

**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).

**PROCESSO CONSTITUCIONAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: EM
BUSCA DE UMA OPERACIONALIDADE DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS
ATRAVÉS DA AUTONOMIA E DA RESPONSABILIDADE DAS PARTES**

**CONSTITUTIONAL PROCESS AND STATE RIGHT TO DEMOCRACY: ON A
SEARCH OF OPERATIONAL APPOINTMENTS COURT THROUGH AUTONOMY
AND RESPONSIBILITY OF THE PARTIES**

Allan Duarte Milagres Lopes

Resumo

O artigo discutirá sobre a necessidade de analisar, numa perspectiva democrática, se a função jurisdicional é capaz de, solitariamente, produzir uma mudança social através de suas decisões, de modo que as funções fundamentais do Estado se confundam, atribuindo ao juiz a missão de atender aos anseios sociais, valorando os interesses públicos em face dos interesses privados. Apresentar-se-á uma reflexão democrática a fim de fazer com que compreendamos que não há primazia do interesse público sobre o interesse privado (perspectiva estatista) e que, diante da litigiosidade em grande quantidade, o Estado não obterá a concretização dos direitos fundamentais e sociais através da sua função jurisdicional de forma solipsista. Demonstrar-se-á, também, que o Estado deve sopesar a autonomia pública e a autonomia privada e garantir o espaço dialógico às partes (interessados) na preparação de um determinado provimento judicial, permitindo-as a participarem e a influenciarem durante todo o procedimento, para decidir com maior legitimidade e racionalidade. Por fim, analisar-se-á acerca da indispensabilidade de procedimentalizar o Direito, a partir da liberdade das partes em negociar procedimentos.

Palavras-chave: Processo constitucional, Estado democrático de direito, Autonomia pública e privada

Abstract/Resumen/Résumé

The article will discuss the need to analyze in a democratic perspective, if the court is able to function, solitary, producing social change through their decisions, so that the fundamental functions of the State are confused, giving the judge the task of meet social expectations, valuing the public interest in the face of private interests. Present shall be a democratic reflection in order to make understand that there is no primacy of public interest over private interest (statist perspective) and that given the litigation aplenty, the state will not get the achievement of fundamental rights and social through its judicial functions of solipsistic way. It will demonstrate, too, that the State must weigh the public autonomy and private autonomy and ensure dialogic space to the parties (stakeholders) in the preparation of a specific legal provision, allowing them to participate and influence throughout the procedure to decide with greater legitimacy and rationality. Finally, it will be analyzed about the indispensability of procedimentalizar the law, from the freedom of the parties to "negotiate" procedures.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional process, State right to democracy, Public and private autonomy

1 – Considerações iniciais

A partir da década de 30¹, embora tenha atravessado momentos de ascensão militar, o Estado brasileiro sofreu considerável influência do constitucionalismo de Weimar (1919), marcando uma *“profunda alteração na concepção do constitucionalismo liberal”* (CARVALHO, 2010, p. 263).

Kildare exemplifica algumas dessas mudanças:

As Constituições de sintéticas passam a analíticas, consagrando nos seus textos os chamados direitos econômicos e sociais; a democracia liberal-econômica dá lugar à democracia social, mediante a intervenção do Estado na ordem econômica e social, sendo exemplos desse fenômeno as Constituições do México, de 1917, a de Weimar de 1919 e, no Brasil, a Constituição de 1934 (CARVALHO, 2010, p. 263).

Ultrapassados os princípios liberais, em que havia uma *“vinculação do Judiciário às leis gerais e abstratas, além da limitação à interpretação da lei pelo juiz (juiz bouche de la Loi)”* (BAHIA, 2005, p. 11), Alexandre Bahia afirma que, com base num estudo sobre Ingeborg Maus, com a ascensão do nazismo, houve uma cobrança na Alemanha à desvinculação do juiz à lei (e à Constituição de Weimar) e que após a 2ª Guerra Mundial o Judiciário assumiu um importante papel *“na reconstrução institucional do País”* (BAHIA, 2005, p. 11).

