XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-867-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) denominado "PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II" do XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI Belém – PA promovido pelo CONPEDI em parceria com o Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) em Belém do Pará, com enfoque na temática "DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI", o evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019 na CESUPA, no Campus Av. Alcindo Cacela, 980 - Umarizal, Belém - PA, 66065-217.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao processo e o acesso e jurisdição da justiça, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo com o título "Processo administrativo e os princípios constitucionais processuais à luz do Código de Processo Civil", dos autores Adriano da Silva Ribeiro e Sérgio Henriques Zandona Freitas, evidencia o conceito e a classificação do processo administrativo, com destaque crítico para a efetividade dos princípios constitucionais processuais para, em seguida, discutir a viabilidade da aplicação subsidiária ou suplementar do CPC/15 no processo administrativo.

O segundo artigo "O abuso do direito aplicado à gratuidade da justiça no sistema processual civil" da lavra da autora Maria José Carvalho de Sousa Milhomem aponta que a análise do abuso de direito de ação, com fulcro na gratuidade da justiça, por aqueles que, na verdade, possuem plenas condições de arcar com o ônus econômico do processo, prejudica o acesso à justiça pela parcela mais carente da população, que de fato faz jus ao benefício.

"Ampliando as hipóteses de mediação nos procedimentos possessórios do Código de Processo Civil de 2015", terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Felipe de Almeida Campos e Marcos Paulo Andrade Bianchini, apontam a importância do Código de Processo

Civil de 2015 ao tratar das possessórias nos artigos 560 a 566, prevendo a realização de audiência de justificação no artigo 562 para, na sequência examinar se no artigo 565 há previsão da realização de audiência de mediação, e se está limitada aos procedimentos coletivos e de posse velha.

O quarto texto, com o verbete "O negócio jurídico processual como estratégia para a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais", de autoria de Eliana Magno Gomes Paes, debruça seus estudos sobre o instituto dos negócios jurídicos processuais atípicos e a estratégia eficaz à concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, com estudo sobre os conceitos de prestação e ativismo judicial.

O quinto texto, da lavra dos autores Raíssa Fabris de Souza e Luiz Fernando Bellinetti, intitulado "Ativismo judicial e a teoria dos precedentes vinculantes" analisa o princípio da separação dos poderes e o período pós-positivista, ingressando no tema do ativismo judicial e, por fim, da teoria dos precedentes vinculantes, mecanismo considerado apto a proporcionar maior segurança jurídica e confiança legítima aos cidadãos.

No sexto artigo intitulado "Democracia, audiências públicas e o poder judiciário: distanciamentos e aproximações sob o enfoque da democratização da justiça", de autoria de Bruna Caroline Lima de Souza e Dirceu Pereira Siqueira, fazem importante estudo sobre o uso das audiências públicas como instrumento para o exercício da democracia participativa, principalmente no poder judiciário, e de modo específico, a análise da importância exercida pela atuação jurisdicional e como as audiências públicas podem aproximar as decisões judiciais da realidade social e viabilizar o exercício da participação democrática nesse âmbito.

O sétimo texto da coletânea, do autor Jose Ezequiel Albuquerque Bernardino, com o verbete-pergunta se "Há efetividade na execução fiscal realizada pela justiça eleitoral?" discorre sobre a abordagem da efetividade da execução fiscal no âmbito da Justiça Eleitoral, levando-se em consideração pesquisa realizada pelo CNJ, que atesta um congestionamento processual das execuções fiscais desta Justiça Especializada, dada a infringência da legislação eleitoral, traçando um paralelo com a anistia da aplicação de multas eleitorais realizada pelo Congresso Nacional.

"Ativismo judicial e agravo de instrumento: mitigação da taxatividade das hipóteses de cabimento em contraposição ao princípio de reserva legal" é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Helena Patrícia Freitas e Luciana Cecília Morato, apontam os

problemas decorrentes da interpretação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o agravo de instrumento, que traz, no artigo 1.015, elenco de hipóteses de cabimento, cuja taxatividade foi mitigada no julgamento de recurso especial repetitivo.

O nono texto, intitulado “Processo constitucional democrático e a formação participada do mérito processual: uma releitura do princípio da imparcialidade do juízo no processo civil brasileiro”, dos autores Fabrício Veiga Costa e Regis André, investiga o princípio da imparcialidade do juízo no contexto do processo civil constitucional democrático, demonstrando-se sua relação com a formação participada do mérito processual e da fundamentação racional e exauriente da decisão.

“O recurso extraordinário como instrumento de unificação dos modelos de controle de constitucionalidade no Brasil”, apresenta-se como décimo texto da coletânea, do autor Bernardo Silva de Seixas, faz importante reflexão sobre a aproximação do Recurso Extraordinário com o controle concentrado de Constitucionalidade, para, no final, concluir em qual espécie de controle o respectivo recurso se enquadra, ou se é um elo de ligação entre os dois sistemas.

O décimo-primeiro texto da coletânea, da lavra dos autores Lincoln Mattos Magalhaes e Jânio Pereira da Cunha, intitulado “A sustentação oral no processo judicial: contribuição de Jürgen Habermas para um processo constitucional democrático” questiona às noções do procedimento, participação e influência, com a idéia de legitimação democrática das decisões judiciais, bem como a sua regulação no Código de Processo Civil de 2015, com olhar no Modelo Constitucional de Processo, adotado no Brasil.

O décimo-segundo texto da coletânea “O artigo 878 da CLT e a necessária releitura à luz do processo constitucional democrático” apresenta-se como temática abordada pelos autores Eduardo Augusto Gonçalves Dahas e Marcelo Santoro Drummond, ao compararem a garantias fundamentais do processo previstos na Constituição da República e a necessária execução de ofício pelo magistrado quando operada a coisa julgada material.

O décimo-terceiro texto intitulado “Meios de facilitação da defesa do consumidor”, dos autores Alexandre Herrera de Oliveira e Oscar Ivan Prux, enfrenta os motivadores da proteção aos consumidores, analisa se o ônus da prova é o único meio de realizar essa facilitação, observado ainda o princípio da isonomia e os direitos da personalidade, focados nos direitos dos consumidores.

“Meios de solução digital de conflitos - Online Dispute Resolution (ODR)”, de autoria de Maíra de Oliveira Lima Ruiz Fujita e Bianca Santos Cavalli Almeida, como décimo-quarto texto, busca esclarecer o mecanismo da ODR, como instrumento ágil, econômico e simples para solução de conflitos em espaço virtual, examinando os meios de solução digital de conflitos, bem como os possíveis benefícios ou desvantagens da utilização destes novos recursos, ao invés da utilização de métodos tradicionais que requerem a reunião presencial entre as partes, visando a negociação ou conciliação, dentre outras hipóteses.

