato estatal somente pode ocorrer por meio da participação do povo, pois, no Estado Democrático, o *poder* é mais que qualidade ou atributo do Estado, mas condição de existência, poder uno e indivisível emanando exclusivamente do *povo* – sujeito constitucional – e, em última análise, é o povo legitimador da existência do próprio Estado.

O direito processual contemporâneo não difere, tem em sua gênese o Estado de Direito Democrático e os princípios constitucionais “definidos nas garantias da ampla defesa, do contraditório e direito ao advogado e isonomia”²⁶ reunidos pelo instituto do devido processo.

No Estado de Direito atual, o poder, a estruturação de seus órgãos, a definição de competência e os direitos e as garantias que limitam seu exercício, seja a atuação mais inflexível, seja a mais elástica ao definir o campo de decisão sobre a oportunidade e a forma de manifestação, serão sempre objeto do Direito, pois estão dispostos na Constituição, lei fundante do Estado.

Trata-se de garantia da própria sociedade como comunidade de jurisdicionados frente ao Estado, garantindo que não ocorra invasão do domínio dos direitos individuais e coletivos sem provocação, que não constituirá juízos de exceção, que a privação de bens da vida somente ocorrerá após o devido processo, mediante participação e controle dos destinatários na formação do provimento e da fundamentação das decisões com a devida explicação aos jurisdicionados das razões de interferência em seus direitos e liberdades.²⁷

Dierle Nunes é preciso ao apontar que:

Uma verdadeira democracia processual será obtida mediante a assunção da co-responsabilidade social e política de todos os envolvidos (juízes, partes, advogados, órgãos de execução do Ministério Público e serventuários da Justiça) segundo balizamentos técnicos e constitucionais adequados, de modo a se estruturar um procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica.²⁸

A técnica do processo, legislativo, administrativo ou jurisdicional, exige a melhor estrutura possível para a emanação do ato estatal, formado com a participação em contraditório, de forma que a instrumentalidade técnica do processo no Direito contemporâneo deve ser compreendida como técnica racionalizada que se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para formação da decisão jurisdicional, garantindo a participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos, não significando a técnica em si mesma.

Os direitos fundamentais processuais não permitem uma visão solipsista do procedimento, pois, como já advertia Dierle Nunes, o pluralismo e a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional de valores é preceptor democrático, não podendo ser atribuído “a qualquer guardião de uma única concepção e interpretação privilegiada de uma suposta ordem concreta de valores”, o que, aliás, permitiu o reforço da concepção estatal vigente na Alemanha Nazista.²⁹

Na sociedade democrática, a valoração da conduta é feita por ela própria, por meio dos processos admitidos na lei fundante da ordem jurídica, não podendo ser declinada a um único e exclusivo indivíduo participante do procedimento, pois os sistemas democráticos se caracterizam pelo pluralismo, representando verdadeira contradição lógica pressupor a inexistência dessa pluralidade.

Por isso a função jurisdicional não deve observar escopos sociais ou políticos, a sujeição do julgador é ao ordenamento jurídico e respeita o princípio constitucionalizado da reserva legal, diretivo da jurisdição, com vinculação ao Estado de Direito Democrático, ressaltando Ronaldo Brêtas que:

[...] os órgãos jurisdicionais devem irrestrita observância ao ordenamento jurídico, sem olvidarem a supremacia da Constituição como norma fundamental superior, razão pela qual não podem aplicar normas que a infrinjam. A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas, emanadas da vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional.³⁰

Também não pode o processo democrático se curvar a elementos utilitaristas de custo/benefício ou mesmo à inatingível celeridade, que certamente *não* pode se sobrepor aos princípios processuais constitucionalizados, dentre os quais o direito fundamental à duração razoável do processo, que, evidentemente, não há de ser confundido com celeridade.³¹

Exige-se, no paradigma democrático, uma perspectiva procedimental capaz de manter claramente o delineamento entre o público e privado e afastado o discurso neoliberal que incute a crença de que o único aspecto importante do sistema processual é sua eficiência, sem uma adequada preocupação com a normatividade interna do sistema jurídico.

A legitimação da decisão (ato administrativo, judicial ou político) somente pode ser alcançada na democracia por intermédio da estruturação de procedimento baseado em um modelo democrático de processo, “perspectiva interpretativa que poderá, caso aplicada, garantir que todos os cidadãos possam participar ativamente de todas as esferas jurídicas em que possuam interesse, em dimensionamento espaço-temporal adequado”.³²

Destarte, por meio das argumentações trazidas, é possível evidenciar que, na democracia, existe a processualização do poder, de forma a permitir ao cidadão promover sua autoinclusão, vendo-se como autor e destinatário das decisões, conferindo a estas a legitimidade necessária, não podendo mais admitir-se a privatização do interesse público em uma visão paternalista e de interesses individuais.

