



CENTRO UNIVERSITÁRIO UNICHRISTUS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO- PPGD
MESTRADO EM DIREITO AO DESENVOLVIMENTO

LINCOLN MATTOS MAGALHÃES

**PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA NO CPC DE 2015: DO SOCIALISMO
PROCESSUAL À JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO**

FORTALEZA/CE

2020

LINCOLN MATTOS MAGALHÃES

**PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA NO CPC DE 2015: DO SOCIALISMO
PROCESSUAL À JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito ao Desenvolvimento. Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de Pesquisa: Direito e Acesso à Justiça

Orientadora: Prof.a. Dra. Fayga Silveira Bedê.

FORTALEZA/CE

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Centro Universitário Christus - Unichristus
Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M188p MAGALHÃES, Lincoln Mattos.
 Processualidade democrática no CPC de 2015 : do socialismo
 processual à jurisprudencialização do direito / Lincoln Mattos
 MAGALHÃES. - 2020.
 150 f.

 Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus -
 Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2020.
 Orientação: Profa. Dra. Fayga Silveira Bedê.
 Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao
 Desenvolvimento.

 1. Processualidade. 2. Democracia. 3. CPC de 2015. 4.
 Socialismo Processual. 5. Jurisprudencialização do Direito. I.
 Título.

CDD 340

LINCOLN MATTOS MAGALHÃES

**PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA NO CPC DE 2015: DO SOCIALISMO
PROCESSUAL À JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, como quesito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito ao Desenvolvimento. Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de Pesquisa: Direito e Acesso à Justiça.

Orientadora: Prof.a. Dra. Fayga Silveira Bedê.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Pro.f.a. Dra. Fayga Silveira Bedê (Orientadora)
Centro Universitário Christus (Unichristus)

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho (Unichristus)

Prof. Dr. Joseli Lima Magalhães (UFPI)

Quando brotarem as flores
Quando crescerem as matas
Quando colherem os frutos
Digam o gosto pra mim
(IVAN LINS – VITOR MARTINS)

Para os meus filhos
Rafael, Giulia e Letícia

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Fayga Silveira Bedê, minha orientadora e amiga, que conduziu meu percurso com sabedoria e inteligência, encontrando equilíbrio necessário para aplacar minhas inseguranças e dificuldades e remediar minhas incertezas e inquietações. Ao Professores Doutores Joseli Lima Magalhaes e Carlos Marden Cabral Coutinho, representantes ilustres da escola mineira de processo, que me honraram por aceitar o convite para participar de minha banca de defesa. Ao Professor Doutor, e igualmente amigo, Jânio Pereira da Cunha, velho e inseparável companheiro dos tempos de TJCE, de quem, nos últimos dois anos, tive a chance e a sorte de ser aluno e coautor em precisamente três publicações editoriais (que venham muitas outras). Ao Professor Doutor Daniel Mota Gutiérrez, pelos conselhos e reflexões, e semelhantemente, por sua contribuição e ajuda decisivas na escolha e na delimitação de meu tema. Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação da UNICHRISTUS, em especial o Professor Doutor Juraci Morão Lopes Filho, o Professor Doutor Carlos César Souza Cintra, o Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo e o Professor Doutor André Studart Leitão, pelos inestimáveis ensinamentos, bem como pelas atitudes sempre cordiais, afetuosas e acessíveis.

Às amigas constituídas no Mestrado (Cíntia, Manu, Fernando, Gabi, Márcia, Érica, João Lucas, Renan, Bruno, Rapha, Livia Sá, Natália, Tainah, Marina, Denise, Roberta, Fernanda, Anya, Hercy, Narciso e tantos outros), já guardadas e eternizadas em mim, “mesmo que o tempo e a distância digam não”. Aos colegas de escritório MATTOS E MATTOS ADVOGADOS ASSOCIADOS, Wilber, Carmem, Cecília, Eliane, Juliana, Manuela, Mayara e Natália, por “segurem a barra” e suprirem minhas ausências.

Ao meu pai, Eliéser, minha fonte permanente e universal de inspiração. Aos meus sogros Elze e João, pelo carinho e pelo afeto de todas as horas. À minha irmã, Juliana, por sua paciência e cumplicidade, cuja compreensão e habilidade para abstrair certos percalços fizeram o meu caminho mais curto e menos pedregoso. Ao meu irmão Vinição, meu magistrado favorito e meu grande incentivador, cujo modo autofiscalizável (e democrático) de conduzir sua judicatura falseia continuamente algumas das críticas que manifestei ao longo deste estudo. À minha mãe, Eliane, meu maior referencial em todos os sentidos, a quem eu devo e glorifico tudo o que já

conquistei, ou que um dia ainda possa conquistar nessa vida. Às minhas enteadas Giulia e Letícia, filhas do coração que a vida me deu, pelo amor recíproco e pela amizade incondicional.

Ao meu filho Rafael, meu parceiro, meu melhor amigo e meu argumento incontestável, que, apesar de sua tenra idade - e mesmo sem saber para que serve um Mestrado (como me perguntou diversas vezes) e a que se presta uma dissertação (como se mostrou curioso em várias oportunidades) - soube contemporizar minha “falta de tempo e de escolhas”, compreendendo, sem fazer cobranças, que, enquanto eu estive imerso na elaboração deste trabalho, “os dias eram assim”.

E, por último, em especial, à minha mulher, Márcia Emanuelle, para quem eu poderia escrever uma dissertação inteira de gratidão e de homenagens. A ela, que abdicou de seus projetos para que eu pudesse realizar os meus, que esteve ao meu lado nos momentos de incerteza e de vacilo, e que me fez querer enxergar o mundo - e a mim mesmo - através de seus olhos, dedico cada página deste trabalho.

RESUMO

O advento do CPC de 2015, como modelo de conformação normativa da processualidade democrática ao novo ciclo constitucional pós-1988, representou o símbolo retórico de uma amplamente esperada modernização das bases metodológicas do Sistema de Justiça no Brasil. Sob o consenso publicamente constituído de que só uma nova legislação seria capaz de atender às demandas sociais contemporâneas, desobstruindo a máquina judiciária e viabilizando uma prestação jurisdicional mais rápida, democrática e efetiva, o atual Código, no entanto, não correspondeu adequadamente a esses prognósticos. Embora gestado num ambiente de ampla discussão popular, o novo CPC manteve vários conteúdos e ideologias do Código *Buzaid*, insistindo na instrumentalidade técnico-operacional do processo e adotando o conceito de relação jurídica como seu referencial teórico. Com efeito, e em razão de tais opções, reforçaram-se a centralidade e o protagonismo do papel judicial, acentuando-se a ideia de processo como mecanismo essencialmente operacional e servil aos escopos de uma jurisdição de resultados rápidos e irrefletidos. Ao lado disso, a aposta do CPC em um discurso legal de pretensões quantitativas estimulou a implantação de um regime vinculativo de padrões decisórios, cuja ideia nuclear, longe do objetivo de conferir racionalidade discursiva às decisões jurídicas, revelou-se ora como estratégia para aceleração de julgamentos por meio da aplicação dedutiva (silogística) de ementas e enunciados jurisprudenciais, ora como critério de erradicação *genocida* de demandas, ou como técnica de gerenciamento de casos repetitivos. Esse movimento, de migração da jurisprudência ao patamar de fonte principal da ordem jurídica, torna a palavra dos tribunais invulnerável à linguagem do processo constitucionalizado, permitindo que a aplicação do Direito (sob a tônica de uma celeridade superestimada) se dê em ambientes completamente arredios à fiscalidade argumentativa, interditando a possibilidade de produção de decisões efetivamente legitimadas no discurso processual democrático. Esta dissertação, ao tempo em que discorre sobre esse estado de coisas, denunciando seus problemas e aporias, investiga eventuais soluções que conciliem a narrativa de ascensão do direito jurisprudencial com o modelo de processo previsto na atual Constituição.

Palavras-chave: Processualidade. Democracia. CPC de 2015. Socialismo Processual. Jurisprudencialização do Direito.