De forma vertiginosa, os princípios do Estado Social intensificaram-se, fazendo com que as tarefas do Estado aumentassem em vez de diminuir (NUNES; TEIXEIRA, 2013), obrigando-o a *“assegurar uma ordem social igualitária”* (LUBBE-WOLFF, 2013, p. 3), o que fez com que o povo reconhecesse, ou, no mínimo, afervorasse, uma dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado, acentuando a primazia da efetivação dos direitos sociais em detrimento da observância da competência das funções fundamentais do Estado², baralhando o papel entre o Judiciário, o Legislativo e o Executivo.

¹ Assinala-nos Paulo Bonavides que *“com a Constituição de 1934 chega-se à fase que mais de perto nos interessa, porquanto nela se insere a penetração de uma nova corrente de princípios, até então ignorados do direito constitucional positivo vigente no País. Esses princípios consagravam um pensamento diferente em matéria de direitos fundamentais da pessoa humana, a saber, faziam ressaltar o aspecto social, sem dúvida grandemente descuidado pelas Constituições precedentes. O social aí assinalava a presença e a influência do modelo de Weimar numa variação substancial de orientação e de rumos para o constitucionalismo brasileiro”* (BONAVIDES, 2014, p. 374).

² Conforme doutrina do professor Ronaldo Bretas, *“como já definido em doutrina secular, três são as funções jurídicas essenciais ou fundamentais do Estado, a legislativa, a governamental ou administrativa e a*

Nessa perspectiva, foi-se arquitetando a Constituição de 1988, a qual se “comprometeu”, num viés estatista, a transformar socialmente o país, de maneira “*a judicializar algumas das importantes questões políticas no Brasil*” (APPIO, 2003, p. 90).

Esse ativismo dilata-se na medida em que os déficits de operacionalidade das funções executiva e legislativa se imperam, “*fruto, em alguma medida, da garantia de amplo acesso à justiça prevista pelo Texto Maior (art. 5º, XXXV e LIV, CR\88)*” (JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2013, p. 125).

Certamente, a Constituição de 1988 marcou a importância dos direitos fundamentais e sociais numa concepção democrática, no entanto, deve-se analisar, numa perspectiva de um Estado Democrático de Direito, o papel da Jurisdição frente aos “*novos perfis de litigiosidade*” (JÚNIOR; NUNES; BAHIA, 2013, p. 127), reconhecendo a incumbência das funções fundamentais do Estado e identificando a correta função do Processo e das Partes, para se alcançar a “melhor decisão” (Dworkin), já que tal Constituição que consolidou uma nova ordem jurídica, fez com que o Brasil experimentasse a democratização, por outro lado ainda faz com que o povo espere a concretização dos direitos fundamentais e sociais ali prometidos.

Importa, ademais, analisar se cabe ao Judiciário controlar e efetivar ações governamentais e políticas públicas, sob o pretexto de promover a defesa dos menos favorecidos, “*primordialmente através de Tribunais de Sobreposição, provocado mediante uma litigância de interesse público (Publicinterestlitigation – PIL)*” (NUNES, 2011, p. 42), sob o argumento de que, considerando o déficit organizacional do Estado, cabe ao Judiciário atender aos anseios sociais, sobrepondo o interesses públicos em face dos interesses privados.

Todavia, questiona-se: os Tribunais são capazes de produzir uma mudança social através de suas decisões? O juiz pode, solitariamente, implementar, complementar e melhorar políticas públicas? Mesmo ante o desarranjo organizacional do Estado, não seria prudente e necessário observar o devido processo constitucional na tomada de decisão, abandonando o protagonismo e assumindo um perfil participativo e democrático, de modo que o ativismo judicial fosse sendo eliminado gradualmente?

jurisdicional, todas exercidas por intermédio de órgãos criados pela estruturação jurídica constitucional e nos limites das normas que compõem a ordem jurídica instituída” (BRETAS, 2012, p. 23).

2 – Interesse público, interesse privado e Estado Democrático de Direito

A transição entre o Estado Liberal e o Estado Social acentuou a distinção e o reconhecimento entre a vontade pública e a vontade privada. O modelo liberal foi marcado pela distinção entre os interesses públicos e os interesses privados (“*entre o patrimônio do príncipe e do Estado*” (BARROSO, 2011, p. 87), destacando-se a autonomia privada e a “*presunção de que os cidadãos são auto-suficientes, que não precisam de qualquer auxílio estatal para defender seus direitos*” (NUNES, 2008, p. 57).