Os autores Leticia Squaris Camilo Men e Marcelo Negri Soares apresentam importante temática, no décimo-quinto texto da coletânea, com o artigo intitulado o “A força dos precedentes no CPC/2015 e a alteração do entendimento predominante”, ao colacionarem o conceito e a natureza jurídica dos precedentes, súmulas e jurisprudência, pelo que busca demonstrar que o distinguishing é a técnica adequada para verificar se o precedente se aplica ao novo sistema, se deverá ser utilizado na fundamentação do magistrado ou se será superado.

O décimo-sexto artigo com o verbete “A falácia na aplicação da tese jurídica fixada em IRDR: a função meramente preparatória do incidente”, de autoria de Vinicius Silva Lemos, aponta a divergência doutrinária e jurisprudencial existente acerca a relação entre a recorribilidade da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas e a transferência de competência judicante para os Tribunais Superiores, com o intuito de estabelecer paradigmas sobre a real função do instituto diante da sistemática repetitiva no direito processual do país.

O décimo-sétimo artigo com o título “A insuficiência da utilização da indisponibilidade do direito material como critério limitador do negócio jurídico processual”, das autoras Clarice Santos da Silva e Rosalina Moitta Pinto da Costa, evidencia o conceito de modelo constitucional de processo, o qual influencia decisivamente para a adequada compreensão da tutela jurisdicional para, na sequência, abordar a negociação jurídica processual, sua definição e importância para o respeito à liberdade das partes e, por fim, responder se a indisponibilidade do direito material pode concretizar a realização de negócios jurídicos processuais.

O décimo-oitavo artigo “O sistema de precedentes como instrumento de efetivação de direitos fundamentais” da lavra da autora Suzanne Teixeira Odane Rodrigues aponta a contribuição do sistema de precedentes para o Direito brasileiro, em especial, como instrumento de efetivação de direitos fundamentais.

“A tutela coletiva do consumidor sob uma análise juseconômica processual da litigância consumerista”, décimo-nono da coletânea, é o trabalho dos autores Carla Maria Barreto Goncalves e Alisson Jose Maia Melo, apontam a importância da coletivização da tutela processual como iniciativa típica de estruturação juseconômica do processo, pois concede maior resguardo aos consumidores brasileiros que normalmente são inertes para judicializar seus direitos, averiguar as bases teóricas da Tutela Processual Coletiva do Consumidor e o confronto com as premissas da Análise Econômica do Direito.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso entre os conflitantes. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema processual brasileiro e internacional, além do acesso à justiça, ainda muito focado no arcaico litígio entre partes.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no país, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

por seu Curso de Direito e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

Belém do Pará, novembro de 2019.

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - PPGD Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama - Universidade Paranaense – UNIPAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A SUSTENTAÇÃO ORAL NO PROCESSO JUDICIAL: CONTRIBUIÇÃO DE JÜRGEN HABERMAS PARA UM PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

ORAL SUPPORT IN THE JUDICIAL PROCESS: JÜRGEN HABERMAS'S CONTRIBUTION TO A DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL PROCESS

Lincoln Mattos Magalhaes [1]
Jânio Pereira da Cunha [2]

Resumo

O artigo examina o instituto da sustentação oral, adaptando-o ao conceito de democracia segundo Jürgen Habermas, alinhado às noções de procedimento, participação e influência. O objetivo do estudo é examinar as aproximações do tema com a idéia de legitimação democrática das decisões judiciais, bem como se sua regulação no Código de Processo Civil /2015 é, pelo menos em grau de potencialidade, compatível com o Modelo Constitucional de Processo adotado no Brasil.

Palavras-chave: Sustentação oral, Democracia, Decisões judiciais, Modelo constitucional de processo, Processo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The article examines the Institute of Oral Support, adapting it to the concept of democracy according to Jürgen Habermas, aligned with the notions of procedure, participation and influence. The objective of the study is to examine the approximations of the theme with the idea of democratic legitimation of judicial decisions, as well as whether their regulation in CPC / 2015 is, at least to a degree of potentiality, compatible with the Constitutional Model of Process adopted in Brazil.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Oral support, Democracy, Judicial decisions, Constitutional process model, Process

[1] Mestrando em direito pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Advogado.

[2] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Christus (Unichritus). Professor Auxiliar 3 do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza (Unifor). Doutor em Direito Constitucional pela Unifor

1 INTRODUÇÃO

A experiência da atividade jurídica perante os tribunais registra um fenômeno infelizmente corriqueiro no quotidiano forense. Enquanto os advogados fazem uso da palavra para sustentar oralmente suas razões nos julgamentos de recursos e das chamadas ações originárias, os membros do órgão julgador apenas esperam o decurso do tempo regimental para expor e ratificar uma manifestação de há muito já antes concebida, sem contrapor, enfrentar ou fazer qualquer alusão às teses e argumentos expostos da tribuna.

O juiz relator, cujo voto pré-fabricado não é em geral suscetível a mudanças de última hora, por vezes até esboça algum constrangimento diante da contrariedade que lhe é antecipada, mas não costuma voltar atrás da posição de que originariamente se convencera.

Ao Presidente do órgão colegiado, por seu turno, normalmente atento às questões gerenciais pertinentes à condução da assentada; não lhe sobra tempo, nem concentração, para capturar os pormenores do debate, a ponto de com ele poder interagir mais decisivamente.

E os juízes "vogais", de resto, normalmente atarefados com os seus próprios processos, acabam seguindo o entendimento do relator; embora o façam muitas vezes, contudo, não porque efetivamente estejam de acordo com a proposta de voto, mas por não se acharem instantaneamente aptos ou confortáveis o bastante para iniciar uma discussão e eventualmente fundamentar uma posição de divergência.

O resultado disso – e aqui não se está a fazer nenhuma alegação generalizante – é a ineficácia da sustentação oral enquanto mecanismo garantidor da participação e da influência das partes na liturgia de construção das decisões colegiadas.

Esse fadário, no entanto, não condiz com a vocação essencialmente dialética do instituto. Ao estabelecer como prerrogativa das partes o direito de sustentar suas razões perante a corte julgadora, a lei não quis certamente criar um mecanismo ocioso ou definir uma mera figura normativa de retórica.

Cuida-se, o expediente, do provavelmente último espaço discursivo que antecede à deliberação decisória. É a derradeira oportunidade - senão a única nos domínios recursais ou no âmbito dos processos em tramitação nos tribunais - de a parte tentar efetivamente convencer o órgão julgador a decidir em consonância com as suas pretensões e interesses.