ABSTRACT

The advent of the 2015 CPC, as a model of normative conformation of democratic proceduralism to the new post-1988 constitutional cycle, represented the rhetorical symbol of a widely expected modernization of the methodological bases of our Justice System. Under the publicly constructed consensus that only new legislation would be able to meet contemporary social demands, unblocking the judicial machinery and enabling a faster, more democratic and more effective judicial provision, the current code, however, did not adequately correspond to these prognoses. Although created in an environment of wide popular discussion, the new CPC maintained several contents and ideologies of the Buzaid Code, insisting on the technical-operational instrumentality of the process and adopting the concept of legal relationship as its theoretical framework. In fact, and because of these options, the centrality and the protagonism of the judicial role was reinforced, emphasizing the idea of process as an essentially operational and servile mechanism, the scope of a jurisdiction with quick and thoughtless results. Side by side, the CPC's commitment to a legal discourse of quantitative claims, stimulated the implementation of a binding regime of decision standards, whose main idea, far from the objective of conferring discursive rationality to legal decisions, has now proved to be a strategy for accelerating judgments through deductive (syllogistic) application of menus and jurisprudential statements, either as a criterion for the genocidal eradication of demands, or as a technique for managing repetitive cases. This movement, from the migration of jurisprudence to the level of the main legal order, makes the word of the courts invulnerable to the language of the constitutionalized process, allowing the application of the law (under the overtones of an overestimated speed) to take place in environments completely unrelated to taxation. argumentative and forbidding the possibility of producing decisions effectively legitimized in democratic procedural discourse. This work, while discussing this state of affairs, denouncing its problems and aporias, investigates possible solutions that reconcile the narrative of the rise of jurisprudential law with the process model provided for in the current Constitution.

Keywords: Processuality. Democracy process. CPC 2015. Procedural Socialism. Jurisprudentialization of Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	O DISCURSO SOCIALIZADOR COMO MARCO DO AUTORITARISMO NA TEORIA DO PROCESSO.....	19
2.1	SURGIMENTO DO SOCIALISMO JURÍDICO-PROCESSUAL E SUA PRESENÇA NA DOGMÁTICA BRASILEIRA.....	22
2.2	PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA SUBORDINADA AO CONTROLE JUDICIAL.....	25
2.3	JURISDIÇÃO COMO ATIVIDADE DOS JUÍZES E PODER DE CRIAÇÃO DO DIREITO.....	29
2.4	O <i>PARADOXO DE BÜLOW</i> : QUEM CONTROLA OS JUÍZES?.....	31
2.5	A INFLUÊNCIA BÜLOWIANA E O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO DECISÓRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	36
2.5.1	A doutrina processual italiana dos três primeiros quartos do século XX.....	36
2.5.1.1	Chiovenda e a “vontade concreta da Lei”.....	37
2.5.1.2	Carnelutti e o processo como método estatal de justa composição da lide.....	39
2.5.1.3	Liebman e a jurisdição como atividade judicial direcionada à resolução de mérito.....	40
2.5.1.4	Cappelletti e o reforço da socialização processual por meio do “Acesso à Justiça”.....	44
2.5.2	De Bülow a Dinamarco: o itinerário e a consolidação do instrumentalismo processual no Brasil.....	47
2.5.3	A Jurisdição em Dinamarco e o processo civil teleológico.....	50
3	PROCESSO E JURISDIÇÃO NO MARCO TEÓRICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	59
3.1	GOLDSCHMIDT E O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA.....	60

3.2	EDUARDO J. COUTURE E A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DAS GARANTIAS DO PROCESSO.....	62
3.3	FAZZALLARI E O ADVENTO DO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO CONTEMPORÂNEO.....	65
3.4	A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO E O ADVENTO DE UMA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL.....	69
3.5	A TEORIA CONSTITUCIONALISTA E O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO DE ANDOLINA E VIGNERA.....	73
3.6	A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DE ROSEMIRO PEREIRA LEAL.....	78
3.7	A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO EM CRISE: RECONSTITUIÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO À LUZ DO MARCO TEÓRICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	82
3.8	PROCESSO COMO DEMOCRACIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO.....	86
4	AUTORITARISMO NO CPC DE 2015: O ESVAZIAMENTO DO DIÁLOGO PROCESSUAL E A NARRATIVA DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO.....	91
4.1	O “DIREITO PROCESSUAL DO INIMIGO” E O CPC DE 2015.....	93
4.2	A INSISTÊNCIA DO CPC DE 2015 NO MARCO TEÓRICO DA RELAÇÃO JURÍDICA.....	99
4.2.1	O art. 6º e o mito do <i>dever</i> de cooperação.....	102
4.2.2	Os resíduos do livre convencimento motivado.....	105
4.2.3	A fundamentação analítica do art. 489, § 1º e o reaparecimento do <i>paradoxo de Bulow</i>.....	109
4.3	A IMPLANTAÇÃO DE UM PROCESSUALISMO DE BASES NEOLIBERAIS NO BRASIL.....	115
4.4	UM “SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA”: ENTRE A RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA E O GERENCIAMENTO	

	DE CASOS EM SÉRIE.....	118
4.4.1	O fetiche da celeridade e suas aporias: a aceleração procedimental como sinônimo de eficiência.....	112
4.4.2	Do precedente <i>a priori</i> como reflexo da ampliação do protagonismo judicial.....	126
4.5	JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA: INTERLOCUÇÃO POSSÍVEL?.....	132
4.5.1	A tese dos Tribunais superiores como Cortes Supremas.....	133
4.5.2	A tese da Formação e Aplicação de Precedentes com base na Observância de um <i>Contraditório Qualificado</i>	135
4.5.3	A tese das Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência.....	138
4.5.4	A tese da Criação de um Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes.....	139
4.5.5	Reflexão final: a reconfiguração do ônus argumentativo mediante o emprego de técnicas de distinção e de superação de padrões decisórios.....	140
5	CONCLUSÕES.....	148
	REFERÊNCIAS	151

1 INTRODUÇÃO

Nos domínios de um Estado Democrático de Direito, refletir sobre a racionalização do discurso judicial tornou-se uma exigência natural e quase intuitiva. Independentemente do lugar de onde se fale, repensar o processo no contexto democrático é certamente enfrentar um dos mais significativos problemas da Ciência Processual contemporânea.

Essa afirmação, que, por sinal, evidencia a atualidade do assunto, reflete o deslocamento da argumentação jurídica para o epicentro da Ciência do Processo, estimulando discussões no sentido de debater as interfaces e as relações da ideia de constitucionalismo com a noção de processualidade democrática.

Nesse particular, três referenciais históricos justificam a importância do tema. Primeiro, a instauração, no Brasil, de uma reabertura política que resultou na superação do ciclo ditatorial pós-1964. Segundo, o advento da Constituição de 1988, cujo art. 1º¹ implantou entre nós uma democracia normativa, em substituição ao *republicanismo* da ordem jurídica anterior (LEAL, 2013). Terceiro, a entrada em vigor de um Código de Processo Civil, o primeiro e único na história brasileira inteiramente pensado, concebido, deliberado e editado sob o plexo jurídico de um regime efetivamente democrático.

Relativamente ao terceiro fator, o CPC de 2015 foi elaborado em razão de algumas premissas e de certos condicionamentos teóricos, os quais servem tanto para atribuir significado às disposições do Código, quanto para emprestar efetividade e operacionalidade a essas mesmas disposições.

Como se infere da mensagem de encaminhamento do respectivo anteprojeto ao Senado, a ideia de se criar um outro estatuto supunha uma pretensa necessidade de absorver demandas sociais e de aplacar os desafios de um (indigitado) “novo direito” que a antiga legislação já não dava mais conta de equacionar.

A ideia de obsolescência da lei processual hoje revogada se tornou um consenso quase indiscutível a estimular mudanças e a exigir algo mais do que uma

¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.” (BRASIL, [2016], *online*).

mera revisão estrutural do diploma então vigente, como ocorrera por diversas oportunidades entre os anos de 1994 e de 2010.

