

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Simone Letícia Severo e Sousa, Pedro Augusto Gravatá Nicoli – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-130-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

No volume ora apresentado, os artigos produzidos para o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido em Belo Horizonte em novembro de 2015, constituem um testemunho histórico do atual momento do processo e da jurisdição no Brasil e em escala global. Seja como técnica, campo do saber jurídico, zona de vivências e arena para o entrecruzamento de demandas sociais das mais variadas ordens, o processo foi problematizado à luz de uma premissa que emerge do conjunto dos textos: a ideia de acesso efetivo à justiça. Tal acesso, aqui, é tomado de forma materializada, em seu sentido substancial, reconectando a dimensão jurídico-processual com seus fins últimos e com os caminhos (e descaminhos) de seu alcance. Como instrumento de realização de direitos e garantias fundamentais, resulta da leitura dos textos uma reinvenção necessária dos sentidos últimos do processo.

Para tanto, a dimensão principiológica do processo é compreendida como repositório dos valores mais caros à realização da justiça, não apenas como idealidade, mas como concretude no e pelo processo. A ocasião da edição do novo Código de Processo Civil brasileiro torna ainda mais oportuno o momento reflexivo e convida a situar o processo numa crise estabelecida na função jurisdicional. O alto índice de litigiosidade, o congestionamento processual e os entraves materiais e formais a uma prestação de mérito e exequível tornam tal retomada de fundamentos uma necessidade premente. E, diante dessas condições, a criatividade das análises produzidas sinaliza possíveis rotas de avanços.

É o caso do conjunto de reflexões em torno da ideia de cooperação processual. Concebida como medida de racionalização sistêmica do processo (e não como quimera a sublimar os conflitos e desconsiderar a posicionalidade das partes), a cooperação desenha seus conteúdos concretos, em deveres das partes, de seus representantes e do juiz. O imperativo constitucional da razoável duração do processo, consectário processual da ideia de justiça em si, torna as análises das formas jurídicas de cooperação, mais uma vez, uma necessidade. Talvez se desenhe ali um efetivo princípio jurídico, a contar das proposições de alguns dos trabalhos deste volume, em reconhecimento a uma densidade normativa própria, um dever de cooperar. O caráter adversarial do processo, contudo, não é pura e simplesmente mascarado, mas se faz acompanhar de um dever de lealdade processual que se engaje, em suas dimensões sistêmicas, com a própria realização da justiça.

É o mesmo cenário a alimentar a rica reflexão em torno das demandas repetitivas, da coletivização do processo e da expansão das possibilidades de precedentes judiciais. Aqui, a jurisdição é instada a um exercício de autoanálise que exponha cruamente as arestas da idealização de um livre convencimento motivado em isolamento, como espaço mítico de redenção jurídico-processual. A percepção de que as decisões judiciais interagem de maneira permanente e dão corpo à jurisdição como exercício, invariavelmente supera a imagem de um julgador isolado na prática de função meramente técnica.

A figura do juiz, aliás, merece espaço destacado nos textos produzidos. Submetida ao conjunto das análises constitucionais e políticas que as últimas décadas legaram, a função jurisdicional é posicionada de maneira crítica nas matrizes do Estado Democrático de Direito. Poderes e prerrogativas na condução do processo são recolocados em interação com seus sentidos materiais. As complexidades de um itinerário simplificador que move o juiz de um autômato técnico a um ativista processual são desnudadas, instando o processo a compreender melhor a posição de um de seus atores determinantes. E compreendê-la de forma mais democrática, sensível a impactos sistêmicos, ciente de limitações e propositiva.

O quadro se completa com análises concretas de momentos processuais chave. A execução e o alcance patrimonial ganham uma centralidade na reflexão que se compatibiliza com a importância concreta que têm.

A conclusão, em resumo, não poderia ser outra. O vigor do processualismo brasileiro mesmo diante de um quadro aterrador de crise na entrega da prestação jurisdicional (ou até mesmo por ele) se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que, como propôs Amartya Sen, se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Pedro Augusto Gravatá Nicoli

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Concluiu Pós-Doutorado (2015) junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com bolsa

CAPES/PNPD. Esteve em temporada de pesquisas junto ao Collège de France, como parte de um programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior, com bolsa da CAPES. Foi pesquisador visitante na Organização Internacional do Trabalho, no Instituto de Estudos Avançados de Nantes e na Universidade de Estrasburgo.

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Pós-Doutora em Direito pela UFSC; Doutora em Direito pela UFPR; Advogada e Professora Universitária; Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande RS; Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público POA-RS.

Profa. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa

Possui graduação em Letras pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (1997), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (2000). Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil (2001). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca (2003). Foi professora no curso de Direito FADIPA-UNIPAM (2001-2008). Doutora em Direito Público. Foi professora substituta do curso de Direito da UFMG (2008). Atualmente é coordenadora do curso de Direito da Unifenas/BH Universidade José do Rosário Vellano. Coordenadora do Curso de pós-graduação (lato sensu) Novas tendências do Direito Civil e do Direito Processual Civil (Unifenas BH).

A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A JUDICIAL DECISION ON THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Jéssica Galvão Chaves
Antonio Aurelio De Souza Viana

Resumo

O presente artigo objetiva um exame sobre a formação da decisão judicial no novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). A partir da matriz do Estado Democrático de Direito tornou-se fundamental atribuir outra roupagem ao processo, notadamente à decisão jurisdicional, diante do marco do modelo constitucional e democrático do processo, em virtude da necessidade de se garantir a efetiva participação dos destinatários na formação do provimento final, como meio de se legitimar a decisão, tendo em vista as disposições constantes dos artigos 5º, 6º, 9º 10º, 489, §1º e 495, do novo formalismo civil. Denota-se, por conseguinte, que a garantia processual do contraditório é o fator de legitimação da decisão judicial aliada à necessidade de publicidade dos atos judiciais, estabelecendo a indispensabilidade de uma fundamentação estruturada da decisão.

Palavras-chave: Novo código de processo civil, Estado democrático de direito, Decisão judicial, Julgamento virtual

Abstract/Resumen/Résumé

In this article, an examination of the formation of the court decision on the new Civil Procedure Code (Law 13,105 / 2015). From the democratic state matrix of law has become essential to assign different guise to the process, particularly the judicial decision on the framework of constitutional and democratic model of the process, because of the need to ensure the effective participation of recipients in the formation of end provision as a means to legitimize the decision in view of the provisions of Articles 5, 6, 9 10, 489, §1 and 495, the new civil formalism. It seems, therefore, that the procedural guarantee its contradictory is the ruling legitimizing factor coupled with the need to disclose the legal acts establishing the indispensability of a structured reasons for the decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: New code of civil procedure, Democratic state, Judicial decision, Virtual trial

1 INTRODUÇÃO

O presente ensaio visa estudar a decisão jurisdicional no novo CPC (Lei 13.105/2015), especificamente em virtude da necessidade de leitura conjugada do que prescreve os arts. 5º, 6º, 9º 10º, 489, §1º e 495, do novo diploma processual.