Compreender a sustentação oral à margem de sua vocação influenciadora, ou não a identificar em seu viés essencialmente democrático e interativo é, com efeito, incorrer num disparate lógico. Afinal de contas, conforme Tereza Arruda Alvim Wambier (2009, p. 54-65) :

“que sentido tem, de fato, dar-se às partes o direito de informar-se e de reagir, se ao juiz for dado pura e simplesmente ignorar o material produzido pela atividade das partes?”

Diante desse quadro, uma indagação surge relevante: esse tratamento atualmente conferido ao instituto da sustentação oral é de todo compatível com a base uníssona de princípios que rege o modelo constitucional (democrático) de processo.

Delimitado o objeto em estudo, sua investigação se desdobrará em quatro partes: a primeira tratará do conceito de processo democrático, que se opõe ao perfil socializador e instrumental que permeia a escola metodológica seguida pela maioria da doutrina e da jurisprudência brasileiras; a segunda abordará o tema da legitimação das decisões judiciais numa perspectiva democrática, confrontando a Teoria da Argumentação de Robert Alexy e a Teoria Dicursiva-Procedimental de Jürgen Habermas; a terceira, por sua vez, adentrará no tema em si da sustentação oral, no sentido de identificar o instituto como expressão direta dos direitos fundamentais processuais de participação dialógica e de influência direta no procedimento de tomada de decisões; e a quarta se dedicará a responder à questão central objeto deste artigo e de propor soluções que permitam ao instituto da sustentação oral, na esteira do que rezam os arts. 10 e 489, § 1º, IV, do Código de Processo Civil (CPC) vigorante, consolidar-se, de fato, como instrumento efetivo de proteção e de realização de direitos.

2 UM MODERNO CONCEITO DE PROCESSO: DO QUASE-CONTRATO AO PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Até meados do século XIX, a noção de processo era necessariamente imbricada e associada à de direito material. Nos modelos contratualistas e quase-contratualistas, inspirado nos preceitos de Ihering, Savigny e Guényva, entendia-se o processo, em linhas gerais, como uma *litiscontestatio*, cuja instituição resultava de uma *convenção* entre o juiz e as partes, por força da qual o juiz se comprometia a decidir e as partes se obrigavam a acatar a decisão.

O que existia, portanto, era a tradicional *actio* romana (direito à tutela judicial), que, por sua vez, tinha origem numa lesão ou numa ameaça de lesão a um direito, e cuja idéia nuclear se resumia em três elementos fundamentais: a) não havia ação sem direito; b) todo direito correspondia a uma ação; e c) ação e direito seguiam a mesma natureza (KALHED, 2011).

Sob tal perspectiva, portanto, o *processo* seria um simples apêndice, ou uma mera categoria do direito material violado, sendo assim compreendido como fenômeno despido de autonomia científica e carente de independência metodológica[1].

A ruptura da subordinação do direito processual ao direito privado (direito civil) se deve aos estudos de Oskar Von Büllow[2]. Em sua obra de referência, *A Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais*, Bullow identificou a existência de duas relações jurídicas distintas, sendo uma de direito material, entre as partes, e outra de direito processual, que se forma em juízo (KALHED, 2011).

Nesses termos, o processo, para Büllow, seria uma relação jurídica, amplamente caracterizada por um viés autoritário[3] e igualmente forjada na premissa de subordinação das partes à figura do juiz.

Embora tenha alcançado um sucesso notório e conquistado adeptos especialmente no Brasil, onde se desenvolveu com acentuado vigor e inspira até hoje a maior parte da doutrina[4], a chamada Teoria da Relação Jurídica também atraiu oposições teóricas de grande impacto.

No entanto, somente quase meio século depois, a idéia de processo como relação jurídica foi pela primeira vez mais contundentemente refutada. Partindo de uma premissa realmente original, James Goldsmith, apesar de reconhecer em Büllow o mérito de ter percebido a autonomia científica do direito processual, atribuiu ao processo um conceito essencialmente distinto, identificando-o como uma *situação jurídica*.

---

[1]Para Ada Pelegrini Grinover, Antônio Carlos Cintra e Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 282): as ideias de Savigny e Guényva incorreram num equívoco metodológico consistente na crença da necessidade de, a qualquer custo, inserir o processo nos domínios do direito privado.

[2] Antes da publicação da obra "A teoria das exceções e dos pressupostos processuais", o jurista alemão Bernard Windsheid (1857) identificou uma distinção fundamental entre dois fenômenos emergentes de uma mesma relação jurídica: o direito material propriamente dito, e o direito a uma pretensão jurídica, com o qual o primeiro não se confundia. Opondo-se essa concepção, Dois anos mais tarde, Theodor Muther, também alemão, embora sem expressamente afirmar a autonomia do direito processual em relação ao direito material, estabeleceu uma nítida diferenciação entre as relações jurídicas de direito pública e de direito privado, ao definir que existiam dois direitos envolvidos na temática da ação: um, a pretensão do titular do direito material, exercida contra o violador desse direito; e outro, o direito à tutela jurisdicional, exercido perante o Estado (MARINONI, 2012. p. 165).

[3] Conforme André Carneiro Leal (2008, p. 64): "Toda a tentativa no sentido de elevar o processo o processo impregnado da herança büllowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de ser esse processo, ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o paradoxo".

[4] A idéia de processo como relação jurídica até hoje é amplamente difundida no Brasil, tendo aqui desembarcado por intermédio de Liebmam, que foi discípulo de Chiovenda e professor de Cândido Rangel Dinamarco. Este, por sua vez, instituiu a chamada escola instrumentalista, cujo marco teórico se resume na idéia de processo como instrumento da jurisdição, voltado à resolução de conflitos com vistas à pacificação social e a realização de escopos jurídicos, políticos e sociais.

Para Goldsmith, conforme Carlos Marden Cabral Coutinho (2012): "a parte estaria em juízo à espera de uma decisão judicial favorável, o que lhe colocaria em posição de expectativa (de uma decisão favorável) ou de perspectiva (de uma sentença desfavorável)".

A teoria de Goldsmith, contudo, não alcançou o mesmo êxito da que foi objeto de sua crítica. Costuma-se dizer, aliás, que o principal mérito do jurista alemão esteve em promover uma ruptura com o padrão conceitual de processo como relação jurídica; noção, por sua vez, que, anos mais tarde, viria a servir de matriz metodológica ao Modelo Constitucional de Processo.