As estatísticas, por si, impressionavam. No Brasil, apenas para ilustrar a realidade, em 2009, ano de início da tramitação parlamentar do que seria o novo código, em cada cinco pessoas litigava judicialmente na condição de autor ou de réu, algo, de fato, deveras expressivo, sobretudo levando-se em consideração que, àquela altura, havia, entre nós, pouco menos de 16 mil juízes devidamente investidos na função, para uma população total estimada em pouco mais de 200 milhões de habitantes.

Como fazer frente a essa “litigiosidade desenfreada” mediante critérios sólidos e sustentáveis, mas sem prejuízos em relação às garantias constitucionais do processo, era, certamente, o problema que assolava as cogitações do processualismo contemporâneo desde a transição do século XIX ao XX.

Nesse ambiente de “crise sistêmica” (MANCUSO, 2015), o viés da renovação, na prática, impregnou-se de uma lógica produtivista. Acima aparentemente de qualquer outro valor, a intenção de conferir novos ares à dogmática do processo civil revelava-se amplamente vinculada a objetivos essencialmente quantitativos e gerenciais.

Não por menos, o próprio Luiz Fux, então Presidente da chamada “Comissão de Juristas encarregada da elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil”, já na mensagem de encaminhamento da proposta original, destacava um suposto clamor social de se instituir no Brasil uma Justiça ágil, célere e pronta:

O tempo não nos fez medrar e de pronto a Comissão enfrentou a tormentosa questão da morosidade judicial. Queremos justiça!!! Prestem-na com presteza; dizem os cidadãos. Sob o ecoar dessas exigências decantadas pelas declarações universais dos direitos fundamentais do homem, e pelas aspirações das ruas, lançou-se a comissão nesse singular desafio, ciente de que todo o poder emana do povo, inclusive o poder dos juízes, e em nome de nossa gente é exercido. (BRASIL, 2010, *online*).

Ante as dificuldades impostas pela realidade, o pensamento de Fux, conforme frisado por ele próprio no acima referido documento legal de apresentação, estava (primeiro) em vencer as barreiras para a prestação de uma Justiça rápida, e (segundo) em legitimar democraticamente as soluções.

Assim, pois, disse o mesmo Fux, em paráfrase do contido no parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988 que, “todo o poder emana do povo, inclusive o poder dos juízes, e em nome de nossa gente é exercido.” (BRASIL, *online*).

Como resultado de tal inspiração, no entanto, viu-se foi que o CPC de 2015 não trouxe novidades significativas. Ao contrário, afora alguns registros contingenciais de singular oportunidade (como o art. 10 e o art. 489, § 1º), cuja efetivação, todavia, ainda enfrenta a resistência de “velhas práticas” judiciais equivocadas (MACHADO SEGUNDO, 2019), o tão esperado “novo CPC” é quase um arremedo do anterior, de cuja dicção, aliás - ora com novas vestes, ora de modo idêntico - incorporou cerca de 80% (oitenta por cento) dos respectivos conteúdos.

O ensaio sob relação, no entanto, não busca realizar uma espécie de “raio-x” sobre o novo diploma, tampouco tecer considerações específicas em relação ao seu arranjo dogmático. A ideia aqui desenvolvida procura demonstrar, com amparo num levantamento descritivo da linha de evolução do processo civil, desde a Relação Jurídica de Oscar von Bülow até o Neoinstitucionalismo, de Rosemiro Pereira Leal, que o CPC de 2015, não obstante algumas exceções de inegável mérito normativo, mantém uma narrativa marcadamente autoritária incompatível em relação aos pressupostos de uma democracia.

Embora autoproclamado como um código essencialmente democrático, seja porque foi elaborado num contexto de ampla participação da sociedade civil, seja porque retoricamente assentou no objetivo de estabelecer uma fina sintonia com os princípios e garantias constitucionais do processo, o “novo” CPC, em verdade, permeou-se de uma carga epistemológica claramente anacrônica, insistindo no equívoco da *instrumentalização* do processo e reafirmando a ideia de *relação jurídica* como seu referencial teórico.

A combinação desses dois elementos – relação jurídica e instrumentalismo do processo – conduz a pelo menos duas consequências cujos influxos são inconciliáveis com a compreensão de um modelo de Estado democrático: a primeira é o desvirtuamento do conceito de Jurisdição, que passa a ser percebida (erroneamente) como uma atividade, ou como um “poder” de uso e de exercício exclusivo dos juízes; e a segunda é o advento de uma nova modalidade de autoritarismo judicial, aqui chamada “jurisprudencialização do Direito”, fenômeno marcado por excessiva valorização dos precedentes jurisprudenciais e por um

correspondente esvaziamento dos espaços e fundamentos dialógico-participativos do processo.

No que tange a esse último fator, ou mesmo em virtude de sua verificação, a palavra dos tribunais superiores transmuda-se em fonte preferencial do Direito, passando a ser vista como uma instância não fiscalizável de aplicação da ordem jurídica e da imposição de decisões padronizadas por meio de procedimentos antidemocráticos (FARIA, 2012).

À luz desse recorte, o trabalho se divide em cinco capítulos, contabilizando esta introdução e uma seção de arremate.

O segundo, logo após esta apresentação geral, tece uma correlação específica entre o surgimento do chamado *processualismo científico* e as origens histórico-epistemológicas do autoritarismo judicial, revisitando narrativas teóricas difundidas nos últimos dois séculos, que reconduzem à crença num processo como fonte de um discurso de transformação social e econômica, como relação jurídica autônoma sujeita ao controle e à autoridade do juiz e como método de criação, correção e atualização da ordem jurídica por uma magistratura onisciente e salvadora do Direito e da Sociedade.

Em tal ocasião, procedeu-se a um levantamento crítico-descritivo sobre algumas das principais propostas teóricas que dão sustentação a esse pensamento e que se alinham às conjecturas relacionistas e utilitaristas, desde Oscar von Bülow até Cândido Rangel Dinamarco, demonstrando, ao fim, que tais cogitações, além de distorcerem a noção de processo, identificando-o como um instrumental retórico para justificar formalmente decisões já tomadas pela consciência superior de uma autoridade judicial solipsista, reduzem a jurisdição a uma atividade não fiscalizável e arredia ao controle argumentativo de bases constitucionalizadas.

O terceiro capítulo ocupa-se de uma tentativa de superar as deficiências metodológicas apontadas na seção anterior, examinando alguns alinhamentos alternativos possivelmente capazes de oferecer ganhos sistêmicos substanciais, à luz das premissas de um arranjo teórico-democrático.

Avaliam-se, nesse segmento, importantes escritos que buscaram desconstruir a ideia de processo como relação jurídica e de percebê-lo ora como um procedimento em contraditório, ora como com um direito fundamental, mas, em qualquer hipótese, como um referente lógico de controle e compreensão do exercício da atividade jurisdicional.

Na oportunidade, além de um escrutínio sobre as formulações de James Goldshmidt, Eduardo Couture, Hector Fix-Zamúdio e Elio Fazzallari, são referenciados estudos de José Alfredo Baracho, Italo Andolina e Giuseppe Vignera, que encaminharam a idealização do chamado *modelo constitucional de processo*.

Conclui-se mencionada sessão, propondo-se uma reconstituição democrática dos conceitos de processo e de jurisdição em consonância com o referencial teórico do Neoinstitucionalismo, de Rosemiro Pereira Leal e com as contribuições de André Cordeiro Leal e suas ideias sobre o *colapso* da doutrina processual instrumentalista.

O quarto módulo dedica-se ao enfrentamento do problema central deste ensaio, azo em que se observa tanto a insistência do CPC de 2015, no marco teórico da relação jurídica, quanto a valorização, pelo novo código, de técnicas de simplificação e de aceleração procedimentais, identificando-se, nesse ponto, a figura da *morosidade processual* como “inimiga do processo” (a justificar medidas de exceção e de interdição democrática).

Na esteira de tal conteúdo, indicam-se alguns exemplos dispersos na legislação, que remetem às cogitações *bulowianas* e corroboram a narrativa de uma jurisdição como poder subordinante do processo, estimulando a ascensão da jurisprudência dos tribunais à condição de intérprete oficial da ordem jurídica.