Para tanto, inicialmente objetiva-se realizar um estudo das funções essenciais exercidas pelo Estado moderno com a finalidade de evidenciar a necessidade de adequação da concepção da jurisdição ao devido processo constitucional, em razão da principiologia estruturante do Estado Democrático de Direito.

Após, nos capítulos 3 e 4, far-se-á uma trajetória da construção teórica do processo sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, com a finalidade de demonstrar o deslocamento do eixo procedimental para a Constituição Federal de 1988. O tópico seguinte é dedicado a explicitar a decisão jurisdicional no novo formalismo processual, sendo o contraditório como garantia de influência o fator de legitimação da decisão jurisdicional.

Pretende-se, ainda, descortinar o mecanismo de formação virtual da decisão colegiada no âmbito dos tribunais, esboçando-se críticas a tal forma de julgamento, notadamente em virtude da iminência de entrada em vigor do novo CPC.

Na última parte, objetiva-se demonstrar que a decisão jurisdicional no Estado Democrático de Direito somente pode ser formada e proferida em nome do povo, notadamente pelo fato de que o exercício do poder político pelo Estado se dá em estrito benefício dos interesses do povo.

2 O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES PELO ESTADO

Evidencia-se que a denominada teoria de tripartição de poderes do Estado mostra-se equivocada¹, tratando-se verdadeiramente no delineamento das funções essenciais desempenhadas pelo Estado em seu território e em favor do povo, quais sejam: legislativa, executiva e jurisdicional.

¹ Neste prisma: “Essas formulações teóricas acerca das funções jurídicas do Estado vêm sendo desenvolvidas e sustentadas pela esmagadora maioria dos mais renomados dos publicistas, em substituição à decrépita teoria da separação ou tripartição dos poderes estatais – Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Tal teoria é atribuída com certa deturpação de seu enfoque original a Montesquieu, o qual, por sua vez, inspirou-se nas idéias de Locke” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito. 2ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 13-14).

Assim, a função legiferante consubstancia-se na edição de normas gerais e abstratas de observância obrigatória por todos do povo, irrestritamente. A função executiva é aquela por meio da qual o Estado administra os interesses do povo e, por fim, a jurisdicional² que somente é exercida pelo Estado, por meio de provocação da parte interessada (princípio do dispositivo), para fins de enunciar o direito prescrito.

2.1 Acesso à função jurisdicional

Os direitos humanos³ nasceram da necessidade de proteção dos indivíduos contra as arbitrariedades do poder estatal frente aos seus administrados e por essa razão passaram a orientar as políticas públicas internas estatais, as relações privadas e transcenderam a esfera interna para também servir como fonte de orientação das relações entre Estados no âmbito internacional, criando uma esfera elementar de proteção e efetivação da dignidade humana a nível global.

Esse fortalecimento despontou principalmente da reação contra as barbáries cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, momento em que se verificou a necessidade de transcender os limites dos sistemas jurídicos internos para assegurar a proteção efetiva dos direitos humanos.

² Para fins ilustrativos Giuseppe Chiovenda disserta: “138 – **A jurisdição como função do estado**: dissemos, antes de tudo, que a jurisdição é exclusivamente uma função do Estado, isto é, uma função da soberania do Estado. A soberania é o poder inerente ao Estado, quer dizer, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas esse poder único insere três grandes funções: a legislativa, a governamental (ou administrativa) e a jurisdicional. Todas as três irradiam do Estado; em especial, emana exclusivamente do Estado a jurisdição. Hoje não se admite mais que, no território do Estado, institutos ou pessoas diversas do Estado constituam órgãos para a atuação da lei, como acontecia em outras eras, particularmente a favor da Igreja, cujos juízes sentenciavam em muitas matérias (especialmente nas relações entre eclesiásticos) com efeitos civis também” (Instituições de direito processual civil, p. 512-513). Dissertam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daneil Mitidieiro: “Chiovenda é um verdadeiro adepto da doutrina que, inspirada no iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separava radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuía ao legislador a criação do direito e ao juiz a sua aplicação” (Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p. 41).

³ Discorre Brêtas: “Em análise do sentido jurídico das expressões direitos humanos e direitos fundamentais, às vezes empregadas com sentidos múltiplos e tecnicamente equivocados, principalmente pela imprensa e pelos cientistas políticos, são oportunas as lições de Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, apontando-lhes os principais traços de distinção; “característica associada aos direitos fundamentais diz com o fato de estarem consagrados em preceitos de ordem jurídica. Essa característica serve de divisor entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos. (...). A expressão direitos humanos, ainda, e até por conta da sua vocação universalista, supranacional, é empregado para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução direitos fundamentais é reservada os direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado” (Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 70).

Todavia, os direitos humanos não se configuram uma pauta fixa e estanque, definida num único momento da história. A formação dos direitos humanos se confunde com a própria história da humanidade, sendo certo que tais direitos consubstanciam em um catálogo aberto, ao qual se acrescentam valores que a sociedade reputa importantes no espaço e no tempo o qual inserem, do mesmo modo que podem sofrer mutações em virtude da compreensão acerca de determinado direito. Refletem nas palavras de Flávia Piovesan: “*um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social*”⁴.

Assim é que se percebeu a necessidade de incorporar neste catálogo o acesso a jurisdição, que em síntese, traduz no direito do cidadão de buscar no judiciário uma resposta diante da ameaça ou lesão a um direito. Portanto, a possibilidade de acionar o Estado, para que ele exerça a função jurisdicional ganhou relevância no âmbito do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos e encontra guarida também no sistema regional, consubstanciado como garantia judicial contida no art. 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁵.

Registra-se que o Estado brasileiro por sua vez depositou a carta de adesão em 25 de setembro de 1992⁶, assumindo o compromisso de proteger e fomentar os direitos da pessoa humana previstos na convenção, especificamente, em garantir o acesso à função jurisdicional, a teor do art. 5º, inc. XXXV, CF/88⁷.

2.2 Jurisdição no Estado Democrático de Direito

⁴ PIOVESAN, Flávia. Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas. Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, n. 7, p. 11-37, 2009. No mesmo sentido: LAFER, Celso. Prefácio. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça internacional. São Paulo: Saraiva, 2006, p. XXII.