Antes, todavia, o italiano Ellio Fazzallari se inspirou em Goldsmith para instituir a chamada Teoria Estruturalista. Sua concepção assenta a idéia de processo como uma espécie de procedimento, que se distingue do gênero em razão da presença do contraditório (NUNES, 2008).

Para Fazzallari, o conceito de processo não compactua com a noção de relação jurídica, mas designa um procedimento destinado à produção de um ato final (sentença), de cuja construção participam as partes em situação de simétrica paridade (NUNES, 2008).

A contribuição de Fazzallari implementou um ganho teórico inegável, mas não foi igualmente imune a contestações. Embora a escola estruturalista descrevesse com certa adequação o fenômeno processual, sua base teórica, além de adotar uma perspectiva autoritária e socializante proposta inicialmente por Bülow[5], não empreendia um diálogo entre os conceitos de processo e de Constituição.

Nesse sentido, autores como Eduardo Couture[6] e José Alfredo de Oliveira Baracho, apesar de ratificarem a idéia central do estruturalismo, entendem que a ilustração do procedimento em contraditório é insuficiente para definir o conceito de processo.

Baracho considera que a compreensão de Fazzallari não reconhece, em sua plenitude, o assento e a densidade constitucional do processo. Segundo o jurista mineiro, precursor, no Brasil, da chamada Teoria Constitucionalista, processo é, ele mesmo, um direito fundamental

---

[5] Conforme André Cordeiro Leal (2008, p. 116): "Ora, se ainda que preparado pelo procedimento ou se em contraditório, pelo processo, o provimento continua sendo comando ou ordem judicial, o processo encampa novamente a questão da atividade do julgador e da força do Estado, mantendo-se intocado o problema da jurisdição como atividade do juiz, a minar o esforço fazzallariano. (...) Tem-se, portanto, que a jurisdição ainda é, para Fazzallari, uma atividade do Estado (-juiz) que se coloca acima (*al di sopra*) das partes (lembrando, não obstante, e talvez como resquício das aporias que aqui se apontam, as representações gráficas da relação jurídica de Bülow propostas por Wach e Hwellwig), para fazer cessar um fato contrário ao direito, numa atividade que é regulada pelas normas secundárias, sobre as quais se debruçará, como demonstra o autor, o direito processual ou, diríamos, a ciência do processo.

[6] Conforme André Cordeiro Leal (2008, p. 118): "Couture, na obra de 1946, não vê o processo exatamente como uma relação jurídica, mas como uma instituição, embora, mesmo nessa primeira fase de seu pensamento, não deixe de aceitar uma certa aproximação teórica entre ambas".

constitucional, ou como “uma metodologia de garantia dos direitos fundamentais” (NUNES, 2008).

Na prática, a Teoria Constitucionalista pregava a necessidade de adaptação das legislações às constituições nacionais, estabelecendo, no que tange à atividade do legislador, que este, ao definir normas processuais ou configurar procedimentos em geral, deveria fazê-lo em consonância com os fundamentos constitucionais do processo.

Seu acabamento teórico, todavia, sobreveio apenas no final do século XX, com a colaboração dos estudos de Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera. A eles se atribui a construção do Modelo Constitucional de Processo, que incorpora elementos das teorias estruturalista e constitucionalista, mas lhes acresce um dado diferencial, que assenta na idéia de que a constituição assegura aos cidadãos o direito fundamental ao processo, mas a um tipo de processo apoiado numa base uníssona e sistemática de princípios, entre os quais o contraditório, a ampla defesa, o da fundamentação, o da publicidade das decisões, o da imparcialidade do juiz e o da razoável duração processual.

Ainda a formatar o conceito de processo que servirá de molde ao desenvolvimento deste trabalho, cabe, finalmente, trazer a lume as ideias de Jürgen Habermas, que associou a idéia de democracia às noções de participação, procedimento e discurso.

Segundo o filósofo alemão, o viés democrático de uma norma, de um ato, de um procedimento ou de uma decisão é obtido tanto mais quanto maior for a participação de seus destinatários, a quem se possibilita o uso do discurso racional para fins de mecanizar seu potencial de influência.

Considerando, pois, uma fusão da doutrina de Habermas com as contribuições de Andolina e Vignera à evolução da teoria constitucionalista, o processo constitucional democrático é, sob tal enfoque, uma metodologia de garantia de direitos fundamentais, assentada num conjunto uníssono de princípios (contraditório, ampla defesa, razoável duração, publicidade, imparcialidade e motivação), e voltada ao objetivo de produzir um ato final (sentença), de cuja produção seus sujeitos são chamados e oportunizados a participar de forma influente e dialógica.

3 LEGITIMAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SEGUNDO O MODELO DEMOCRÁTICO DE PROCESSO

A questão da legitimação das decisões judiciais é, por certo, um dos maiores dilemas da ciência processual moderna. O papel do juiz no sistema político de repartição de funções do Estado encerra um paradoxo aparente: a ele, juiz, não detentor de mandato eletivo e cuja

investidura no cargo decorre de processo não deliberativo e sem participação popular, se confere a tarefa de exercer controle – em última instância decisória – sobre a legalidade e a constitucionalidade das normas democraticamente aprovadas e instituídas pelos representantes do povo.

Na prática, um único juiz, em atuação monocrática, detém competência normativa para declarar a invalidade, ou para afastar a aplicação de um comando legal vigente, ainda que este se tenha aprovado e editado por uma maioria qualificada de um dado parlamento.

Como justificar racionalmente esse fato num contexto político-democrático sem fazer menoscabo de valores fundamentais do ordenamento jurídico é tarefa das mais complexas, cuja solução, a propósito, vincula-se genuinamente à abordagem do tema aqui desenvolvido.

É comum afirmar, sobre o assunto, que o elemento qualificador da legitimidade das decisões judiciais é o dever de fundamentação. Nesses termos, uma decisão judicial seria *a priori* legítima se estivesse regularmente fundamentada.

Esse entendimento, no entanto, restaura a antiga idéia de que ao juiz, para adjetivar de legítimo o seu pronunciamento, bastaria decidir livremente conforme sua convicção, seus valores e seu próprio senso de moralidade, mas desde que o fizesse de forma motivada, não importando se, para obter suas conclusões, ele precisou se utilizar das normas vigentes ou se permitiu influenciar, ou tomar em consideração os fatos e argumentos expostos pelas partes.