O Estado social, por sua vez, acentuando-se após a primeira Guerra, “*rompeu o equilíbrio que o modelo liberal estabelecera entre público e privado*” (BARROSO, 2011, p. 88), exercendo notada influência sob os interesses particulares, operando “*a preponderância da ideia de autonomia pública onde a própria esfera privada é vista como delimitada pela noção de bem comum, programada a partir de uma burocracia tecnocrata*” (NUNES; TEIXEIRA, 2013, p. 28).

Nesse sentido, afirmando que, a partir de então, ampliou-se significativamente o espaço público, Luiz Roberto Barroso assevera:

Dele (Estado Social) já não se espera apenas que se abstenha de interferir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população (BARROSO, 2011, p. 88).

Perceba que, com a intervenção estatal, os interesses públicos passaram a se sobreporem aos interesses privados, de modo que o “Estado de Bem-Estar Social” garantiria, através de uma Constituição, “*uma única forma de vida dita justa e digna, como pretensa condição para o exercício das liberdades individuais e políticas*” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 43).

Marcado por uma influência paternalista, assumindo para si a tarefa de cuidar de uma sociedade “incapaz”, que não apresenta condições de se autodeterminar, o Estado conceberia, através da atividade jurisdicional, a paz social, mediante a clarividência do julgador, produzindo uma mudança social e cumprindo, solitariamente, as “promessas” constitucionais.

Nesse aspecto, o povo se viu, cada vez mais, dependente em relação às prestações do Estado, descobrindo, a partir de um direito constitucional de acesso à justiça³, um Judiciário “altamente compensador” de concretização dos direitos, mas despropositado em relação às funções do Estado, extrapolando, muitas das vezes, seu “ofício” jurisdicional, até mesmo porque influenciado por diferentes tipos de litigiosidade (“*individual, coletiva e de massa ou de alta intensidade*”) (JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 20).

Todavia, é mais do que necessário realizarmos uma reflexão democrática ante a tensão entre estes dois paradigmas jurídicos (liberal e social), “*de modo a evitar os equívocos e degenerações de ambas as perspectivas*” (NUNES, 2008, p. 136), a fim de fazer com que a afirmativa de Marcelo Cattoni opere-se no cenário jurídico-político: “*a autonomia pública e a privada pressupõem-se mutuamente, sem que haja primazia de uma sobre a outra*” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2007, p. 20).

Utilizando da perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito idealizada por Habermas, deve-se reconhecer que não cabe ao Estado, solitariamente, proferir a sua decisão com o escopo de contrabalançar os interesses públicos e privados. Torna-se imperioso a garantia de uma participação política do povo e uma abertura do espaço dialógico nas esferas decisórias do Estado, de maneira que os destinatários desse provimento participem e influenciem.

Desse modo, o Estado, diante da litigiosidade em grande quantidade, não obterá a concretização dos direitos fundamentais e sociais através da sua função jurisdicional de forma solipsista, devendo sopesar a vontade pública e privada a partir do espaço dialógico, o qual concretizar-se-á através da instituição constitucionalizada: o processo.

³ Deve-se realizar uma releitura acerca do direito fundamental de acesso à justiça (acesso à função jurisdicional), posto que compreendido diferentemente a partir de três perspectivas: liberal, publicista e democrática. No contexto ora examinado, o acesso à justiça está tomado por ideais socializadores. Ainda, de acordo com Carlos Henrique Soares, “*está em consonância com as aspirações valoradas pela sociedade*”. (SOARES, 2014, p. 221).

3 – O processo constitucional e a “insuficiência” jurisdicional

De que adianta *promessas constitucionais*, se ainda consideramos, num Estado Democrático de Direito, o jurisdicionado um consumidor, a função jurisdicional um serviço⁴ e o processo um instrumento da jurisdição na consecução de escopos metajurídicos (o processo como relação jurídica⁵)?