5 PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO NO NOVO CPC

Desvencilhando o processo do paradoxo de Büllow, torna-se necessária a apresentação de uma nova concepção da relação entre jurisdição e processo. No atual estágio da ciência processual, não há qualquer justificativa em uma jurisdição (judicação) sem processo, que não é meio ou método da jurisdição, mas instrumentador da legitimidade da decisão.³³

Diante do processo democrático participativo, pode-se dizer sobre uma jurisdição constitucional legítima. Deve ser claramente desvinculado o processo da jurisdição, não havendo que se falar em instrumento, mas, ao contrário, inexistente jurisdição sem processo, pois é o processo democrático que outorga legitimidade ao exercício da jurisdição (função do *poder*).

É a partir da nova visão de jurisdição que se afasta por completo o paradoxo de Büllow, a uma porque não há relação e, por consequência, subordinação, entre Estado e partes; em segundo porque o processo é que autoriza ao Estado o exercício da função jurisdicional, o que somente é permitido com participação dos titulares do poder, o povo, o que é transposto por meio do processo, dando legitimidade ao ato.

Em razão disso, esclarece Dierle Nunes que:

[...] o procedimento é constitutivo de todo o processo de decisão, de modo que a participação e o policentrismo são institutivos de um processo normativamente disciplinado pelos direitos fundamentais, que garantirá uma formação adequada dos provimentos, sem que estes possuam conteúdos fixos predeterminados ao se aplicarem as normas (princípios e regras). Tal procedimento respeitará e formentará a participação e contribuição de todos os envolvidos nas esferas decisórias.³⁴

Portanto, o processo se realiza como um procedimento em contraditório em razão da predisposição da estrutura normativa e exige a observância de suas formas, de modo a autorizar a contribuição dos sujeitos para formação do provimento por seus destinatários, garantindo que o acatamento ou a rejeição do pedido se fará dentro da mais cristalina regra, não de modo arbitrário, mas de modo que seus atos sejam reciprocamente controlados, em sua oportunidade e subsistência.

A perspectiva democrática ultrapassa a dimensão técnica de eficiência e de mera estrutura formal da construção dos provimentos em simétrica paridade, para exigir também estrutura de legitimação e formação de provimentos balizada em princípios constitucionais dinâmicos, que permitem a fiscalidade formal e material da decisão pelo cidadão, mediante o fluxo discursivo de todos os participantes, sejam eles parciais ou imparciais.³⁵

As aporias acima apontadas estão, como vimos, incrustadas no Código de Processo Civil de 1973 desde sua elaboração e suas subseqüentes reformas,

que buscavam, por meio do protagonismo judicial cada vez mais excludente das partes, emprestar celeridade à construção do provimento, produzido com inafastável *déficit* de legitimidade.

No sistema processual brasileiro, prevaleciam os interesses não cooperativos dos sujeitos processuais, com o julgador imerso na otimização numérica (custo/benefício) da prestação jurisdicional enquanto partes e advogados se preocupavam meramente em transmitir suas versões e teses (ação estratégica) sem o objetivo de produzir um entendimento ou convencimento (ação comunicativa).³⁶

Nesse quadro, o exercício da jurisdição caminhava para o colapso, com grande aumento da litigiosidade, enorme número de procedimentos sem solução e insuficiência de estrutura e planejamento que fossem capazes de acender a luz no fim do túnel, como mostrou o relatório Justiça em Números 2014 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A solução foi buscada por meio da elaboração e da aprovação de um novo Código de Processo Civil, que representa verdadeiro avanço normativo, mas exige a consideração da renovação do paradigma interpretativo em sua análise para impedir a cooptação por interpretações antidemocráticas.

O resgate da importância do espaço público processual, em que “todos os interessados possam participar do aprimoramento do sistema jurídico, pode representar a tentativa de redescoberta da importância dessa estrutura normativa contra a indiferença e a apatia (coletiva) política na qual os cidadãos (clientes não participantes) estão imersos”, subsidiados por discursos tecnólogos de máxima eficácia prática e de diminuta repercussão cidadã.³⁷

As normas insculpidas no Código de Processo Civil de 2015 são capazes de, desde que interpretadas em consonância com o princípio democrático, estabelecer um espaço discursivo de inclusão na estruturação de verdadeiro processo jurisdicional democrático.