⁵ Art. 8, e, Convenção Americana de Direitos Humanos: “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>> Acesso em: 20 de agosto de 2013.

⁶ Decreto n 678 de novembro de 1992.

⁷ Sobre o tema: “*Em resumo, no Estado Democráticos de Direito, a jurisdição é direito fundamental das pessoas naturais e jurídicas, sejam estas de direito público ou de direito privado, porque positivado ou expresso no texto da constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXXV). Exatamente por isso, se é direito fundamental do povo, em contrapartida, é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da própria constituição, somente possível de ser exercida sob petição daquele que a invoca (direito de ação e mediante a indispensável garantia fundamental do devido processo constitucional*” (art. 5º, incisos LIII, LIV e LV) (Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 75).

Em virtude da construção teórica inacabada do Estado Democrático de Direito não se mostra crível a admissibilidade de teorias que preleciona que a jurisdição é a atuação da vontade concreta da lei ou que sua função é compor a lide⁸.

Evidencia-se que o exercício da jurisdição somente pode se dar no processo, cuja observância das garantias constitucionais da fundamentação das decisões, da reserva legal, da ampla defesa, do contraditório e do juízo natural, sejam estritamente observadas⁹.

Em oposição a qualquer arbitrariedade, o exercício da função jurisdicional (externalização do poder político do Estado) somente pode se dar em conformidade com o devido processo constitucional¹⁰.

Por tal razão, o Estado, no exercício da função jurisdicional, deve atuar de forma a expurgar qualquer discricionariedade, subjetivismo do julgador nos ditames do devido processo constitucional. A função jurisdicional no Estado Democrático de Direito somente pode ser realizada e concretizada com a observância integral do conjunto de garantias processuais constitucionais que formam o devido processo constitucional jurisdicional¹¹.

Brêtas registra com clareza¹²:

Em razão disso, a manifestação do poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional (e, também, no pronunciamento legislativo) tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional.

O Estado só pode agir, se e quando chamado a exercer a função jurisdicional, dentro de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal), de modo a garantir adequada participação dos destinatários na formação do seu ato decisório imperativo. Com essa metodologia, afasta-se qualquer subjetivismo ou ideologia do agente público decisor (juiz), investido pelo Estado do poder de julgar, sem espaço para a discricionariedade ou a utilização de hermenêutica canhestra fundada no prudente ou livre arbítrio do julgador ou prudente critério do juiz, incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito, como, ao contrário, até hoje e infelizmente, alguns doutrinadores supõem e apregoam e outras tantas decisões jurisdicionais consagram em seus fundamentos.

Dissertam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero¹³:

Ademais, o procedimento não deve se abrir apenas às necessidades do direito material, mas também acudir aos demais direitos fundamentais processuais,

⁸ Novo curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p. 100.

⁹ Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 32.

¹⁰ Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 38.

¹¹ Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 37-38.

¹² Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 35-36

¹³ Novo curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p. 439.

especialmente aos direitos fundamentais ao contraditório, à decisão judicial adequadamente fundamentada e à publicidade do processo – expressões jurídico-procedimentais derivadas do direito político à participação no exercício do poder e ao seu efetivo controle.

Conclui-se, portanto, que sendo o processo uma metodologia que visa precipuamente assegurar os direitos fundamentais, afirma-se que tanto as relações entre particulares, quanto as que envolvem os particulares e o Estado somente haverá jurisdição pelo devido processo constitucional¹⁴.

3 O PROCESSO NA CONCEPÇÃO DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA

A teoria do processo como relação jurídica idealizada por Oskar von Bülow em seu livro denominado Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais, em 1868, sob influência do movimento pandectísta¹⁵, consubstancia-se na concepção de que o processo é formado por uma relação jurídica de direito público de subordinação entre autor e réu, sendo que ambos permanecem subordinados ao juiz, detendo o último proeminência endoprocessual.

A teoria da relação jurídica fora criada em um contexto de revigoração do estudo do direito romano e, por conseguinte, do direito privado, tendo como matrizes o direito obrigacional (matriz individualista)¹⁶, podendo, ser nestes termos compreendida: *“o processo como relação jurídica de direito público, que se desenvolve de modo progressivo entre as partes, juiz, autor e réu, e que se diferencia da relação jurídica de direito material pela exigência de configuração dos pressupostos processuais, requisitos de*

¹⁴ Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 37-38.

¹⁵ Para melhor elucidação do movimento das Pandectas ocorrido entre os séculos XVII a XIX John Gilissen adverte: *Já no século XVII, mas sobretudo no século XVIII, a Alemanha era o principal centro de estudo do direito romano. Este é aí, mais do que em qualquer outro lado, o direito supletivo das leis e costumes territoriais (cf. a seguir); é ensinado com vista a ser aplicado pelos tribunais; o mos italicus bartolista é substituído pelo usus modernus, o uso moderno das Pandectas, com vista à sua aplicação prática. A situação é diferente na Alemanha, onde, durante todo o séc. XIX, domina a Pandektenwissenschaft (ciência pandectística), baseada no estudo dogmático do direito romano; é apenas na sequência da codificação do direito civil, no final do século, que a importância do direito romano diminui no ensino universitário (Introdução Histórica ao Direito, p. 350 e 513).*

¹⁶ Especificamente leciona Brêtas: *As ideias do vínculo pessoal coercitivo e da sujeição ou subordinação derivam dos traços marcantes de qualquer relação jurídica, segundo tradicional doutrina civilista, desde o Direito Romano”* (Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 86). De igual maneira é a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero: *“A ideia da relação jurídica surgiu no direito material, fruto da pandectística alemã. O pensamento jurídico alemão, ancorado na pandectística alemã do século XIX, não se fundou no jusnaturalismo. O pensamento alemão pretendia um discurso eminentemente científico, ignorando qualquer fundamento que pudesse decorrer do direito natural ou das ideias que presidiram a formação do jusnaturalismo racionalista de inspiração francesa (Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil. p. 427-428).*

*admissibilidade e condições prévias para a tramitação de toda relação jurídica processual”*¹⁷.

Lembra André Cordeiro Leal¹⁸:

Segundo seu entendimento, o processo seria uma relação jurídico sui generis que, em constante movimento e transformação, se desenvolvia perante funcionários públicos, envolvendo, assim, tanto o Estado como o cidadãos, justificando-se aí a inserção do processo no âmbito do Direito Público.