Não adianta admitir a existência de uma relação de consumo entre o Estado e o povo⁶, onde é possível cogitar uma “lei” da oferta e da procura, de modo que o Estado produza justiça (social) e o povo provoca-o (acesso à justiça e princípio da inércia). Uma vez definido tal vínculo, o Estado inclina-se à busca de um acesso à justiça quantitativo, passando a se preocupar com uma justiça de alta produtividade que pouco se preocupa com o impacto decisório (jurídico, social e econômico) nos discursos de aplicação normativa (JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2009, p. 12).

É preciso descortinar que num paradigma democrático os destinatários (o povo) dos pronunciamentos estatais (judicial, legislativo e administrativo) “*passam a ter a oportunidade de influir em que tal pronunciamento seja favorável aos seus interesses*” (BRETAS, 2012, p. 91). Assim, incabível admitir que o debate sobre o direito seja uma missão de especialistas, como permitiam Bulow e Couture (LEAL, 2008), consentindo que o juiz seja o mais qualificado.

Canotilho, tomado pelos princípios democráticos, assevera que:

Mesmo quando os juízes se podem assumir tendencialmente como “legisladores negativos” (ao declararem a inconstitucionalidade de normas) ou criadores de direito (ao elaborarem “normas” para a decisão do caso), os juízes estão vinculados à

⁴ Essa expressão fora utilizada por José Roberto dos Santos Bedaque quando se refere à função jurisdicional: “*Necessário que o consumidor do serviço jurisdicional obtenha a satisfação total de seus interesses legitimamente postulados, pois apenas esse resultado atende à promessa estatal de proteção aos direitos*”. (BEDAQUE, 1995, p. 26).

⁵ Aroldo Plício Gonçalves admite que “*a se admitir o processo relação jurídica, acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada*”. Segue revestindo a teoria do processo como relação jurídica: “*A doutrina processual utilizando a figura da relação jurídica ‘trilateral’, invoca a velha bipolaridade do vínculo normativo existente na relação jurídica, mas mesmo a inovação não poderia dispensar, na relação ‘angular’ ou trilateral, o vínculo jurídico de exigibilidade entre os sujeitos do processo, vínculo que constitui a marca de qualquer ‘relação jurídica’*” (GONÇALVES, 2012, p. 83).

⁶ Fernando Ruivo, nesse sentido, assevera que “*A aplicação da lei não é afinal senão a distribuição do produto jurídico, assim como o acesso das populações à justiça deve ser visto como consumo. Ora, como distribuição e consumo são momentos da própria produção, a aplicação é, portanto, um ‘produto da produção’ jurídica do Estado*”. (RUIVO, 1994, p. 71).

constituição e à lei, à distribuição funcional de competências constitucionais, à separação de competências e ao princípio democrático (CANOTILHO, 2011, p. 144).

Lênio Streck, numa consistente crítica à discricionariedade judicial, argumenta que “*discutir as condições de possibilidade da decisão jurídica é, antes de tudo, uma questão de democracia*” (STRECK, 2011, p. 238). Assim, indaga-se: incumbir ao Judiciário o cumprimento das expectativas advindas do Texto Constitucional, isolando-o dos demais interessados⁷, para, de conseguinte, considerar o juiz um “arquiteto social”⁸, preencheria a inoperância e desorganização estatal na concretização dos direitos fundamentais e sociais?

Aqueles que ainda persistem na busca da criação do direito pelo juiz, o qual, de acordo com Bulow, “*é um porta voz avançado do sentimento jurídico do povo, o protagonista do processo que criaria o direito mesmo contra legem*” (NUNES, 2008, p. 102), permanecem renegando um Estado Democrático de Direito.

O Judiciário não possui o condão de modificar comportamento social (NUNES, 2011, p. 43), e, mesmo quando diante de um Estado inoperante e de um cidadão carente de direitos (fundamentais e sociais), os Tribunais devem racionalizar as suas decisões a partir de “*debates críticos-rationais (Habermas)*” (DEL NEGRI, 2008, p. 69) entre os destinatários daquela decisão e entre todos aqueles que sofrerão direta e indiretamente os efeitos daquele provimento (por exemplo, os órgãos governamentais, as associações).