Ante essa conjuntura, apontam-se, como duas das principais implicações desse movimento - de migração da linguagem jurisprudencial para o centro da aplicação do Direito - a criação, pelo novo código, de um *regime de padrões decisórios* vinculantes, e a instituição, em face dos tribunais de todos os níveis, do dever de uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente.

Viu-se, no entanto, que, na realidade, entre as promessas de conferir racionalidade discursiva às decisões judiciais e de arrefecer o problema da chamada *jurisprudência lotérica*, o uso de precedentes no Brasil revelou-se ora como um mecanismo de aplicação silogística de ementas e enunciados, e, portanto, de simplificação, ou de supressão dogmática de procedimentos para a resolução de conflitos mediante critérios antidemocráticos, e às vezes como estratégia (não fiscalizável) de gerenciamento de casos repetitivos para a uma irrefletida tentativa de *pacificação social* de demandas em série.

Sob essa constatação, passou-se ao enfrentamento do tema central da pesquisa, cuja síntese abrange os seguintes questionamentos: a) ao apostar em técnicas que reafirmam o protagonismo dos juízes e dos tribunais (como faziam os

códigos de 1939 e 1973), o CPC de 2015 alinha-se a um discurso normativo autoritário? Esse novo papel atribuído ao Poder Judiciário pelo CPC de 2015 – de ser enunciador (vinculante) de decisões equiparáveis a normas jurídicas primárias – é compatível com a dimensão instituinte do processo democrático (como referente de legitimidade decisória) e com a ideia coparticipativa de jurisdição (como recinto de comunicação discursiva dos sujeitos processuais)? É possível, em qualquer cenário, estabelecer um espaço de interlocução dialógico-racional do fenômeno da jurisprudencialização do Direito com o conceito (constitucionalizado) de processualidade democrática?

Relativamente à metodologia empregada, adota-se, quanto à abordagem, o modelo da revisão sistemática, mediante a análise bibliográfica sobre o tema, com o objetivo de avaliar criticamente os resultados.

No que toca à obtenção de dados e informações, seguiu-se o método qualitativo de levantamento bibliográfico e documental, optando-se, quanto às características de conteúdo e de conformação, pela investigação descritiva do respectivo objeto.

Remata-se a pesquisa, oferecendo-se algumas possibilidades de respostas às indagações formuladas, aderindo-se, embora não sem os aportes críticos imprescindíveis, ao núcleo das tematizações de Aurélio Viana e Dierle Nunes, para quem o sistema vinculatório do novo CPC empreendeu uma *mutação nos ônus argumentativos dos agentes do processo*, mediante o uso de técnicas de distinção de casos e de superação de entendimentos consolidados.

Cuida-se de posição que, sem medir forças com o movimento da jurisprudencialização do Direito – cujo fenômeno parece refletir um caminho sem volta - proporciona um *locus* para que a criação e aplicação de *precedentes* se deem num ambiente sem protagonismos e, de igual modo, permeável à argumentação, ao diálogo continuado e à testificação permanente de teorias e propostas jurídicas.

2 O DISCURSO SOCIALIZADOR COMO MARCO DO AUTORITARISMO NA TEORIA DO PROCESSO

A percepção do que genericamente se compreende hoje como processo civil moderno tem, no Direito Alemão de meados do século XIX, um marco histórico de convencional referência. Embora o Direito Processual já manifestasse sociologicamente, desde muito antes do início da Era Cristã, isto é, anteriormente ao tempo corrente (a.t.c. – o que se emprega na literatura de hoje, pelo fato de a ciência ser leiga), como dão conta alguns vestígios documentais dispersos à extensão da história (a exemplo do Velho Testamento, do Código de Hamurabi, na Mesopotâmia e do Código de Manu, na Índia), a literatura não contém registros concretos capazes de viabilizar um levantamento mais preciso acerca dessa realidade.

O pouco que se sabe a esse respeito é insuficiente a uma sistematização mais específica. As investigações da matéria permitem, no máximo, identificar distintos momentos históricos², os quais, apesar de suas diferenças culturais e evolutivas, exibem pelo menos dois traços característicos comuns: a subordinação do processo ao correspondente direito material discutido e o *sincretismo* epistemológico entre este e aquele (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, 1947).

Daí por que dentre as principais teorias que se ocuparam de observar e explicar o fenômeno processual antes de sua virada histórico-epistemológica, as mais influentes e destacadas são as que identificam, no processo, uma natureza jurídica ora contratual, ora quase contratual. Como se acreditava, nos primórdios do Estado, que este ainda não havia alcançado um grau de legitimação que lhe

² No que concerne à evolução da doutrina do Direito Processual fala-se, tradicionalmente de cinco escolas ou períodos históricos sucessivos: 1) a escola primitiva, que vigorou na antiguidade, em especial na Grécia e em Roma, cuja marca fundamental era a imbricação absoluta e indistinta entre o direito material e o processo/procedimento; b) a escola judicialista, nascida em Bolônia, na Itália, cuja mais decisiva contribuição para emancipação do processo resultou na ideia de fracioná-lo nas chamadas *sumas*, que consistiam em pequenos compartimentos temporais destinados à prática de certos atos (as partes passaram a ter que cumprir prazos para se desincumbirem de certos ônus); c) a escola dos práticos, de origem espanhola, marcada por uma idealização precursora do que hoje se conhece por ativismo judicial, em cuja ambiente predominavam as opiniões dos práticos e dos juízes sobre as ordenações públicas e sobre os próprios preceitos legais; d) a escola procedimentalista, surgida na Revolução Francesa e que inspirou diversos ordenamentos jurídicos liberais, especialmente na França, na Itália e na Espanha; e e) O processualismo científico, cuja fundação se atribui a Oscar Von Bülow e cujo ponto de partida foi a verificação de que o processo constitui uma relação jurídica autônoma e independente da que se forma entre as partes em juízo. (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, 1947).

autorizasse a impor coercitivamente suas decisões às partes, buscava-se encontrar um argumento pelo qual se justificasse a força vinculativa dessas mesmas decisões.

Ambos os sistemas há pouco referidos mantinham o clássico entretencimento do *Direito Processual* ao Direito Privado, e entendiam o processo de modo não sistemático como decorrência ou de uma manifestação recíproca e voluntária dos interessados de se submeterem a um julgamento estatal e de aceitarem os seus respectivos efeitos (teoria contratual), ou de um ato unilateral de vontade do *autor* capaz de obrigar o *réu*, sem que entre eles, contudo, houvesse se firmado qualquer compromisso anterior específico (teoria quase contratual).

O rompimento com a concepção processual sincrético-privatística, que impregnou a ideia de processo em sua chamada primeira fase metodológica (DINAMARCO; LOPES, 2018), tem nos estudos de Oscar von Bülow um marco teórico influente e de ampla aceitação.

Em sua obra, *Die lehre von den processeinreden und die processvoraussetzungen*, traduzida para o espanhol sob o título de *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Bülow (1964) expõe uma percepção, ainda não cogitada até então, ao afirmar, em síntese, que a pura e só instauração do *processo* por iniciativa de uma das partes descortinava não apenas uma relação de Direito Privado (discutida entre os litigantes), mas, também, uma relação jurídica entre as partes e o juiz, regida por normas de Direito Público, a que ele próprio chamou de *relação processual*.

Sob esse enfoque, e uma vez que a autonomia da relação processual, segundo Bülow, não fora antes adequadamente percebida e sistematizada, ele passou a sustentar “[...] a necessidade de se reconstruir, por via de uma nova ciência, tudo o que se havia escrito sobre temas relativos ao desenvolvimento das atividades judiciais com vistas à obtenção de decisões [...]” (LEAL, 2008, p. 38-39).

O trabalho seminal de Bülow, nesse contexto, permitiu a superação da ideia de que o processo configuraria um puro e simples “[...] modo de exercício de direitos colocado no mesmo plano que os demais modos indicados pelo Direito Privado [...]” (DINAMARCO; LOPES, 2018, p. 19). Por essa razão, ao identificar o processo em suas particularidades metodológicas e ao perceber a distinção de seus pressupostos e a autonomia de seu objeto em relação ao Direito material, usualmente se reconhece a Bülow o mérito de ser o fundador da Ciência Processual na Modernidade.