Denota-se que Bülow buscava a construção do conhecimento científico jurídico de forma pura, afastando-se do jusnaturalismo predominante na França¹⁹. Já na Itália, Giuseppe Chiovenda foi o jurista responsável por realizar a ligação dos estudos jurídicos desenvolvidos por Bülow com os desenvolvidos em seu país²⁰, promovendo a difusão da concepção do processo como relação jurídica entre as partes.

Evidencia-se que a teoria da relação jurídica encontra na Itália seu ápice de purificação conceitual em relação ao direito material, com os estudos desenvolvidos por Chiovenda, Calamandrei e Liebman, notadamente pela sistematização do direito processual em: processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar²¹.

Com a eclosão da 2ª grande guerra, Liebman deixa a Itália²² e chega ao Brasil, sendo convidado a lecionar na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, permanecendo no Brasil até 1946. Neste esteio, Liebman é o jurista que trouxe para o Brasil os estudos desenvolvidos no âmbito do Direito Processual, notadamente a concepção do processo como relação jurídica entre autor, réu e juiz, estaque das questões controvertidas e discutidas no seio do direito material.

¹⁷ AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de. COSTA, Fabrício Veiga. SOUZA, Maria Inês Rodrigues de. TEIXEIRA, Welington Luzia. Processo, Ação e Jurisdição em Oskar von Bülow. In: LEAL, Rosemiro Pereira Leal (Coord.). Estudos Continuidos de Teoria do Processo: A pesquisa jurídica no curso de Mestrado em Direito Processual – Processo, Ação e Jurisdição em Bülow, Goldschmidt, Guasp e Couture. Vol. IV. Porto Alegre: Síntese, 2005.

¹⁸ O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no direito Processual Democrático, p. 81.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a formação do Código Buzaid, RePro, n. 183. p. 168.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a formação do Código Buzaid, RePro, n. 183. p. 170.

²¹ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a formação do Código Buzaid, RePro, n. 183. p. 172.

²² Para melhor elucidação: “Liebman deixa a Itália por conta das agitações oriundas do clima da Segunda Grande Guerra. Depois de passar um período em Montevideú, Uruguai, em que foi acolhido por Eduardo Couture, rumo para o Brasil, para lecionar primeiro por breve período na Universidade de Minas Gerais, em Belo Horizonte, para logo depois fixar residência em São Paulo, onde foi convidado para ensinar na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco. Chega ao Brasil no início da segunda Guerra Mundial, nele permanecendo até 1946” (MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a formação do Código Buzaid, RePro, n. 183. p. 173).

É neste contexto histórico que o Código de Processo Civil vigente fora criado. Em 1964 Alfredo Buzaid (ex-aluno de Liebman e professor catedrático de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) entrega o anteprojeto do Código de Processo Civil, a pedido de Oscar Pedrosa Horta, Ministro da Justiça, sendo sancionado em 1973 pelo presidente da República Emílio Médici, atuando de maneira decisiva o então Ministro da Justiça Alfredo Buzaid²³.

Tem-se que o Código de Processo Civil de 1973 acolheu integralmente a teoria do processo como relação jurídica²⁴, resultando “*na construção de um processo individualista, patrimonialista, dominado pelos valores da liberdade da segurança, pensado a partir da ideia de dano e vocacionado tão somente a prestação de uma tutela jurisdicional repressiva*”²⁵.

4 O PROCESSO NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A partir da concepção de Estado de Direito e Estado Democrático passa a ser impossível a conciliação da teoria do processo como relação jurídica²⁶, especificamente pelo fato de que, para o presente trabalho científico, o Estado Democrático de Direito está em constante aperfeiçoamento, não sendo uma construção acabada, motivo pelo deve ser compreendido como o produto da conjugação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático²⁷.

²³ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a formação do Código Buzaid, RePro, n. 183. p. 176-177.

²⁴ Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012. p. 86.

²⁵ MITIDIERO, Daniel. O Processualismo e a formação do Código Buzaid, RePro, n. 183. p. 191. Brêtas: “*Na realidade, a idéia civilista tradicional de relação jurídica, como vínculo de exigibilidade de conduta entre os sujeitos, acarretando a sujeição de um deles ao outro, contaminou cegamente a ciência do direito processual no Brasil, mas, ao que pensamos, mostra-se inadequada para explicar, satisfatoriamente, sob os cânones da própria ciência processual contemporânea, as posições que assumem os sujeitos envolvidos no processo*” (Processo constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012. p.88).

²⁶ André Cordeiro Leal registra que: “*O referido conceito, no entanto, não resistiu às críticas que se lhe seguiram. Uma delas diz respeito à própria idéia de relação jurídica, que, nos moldes tradicionais do Direito Privado, implica a sujeição entre pessoas, no sentido de que uma delas pode exigir o cumprimento de uma obrigação, ou dever jurídico, em face de outra*” (O Contraditório e a fundamentação das Decisões. p. 82).

²⁷ Disserta Bretas: “*Consideramos que a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso as dá pelas normas constitucionais. Para se chegar a essa conclusão, impõe-se perceber que a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo (por exemplo, parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição brasileira; artigos 3º e 10º da Constituição portuguesa; e artigo 20 da Lei Fundamental de Bonn, a Constituição da Alemanha)*” (Processo constitucional e Estado Democrático de Direito, 2010. p.58-59).

Tem-se, assim, que em virtude da constante e inacabada construção do Estado Democrático de Direito, tornou-se fundamental atribuir outra roupagem ao processo, notadamente à decisão jurisdicional, diante do marco do modelo constitucional e democrático do processo, em virtude da necessidade de se garantir a efetiva participação dos destinatários na formação do provimento final, como meio de legitimar a decisão.

A decisão jurisdicional no Estado Democrático de Direito somente será legítima pelo exercício da jurisdição através da observância das garantias processuais constitucionais, isto é, deve haver a estrita observância, não havendo espaço para desvios, dos fundamentos do Estado Democrático de Direito²⁸.

A partir da promulgação da Constituição Democrática de 1988 houve a necessidade de se revistar vários institutos a fim de se verificar a sua compatibilidade com a base principiológica processual inserta no texto constitucional. A doutrina tem desempenhado a relevante tarefa de revisitar os institutos jurídicos com o compromisso de passá-los pelo filtro constitucional, bem como de perquirir a compatibilidade de eventuais práticas adotadas pelos tribunais dos Estados com os princípios fundantes do Estado Democrático de Direito.