Isso não significa dizer que se pretende negar a relevância da função jurisdicional⁹ nos dias atuais, até mesmo depois do Brasil ter superado regimes autoritários no decorrer do século XX, muito menos sustentar pessimismos em relação à inoperância estatal. Pretende-se firmar a necessidade, cada vez mais, de observância ao devido processo constitucional, de modo que os juízes assumam que “*as suas decisões trazem em si uma carga de responsabilidade política*” (PEDRON, 2009, p. 104) e compreendam que a participação de todos os interessados na tomada de decisão é de fundamental importância.

⁷ De acordo com os ensinamentos de Aroldo Plínio, interessados são todos aqueles em “*cuja esfera particular o ato (estatal) está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no seu patrimônio*”. (GONÇALVES, 2012.p. 96).

⁸ Expressão utilizada por Cunha Rodrigues, cuja citação fora realizada por Fernando Ruivo. (RUIVO, 1994, p. 83).

⁹ Convém trazer à baila as lições de Dierle Nunes quando se refere acerca dos novos rumos que a função da Jurisdição no direito na América Latina vem tomando, salientado que não estamos afirmando que esse é o entendimento do autor: “*No atual estágio do direito na América Latina, o campo processual, sem dúvidas, é um daqueles que suscita maiores digressões em face do fenômeno da Judicialização de inúmeras temáticas (submissão ao Poder Judiciário) e pela utilização do processo para viabilizar uma Jurisdição como função contra-majoritária e como espaço institucional para aqueles que não conseguem ser ouvidos nas arenas institucionais majoritárias (Parlamento e Executivo)*”. (NUNES, 2011, p. 45).

Perceba que o Judiciário carece de competência para, desacompanhado, efetivar direitos sociais e fundamentais, tornando arbítrio qualquer decisão isenta do devido processo constitucional. Na implementação, complementação e melhoria de políticas públicas, por exemplo, os juízes devem ser mais rigorosos na aplicação do processo, devendo (obrigatoriedade) incluir no debate os órgãos governamentais (interessados), até porque “*só o administrador público dispõe das informações técnicas e da visão de conjunto dos problemas internos para poder escolher o melhor meio*” (COSTA, 2012, p. 29).

Diante disso, tenta-se, além de mirar, de uma vez por todas, os princípios democráticos, evitar o que Eduardo José da Fonseca Costa denominou de uma “*inércia funcional*” (COSTA, 2012, p. 31), ou seja, evitar que o Legislativo e o Executivo só atuem se forem pressionados pelo Judiciário, abandonando o protagonismo deste e fazendo com que o espaço dialógico processual assumira um perfil participativo e democrático.

4 – Em busca de uma operacionalização procedimental e uma decisão racional

Quanto maior a ampliação do espaço dialógico entre as partes (interessados) na preparação de um determinado provimento judicial, permitindo-os a participarem e a influenciarem durante todo o procedimento, maior legitimidade e racionalidade terá a decisão.

A partir de uma ótica “*processualista constitucional, que visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo direitos fundamentais*” (BARACHO, 2008, p. 45), qualquer ato imperativo emitido pelo órgão jurisdicional deve ser precedido por procedimentos, cujos atos serão regidos pela “*principiologia constitucional do devido processo*”¹⁰. É através do processo que a cognição procedimental se perfaz.

Assim, considerando a judicialização que se presencia em nosso país, em razão da “*crise das instituições*” (NUNES, 2011, p. 34), há a necessidade de procedimentos cooperativos aptos a gerar operacionalidade prática, capazes de dar maiores efetividades aos provimentos. Os sujeitos processuais (autor, réu, juiz, terceiros interessados), assim, devem “*dispor de autonomia para ajustar acordo de natureza exclusivamente processual a respeito*

¹⁰ Expressão utilizada por Rsemiro Pereira Leal (LEAL, 2014, p. 88).

da condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais” (JUNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 266-267).

Sob uma perspectiva principiológica de um Estado Democrático de Direito, o provimento jurisdicional será precedido por um diálogo fidedigno, no qual todos os sujeitos processuais deverão *“atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação”* (JUNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 70), sendo que aqueles deverão exercer o contraditório, de modo que terão a oportunidade de influenciar e contribuir de forma crítica (BRETAS, 2012) para a formação da decisão. Em contrapartida, deve o juiz justificar a sua decisão, observando, obrigatoriamente, *“os argumentos desenvolvidos pelas partes em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão”* (BRETAS, 2012, p. 134).