Admitir essa possibilidade é reconhecer o processo como uma estrutura retórica e de feição teatral cuja moldura sirva apenas a que juiz represente um enredo previamente escrito, para uma platéia de jurisdicionados apáticos, sem protagonismo, sem poder de influência e sem nenhuma oportunidade de interação.[7]

Dworkin, por sua vez, examinando o tema da legitimidade das decisões judiciais sob a ótica do solipsismo, utiliza a expressão "tese do fingimento" para designar o que, em suas impressões, configura uma tendência judicial indevida, que leva os juízes a decidirem de forma discricionária, de acordo com suas convicções íntimas, e em consonância não com o que o direito é, mas com respaldo no que eles subjetivamente acham que o direito "deveria ser" (DWORKIN, 2007, p. 45).

[7] Segundo Lenio Luiz Streck (2018, Online): "[...] é afirmar que o juiz primeiro decide — e para isso teria total liberdade — e, depois, apenas motiva aquilo que já escolheu. É/seria a morte da Teoria do Direito e do Direito Processual, porque a decisão ficaria refém da (boa ou má) vontade (de poder) do julgador. (...) O processo seria apenas um instrumento ou algo que coloca uma flambagem em escolhas discricionárias, quando não arbitrárias.

Já Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2017) compreende a legitimação democrática das decisões judiciais na medida em que estas estejam conectadas e comprometidas com as disposições do ordenamento jurídico. Segundo o autor (2017, Online), portanto:

> [...] se todo poder emana do povo, em nome de quem os órgãos do Estado o exercem, inclusive os órgãos jurisdicionais, o que é fundamento básico do Estado Democrático de Direito, assim declarado no parágrafo único, do artigo 1º, do texto constitucional, está a exigir a Constituição Federal de 1988 dos juízes nos tribunais brasileiros decisões conforme as normas constitucionais e infraconstitucionais que integram o ordenamento jurídico.

Sob esse enfoque, sem desconhecer a fundamentação como parâmetro de integridade democrática dos atos judiciais, a legitimação de uma decisão, no entanto, não se esgota inteiramente na observância de tal atributo. Importante, a propósito, é mencionar o pensamento de Robert Alexy, para quem o problema da legitimação democrática das decisões judiciais enfrenta uma dificuldade adicional de cunho majoritário-representativo.

Como os juízes não são eleitos pelo povo, nem desempenham mandato político, suas decisões, nesse contexto, em primeira análise, seriam estranhas, ou infensas à concepção tradicional de democracia.

Alexy, no entanto, propõe uma superação desse óbice a partir de uma diferenciação entre os conceitos de “democracia deliberativa” e “democracia decisionista”, advertindo que, embora os juízes não detenham representatividade popular, eles podem decidir democraticamente desde que o respectivo procedimento seja aberto ao discurso, e desde que sua decisão prestigie o melhor entre os argumentos apresentados (ALEXY, 2007, p. 162). Corroborando a ideia de Alexy, Carlos Marden Cabral Coutinho (2015, p. 194) enfatiza:

> O Poder Judiciário não exerce suas funções com base em uma legitimidade representativa, mas, sim com base em uma legitimidade argumentativa que se traduz na construção de decisões judiciais que sejam reflexo do melhor argumento veiculado nos autos de cada processo específico.

Dentre os principais opositores da tese de Alexy, Jürgen Habermas foi, talvez, o que mais tenha se dedicado ao exame de sua teoria. Habermas critica o modelo de ponderação de direitos fundamentais, apontando que a teoria de Alexy, ao dizer que os princípios possuem natureza deontológica e ao igualar princípios e valores no campo de sua aplicação, exclui da norma jurídica sua qualificação binária de validade, substituindo-a por um critério de aplicação gradual.

Noutras palavras, para Habermas, a possibilidade de preterição de um direito fundamental em benefício de outro, ainda que somente diante de uma colisão normativa em

certo caso concreto, implica, na lógica alexyana, numa inevitável e necessária revisão do âmbito de incidência das normas jurídicas (princípios), que passam a vislumbrar não mais o que é devido, mas, sim, o que é preferível (confundindo-se, nesse aspecto, com os valores).

Nesse sentido, Habermas defende que a técnica do *balanceamento* se utiliza de métodos irracionais (não discursivos) e conduz ao *decisionismo*, na medida em que deixa a atividade sentencial a mercê das preferências pessoais do julgador, permitindo-lhe, ao decidir, optar pelos *valores* (princípios) de sua predileção[8].

Como alternativa à Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, Habermas propõe sua Teoria Discursiva, de base participativa e de caráter deontológico, para a qual "um debate legítimo e democrático deve levar em consideração os componentes presentes no ordenamento jurídico, que ao expressar aquele universo comum – âmbito expressivo intersubjetivamente compartilhado – evidencia uma moralidade pública específica, afastada de moralidades individuais (XAVIER, 2013).

Habermas, com efeito, trabalha com a ideia de deliberação racional, sustentando, como já mencionado no tópico anterior, que a legitimação democrática de um ato se vincula às noções de discurso, de procedimento e de participação. Assim, pois, esse mesmo ato será tão legítimo, e mais democrático, quanto maior a possibilidade de influência e de interação dialógica entre sua prolação e o discurso racional de seus destinatários. Na explicação de José Adércio Leite Sampaio (2013, p. 96), a teoria da ação comunicativa, ou discursiva, da democracia de Habermas apresenta:

> [...] como pré-condição de um acordo informado, repetimos, a contrafactualidade de uma 'situação de fala' em que todos se sintam parte do processo deliberativo, havendo atendimento da igualdade de voz, da consideração do ponto de vista dos afetados, do livre fluxo de informações, da sinceridade nas tratativas e do predomínio dos melhores argumentos na construção de consensos.

Na mesma linha de entendimento, acrescentam Cláudio Souza Neto e Daniel Sarmento (2013, p. 223), que, na abordagem habermasiana, a democracia não significa um regime político de representação das maiorias, mas sim "um processo comunicativo" de deliberação pública e racional (VITALE; MELO, 2008, p. 241). Na verdade, explicam os referidos autores que a teoria normativa da democracia deliberativa de Habermas é "baseada

[8] Alexy rebateu as críticas formuladas por Habermas em artigo específico intitulado "Jürgen Habermas Theorie dês juristischen Diskurses. Na oportunidade, ele argumentou, invocando sua *lei de colisão*, que estabelece que cada enunciado de preferência implica uma regra, que se pode concluir que a fundamentação de *enunciados de preferência condicionada* não se diferencia da fundamentação de regras. Desse modo, a ponderação não conduz a decisões particulares, na medida em que, sobre a decisão de ponderação, sempre é possível a formulação de uma regra, permitindo, assim, o estabelecimento de uma ponte entre a ponderação do caso particular e a *universalização* (FERREIRA, 2006, p. 85).

no diálogo social e nas interações travadas pelos cidadãos no espaço público", de tal modo que é o "embate entre argumentos e contra-argumentos no espaço público e nos fóruns que racionaliza e legitima o processo decisório democrático" (Souza Neto; Daniel Sarmento, 2013, p. 223). E completam:

> Na deliberação, os diversos participantes podem expor os seus pontos de vista e criticar os argumentos oferecidos pelos demais, com liberdade e igualdade. Para que um contexto propício para essa troca de argumentos e contra-argumentos possa se instaurar, as garantias do Estado de Direito são fundamentais. Sem liberdade e sem igualdade – que o estado de Direito deve assegurar – não há diálogo verdadeiro, e a deliberação perde o seu potencial legitimador e racionalizador. (ibidem, p. 223-224).