Essa consideração, no entanto, não está a salvo de importantes divergências. Tornaghi (1987), a propósito, embora associado ao reconhecimento tradicional de que a Ciência do Processo foi de fato inaugurada por Bülow, aponta que a noção autonomista do fenômeno processual já era desde há muito antes discutida e suscitada em Hegel (TORNAGHI, 1987).

Alvim, por sua vez, sem igualmente recusar a Bülow a relevância que a própria história até hoje lhe atribui, assinala que intuição de processo como relação jurídica autônoma já existia em cogitações de Búlgaro, um jurista italiano do século XII (ALVIM, 2019).

Em crítica mais contundente, Leal não reconhece Bülow como fundador da Ciência Processual em curso, mas, sim, como o articulador de um conceito operacional e tecnológico de jurisdição, cujo significado, todavia, está longe de emprestar solução a um dos possivelmente maiores problemas da Teoria Geral do Processo, que é o da legitimidade das decisões judiciais, tema que, aliás, é central e de grande importância ao desenvolvimento desta pesquisa (LEAL, 2008).

O mesmo Leal, todavia, que talvez seja um dos maiores críticos das cogitações *bülowianas* na atualidade, admite, contudo, que Bülow, malgrado não ter efetivamente criado nenhuma Ciência Processual, muito menos compatível em relação ao marco teórico do Estado Democrático de Direito, registrou uma contribuição influente para o tema sob escólio, notadamente por seu reivindicado pioneirismo em visualizar a autonomia do processo e em propor uma separação metodológica deste em relação à dita vinculação jurídica de Direito Material constituída entre as partes em juízo.

Não obstante, adotando-se como perspectiva teórica a lição que vincula aos estudos de Bülow o ponto de partida inicial da Ciência do Processo, cumpre observar, para os fins de uma linear investigação, que sua teoria pode, inicialmente, ser resumida em três premissas fundamentais, consoante vêm.

- a) O fenômeno processual é epistemologicamente autônomo (o que induz à reconstituição dos conceitos e desdobramentos correlatos por meio da formulação de uma ciência específica, a Ciência Processual) (BÜLOW, 1964).
- b) No plano de sua sistematização metodológica, a Ciência do Processo deve oferecer respostas que permitam identificar quais os seus requisitos, a que objeto ela se refere, que atos ou fatos pressupõem o seu

surgimento e que pessoas estão aptas a se servir de suas faculdades (ALVIM, 2019).

- c) O processo constitui uma relação jurídica de Direito Público, independentemente da relação de Direito Material que se forma entre as partes em juízo, configurando-se como técnica procedimental, ou meio pelo qual se chega a uma decisão judicial redentora do direito e da sociedade.

2.1 SURGIMENTO DO SOCIALISMO JURÍDICO-PROCESSUAL E SUA PRESENÇA NA DOGMÁTICA BRASILEIRA

No paralelo histórico do chamado processualismo científico, mas no contexto da implantação de legislações sociais na Europa, a insatisfação popular crescente com os rumos do desenvolvimento da industrialização em meados do século XIX, inspirou o surgimento de uma linha doutrinária assentada na crença de um direito como fonte de equilíbrio econômico instrumento de transformação social (NUNES, 2012).

A base dessa vertente teórica, que tinha em Anton Menger o principal idealizador, estava na necessidade de superação do liberalismo processual, mediante uma intervenção legislativa mais robusta, capaz de assegurar e de restaurar a simetria de forças políticas e econômicas no ambiente do processo.

Em sua obra de referência, *Das Burgeliche Recht und die Besitzlosen*, Menger tece uma crítica à autocontenção característica do Estado liberal e defende uma posição judicial mais proativa, como meio de viabilizar uma compensação das desigualdades materiais concretas entre litigantes que estivessem em situações sociais distintas.

Dizia o próprio Menger, em suas proposições:

Una vez concedido al rico el derecho de hacerse representar por abogado, el juiz debería establecer um equilibrio entre as partes assumiendo la representación de la parte pobre. Bien sé que la aplicación de essas soluciones em la administración del derecho civil tropezaria com algunas dificultades técnicas; pero ante los defectos de la atual condición jurídica, en la qual a la disparidad del derecho, se suma la de los procedimientos, àquellas dificultades, no hay para que tomarlas en cuenta. (1947, p. 69).

Na sucessão a Menger, Franz Klein reforçou a ideia do juiz como articulador social influente e indispensável no estabelecimento de uma realidade mais justa e menos assimétrica.

Para Klein (1958 *apud* NUNES, 2012), o processo serve prioritariamente ao desempenho de uma função social traduzida, em linhas gerais, na realização de objetivos políticos, sociais e econômicos. Em sua visão, portanto, o processo constitui uma instituição estatal de bem-estar social, mediante o apoio e a implantação de novas técnicas legislativas de textura mais aberta sujeitas à interpretação (voluntarista) de um julgador socialmente engajado.

Em defesa dessa perspectiva, o próprio Klein assentou, em conferência na cidade de Dresden, em 11 de janeiro de 1901, sob o título *Zeit-und Geistesströmungen in Prozesse (Correntes do Tempo e do Espírito no Processo)*:

Nas novas leis, deparamo-nos com conceitos amplos, gerais, pobres de substância, indícios fáticos, que são descritos meramente em seus contornos de modo cada vez mais frequente. É conhecido o uso abundante, por exemplo, que o Código Civil alemão faz dos conceitos de “boa-fé”, “boa-fé no comércio”, costumes no comércio, bons costumes etc., para criar normas jurídicas que sejam adequadas e corretas aquém e além da grande medida. Com tal técnica, a legislação se contenta com metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem que escolher, dentre o grande número de possibilidades que estão subordinadas ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valer dentro do espírito da lei. As linhas borradas de tais indícios fáticos deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, do juiz. A jurisdição se torna tanto mais pessoal, já que, nos determinados casos-limite, pode o juiz, em um, ter que se submeter ao conceito legal e, em outros, eliminá-lo sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos-limite, pois é justamente em seu saber, que cada um vê, pensa, decide e julga. (1958, p. 18-19 *apud* NUNES, 2012, p. 84-85).

Sob esse panorama, verifica-se, em Klein, nítida ruptura com o processualismo liberal, marcado pela passividade dos agentes de justiça e pelo controle do processo pelos próprios litigantes. À luz do modelo normativo-processual idealizado por Klein, o juiz, reforçado em seu papel, passou a cumprir uma função assistencial, em favor do equilíbrio de forças econômicas e políticas, atraindo para si o protagonismo do próprio processo, bem assim a responsabilidade de proporcionar e realizar uma justiça social compensadora.

Aos aportes de Klein, nesses termos, atribui-se a primeira experiência normativa concreta a refletir os influxos ideários do movimento processual socializador, estampada, com efeito, em razão de uma mudança no Código de Processo Civil alemão, ocorrida em 1933 (NUNES, 2012).

A essa época, quando já em curso o regime nazista, a reforma legal buscava, por meio de uma ampliação dos poderes judiciais de direção do processo, estabelecer condições que viabilizassem respostas jurisdicionais rápidas e próximas das exigências do povo, sob a justificativa de que a tarefa estatal de “dizer o Direito” não tocava somente às pretensões das partes, mas servia, prioritariamente, à segurança e aos interesses da própria nação.

Nessa realidade, o juiz alemão assume, a um só tempo, a condição de protetor dos valores do povo e de intérprete qualificado do espírito das leis. O levantamento da atuação da magistratura nazista, no entanto, legitimada por esse modelo de processo (chancela a perseguições, esterilização em massa de negros e judeus, confirmação de medidas de pseudo-eugenia etc.) “[...] conduz à reflexão sobre se tal concepção pode ser nomeada como verdadeiramente democrática.” (NUNES, 2012, p. 93).

Vislumbram-se, com efeito, um entretecimento e uma correlação robusta entre o discurso teórico do protagonismo judicial e a necessidade de legitimação de regimes políticos de viés autoritário. Sob essa óptica, portanto, o acolhimento e a aplicação das ideias de Menger, Klein e Bülow durante o tedesco nacional-socialismo representou, aparentemente, mais do que uma simples (e infeliz) coincidência histórica.