Neste esteio, com maior intensidade busca-se desconstruir as bases alicerçadas pela teoria da relação jurídica (absorvida no Brasil pela Escola Paulista de processo sob o rótulo de instrumentalismo processual), que situa o processo como um instrumento à disposição do julgador, assim, como busca expurgar práticas que não coadunam com o processo no Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, os estudos desenvolvidos pelo italiano Elio Fazzalari que renova a concepção de processo e procedimento, com o fim de repelir a discricionariedade facultada ao juiz pela teoria da relação jurídica, ancorada no Brasil pela obra de Aroldo Plínio Gonçalves intitulada de Técnica Processual e Teoria do Processo, eleva o contraditório a uma dimensão técnica, conceituando o processo como procedimento em contraditório em simétrica paridade.

Aroldo Plínio Gonçalves afirma:

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da

²⁸ A respeito, Brêtas: “De qualquer forma, não conseguimos esconder nossa preferência pela posição doutrinária que enxerga o Estado de Direito e o Estado Democrático como verdadeiros princípios conexos e normas jurídicas constitucionalmente positivadas” (Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 57-58).

*participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.*²⁹

Nota-se que os estudos iniciados por Fazzalari representam um marco para a teoria do direito processual, especificamente pelo fato de que buscam a eliminação da noção do processo como meio de exercício da jurisdição, bem como retira a ideia de que a decisão final é o resultado isolado da atividade desenvolvida exclusivamente pelo juiz (solipsismo judicial).

Disserta Elio Fazzalari³⁰:

Como repetido, o “processo” é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades.

Não basta, para distinguir o processo do procedimento, o relevo que no processo tem participação de mais sujeitos, cujos atos que constituem são movidos não somente pelo autor do ato final, mas também por outros sujeitos. Como ressaltado, quando se fala em procedimento “plurissubjetivo”, refere-se ao esquema de atividade em seqüência, movida por mais sujeitos, que se distingue do esquema do verdadeiro e próprio do processo. De resto, ninguém considera que a participação do privado consiste no pedido de licença de caça, e a participação do órgão consultivo que fornece ao autor do provimento o próprio parecer transforme o procedimento em processo. É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente o contraditório.

Rosemiro Pereira Leal enfatiza a importância de Fazzalari para o estudo do Direito Processual:

“Coube ao processualista italiano Elio Fazzalari a iniciação dos estudos para ressemantizar o instituto do Processo em conceitos que o distinguem do procedimento, que é a sua estrutura técnico-jurídica, bem assim resgatá-lo de teorias que o colocavam como mero veículo, método ou meio, fenômeno ou expressão, da atividade jurisdicional para produzir provimentos (sentenças). O ilustre processualista explicitou que o processo não se define pela mera seqüência, direção ou finalidade dos atos praticados pelas partes ou pelo juiz, mas pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma seqüência de atos exteriorizadores do processo, equivalia a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual.

Procedimento sem norma de comando estrutural é um amontoado de atos não jurídicos sem qualquer legitimidade, validade e eficácia. Mesmo que o procedimento se realize pelo modelo normativo, se não contiver o dado legal do contraditório em sua estrutura jurídica espaço-temporal, conforme em obra científica e incomparável relata o prof. Aroldo Plínio Gonçalves em estudo pioneiro no Brasil, não há processo. De outra face, a sentença (provimento) não é, nessa teoria, um ato sentimental e solitário do juiz, mas uma consequência e

²⁹Técnica Processual e Teoria do Processo, 1992 p. 98.

³⁰Instituições de Direito processual, p.118-119.

expressão jurídica, racionalizada e categoricamente conclusiva, dos atos realizadores do procedimento em contraditório entre as partes”³¹.

Neste esteio, ainda, leciona Rosemiro Pereira Leal:

“Essa perda semântica do sentido interdital da decisão (decisionismo pela autoridade-vontade executiva), cujo resgate ainda foi lamentavelmente tentado por Carl Schmitt, possibilitou o enquadramento teórico da decisão no conceito de provimento do hodierno direito processual italiano, que, com Fazzalari, significando julgamento vinculado ao espaço técnico-procedimental-discursivo do processo cognitivo de direitos, como conclusão co-extensiva da argumentação das partes, adquiriu conotação de ato integrante final da estrutura do procedimento. Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor”³².

Todavia, em que pese o grande avanço perpetrado pela teoria fazzalariana ou teoria estruturalista do processo³³, essa se mostrou insuficiente, visto que inexiste uma reflexão constitucional do processo como direito-garantia constitucional³⁴.

Regista André Del Negri³⁵:

Apesar de Fazzalari ter aberto as portas da Ciência Processual para o mundo e tratado de forma singular o contraditório no estudo do Processo, superando as equivocidades dos conceitos entre Processo e Procedimento, sua teoria não atingiu um dos propósitos centrais do atual Processo estudado na contemporaneidade. Já se disse, numa expressão feliz, que o Processo é uma espécie de Procedimento realizado em contraditório (revolução conceitual), mas

³¹ Teoria geral do processo: primeiros estudos. p. 69.

³² LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Processual da Decisão Jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na Teoria Discursiva, Legitimidade Decisória e Devido Processo Constitucional. São Paulo: Landy, 2002, p.27.

³³ A expressão “Teoria estruturalista” foi cunhada pelo professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias na obra Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2º ed., ver e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 212.

³⁴ Rosemiro Pereira Leal ensina que: “o que seria de notar na teoria fazzalariana do Processo, ponto fulgurante, neste século, do estudo do Direito Processual, é que Fazzalari, ao distinguir Processo e procedimento pelo tributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de Processo, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia ou de instituição constitucionalizada regente dos procedimentos como preconiza minha teoria neoinstitucionalista do processo. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é instituto de direito constitucional e não mais qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional (LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. p. 69). Brêtas: por tais razões, a teoria estruturalista elaborada por Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõem a teoria constitucionalista, porque a inserção do princípio do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual correlacionada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e de legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada” (Brêtas, Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 93).

³⁵ Controle de constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática, p. 100.

o que parece ter dificultado a teoria fazzalariana é o fato de o Direito ser garantido pelo Juiz (guardião). Pode-se notar nos ensinamentos André Leal, que Fazzalari é considerado o fundador da ciência do Processo, mas o processualista italiano “deixa um brecha em sua teoria que ainda tropeça no paradoxo de Bülow.

Neste prisma, com a constante evolução da teorização da ciência processual e a partir da construção doutrinária de Elio Fazzalari o processo passou pelo crivo constitucional desenvolvendo-se a teoria do processo constitucional, que, de igual maneira, refuta a teoria do processo como instrumento da jurisdição.

O processo passa a ser compreendido como garantia fundamental da democracia (assegurada pelo Estado Democrático de Direito), sendo, ainda, o exercício da função jurisdicional somente legitimada pelo processo com total observância do devido processo constitucional³⁶.