Transpondo-se a doutrina discursiva de Habermas para o direito processual, obtém-se que uma decisão judicial, para ser democrática, (i) deve expressar, por meio de um nexo de vinculação, os argumentos (discurso) apresentados pelas partes no curso do processo; e (ii) deve ser resultante da participação influente de todos os interessados em seus efeitos, permitindo-se que estes atuem não só como destinatários, mas também como co-autores do provimento.

Sintetizando a lógica do pensamento de Habermas em sua Teoria Discursiva, oportuna e emblemática é a lição de André Cordeiro Leal (2008, p. 148):

> [...] pode-se inferir que a compreensão do direito, no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, passa pela institucionalização das condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fiscalizá-las. No plano do direito processual, em sua matriz neo-institucionalista, encontra-se uma proposta teórica consistente, que explica como a principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia) pode ser entendida como assecuratória dessas condições de legitimidade decisória, explicando como o princípio do discurso pode ser institucionalizado (princípio da democracia).

Essa, portanto, a idéia de legitimidade decisória que é compatível com o modelo do processo democrático, e que ora se estabelece como referencial teórico para os fins do presente trabalho.

4 SUSTENTAÇÃO ORAL COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS DE PARTICIPAÇÃO E DE INFLUÊNCIA

No tópico anterior, debateu-se a questão da legitimação das decisões judiciais no modelo constitucional de processo, apontando-se que a atuação decisória do juiz só se considera efetivamente democrática quando ele (juiz) se permite influenciar pelos argumentos das partes, e quando oportuniza às mesmas partes a possibilidade real e discursiva de participar dialeticamente na construção de seus fundamentos.

Tal alternativa, por sinal, prestigia a opção metodológica de Jürgen Habermas, em substituição à Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy, cuja lógica propositiva, enfrentando o problema decorrente do fato de os juízes não serem detentores de mandato eletivo, assenta a idéia de que o Poder Judiciário exerce suas funções com base numa legitimidade argumentativa, que se opõe à tradicional noção de legitimidade representativa.

Fixadas essas premissas, cumpre investigar, doravante, de que modo a prática da sustentação oral pode contribuir para a obtenção de decisões judiciais legítimas e democráticas, bem como, se há, na legislação processual atualmente em vigor, mecanismos capazes de viabilizar a consecução desse desiderato.

A respeito do assunto, vislumbra-se na sustentação oral um instrumento de grande valia e importância para o exercício do discurso participativo e influente. Trata-se, pois, da chance última, e talvez mais concreta e efetiva, de a parte reiterar suas teses e argumentos ao tribunal, incorporando, assim, no âmbito dos julgamentos colegiados, uma expressão nítida, substancial e efetiva dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, subir à tribuna de uma corte para sustentar as razões de um recurso (ou de processo originário) – independentemente do regime procedimental aplicável – é, por certo, possibilitar o exercício pleno da função influenciadora da oralidade e buscar um nexo de aproximação racional entre o discurso da parte e os fundamentos da decisão a ser prolatada.

A questão que se coloca, no entanto, é sobre a atenção prática que os tribunais costumam dispensar ao mesmo expediente. Como assentado no início deste trabalho – e as causas desse problema, em grande medida, passam pela forma como parte significativa dos juízes compreende a função do processo (como instrumento da jurisdição para resolver conflitos e gerar paz social)[9] – os tribunais, sobretudo no Brasil, atualmente investem num discurso de simplificação e de padronização de suas decisões.

Essa tendência, se em certa medida é exitosa porque aparentemente favorece a integridade, a coerência e a estabilidade do sistema; por outro lado, enfraquece o papel dialógico das partes, contribuindo para a disseminação de decisões democraticamente deficitárias.

[9] A perspectiva autoritária e socializante do processo ocupa-se essencialmente da busca pela realização de seu papel utilitário. Nesse sentido, quanto mais fluido, mais expedito, e mais objetivo for o procedimento, mais rapidamente o conflito tende a ser erradicado do meio social. Essa finalidade, essencialmente instrumentalista, não parece comprometida com a busca de decisões mais dialógicas e democráticas, capazes de refletir a participação argumentativa dos sujeitos processuais na construção dos provimentos

Nesse ponto, aliás, é oportuno o comentário de Dierle Nunes (2018, Online), sobre a importância da oralidade na construção de decisões judiciais legítimas e em harmonia com o Modelo Constitucional de Processo:

> No nosso sistema em que cada magistrado se vê na responsabilidade de julgar milhares de casos e no qual a leitura acurada de cada um dos autos se torna cada vez mais incomum, a oralidade pontual, ao longo do iter, promove o destaque necessário do caso ou de situação específica que se patrocina como advogado da massa anônima de feitos, sob a responsabilidade do juiz.No âmbito dos tribunais a situação se agrava muito pois a alegação de que as conversas prévias à sessão pública e de que as sustentações orais não mudam julgamentos, pelos votos já estarem produzidos, na última hipótese, despreza o fato de que muitas vezes, pelo excesso de trabalho, são os "modelos decisórios" que forjam o julgamento de "casos aproximados" (não propriamente idênticos), ampliando a importância para o destaque oral de peculiaridades do caso, que poderão gerar a mudança de entendimento

Presente esse cenário, a manifestação oral do advogado, como "trincheira" última do discurso jurídico no âmbito recursal (ou na sede dos processos originários dos tribunais) é, por excelência, o meio capaz de evidenciar as "distinções" materiais do caso concreto e a efetivamente possibilitar à Corte a levar em consideração os argumentos declinados no processo.

Mas isso, por si só, ainda não é suficiente. Para além de o tribunal considerar os argumentos dos sujeitos do processo, necessário se impõe, quanto ao mais, que o órgão julgador dialogue expressamente com esses argumentos e reflita sobre a extensão e a influência deles na construção discursiva do provimento final.