É o que permite concluir a partir do art. 11 e do art. 486 do novo CPC que exigem fundamentação qualificada das decisões, espelhando garantia fundamental constitucionalizada (CR, art. 93, IX) que resguarda a sociedade contra o arbítrio e autoritarismo, oportunizando o controle dos provimentos jurisdicionais, possíveis por meio do procedimento discursivo estruturado normativamente.

Em relação à garantia da fundamentação, Ronaldo Bretas expõe que:

Na atualidade, sempre enfatizado no âmbito do direito processual constitucional, referido princípio impõe aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos decisórios, com o objetivo principal de afastar o arbítrio e as intromissões anômalas ou patológicas das ideologias, das subjetividades e das convicções pessoais dos agentes públicos julgadores (juízes) ao motivarem as decisões proferidas nos processos, quando decidem as questões neles discutidas, permitindo que as partes exerçam um controle de constitucionalidade da função

jurisdicional e de qualidade sobre tais decisões, afastando-lhes os erros judiciários, por meio da interposição de recursos.³⁸

O contraditório também recebe uma releitura, há muito necessária, devendo ser entendido como efetiva participação (influência) na construção da decisão e da garantia de não surpresa, em percepção da interdependência dos sujeitos processuais, garantindo a participação deles em um agir comunicativo, vocacionado ao entendimento.³⁹

A exigência de que se enfrentem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de infirmar a conclusão atingida sob pena de nulidade (CPC/2015, art. 486, IV), bem como a de que não se proferirá decisão contra o sujeito do processo sem que seja ele previamente ouvido (CPC/2015, art. 10) revigoram o contraditório e qualificam a fundamentação decisória.

Deixa o contraditório de ser apenas direito de informação e manifestação, passando a ser representado, então, pelo quadrimônio informação-reação-diálogo-influência, estabelecendo os dois últimos adjetivos espírito verdadeiramente democrático participativo à estrutura normativa do novo CPC, que agora, além da participação simétrica, deve ser feita diante do “efetivo contraditório” (CPC/2015, art. 7º).

É o contraditório o elemento normativo estruturador do policentrismo, pois “impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive de conhecimento oficioso” (não surpresa), garantindo a comparticipação das partes e “impedindo que em solitária onipotência aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética”.⁴⁰

É de se concluir que a procedimentalidade fiscalizadora e comparticipativa do CPC/2015 poderá, finalmente, “impedir que, sob o argumento ideológico de aplicação de valores compartilhados, imponha-se a vontade privatista dos manipuladores que, mascarados pelo papel de agente político, impõem seus próprios interesses”.⁴¹

Evita-se, ainda, a busca pelo *justo* com base nos escopos metajurídicos ou argumentos morais trazidos pelo julgador de forma contrária ao ordenamento jurídico, até porque, nas valiosas as lições de Calmom de Passos, a “efetividade do injusto é, na verdade, a consagração da inefetividade do processo e da tutela jurídica”.⁴²

Em virtude disso, deve ser entendido como provimento jurisdicional justo aquele com legitimidade, isto é, construído mediante a participação, em contraditório, em simétrica paridade das partes e em conformidade com o ordenamento jurídico vigente,⁴³ único meio de se alcançar a efetividade.

A comparticipação e o policentrismo processuais estão entranhados na estrutura normativa do novo Código de Processo Civil, exigindo dos operadores do direito uma nova interpretação e modo de agir, cooperando entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (CPC/2015,

art. 6º), colocando o processo como instrumento da democracia para efetivação de direitos e garantias fundamentais, concretizando a cidadania, e não mais instrumento da jurisdição para atender escopos metajurídicos eleitos pelo julgador.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Código de Processo Civil acena uma relevante mudança na relação entre os sujeitos do processo, consagrando o protagonismo do juiz e das partes interessadas enquanto destinatárias do comando estatal, todos conjuntamente artífices da decisão como condição legal de legitimidade do ato.

Nesse cenário democrático, não há mais espaço para a seleção privada de objetivos diversos daqueles consagrados no ordenamento jurídico, sob a firme orientação dos valores e das normas previstos constitucionalmente.

O processo, portanto, deixa de ser instrumento à disposição da jurisdição para realizar os objetivos metajurídicos e se caracteriza como condição de legitimação do provimento final pela observância estrita da procedimentalização segundo as regras do devido processo legal.

Como vimos, os escopos metajurídicos antecedem a ordem jurídica e nela são acolhidos com conteúdo normativo, a partir de quando não mais orientam a atuação estatal no seu formato original de conteúdo pré-jurídico, o que não mais justifica a defesa do papel do juiz como engenheiro social que deve se orientar exclusivamente pelo ordenamento jurídico democraticamente instituído.