Neste esteio, em virtude da construção do Estado Democrático de Direito, o processo deve ser compreendido como um instrumento capaz de garantir os direitos estabelecidos na Constituição, especialmente o direito de petição, ao contraditório, a ampla defesa, a fundamentação da decisão, a duração razoável do processo, haja vista que o processo passa a ser visto como uma garantia constitucional, não sendo mais um meio para o exercício da atividade jurisdicional³⁷.

Assim, a partir da promulgação das constituições dos Estados modernos, com a conseguinte, constitucionalização do Direito Processual, em razão da expressa previsão de garantias processuais nos textos constitucionais, o processo no Estado Democrático de Direito deve garantir o devido processo constitucional³⁸.

Sobre o tema leciona Bernardo Gonçalves Fernandes:

A constituição brasileira de 1988 abre-se com a afirmação de se constituir como um “Estado Democrático de Direito”, revelando assim uma constante preocupação com o exercício legítimo do Poder Público, e por isso mesmo

³⁶ Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012. p. 84-95.

³⁷ Registra José Alfredo de Oliveira Baracho: “A relação existente entre Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. A constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, casa vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo. A jurisprudência e a doutrina preocupam-se, cada dia mais, com os direitos fundamentais, daí a necessidade de medidas processuais que tenham como finalidade tutelar a liberdade, a igualdade e a dignidade, inspirando-se em princípios de justiça individual e social. As constituições da Itália, Alemanha Federal, França, Espanha e outras, posteriores á Segunda Grande Guerra Mundial, estabeleceram expressa ou implicitamente múltiplas garantias constitucionais de caráter processual” (Processo constitucional, p.122).

³⁸ Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012, p. 89.

denotando uma forte preocupação com o processo como instituto jurídico garantidor dessa legitimidade.

Mas, para que isso seja bem compreendido, é preciso que superemos de vez a arcaica noção de processo como “instrumento da jurisdição” veiculada por autores ligados à Escola Paulista de Processo (que abrange diversas faculdades de direito). Sua origem remonta à vinda do processualista italiano Enrico Túlio Liebman para o Brasil. Seguindo a tradição ítalo-germânica que supera a leitura privatística do processo, Oskar Von Bülow, e, 1868, ganha destaque no cenário jurídico afirmando que o processo se apresenta na forma de uma “relação jurídica” entre o magistrado, o autor e o réu. Como consequência disso, haveria um enlace de direitos e obrigações entre os sujeitos processuais, mas principalmente, um vínculo de subordinação do autor e do réu ao juiz. Se por um lado positivo, o pensamento de Bülow foi importante para realizar uma completa cisão entre direito material e direito processual, por outro levou a uma leitura que confundia o processo com a jurisdição, colocando o primeiro a serviço do segundo como um instrumento. Na verdade, tal teoria não pode prosperar, já que contribui para a perda de legitimidade da decisão jurisdicional, uma vez que hipertrofia o papel do magistrado dentro da dinâmica processual, causando, em nossa ótica, perda de legitimidade decisória e um verdadeiro bloqueio para a abertura dialógica entre o magistrado e as partes³⁹.

Conclui-se, portanto, a partir de tais premissas que o devido processo constitucional configura-se um bloco aglutinante de direitos e garantias fundamentais conferidas pela Constituição Federal de 1988, sendo o elemento estruturante do processo constitucional.

Neste esteio, o processo desloca o eixo para a Constituição, enraizando os ganhos advindos da concepção do Estado Social e avançando para o marco procedimental do Estado Democrático de Direito, passando a ser entendido como metodologia de aplicação dos direitos fundamentais⁴⁰.

Sob o prisma do Estado Democrático de Direito é a efetiva participação no procedimento que confere legitimidade a decisão a final, ou seja, o provimento final deve ser um resultado da construção participada das partes em contraditório, com a estrita observância do devido processo legal e seus princípios correlatos (art. 5º, LXXVIII, CF/88).

Ante a tais considerações e a partir da evolução da ciência processual, denota-se que o processo não é concebido como uma simples sequência de atos para o exercício da atividade jurisdicional, mas como uma garantia fundamental do Estado Democrático⁴¹,

³⁹ Curso de Direito Constitucional, 2011, p. 333-334.

⁴⁰ ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de Andrade. LAGE FARIA, Guilherme Henrique. O Modelo Social do Processo: Conjecturas Sobre suas origens, desenvolvimento e crise frente ao novo paradigma do estado Democrático de Direito, p. 22.

⁴¹ Brêtas leciona: *em síntese, mais uma vez escudados na doutrina de Baracho, podemos dizer que a teoria constitucionalista do processo toma por base a idéia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do*

com o fim de promover um espaço argumentativo de efetiva participação em contraditório das partes, para a construção de uma decisão final legítima, com a total expurgação da concepção de processo como instrumento da jurisdição, inexistindo espaço para a atribuição de um privilégio cognitivo ao julgador, visto que a decisão jurisdicional final é fruto da atuação dos sujeitos processuais em simétrica paridade democrática, em virtude da redefinição do espaço endoprocessual tornando-o discursivo democraticamente.

5 A DECISÃO JUDICIAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – LEI 13.105/2015

A partir dos estudos que buscam construir bases teóricas sólidas para o desenvolvimento da ciência processual, em razão do Estado Democrático de Direito, tornou-se evidente a necessidade de se retirar por completo a concepção que atribui ao juiz um privilégio cognitivo, devendo o processo ser entendido como um espaço procedimental discursivo, visto que todos os sujeitos processuais, de forma igualitária, formam o provimento final, tendo como viga mestra o policentrismo e participação processual⁴². Neste prisma, as garantias processuais estabelecidas na Constituição da República são as diretrizes do processo constitucional, devendo ser incorporadas na prática processual. A demonstração de tal afirmação é o que prescreve os arts. 5 (boa-fé processual), 6 (cooperação), 9 (contraditório como garantia de não surpresa), 10 (contraditório como garantia de não surpresa e influência), do Novo CPC, respectivamente:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

processo constitucional. A viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tornando-se por base os pontos estruturais adiante enumerados, que formatam o devido processo constitucional ou modelo constitucional do processo: a) – o direito de ação (direito de postular a jurisdição); b) – o direito de ampla defesa; c)- o direito ao advogado ou ao defensor público; d) o direito ao procedimento desenvolvido em contraditório; d) – o direito à produção da prova; e) – o direito ao processo sem dilações indevidas; f) – o direito a uma decisão proferida por órgãos jurisdicional previamente definido no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); g) – o direito aos recursos (Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito, 2012. p.92-93).