No Brasil, o influxo do social-autoritarismo processual aportou com fôlego em razão do advento do Código de Processo Civil de 1939, resultante de anteprojeto normativo de autoria de Pedro Batista Martins, cuja base ideológica, segundo o próprio autor, centrava-se no objetivo precípua de restauração da autoridade no bojo do processo, o qual, na qualidade de *instrumento* de realização das finalidades da Justiça, não poderia ser deixado à mercê das iniciativas das partes (MARTINS, 1940).

Num ensaio publicado em 1959 na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Moacir Amaral dos Santos já denunciava os excessos autoritários da legislação processual de 1939.

Na oportunidade, Santos chamou a atenção para o fato de que, se a ideia de reforço da autoridade judicial fazia sentido sob a égide da ditadura do Estado Novo, implantada no Brasil por Getúlio Vargas, tal filosofia se tornou obsoleta com o advento da redemocratização em 1945. Como disse, a propósito:

De qualquer forma, prestou-se o Código do Processo Civil, na prática, a que os juizes, por conta própria, reforçassem os poderes que a lei lhes atribuiu e cada vez mais se cerceassem as atividades das partes, às quais quase que apenas se conferem ônus e deveres. Explicava-se semelhante orientação no regime da Carta de 1937, restritivo das liberdades individuais, nunca em face da Constituição vigente, que as restaurou como alicerce do sistema político que nos governa. Assim, na desejada e de certo modo anunciada revisão da lei processual, seja o primeiro e principal cuidado dos juristas contribuir com os subsídios da sua ciência na indispensável obra de situar o processo civil dentro do sistema constitucional brasileiro, em que se harmonizem o indivíduo e o Estado pelo reconhecimento da compatibilidade da ordem com a liberdade. (P. 228-229).

Esse alinhamento da dogmática brasileira com os influxos autoritários do processualismo social, estampados tanto na justificação há pouco citada quanto no aporte doutrinário de sua resenha crítica, enraizou-se entre os brasileiros, *ex-vi*, sobretudo, do CPC de 1939, e alcançou o ápice com o CPC de 1973, cuja edição teve como marco histórico a fase mais aguda de um ciclo político ditatorial pós-1964, que se estendeu até meados dos anos de 1980.

Malgrado, porém, alguns esforços empreendidos para buscar maior abertura da legislação processual brasileira aos influxos democráticos da Constituição de 1998 – com ênfase, nesse aspecto, às chamadas mini-reformas normativas iniciadas nos anos de 1990³ – os fantasmas do autoritarismo, como sobra demonstrado no capítulo final deste esforço de pesquisa acadêmica *stricto sensu*, continuam a *arrastar suas correntes* e a interferir nos modos de se pensar, teorizar e aplicar o processo no Brasil, mesmo após o advento do CPC de 2015.

2.2 PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA SUBORDINADA AO CONTROLE JUDICIAL

Logo nas primeiras linhas de seu escrito mais célebre, Oscar von Bülow descortina sua ideia acerca da natureza jurídica do processo como uma *relação jurídica* de direitos e obrigações recíprocos entre os *funcionários do Estado* e os

³ Destaquem-se, a propósito, as leis 9.079/95 (que introduziu o procedimento especial da ação monitória), 9.800/99 (que permitiu a utilização do *fax* para a prática de atos processuais que exigissem petição escrita); 10.444/2002 (que modificou o procedimento de “execução provisória”), 11.187/2005 (que alterou o regime de tramitação do agravo de instrumento); 11.232/2005 (que estabeleceu a fase de cumprimento de sentença condenatória de quantia em dinheiro, revogando a execução de título executivo judicial para o mesmo fim); 11.419/2006 (que dispunha sobre a informatização do processo judicial); e 11.447/2007 (que possibilitou a realização dos divórcios e inventários extrajudiciais em situações de consenso e de ausência de interessados incapazes).

cidadãos, cuja expressão conceitual se distingue das demais relações jurídicas em razão de seu caráter de continuidade e em virtude de sua tendência a um desenvolvimento gradual e prospectivo.

Na intelecção de Alvim (2019, p. 182), “[...] o grande mérito de Bülow não foi o de criar, mas o de sistematizar a relação processual”, inserindo-a numa contextura jurídica própria de Direito Público.

A formação do processo, em Bülow, atende a uma lógica estrutural de baixa complexidade metodológica. Proposta a demanda pelo autor e uma vez *citado* o réu, cria-se entre eles e o juiz uma relação jurídica processual, na qual todos, na condição de sujeitos do processo, se fazem titulares de direitos, poderes e faculdades, submetendo-se aos respectivos deveres, sujeições e *ônus*.

Nas palavras do próprio Bülow,

Nunca se há dudado que el derecho procesal civil determina las facultades e los debates que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se há afirmado también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica. [...] La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuído en gran parte, a desconocer su naturaleza de relación jurídica que avanza gradualment y que *desarrolla* paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial se presentan como totalmente concluídas, la relación jurídica procesal se encontra em embrion. (1964, p. 1-2).

A Teoria Bulowiana chegou ao Brasil em meados do século XX e aqui permanece amplamente aceita e acolhida até os dias atuais. Tanto é, pois, que o próprio Código de Processo Civil, editado em 18 de março de 2015, adotou expressamente o marco teórico da relação jurídica para definir o significado e o conceito de processo.

Reza, nesses termos, o art. 238 do mencionado diploma⁴, ao tratar especificamente sobre a regra-matriz da citação, que esta configura, na dogmática atualmente em vigor, “[...] o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.” (BRASIL, 2015, online. Grifou-se).

Divisa-se, com efeito, que, não só para Bülow, como também para a maioria da doutrina nacional – e igualmente, para o próprio legislador de 2015 – a ideia de que processo é, portanto, e precipuamente, uma relação jurídica.

⁴ “Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.” (BRASIL, 2015, *online*).

Sem embargo, a passagem acima transcrita denuncia as primeiras aproximações da teoria relacional de Bülow com o discurso de implantação de um processo judicial entretecido com as aspirações de realização dos programas típicos de um Estado Socializador.

Nesse ponto, merecem destaque dois aspectos da compreensão bulowiana: a propriamente dita noção de processo como relação jurídica e a decantada ideia de vínculo da relação jurídico-processual ao controle de admissibilidade do juiz.

Relativamente ao primeiro aspecto, a opção de Bülow por associar o conceito de processo ao formato de uma relação jurídica vislumbra consequências no mínimo problemáticas. Conquanto o esforço que empreendeu ao buscar uma distinção capaz de dar ares de cientificidade ao fenômeno processual, Bülow, de saída, adotou como referência um modelo de relação jurídica essencialmente privatístico-obrigacional, ou seja, baseado em vínculos particulares de sujeição, poderes e deveres (DIAS, 2018)

A relação jurídico-processual de Bülow, nesses termos, embora represente uma tentativa de adaptação do conceito relacional ao regime e à linguagem do Direito Público, mantém inalterados aspectos próprios do Direito Privado obrigacional como o vínculo de subordinação entre pessoas (LEAL, 2008).

Partindo-se, aliás, de uma visão personalística do conceito de relação jurídica, define-se como tal o liame entre duas ou mais pessoas estabelecido em razão de determinada qualificação normativa e em função de um objeto preexistente para o qual se outorgam poderes a um dos sujeitos e se atribuem deveres e obrigações ao outro (FACHIN, 2000).

Noutras palavras, a premissa relacional em que Bülow se respalda, ao que parece, é indissociável da ideia de subordinação, e conceitualmente estruturada sob um modelo sistemático de autoridade e de vinculação intersubjetiva dos seus agentes.

A afirmação explica a atenção de Bülow relativamente a determinadas matérias semânticas imbricadas à sua concepção de processo. Exatamente preocupações dessa índole é que o conduzem e estimulam, durante praticamente toda a sua obra, a criticar a expressão *exceções processuais*, cujo aniquilamento ele já parecia sugerir desde o título de seu escrito seminal (LEAL, 2008).