Essa postura colaboradora entre as partes exige uma mudança organizacional e gerencial do ordenamento brasileiro, sobretudo dos órgãos jurisdicionais, o qual, nas lições de Paulo Eduardo Alves da Silva, sempre fomentou *“o gerenciamento de processos ao atribuir ao juiz poderes de direção do processo”* (DA SILVA, 2010, p. 115). Acerca dessa investidura nos poderes do juiz, segue afirmando o autor:

A legislação brasileira de todo o último século parece ter investido no aumento dos poderes do juiz como meio para promover a justiça. A teoria publicista do processo desenvolvida no final do século XIX (o processo não é luta entre as partes, mas um meio para o Estado promover um bem público) constitui os eixos dos códigos de 1939 e de 1973. Ambos colocaram o juiz em posição de destaque na relação jurídica processual, enfatizando o caráter inquisitorial do modelo processual brasileiro (DA SILVA, 2010, 115-116).

Não se cogita o enfraquecimento do juiz na *“direção”* do processo, todavia, a partir de um viés democrático e de um processo constitucionalizado, o gerenciamento de processos (*case management*) deve se deslocar de um papel-missão do juiz para um direito-dever dos sujeitos processuais (juiz, autor, réu, Ministério Público, terceiro interessado).

Destarte, o juiz, durante o procedimento, deverá levar em consideração a vontade das partes, desmistificando a predominância do interesse público sobre o privado e a existência de um juiz héracles (Dworkin), cujo escopo é a busca (unilateral) de uma *“verdade”*.

Daí, considerando a relevância da vontade privada, a necessidade de diálogo, de participação e de influência das partes na construção de um provimento, percebeu-se a prioridade de proceduralizar o Direito, a partir da liberdade das partes em *“negociar”* procedimentos.

Nessa seara, a título de exemplo, Luiz Roberto Barroso (ministro do STF), admitindo e enaltecendo o espaço-dialógico processual, promoveu, no dia 15 de junho de 2015, uma audiência pública para debater a legalidade ou não de se incluir o ensino religioso na grade curricular das escolas da rede pública. Ao iniciar a audiência o ministro declarou que:

A democracia contemporânea contempla três dimensões que devem ser equilibradas: a dimensão representativa, feita por meio do voto, a dimensão substantiva, na qual o Estado deve proteger direitos e a dimensão deliberativa, baseada no debate público e a apresentação de razões¹¹.

O tema da audiência pública é discutido na “*Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4439 ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR), e que questiona o ensino religioso confessionnal – aquele vinculado a uma religião específica nas escolas da rede oficial de ensino do país*”¹².

No mesmo sentido, contudo, *doutrinariamente*, Eduardo José da Fonseca Costa também eleva a procedimentalização e a autonomiada da vontade das partes, em casos de “execução negociada de políticas públicas em juízo”, trazendo à baila que cabe ao juiz:

Sincronizar-se com três formas de diálogo estruturalmente distintas, mas funcionalmente interdependentes: precisa interagir (a) com os agentes políticos para que a atuação dos técnicos seja politicamente orientada (ou seja, para que essa atuação ganhe legitimidade *télica*); (b) com o staff técnico para que a ação dos políticos receba diretrizes técnica (isto é, para que essa ação ganhe legitimidade *tectônica*); (c) com os destinatários e os demais interessados na ação governamental para que a atuação dos técnicos e políticos esteja sintonizada com os anseios gerais da população (ou seja, para que ação *télico*tectônica também ganhe legitimidade *tópica*) (COSTA, 2012, p. 44).

Essa postura faz com que os juízes abandonem a tradicional “mediação bilateral” e passem a utilizar uma “mediação multilateral”. Sobre o tema, adverte Eduardo José da Fonseca Costa.