⁴² DIERLE NUNES, *Processo Jurisdicional Democrático*, 2009. Disserta ainda: “O processualismo constitucional democrático seria uma concepção teórica que busca a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudossocialização processual (neoliberalismo processual), vistas em tensão, e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo como estrutura de formação das decisões, ao partir do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões” (NUNES, Dierle. *Jurisdição, Processualismo Democrático e Alguns Novos Dilemas e Papéis da Ciência Processual*, p.114).

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I – à tutela provisória de urgência;

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III – à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Assim, evidencia-se que o novo formalismo inaugurado pelo Código de Processo Civil objetiva promover a atuação das partes em igualdade, acabando com toda atuação privilegiada de qualquer sujeito processual (tensão indispensável entre o liberalismo, socialismo e socialização processual) demonstrando, por conseguinte, a necessidade de uma interpretação conjunta dos arts. 5º, 6º, 9º 10º, 489, §1º e 495.

Lecionam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron:

Uma das bases da perspectiva democrática, trazida no Novo CPC, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, impondo que a comunidade de trabalho deva ser revista em perspectiva policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo, induzindo a convivência de poderes diretivos e gerenciais do juiz com uma renovada autonomia privada das partes e dos advogados (como v.g., na cláusula de negociação processual – art. 189), mediante as balizas do contraditório como garantia de influência (art. 10) e na fundamentação estruturada (art. 486) que fomentarão o melhor debate de formação decisória, que permitirá a diminuição das taxas de recursos e, ainda, imporá a diminuição do retrabalho processual na medida em que todos deverão exercer na primeira vez sua atividade com alta responsabilidade. Diversamente de hoje, em que as atividades processuais exercidas com superficialidade induzem a prática do mesmo ato processual (decisões, por exemplo) inúmeras vezes no mesmo procedimento em devido processo (Novo CPC – Fundamentos e Sistematização, 2015, p. 70).

Neste sentido, o juiz, ao proferir sua decisão deve demonstrar de forma inequívoca e objetiva as razões que o levou a decidir, em virtude de que o contraditório, nos termos do que prescreve o art. 10 do novo CPC, passou a ser entendido como uma garantia de não

surpresa⁴³ e de influência, ensejando na observância pelo julgador dos deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio⁴⁴.

Evidencia-se que a asseguuração da garantia processual constitucional do contraditório é o fator de legitimação da construção participada da decisão jurisdicional⁴⁵, sendo inadmissível sua expurgação ou mitigação, não se admitindo a noção de processo e, por conseguinte, da decisão jurisdicional como simples externalização da jurisdição pelo Estado⁴⁶ (art. 5º, inc. LV, da CF/88). Torna-se inexorável perceber então a evolução do princípio do contraditório ao longo da epistemologia processual, de tal sorte que deixou de ser “*apenas ciência bilateral e contrariedade dos atos e termos processuais*”⁴⁷ e se tornou garantia de efetiva influência, o que leva Brêtas a qualificá-lo como um “*quadrinômio*”, composto pelo direito de “*informação – reação – diálogo – influência*”⁴⁸.

A partir de tais premissas e aliada à garantia processual de publicidade dos atos judiciais, o § 1º, do art. 489, do CPC⁴⁹ prescreve as hipóteses em que uma decisão judicial

⁴³ Novo CPC – Fundamentos e sistematização, 2015, p. 92.

⁴⁴ Novo CPC – Fundamentos e sistematização, 2015, p. 92.

⁴⁵ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero registram: “*Embora a sua base esteja no princípio político da participação, entende-se que o mecanismo técnico jurídico capaz de expressar o direito de alguém participar de um processo que o afeta em sua esfera jurídica é o do contraditório, presente na Constituição Federal na qualidade de direito fundamental (art. 5º, LV, da CF)*” (Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil, p.443).

⁴⁶ André Cordeiro Leal registra: “*A retomada de um caminho adequado da análise dos provimentos jurisdicionais no Brasil passaria, em primeiro lugar, pelo reconhecimento do processo como instituição hábil a assegurar a legitimação dos atos estatais no Estado Democrático de Direito e da força normativa que esse paradigma impõe aos princípios. A partir daí, a institucionalização do processo efetivada pela constituição de 1988 determina que o ato judicante não mais pode ser abordado como instrumento posto à disposição do Estado para atingir objetivos metajurídicos por via de atividade solitária do julgador. A justiça não mais é a do julgador, mas do povo (fonte única do Direito), que a faz inserir em leis democraticamente elaboradas*” (O Contraditório e a fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático, p. 102).

⁴⁷ BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, 2015 p. 126.

⁴⁸ BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, 2012, p. 133.

⁴⁹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

não será fundamentada, prescrevendo, por conseguinte, de forma negativa o que constituiria uma decisão fundamentada estruturadamente⁵⁰.

Depreende-se, por conseguinte, que na nova sistemática processual civil brasileira, o contraditório, entendido como garantia de não surpresa e de influência, é o vetor legitimante da decisão jurisdicional, motivo pelo qual o julgador não detém posição privilegiada de cognição, na medida em que o resultado final obtido através do processo, isto é, a decisão, é fruto da atuação participada e policêntrica de todos os sujeitos processuais.

6 MECANISMO DO JULGAMENTO VIRTUAL PARA A FORMAÇÃO DA DECISÃO COLEGIADA

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13. 105/2015, que entrará em vigor em 17.03.2016, regulamentou a prática do julgamento virtual, no art. 945, *in verbis*:

“A critério do órgão julgador, o julgamento dos recursos e dos processos de competência originária que não admitem sustentação oral poderá realizar-se por meio eletrônico.

§ 1º O relator cientificará as partes, pelo Diário da Justiça, de que o julgamento se fará por meio eletrônico.

§ 2º Qualquer das partes poderá, no prazo de 5 (cinco) dias, apresentar memoriais ou discordância do julgamento por meio eletrônico.

§ 3º A discordância não necessita de motivação, sendo apta a determinar o julgamento em sessão presencial.

§ 4º Caso surja alguma divergência entre os integrantes do órgão julgador durante o julgamento eletrônico, este ficará imediatamente suspenso, devendo a causa ser apreciada em sessão presencial.”

Em tal forma de julgamento o relator incluirá o feito a ser julgado em uma sessão virtual, sendo que os demais componentes da turma julgadora irão proferir seu voto no ambiente virtual, nos respectivos gabinetes com a dispensabilidade da sessão presencial.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

⁵⁰ Novo CPC – Fundamentos e Sistematização, 2015, p. 99.