Na síntese, portanto, entre os direitos de participação e de influência das partes e os deveres de fundamentação e de consideração que se incumbem aos magistrados, eis que surge o cerne normativo da relação entre a sustentação oral e o processo constitucional democrático.

O novo Código de Processo Civil, embora com algumas ressalvas, contém dispositivos amplamente aptos a acionar e a viabilizar o bom funcionamento desse sistema (direito de participação/influência *versus* dever de fundamentação/consideração). Essa questão, com efeito, será mais abordada no próximo e último tópico.

5 SUSTENTAÇÃO ORAL NO CPC EM VIGOR: POR UM EFETIVO MODELO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

Discutiu-se, no item que a este antecedeu, o papel da sustentação oral como instrumento de construção de decisões judiciais harmonizadas com o conceito processual de

democracia, destacando-se a importância da oralidade na afirmação do Modelo Constitucional de Processo adotado pela Constituição de 1988.

Resta, para os fins deste artigo, investigar se o tratamento prático dispensado à sustentação oral no sistema jurídico-processual que entrou em vigor em 18 de março de 2016 é coerente com o papel democrático do processo e se está realmente apto e comprometido em fazer jus a essa finalidade.

O novo CPC inegavelmente modernizou a tecnologia da sustentação oral, agregando diversos preceitos normativos que não apenas ampliaram o instituto, como reconheceram, de certo modo, o seu devido valor.

Dentre as alterações, pelo menos quatro merecem um registro. São elas: a) a regra que amplia as hipóteses em que a sustentação oral é admissível, incluindo entre elas o agravo de instrumento e o agravo interno contra decisão monocrática de relator que haja decretado a extinção do processo de competência originária dos Tribunais (art.937, VIII, e § 3º); b) a regra que permite a realização de sustentação oral por videoconferência, nos casos em que o advogado tiver domicílio em outra cidade (art. 937, §4º); c) a regra que autoriza nova sustentação oral na ampliação da colegialidade (casos em que a apelação tiver julgamento não unânime) (art. 942); e d) a regra que prevê a possibilidade de sustentação oral no IRDR (incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) e no IAC (incidente de assunção de competência), estabelecendo um canal de influência das partes na construção dos precedentes vinculantes do tribunal.

Tais dispositivos, de fato, aproximam o novo CPC de um diálogo efetivo com a idéia *habermasiana* de democracia discursiva e procedimental. Não há dúvida de que o aprimoramento e a expansão da oralidade no processo promovem - ou pelo menos tendem a promover – uma maior e mais influente participação dos sujeitos processuais na formação dos provimentos jurisdicionais.

Esse objetivo democrático, no entanto, não se alcança pela só inserção de normas abstratas voltadas para a realização de tal escopo. Conforme se constata, o problema, aqui, é também cultural, ou, quiçá, mais cultural do que propriamente normativo.

É de se observar, nesse ponto, que embora se reconheçam os esforços da comunidade de intérpretes no sentido de incorporar os conceitos e as características do processo democrático, as marcas e reminiscências do instrumentalismo e da lógica processual autoritária e socializante ainda se fazem fortemente presentes entre os operadores e profissionais do direito.

Tanto é assim que certas disposições do novo Código de Processo Civil, de intenso viés emancipatório, ainda são, por ora, aplicadas com certa timidez, e interpretadas com alguma resistência.

Prova disso são os arts. 10 e 489, §1º, do mesmo diploma, que, respectivamente, vedam as decisões surpresa e coíbem as chamadas "falsas fundamentações".

No contexto da oralidade – que é o que importa ao objeto deste trabalho - esses dois dispositivos, se aplicados em todo o seu potencial, certamente levariam a resultados mais sintonizados com os ideais do processo democrático.

Da leitura sistemática dos citados artigos, é possível propor a inserção de 5 (cinco) rotinas procedimentais hipotéticas, na intenção de fortalecer o instituto da sustentação oral e ampliar sua capacidade de influência na construção dos provimentos. Veja-se:

- necessidade de registro da sustentação em meio escrito, ou por intermédio de gravação audiovisual, possibilitando o aproveitamento dos argumentos utilizados e o enfrentamento deles no ensejo da decisão[10];
- obrigatoriedade de que o acórdão de julgamento refira e se pronuncie expressamente, também, sobre as teses veiculadas e suscitadas pelo advogado durante a sustentação[11];
- admissão da sustentação oral em sede de embargos de declaração nos processos de competência originária dos tribunais, desde que haja pretensão de atribuição de efeitos infringentes ao julgado[12];
- Alteração da ordem de trabalhos, definindo-se como a ocasião adequada para a apresentação da sustentação oral o momento seguinte à leitura do voto do relator[13];

---

[10] A gravação de sessões é permitida pelo artigo 367, parágrafo 6º, do CPC de 2015, que garante a captação de imagens "diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial." Apesar disso, alguns Tribunais, como o Tribunal de Justiça do Espírito Santo e o Tribunal de Justiça de São Paulo, editaram normas proibindo ou limitando o registro espontâneo de sessões e audiências à autorização expressa do juiz ou do Presidente do órgão julgador.

[11] O art. 489, § 1º, IV, considera inadequadamente fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador

12 Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4514/12, que visa à alteração do art. 7º, IX, do Estatuto da OAB para assegurar o direito de sustentação oral em todo e qualquer recurso ou processo sujeito à competência dos tribunais.

[13] Tratando do assunto, o art. 7º, IX, do Estatuto da OAB, estabelecia como direito do advogado *sustentar oralmente as razões de qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial e administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido*. Esse dispositivo, no entanto, foi declarado inconstitucional em julgamento ocorrida na ADIn 1.105/DF, sob o fundamento principal de que a ordem procedimental dos julgamentos colegiados é matéria reservada aos regimentos internos dos tribunais, não se franqueando ao legislador ordinário usurpar competência normativa *interna corporis*.

- possibilidade de designação (quando houver requerimento de sustentação oral) de duas sessões deliberativas em datas distintas, sendo a primeira para leitura do voto do relator e para a apresentação das sustentações orais, e a segunda destinada ao julgamento propriamente dito, de modo que a Corte disponha de tempo, entre uma assentada e outra, para avaliar as suscitações feitas na tribuna e poder tomá-las em consideração para fins de elaboração do respectivo acórdão (NUNES; SALES; COUY, 2018, Online);

As sugestões interpretativas acima, além de consentâneas com o modelo constitucional de processo, são suscetíveis de implementação imediata, não carecendo sequer de alteração normativa, uma vez que podem ser extraídas de uma interpretação mais abrangente da legislação processual atualmente vigorante.