Isso o obriga, além do mais, a sair de uma mediação tradicionalmente *bilateral* (em que tomam parte na audição os litigantes e os seus advogados) para uma mediação *multilateral* (em que, além dos litigantes e seus procuradores, há intervenção de uma camada composta de agentes políticos, altos servidores públicos, representantes de setores organizados da sociedade, técnicos, etc., que potencializam o *brainstorming*) (COSTA, 2012, p. 44).

¹¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293563>. Acessado em 02 de julho de 2015.

¹² *Idem*.

Ainda, segundo aquele autor, “na implantação judicial de uma política pública, é preciso uma ética de eficiência e de melhores consequências ((COSTA, 2012, p. 44)”, não cabendo ao juiz fixar prazos despropositados, desconhecendo a realidade fática da administração pública. Nessa esteira, Eduardo José da Fonseca Costa cita um exemplo em que é mais do que necessário o debate prévio dos interessados a fim de negociar e procedimentalizar o cumprimento de uma determinada política pública:

Quando o Poder Judiciário condena um determinado Município a desativar em tempo diminuto um lixão a céu aberto e construir uma unidade de coleta e tratamento adequado do lixo urbano, muitas vezes não tem em mente que a implantação dessa política pública exige, por exemplo: (a) disponibilização orçamentária para a aquisição do terreno ou a afetação de um terreno já possuído para a nova destinação pública; (b) interdição da área do lixão; (c) reentrada de pessoas do novo terreno; (d) realização de concurso público e capacitação de novos servidores para o tratamento adequado do lixo; (e) realização de licitação para a edificação da nova unidade e para a compra de materiais de trabalho; (f) contratação de vigilância permanente para impedir o ingresso de pessoas no local, antes antes acostumados à cata de resíduos; (g) implantação de programa de educação ambiental de manejo de lixo para a população residente às voltas do extinto lixão; (h) implantação de coleta fina e regular de lixo nos bairros circundantes ao antigo lixão; (i) revogação dos alvarás concedidos às empresas que antes despejavam resíduos no lixão; (j) implantação de plano de recuperação ambiental da área degradada; (k) cadastramento e capacitação de cooperativas de coleta, separação e destinação de material reciclável; (l) mentário preestabelecido; (m) desvinculação das verbas públicas anteriormente destinadas a outras finalidades (COSTA, 2012, p. 38).

Busca-se, destarte, em toda construção de decisões, uma procedimentalidade capaz de assegurar aos interessados interdependência, desconsiderando a ideia de submissão entre os sujeitos processuais e ponderando os interesses públicos e os interesses privados à luz de um paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito (JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2009).

5 – Conclusão

Numa perspectiva procedimentalista de Estado Democrático de Direito (Habermas), imperioso realizar uma reeleitura do papel da função jurisdicional e das partes processuais de modo que o juiz (solitariamente) não mais privilegiará (*a priori*) o interesse público e o publicismo do processo na busca por uma “verdade”. Diligência que caberá aos interessados, aos quais, através do processo, será assegurado o espaço dialógico nas esferas decisórias do

Estado, de maneira que os destinatários (o povo) dos pronunciamentos estatais (judicial, legislativo e administrativo) “*passam a ter a oportunidade de influir em que tal pronunciamento seja favorável aos seus interesses*” (BRETAS, 2012, p. 91)

Ademais, foi possível perceber, considerando a relevância da vontade privada, a necessidade de diálogo, de participação e de influência das partes na construção de um provimento, a indispensabilidade de proceduralizar o Direito, a partir da liberdade das partes em “negociar” procedimentos.

Buscou-se compreender que em toda construção de decisões é necessário observar uma proceduralidade capaz de assegurar aos interessados interdependência, desconsiderando a ideia de submissão entre os sujeitos processuais e ponderando os interesses públicos e os interesses privados à luz de um paradigma procedural de Estado Democrático de Direito (JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2009).

Decisão que terá a sua racionalidade e efetividade garantida caso seja observado (respectivamente) a principiologia do devido processo constitucional e a autonomia da vontade dos sujeitos processuais, os quais possuirão o direito-dever de organizar e proceduralizar, de maneira participativa e responsável, os atos que precedem o provimento.