O novo Código de Processo Civil, ao exigir o que denominamos de fundamentação qualificada, nomenclatura apenas para ressaltar a mudança de perspectiva, estabelece um espaço discursivo que resguarda a sociedade contra o arbítrio e o autoritarismo e permite o necessário controle dos provimentos jurisdicionais, com o que se conferirá e assegurará a legitimidade da decisão.

Pode ser facilmente constatado que, na quadra histórica atual, vigente a Constituição dos Direitos Fundamentais, não pode mais o processo ser visto como relação jurídica, nem sequer como mero instrumento da jurisdição, uma vez que, delineado pela estrutura normativa constitucionalizada, é o processo jurisdicional instrumento da própria democracia, responsável pela legitimação do exercício do poder uno e indivisível emanado do povo pelo Estado. O processo é meio de efetivação dos direitos e garantias fundamentais, verdadeiro instrumento de cidadania.

Nesse cenário, apresenta-se o novo Código de Processo Civil com estrutura normativa procedimental que, desde que interpretado sob princípio da democracia, inova dogmaticamente por meio do processo jurisdicional democrático, com bases na comparticipação e no policentrismo.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. In: POLETI, Iraci D. (Trad.). **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALEXY, Robert. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Trad.). **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- BRETAS, Ronaldo C. Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BÜLLOW, Oskar von. In: GAMA, Ricardo Rodrigues (Trad.). **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Campinas: LZN, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 1998.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1991.
- DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- _____. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- _____. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MANGER, Anton. *El Derecho Civil y los Pobres*. Buenos Aires: Atalaya, 1947.

MARX, Karl. In: ENDERLE, Rubens; DEUS, Leonardo de (Trad.). **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. 3. ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

NUNES, Dierle José Coelho. O Princípio do Contraditório. In: **Boletim Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB-MG**. v. I, Belo Horizonte. jan./jun. 2004.

_____. Para Além do Novo Código de Processo Civil... e para sua leitura. In **Revista Eletrônica Justificando**, 08/01/2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

_____. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e República: uma relação necessária. **Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro**, Belo Horizonte, a. 22, n. 88, pp. 275-281, out./dez. 2014.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Cidadania e efetividade do processo**. Ensaios e Artigos. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. I.

POPPER, Karl R. In: HEGENBERG, Leonidas; MOTA, Octanny Silveira (Trad.). **A Lógica da Pesquisa Científica**. 16. ed. São Paulo: Cultrix, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica. Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE LIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009

STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; TRINDADE, André Karam. O “Cartesianismo Processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Revista NEJ – Eletrônica**, v. 18, n. 01, jan./abr. 2013.

_____. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006.

THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. 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. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 34, n. 168, fev.2009.

- 1 Sobre autoridade e cidadania, ver: DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1991.
- 2 Defende Menger: “Sólo un punto de vista ha dejado de sostenerse quizá en aquella amplia discusión, y eso que el grupo popular, a quien afecta, comprende por lo menos cuatro quintas partes de la nación entera: tal punto de vista es el que interesa a las clases pobres. No hay duda de que el socialismo dispone en Alemania de muy distinguidos escritores; pero no tienen éstos los conocimientos jurídicos adecuados, indispensables para hacer una crítica efi caz de una ley tan vasta. De otro lado, merced al infl ujo de Lasalle, Marx y Engels, la crítica del socialismo alemán se dirige casi exclusivamente al aspecto económico de nuestra condición, sin parar mientes en que la cuestión social es en realidad, ante todo y sobre todo, un problema de la ciencia del Estado y del Derecho. Perteneciendo yo a esa pequeña minoría de juristas alemanes, que sostienen en el campo de Derecho los intereses del proletariado, he estimado como un deber tomar en esta importante cuestión nacional la defensa de los desheredados” (MANGER, Anton. *El Derecho Civil y los Pobres*. Buenos Aires: Atalaya, 1947, p. 32)
- 3 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdiccional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 79-81.
- 4 BÜLLOW, Oskar von. *Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*. Campinas: LZN, 2003, p. 6-7.
- 5 STRECK, Hermenêutica. Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”; o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE LIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 9. Em mesmo sentido: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdiccional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 79-81.
- 6 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 177-207.
- 7 TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006, p. 219.
- 8 NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e República: uma relação necessária. *Revista Brasileira de Direito Processual: RBDPro*, Belo Horizonte, a. 22, n. 88, out./dez. 2014, p. 275.
- 9 STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 95-99.
- 10 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- 11 LEAL, André Pereira. *Instrumentalidade do Processo em Crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008, p. 56-68.
- 12 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdiccional Democrático*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 177.
- 13 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36-37.
- 14 Explica Dierle Nunes que: “Parece errônea a afirmação do autor de um ‘recente surgimento da idéia de um escopo metajurídico da jurisdição’ (DINAMARCO, 2001, op. cit., p.155) quando se verifica a obra de Klein (1901) e de outros socializadores desde o final do século XIX até os dias de hoje”. (NUNES, Dierle José Coelho, 2012, op. cit., p. 144).
- 15 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 158.
- 16 DINAMARCO, 2009, op. cit., p. 188-193/198-202.
- 17 LEAL, 2008, op. cit., p. 98.
- 18 GONÇALVES, op. cit., p. 159-160.
- 19 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 11.
- 20 *Ibid.*, p.119. Em mesmo sentido: GONÇALVES, op. cit., p. 159.
- 21 BRETAS, Ronaldo C. Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 118-119.
- 22 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.
- 23 CANOTILHO, op. cit., p. 96.
- 24 DEL NEGRI, André. *Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 41.
- 25 Ronaldo Bretas, com base em Jorge Miranda, é preciso ao apontar: “Como povo, há de entender a comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado, fazendo parte do povo tanto os governados como os governantes, pois estes