Quanto ao mais, e a despeito de outras iniciativas igualmente voltadas à consecução dos objetivos do processo democrático, urge, por outro lado, superar os fetichismos da rapidez e da simplificação procedimentais, tendências que grassam na ordem do dia dos tribunais e que inspiram soluções exclusivamente atentas ao mero aspecto quantitativo dos dilemas processuais modernos[14].

Medidas tais como a monocratização das decisões recursais, a valorização inconfessável, mas real, da chamada jurisprudência defensiva, a estimulação dos julgamentos em lista e plenário virtual e a reduzida tolerância das cortes à apresentação de memoriais escritos pelos advogados são reflexos de um sistema processual utilitarista e enviesado, no que diz respeito ao problema decorrente da indiferenciação entre os conceitos de celeridade e de tempestividade.

A sustentação oral, nesse particular, afirma-se como técnica de concretização da oralidade no processo, cujo desiderato mais notório é o de potencializar os direitos de participação e de influência, estabelecendo uma relação de proporcionalidade direta entre esses mesmos direitos e os deveres judiciais de consideração e de fundamentação em contraditório.

E o que importa para que esse fim seja alcançado é a promoção de uma cultura de processo constitucionalizado, suficientemente capaz, a um só tempo, de eliminar os resquícios da matriz socializante (que compreende o processo pela lógica funcional da resolução de conflitos), e incorporar o ideal democrático (procedimento, participação, influência e

[14] Rodolfo de Camargo Mancuso (2010, p. 25) enfrenta essa questão observando que os programas e estratégias que costumas ser implementados em termos de política judiciária centralizam as respectivas soluções na vertente quantitativa do problema, isto é, na idéia de instituir técnicas para eliminar e reduzir o excessivo volume de processos (mais fóruns, mais juízes, mais tecnologia, mais equipamentos de informática, enfim, mais custeio e desembolso de recursos), sem que dê conta de que tais estratégias muito se aproximam do popular *enxugar gelo*.

discurso) como valor fundamental ao equilíbrio e à legitimação das decisões judiciais, nos moldes teóricos da democracia habermasiana e do sistema principiológico previsto no ordenamento constitucional brasileiro de 1988.

6 CONCLUSÕES

Conforme o que amplamente se discutiu na extensão do presente trabalho, a idéia de processo como relação jurídica e como instrumento de atuação do poder jurisdicional não se apresenta, hoje, compatível com a natureza constitucional e estrutural do respectivo conceito, muito embora tenha desfrutado de inegável sucesso e de larga difusão, inclusive no Brasil.

O que, de fato, melhor define a compreensão do verbete, ou que se presta a estabelecer um diálogo entre ele e a idéia de democracia (argumentativa), é a noção de que o processo é uma tecnologia de proteção de direitos fundamentais, assentado num conjunto de princípios uníssonos (contraditório, ampla defesa, imparcialidade, motivação das decisões, publicidade e razoável duração), que se destina a um ato final (provimento/sentença), cuja produção seja resultante da participação influente e dialógica de seus sujeitos.

A realidade brasileira, contudo, ainda revela traços quase indeléveis da influência instrumentalista, que compreende e conceitua o processo como mecanismo destinado à realização da paz social e ao cumprimento de escopos jurídicos e metajurídicos.

Essa tendência marcante contamina a própria configuração dos procedimentos, distanciando-os de uma finalidade de legitimação democrática para torná-los mais comprometidos com o desiderato de erradicar os conflitos sociais com máximo de funcionalidade e de objetividade, sem atentar, no entanto, para a preservação dos interesses constitucionais; cuja defesa é atribuída ao fenômeno processual.

Diante desse cenário, cuja prioridade é a resolução das questões postas em juízo, o instituto da sustentação oral, que é – ou que pelo menos deveria ser - um dos meios mais eficazes de exercício do contraditório, fica relegado a um patamar de pouca significância, não dispondo de espaço discursivo para desenvolver seu potencial com amplitude e integralidade.

Conclui-se, portanto, que, apesar de o atual CPC possuir dispositivos que, se bem aplicados, permitiriam, em grande medida, extrair da sustentação oral uma potencialidade mais intensiva; tal equação, por certo, dependeria de uma superação do paradigma instrumentalista, ou, no mínimo, da instituição de um processualismo democrático, capaz de compreender o processo não como relação jurídica, ou como instrumento de acesso à justiça, mas como um modelo participativo de legitimação de qualquer procedimento e como uma

espécie de “trincheira” última de realização, de efetivação e de garantia dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual.** Curitiba. Juruá. 2015.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (Constitucional): Reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. **Revista Opinião Jurídica**. Fortaleza, a. 10, n. 14, jan./dez. 2012.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **VirtuaJus.** Belo Horizonte, v. 13 - n.1, p.17-26– 1º sem. 2017.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa. O discurso Jurídico como discurso prático: aspectos do debate entre Robert Alexy e Jürgen Habermas. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VII, n. 9, 2006.

GRINOVER, Ada Pelegrini; CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros. 1996.

KALHED JR., Salah. Oskar Van Bülow e a difusão das idéias de relação jurídica e pressupostos processuais. **Panótica**. Vitória, v. 20, nov/2010 a mar/2011.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte. Mandamentos. 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito.** It. Pub. – IP, Belo Horizonte, a. 12, n. 60, p. 25-62, mar/abr. 2010

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil.** v. 1. 6 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JUNIOR., Humberto. **Uma dimensão que urge reconhecer não contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual.**2009

NUNES, Dierle José Coelho. **Intervenção Determinante:** Novo CPC Aprimora Regras Sobre a Sustentação Oral nos Tribunais. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-jul-15/dierle-nunes-cpc-aprimora-regras-sustentacao-oral. Acesso em 18 de junho de 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático:** Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

NUNES, Dierle; SALES, Jéssica Galvão; COUY, Giselle Santos. **Ampliação da colegialidade e embargos declaratórios no novo CPC.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-jul-11/ampliacao-colegialidade-embargos-declaratorios-cpc. Acesso em:19 de junho de 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: DelRey, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teorias, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc. Acesso em :12 de junho de 2018.

VITALE, Denise; MELO, Rürion Soares. Política deliberativa e o modelo procedimental de democracia. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo (orgs.). **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008. p 223-247.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **A influência do Contraditório na convicção do juiz**: fundamentação de sentença e de acórdão. Revista do Processo, n. 168, 2009.

XAVIER, Lucas Bittencourt. **Crítica de Habermas à Teoria Alexyana de Direitos Fundamentais no Aborto por Anencefalia.** Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Lisboa. a 2, n. 3, 2013.