Na dicção do § 4º, do art. 945, do novo CPC em caso de divergência, o feito será suspenso, passando a ser julgado em sessão presencial, notadamente em virtude da técnica de julgamento estabelecida no art. 942, do diploma processual citado.

Evidencia-se que a adoção da forma de julgamento virtual pode ocasionar desnaturalização do órgão colegiado, notadamente pelo fato de que a ausência de reunião do da turma julgadora, podendo acarretar na diminuição e até a eliminação do debate entre o órgão julgador.

É fácil perceber que a adoção do julgamento virtual surge a partir da deturpada noção de acesso à justiça⁵¹ e se move por apaixonados discursos a favor da máxima celeridade processual. Por obviedade, a celeridade na prestação jurisdicional agrada a todos, mesmo porque possui normatividade constitucional, mas não pode empobrecer outras garantias processuais.

De igual maneira, o julgamento virtual, em certa medida, expurga a publicidade da decisão, diminuindo, por conseguinte, a possibilidade de fiscalização de toda a sociedade do exercício da função jurisdicional, especificamente pelo fato de que somente as partes podem efetuar a oposição ao julgamento virtual.

Lado contrário, evidencia-se que tal forma de julgamento pode contribuir para a promoção da razoável duração do processo, visto que através da ferramenta digital a apreciação e análise dos processos em curso na instância revisora pode se dar de maneira mais ágil, viabilizando, por conseguinte, a diminuição do aparelho estatal.

Assim, para a solução dos problemas advindos da adoção do julgamento virtual, notadamente pelo fato de que o exercício da função jurisdicional pelo Estado se dá em benefício do povo, evidencia-se a necessidade de criação de mecanismos que objetivam a expurgação das questões fraturantes atinentes a uma possível diminuição da colegialidade dos órgãos julgadores, bem como da publicidade das decisões, especificamente pelo fato de promover uma diminuição da faculdade de fiscalização do exercício da atividade jurisdicional.

7 CONCLUSÃO

⁵¹ O problema do acesso à justiça é dissecado por Dierle Nunes e Ludmila Teixeira. Conferir Acesso à justiça democrático. NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. Gazeta jurídica, 2013.

A concepção do Estado democrático de Direito demandou a efetivação de pesquisa científica, com o objetivo primordial de realizar a adequação da ciência processual aos princípios estruturantes do Estado de Direito e do Estado Democrático.

Assim, o presente trabalho procurou explicitar a necessidade de uma construção efetivamente participada do mérito, garantindo-se o efetivo contraditório, o devido processo legal e as demais garantias processuais constitucionais encontram guarida na Constituição Federal de 1988, inaugurado um quadro efetivamente processual democrático.

No atual contexto constitucional, o processo não pode ser entendido como o meio de exercício da atividade jurisdicional, mas, sim, como um método de garantia dos direitos fundamentais, assim, como da democracia, que somente é legítimo quando há a efetiva e simétrica participação das partes, para a preparação do provimento final, com a estrita observância do devido processo constitucional.

Denota-se que o Estado Democrático de Direito no exercício da função jurisdicional, cuja decisão (sentença terminativa ou extintiva e acordão) proferida através da metodologia do julgamento virtual ou não, deve ser proferida em nome do povo, para o fortalecimento da democracia e do Estado de Direito.

Neste esteio, observa-se de todo o exposto no presente trabalho que o Estado exerce a função jurisdicional em favor do povo (o poder político externalizado pelo Estado emana do povo, na dicção do parágrafo único, do art. 1º, da CF/88) e sendo a decisão final resultante do exercício de tal atribuição essencial evidencia-se que deve ser proferida em seu nome, sendo o contraditório o vetor de legitimação da decisão.

Enfim, a atuação do Estado no exercício das suas funções essenciais (legislar, governar e julgar) deve se dar sempre em nome do povo e em benefício dos interesses de toda a coletividade, tendo em vista que o poder político conferido ao Estado fora efetuado pelo povo. Em virtude de tal premissa, a decisão jurisdicional, na concepção do Estado Democrático de Direito, somente pode ser proferida em seu nome e em total respeito às normas constitucionais e infraconstitucionais promulgadas pelo povo através dos seus representantes eleitos (processo constitucional legiferante).

8 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Francisco Rabelo Dourado de Andrade. LAGE FARIA, Guilherme Henrique. *O Modelo Social do Processo: Conjecturas Sobre suas origens, desenvolvimento e crise frente ao novo paradigma do estado Democrático de Direito*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c59115e88a6dbe2f>>. Acesso em 17. jul.2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil: *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 7ª ed. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAHIA. Alexandre Melo Franco. NUNES, Dierle José Coelho. PEDRON. Flávio Quinaud. THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Novo CPC – Fundamentos e Sistematização*, Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Revista Forense.337, p 105-123, Rio de Janeiro, jan./mar.1997.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da constituição. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 331-345.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª. ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*.2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*.3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A Legitimidade democrática da constituição da República Federativa do Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.235-262.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. 4ª ed. São Paulo: Bookseller, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. *Processo Constitucional e decisão interna corporis*, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FAZZALARRI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Trad. Elaine Nassif. 8ª.ed.São Paulo: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. 813p.

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

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727p.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e Constituição democrática. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim e CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 306 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Estudos continuados de teoria do processo: volume 5 : a pesquisa jurídica no curso de mestrado em direito processual : processo, ação e jurisdição em Chiovenda, Carnelutti, Liebman e Fazzalari : ano 2004*. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2004.

- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 10.ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Forense, 2011.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica: ato de decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na Teoria Discursiva, Legitimidade Decisória e Devido Processo Constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3ª.ed.São Paulo: Saraiva, 1999.
- NELSON, Jacinto. A contribuição da constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.221-231.
- NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*. 1ª Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- NUNES. Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.349-362.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria do Processo contemporâneo* <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volumeespecial/02.pdf>> Acesso em 17. jul.2015.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo, jurisdição e processualismo constitucional democrático*. Disponível em <https://www.academia.edu/4610147/Processo_jurisdico%C3%A7%C3%A3o_e_processualismo_constitucional_democratico_-_Dierle_Nunes_e_Alexandre_Bahia> Acesso em 17. jul.2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Declaração Universal dos Direitos Humanos: desafios e perspectivas*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Belo Horizonte, n. 7, p. 11-37, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- POPPER, Karl Raimund. *A lógica da pesquisa científica*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Kultrix, 2006.

- SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- SILVA, Virgílio Afonso da (org). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TAVARES, Fernando Horta (Coord). *Constituição, Direito e Processo*. Curitiba: Juruá, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.233-263.