Perceba que não há protagonistas no Estado Democrático de Direito, existe uma interdependência entre todos os interessados, cujo escopo é, (frise-se: através do processo), “*controlar os provimentos dos agentes políticos e garantir a legitimidade discursiva e democrática das decisões*” (JUNIOR; NUNES; BAHIA, 2009).

Dessa forma, valorizar o consenso, considerar e reputar a relevância do debate, pretender a concretização dos direitos fundamentais, meditar sobre a solução dos conflitos, apreciar a racionalidade do provimento, nada mais é do que confirmar os princípios democráticos e a racionalidade das decisões judiciais, de modo que compreendamos que a maneira de buscar a efetivação dos direitos sociais e fundamentais é através do processo constitucional.

6 – Bibliografia

APPIO, Eduardo. A Judicialização da Política em Dworkin. Revista do Curso de Pós Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis, SC, ano XXIV, nº 47, dezembro de 2003.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingerborg Maus e o Judiciário como Superego da Sociedade. Revista CEJ. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano IX. Setembro de 2005.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito Processual Constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: editora Saraiva. 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo. São Paulo: editora Malheiros. 1995.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Malheiros. 2014.

BRETAS, Ronaldo. Processo Constitucional e Estado democrático de Direito. Belo Horizonte: Editora DelRey. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Judicialismo e Política – Tópicos para uma Intervenção. *In*: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.) Constituição e processo: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Por Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo. Belo Horizonte: Editora DelRey. 2010.

NUNES, Dierle. TEIXEIRA, Ludmila. Acesso à Justiça Democrático. Brasília: editora Gazeta Jurídica. 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito, Política e Filosofia. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: editora Lumen Juris. 2007.

_____, Marcelo Andrade. Constituição e Processo. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A “execução negociada” de políticas públicas em juízo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais. Revista de Processo, ano 37, vol. 212, outubro de 2012.

DA SILVA, Paulo Eduardo Alves. Gerenciamento de processos judiciais. São Paulo: editora Saraiva. 2010.

DEL NEGRI, André. Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. Belo Horizonte: Editora DelRey, 2012.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução participada de Políticas Públicas. Revista de Processo. São Paulo: editora Revista dos Tribunais. Ano 38, nº 224, Outubro, 2013.

JUNIOR, Humberto Theodoro. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre. Litigiosidade em massa e repercussão geral no recurso extraordinário. Revista de Processo. São Paulo: Afiliada. Ano 34, nº 177, nov/2009.

LEAL, André Cordeiro. Instrumentalidade do Processo em crise. Belo Horizonte: Editora Mandamentos. 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____, Rosemiro Pereira. O Direito de estar em juízo democrático. In: AURELLI, Arlete Inês e outros (Coord.) O Direito de Estar em Juízo e a Coisa Julgada. Estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.

LUBBE-WOLFF, Gertrude. O princípio do Estado Social na jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão. (Coord.) TOLEDO, Cláudia. Direitos Sociais em Debate. Rio de Janeiro: editora Elsevier. 2013.

NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o Dimensionamento de técnicas para a Litigiosidade Repetitiva. Revista de Processo. Ano 36, vol. 199. Setembro/2011. Editora Afiliada.

_____, Dierle. Processo Jurisdicional Democrático. Curitiba: Juruá Editora. 2008.

_____, Dierle. Politização do judiciário no direito comparado: algumas considerações *In:* MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.) Constituição e processo: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Forum, 2011.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta”, de Ronald Dworkin. Brasília: Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários. Ano XIII, nº 45, abril/junho de 2009.

RUIVO, Fernando. Aparelho judicial, Estado e Legitimação. (Org.) FARIA, José Eduardo. Direito e Justiça. A função social do judiciário. São Paulo: editora Ática S.A. 1994.

SOARES, Carlos Henrique. Estatuto da Advocacia e Processo Constitucional. Belo Horizonte: Editora DelRey. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – “Decido conforme a consciência”? Protogênese do Protagonismo Judicial. *In*: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.) Constituição e processo: entre o direito e a política. Belo Horizonte: Forum, 2011.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES; Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco Bahia; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC Fundamentos e Sistematização. Rio de Janeiro: editora Forense. 2015.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293563>. Acessado em 02 de julho de 2015.