Na visão de Bülow, acolher o termo *exceção* – cuja origem no processo romano referia-se ao domínio de incidência da argumentação de defesa do réu -

significaria, de certo modo, conferir ao controle do processo um viés marcadamente privatístico, próprio do Estado Liberal e contrário às premissas do Estado socializador.

Sob pena de se impor um enfraquecimento à ideia de autoridade, e de não se conseguir, na prática, obter os ganhos sistêmicos decorrentes da própria noção de processo como relação jurídica autônoma, a validade do enlace processual em espécie é transcendente aos interesses da relação formada entre as partes em juízo, não podendo, nesses termos, ser inteiramente deixada ao talante da iniciativa dos litigantes.

Nesse sentido, o próprio Bülow adverte:

La validez de relación processual es una cuestión que no puede dejarse librada en su totalidad a la disposición de las partes, pues no se trata de un ajuste privado entre los litigantes, solo influido por intereses individuales, sino de acto realizado con la activa participación del tribunal y bajo la autoridad del Estado, cuyos requisitos são coativos e, em grandíssima parte, absoluto. (1964, p. 293).

Na esteira desse argumento, de que o juízo sobre a validade da relação processual não deve ser entendido como uma espécie de faculdade a ser exercida ao arbítrio do réu, Bülow (1964) propõe que, em vez de “exceções processuais” – dicção procedente, como dito, da tradição do Direito Romano, se passasse a adotar, por discurso de adequação técnica, a expressão “pressupostos processuais”.

A substituição terminológica no momento referida permite duas ilações fundamentais à compreensão do aporte bulowiano:

- a) em Bülow, o controle de admissibilidade e a verificação dos requisitos de validade do processo são competências exclusivas do juiz, o que vincula o conceito de relação processual a um regime jurídico de Direito Público;
- b) em ultrapasse a uma simples e só alteração semântica, a proposta de Bülow revela um argumento de poder que reconduz sua teoria à noção de um processo civil sintonizado com os paradigmas ideológicos de um modelo social e, portanto, autoritário de Estado (COUTINHO, 2012).

A necessidade, contudo, de se conferir poderes ampliados ao juiz como modo de operacionalizar o processo e justificar a própria autonomia da relação processual enfrenta antagonismos diversos, especialmente no que toca ao controle e à legitimação da atividade judicante no marco teórico de um Estado Democrático de

Direito, assuntos que estão, a propósito, detalhadamente debatidos em todo o correr deste estudo.

2.3 JURISDIÇÃO COMO ATIVIDADE DOS JUÍZES E *PODER* DE CRIAÇÃO DO DIREITO

Como expresso na seção imediatamente anterior, a abordagem do processo como relação jurídica, embora guarde suas origens no Direito Germânico de meados do século XIX, desfruta, com recorrência, de ampla adesão e aceite pela doutrina ocidental, chegando, em alguns ordenamentos, como o brasileiro, a representar, na atualidade, o mais significativo e majoritário referencial de estudo e de compreensão do fenômeno processual em seus distintos aspectos.

Essa perspectiva, no entanto, à luz do que igualmente foi asserido, incorpora uma concepção socializante de processo, que aposta a totalidade de suas fichas na ideia de subordinação das partes ao juiz e numa certa crença no caráter onisciente da função judicial, seja para resolver conflitos intersubjetivos, seja para interpretar, aplicar e dizer o Direito no caso concreto.

Embora se defenda, com certa ênfase, o argumento de que algumas concessões de vieses autoritários são próprias da atividade judicial e se justificam democraticamente na ideia de que só um órgão cujos membros não se submetem a escrutínio popular pode legitimamente atuar em defesa dos interesses das minorias qualificadas ou não (BEDAQUE, 2016), a premissa de que o juiz é um ator processual proeminente e com supremacia funcional sobre as partes conduz a uma série de dificuldades conceituais, cuja superação, pelo menos aparentemente, reivindica uma revisão, tanto da matriz teórica aqui examinada quanto da própria ideia de racionalidade em que ela se funda.

Sob esse aspecto, em todo caso, é preciso apontar, de saída, que a noção do juiz como autoridade processual suprema tem em Bülow (também) uma sustentação teórica precursora. Embora ele não tenha detidamente enfrentado essa particularidade na sua *magnum opus*, o seu seminário texto *Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, no qual se preocupou mais em identificar o processo como ciência e relação jurídica autônoma e distinta da relação de Direito Material que se forma entre as partes em juízo, tal abordagem se

mostrou enfática 17 anos mais tarde, no texto de sua agricultura *Gesetz und Richteramt* [em tradução livre, Lei e Função Judicial (COUTINHO, 2015)].

Em tal oportunidade, Bülow expõe uma defesa explícita sobre as implicações de seu entendimento, evidenciando com clareza sua opção teórica pela precedência da função judicial sobre a atividade legiferante e pela possibilidade de criação do Direito pelos tribunais.

Em linhas gerais, a aposta bulowiana no protagonismo judicial e na subordinação das partes a um juiz “onisciente” constitui uma decorrência lógica de sua tematização do processo como uma relação jurídica de Direito Público. Nesse ponto, o modelo clássico de relação jurídica revela-se indissociável da ideia de concorrência entre as partes e da noção de superioridade intersubjetiva.

Tradicionalmente, o próprio conceito de relação jurídica conduz a essa digressão. Entende-se como tal um enlace normativo entre duas pessoas, em que uma pode exigir coercitivamente da outra o cumprimento de um dever jurídico (GONÇALVES, 2016).

Cuida-se, nesses termos, segundo Vilella, de um vínculo exercitável pelo constrangimento e pela opressão, capaz de submeter o sujeito passivo ao sujeito ativo por um poder de vontade e de exigibilidade (VILLELA, 1978, p. 32).

A transposição dessa ideia de relação jurídica para a estrutura epistemológica da chamada Ciência Processual justifica não apenas o perfil autoritário da formulação teórica de Bülow, como também evidencia o seu intuito de promover a superação do processo liberal por um modelo compatível com as exigências e características do Estado Social (NUNES, 2012).

Na relação processual de Bülow, com efeito, enquanto o juiz funciona como um ser cuja inteligência superior o faz apto a revelar valores e anseios da sociedade, e a “[...] permitir, dessa forma, que o direito seja permanentemente adaptado a uma certa realidade, não obstante a legalidade tenha de ser afastada” (LEAL, 2008, p. 25), as partes são reduzidas à subserviente condição de meras destinatárias passivas dos desdobramentos da atuação judicial decisória.

De se perceber, nesse contexto, que a ideia de relação jurídica, em Bülow, representou uma estratégia do autor para fornecer suporte teórico à implantação de um modelo de processo em consonância com os influxos do Estado Social. Para tanto, ele investiu na valorização e na ampliação do conceito de Jurisdição como

atividade típica dos juízes, exercida sob a mediação técnico-instrumental do processo.

O esforço teórico de Bülow, nesse sentido, foi o de buscar soluções apenas para o problema da operacionalidade do Direito, deixando de lado, no entanto, qualquer preocupação quanto à legitimidade do próprio Direito, ou quanto ao oferecimento de possíveis critérios para o controle das decisões judiciais no aspecto de seu conteúdo.

A Jurisdição de Bülow, como poder judicial de criação e garantia de direitos, carrega, portanto uma marca aparentemente inconciliável com as premissas de um modelo político-democrático: cuida-se de uma manifestação do poder estatal, mas que é exercida sem a mediação, desseixada do controle majoritário, sem a influência decisória nem a participação direta ou indireta do efetivo titular desse poder (o povo).

2.4 O PARADOXO DE BÜLOW: QUEM CONTROLA OS JUÍZES?

No subitem acima, buscou-se, em linhas gerais, estabelecer um conceito bulowiano de Jurisdição com amparo no marco teórico relacional que ele próprio idealizou. Deduziu-se, com efeito, que, para Bülow, Jurisdição é a atividade pública em razão da qual o Estado confere aos juízes o protagonismo deliberativo da relação processual, atribuindo-lhes o poder de dizer e de criar o direito no caso concreto, bem como de revelar e de garantir os valores indispensáveis e fundamentais ao bem-estar da coletividade.