- são provenientes do povo, sejam quais forem suas condições sociais, todos obedientes às mesmas normas jurídicas, sobretudo à Constituição, que é o estatuto maior do poder político” (BRETAS, Ronaldo C. Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 59).
- 26 LEAL, Rosemíro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. Primeiros Estudos. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 54.
- 27 GONÇALVES, op. cit.
- 28 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 197.
- 29 *Ibid.*, p. 79-94.
- 30 BRETAS, op. cit., p. 118-119.
- 31 Efetivamente, é necessário que a sociedade, os legisladores e os operadores ou práticos do direito entendam, de uma vez por todas, que a questão da morosidade da atividade jurisdicional e da demora da solução decisória pretendida nos processos não pode ser resolvida sob a concepção esdrúxula de uma cogitada jurisdição instantânea ou de uma jurisdição-relâmpago, o que é impossível existir em qualquer lugar do planeta, pois alguma demora na solução decisória sempre haverá nos processos, sobretudo naqueles de maior complexidade. É preciso que haja um tempo procedimental adequado, a fim de que possam ser efetivados os devidos accertamentos das relações de direito e de fato controvertidas ou conflituosas entre os envolvidos, sob a reconstrução cognitiva do caso concreto, por meio da moderna e inafastável estrutura normativa (devido processo legal) e dialética (em contraditório) do processo, não havendo outro modo substitutivo racional e democrático de fazê-lo. BRETAS, op. cit., p. 157-158.
- 32 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 176.
- 33 LEAL, 2012, op. cit.
- 34 NUNES, 2012, op. cit., p. 147.
- 35 *Ibid.*, p. 196.
- 36 NUNES, Dierle José Coelho. Para Além do Novo Código de Processo Civil... e para sua leitura. In **Revista Eletrônica Justificando**, 08/01/2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>>. Acesso em: 12 fev. 2015
- 37 NUNES, 2012, op. cit., p. 251.
- 38 BRETAS, op. cit., p. 147-161.
- 39 NUNES, 2004, op. cit. NUNES, 2012, op. cit., p. 224-239.
- 40 THEODORO JR., Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. 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. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 34, n. 168, fev. 2009, p. 125.
- 41 NUNES, 2012, p. 251.
- 42 PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania e efetividade do processo. **Ensaios e Artigos**. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. 1, p. 393.
- 43 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 219-221/153-154.

LEGITIMATION OF DECISION UPON THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT

The purpose of this article is to elaborate upon the vision of process as jurisdiction instrument, by means of criticism to the logic of the conception of process and its statutes. It will be endeavored to demonstrate the methodological and theoretical impasses upon this view, deconstructing its applicability in the democratic paradigm, which will necessarily lead to consider external elements onto legal system. Seeking for an interpretative stabilization, it will be tried to outline the legitimacy within the Democratic Rule of Law. Its logical consequence is the attempt of building a methodology upon democratic legitimation of decision, relying on the new Civil Procedural Codex, aiming to develop co-participative and polycentric procedure.

Palavras-Chaves: Constitutional Procedure. Democracy. Legitimacy. Participation. New Procedural Code.

Submetido: 31 mar. 2015

Aprovado: 15 ago. 2015