Nessa perspectiva, evidenciou-se a imbricação da proposta de Bülow com o contexto histórico-pragmático em que é estruturada, apontando-se, de modo hipotético, possíveis dificuldades epistemológicas que se apresentariam à transposição de seu conceito de jurisdição, transpondo as bases teóricas de um Estado Social, ou para o ambiente normativo de um processo democrático.

Tradicionalmente, o conceito de jurisdição como sinônimo de atuação precipuamente judicial não atrai expressivas divergências. Mesmo as clássicas teorias do Direito e da decisão judicial costumam acolher intuitivamente essa ideia, sem, amiudemente, problematizá-la.

Kelsen, por exemplo, em seu purismo metodológico-descritivo, reconhece a decisão como um ato de vontade do julgador, admitindo que este, ante a liberdade

para se movimentar no interior de uma moldura normativa de hipóteses viáveis, estaria autorizado a decidir discricionariamente, exercendo um poder de escolha em consonância com seus valores e preferências.

A adesão kelseniana ao esquema do protagonismo judicial resulta clara em várias passagens de sua teoria e se acentua na ideia de que, para ele, a legitimidade do Direito decorre da observância de critérios formais, sujeitos à verificação e à demonstração por parte do juiz (KELSEN, 2009).

Noutros torneios, para que uma decisão seja válida, em Kelsen, cumpre apenas que o seu prolator judicial ateste, no plano formal, sua “[...] consonância com as normas que lhe são hierarquicamente superiores e dentro de uma moldura silogisticamente determinada de interpretações possíveis.” (LEAL, 2002, p. 49-50).

Hart, por sua vez, não se desgarra da importância transcendental dos juízes, nem se contrapõe à ideia de Jurisdição como atividade típica e exclusiva do Poder Judiciário, ideiação, por sinal, que sequer chega a alcançar suas cogitações.

Apesar de ligado às tradições do *Common Law*, Hart desenvolve uma sugestão semelhante à de Kelsen, justificando a legitimidade do Direito em referenciais normativos de hierarquia e validade. Sob esse enfoque, assim como Kelsen trabalha com a intenção de uma *norma hipotética fundamental*, à qual todas as demais normas devem obediência, Hart propõe uma *regra de reconhecimento*, cuja disciplina, em sua teoria, é a base dos chamados *testes de pedigree* (HART, 1994).

Em suma, o modelo teórico de Hart atribui ao problema da legitimidade decisória respostas meramente formais (lógico-dedutivas) ou marcadamente autoritárias, a depender da complexidade da matéria a ser concretamente decidida. Constituindo-se um *easy case*, em que o Direito contenha uma solução predeterminada, o juiz vincula-se necessariamente a esse desenlace. Ao revés, nos casos de indeterminação do direito, isto é, quando seja impossível delimitar-se a *zona de foco* da norma, ou determinar-se qual a regra jurídica aplicável (*hard cases*), o juiz deve decidir com certa margem de discricionariedade.

De se ver, portanto, mesmo em Hart, que essa abertura à regulamentação da ordem jurídica pelos juízes nas chamadas *zonas de penumbra* da legislação costuma permitir e dar vazão a práticas judiciais voluntaristas, submetendo a aferição e a determinação dos pressupostos de legitimação do Direito ao predomínio dos critérios de moralidade pessoal do próprio julgador.

O flerte de Hart com o decisionismo, em razão da permeabilidade de sua teoria à discricionariedade judicial, constitui o centro nervoso da objeção que lhe promove Ronald Dworkin. Sustentando uma reaproximação normativa entre Moral e Direito, Dworkin propõe a existência de certa categoria de normas jurídicas que não se submetem a nenhuma testagem de *pedigree*, mas que se expressam em formato de princípios (DWORKIN, 2002).

Nessa perspectiva, recusando as teses positivistas da “separatividade” Direito-Moral e da discricionariedade judicial, Dworkin oferece como alternativa a ideia de *única resposta correta*, defendendo o ponto de vista segundo o qual, para cada caso levado ao Judiciário, só há uma decisão possível a ser tomada (DWORKIN, 2007).

Com vistas a viabilizar esse arranjo, Dworkin sobrecarrega a atividade judicial ao idealizar um modelo utópico de atuação traduzido na metáfora do juiz Hércules, em simbólica alusão ao filho de Zeus e, possivelmente, o maior entre os heróis da mitologia grega.

O juiz ideal, segundo Dworkin (1995), possui virtudes semelhantes às da personagem helênica, e é capaz de façanhas similares às que Hércules protagonizou (em especial quando, ainda bebê, estrangulou serpentes em seu berço, ou quando cumpriu os 12 trabalhos ordenados pelo rei Euristeus).

Sob esse enfoque, deve o juiz de Dworkin, no azo de suas decisões, revisar e reconstituir a história jurídico-institucional de sua comunidade, extraindo e prestigiando os princípios e valores morais que a orientam (LEAL, 2002).

Não é só isso, entretanto. Para o jurista estadunidense, além de voltar sua consciência para o passado institucional de sua comunidade, o juiz Hércules também há de colaborar para a evolução e o desenvolvimento do Direito nessa mesma comunidade, comportando-se a exemplo de um coautor argumentativo de uma espécie de romance em cadeia (DWORKIN, 2007).

Parece claro, nesse contexto, que os fundamentos e requisitos para a legitimação do Direito, em Dworkin, pressupõem o exercício e o despojamento de uma atividade judicial “hercúlea” e quase sobre-humana.

Nesse sentido, pois, talvez não explicitamente, mas de modo flagrante, Dworkin, por meio da metáfora de Hércules, reconhece os juízes como possuidores de uma inteligência além da média, reputando-os como os mais qualificados intérpretes da ordem jurídica, o que, em perspectiva processual, constitui ilação que

se entrelaça e, de certo modo, se confunde com o tradicional conceito bülowiano de jurisdição (LEAL, 2008).

Robert Alexy, de outra parte, apesar de se contrapor a Dworkin, sobretudo em relação à univocidade decisória (Alexy discorda da tese dworkiana da única decisão correta), finda, igualmente, em resumo, por acolher a ideia do protagonismo judicial.

Em sua proposição teórica, ao definir que as normas jurídicas se expressam por meio de regras e princípios, e ao estabelecer que as colisões entre esses mesmos princípios sejam resolvidas caso a caso mediante os chamados discursos de argumentação interna e externa, Alexy reconhece no Poder Judiciário a instituição propícia para realizar esse sopesamento (ALEXY, 2008), filiando-se, sob esse enfoque, ao modelo de protagonismo da função judicial.

Todos esses pensadores aqui mencionados, assim com muitos outros cuja alusão seria igualmente oportuna, concordam aparentemente em pelo menos um ponto: a decisão judicial é o *locus* adequado e capaz, não apenas, de sintetizar o fenômeno jurídico em completude e em sua taxonomia, mas, igualmente, de oferecer respostas adequadas a problemas de racionalidade, fundamentação e legitimação do próprio Direito como ciência (JORGE NETO, 2017).

Como se lobriga, especialmente os teóricos dos três últimos quartéis do século XX se dedicaram a justificar os limites da decisão judicial, preocupação que, em grande medida, guarda relação com o já outrora destacado perfil contramajoritário e não representativo que impregna a magistratura.

Neste comenos, pois, e uma vez que os juízes não investem no cargo em razão de um procedimento deliberativo fundado em participação popular, faz-se imperativo repensar o próprio conceito de Jurisdição no sentido de adequá-lo a critérios de legitimação compatíveis com o marco teórico do Estado Democrático de Direito.

O pretense empreendimento, no entanto, não chegou a ser alvo das cogitações de Bülow. Embora seja possível colher de sua obra uma ideia ínsita de jurisdição como atividade típica de criação do Direito pelos juízes em nome do Estado, Bülow, contudo, não explicou como se poderia controlar racionalmente o exercício dessa atividade.

Essa opção metodológica, que parece, aliás, denegar a afirmação de que o jurista alemão seja, de fato, o fundador da Ciência Processual na atualidade, encobriu uma contradição sistêmica incontornável (LEAL, 2008).

A propósito, como já se exprimiu, Bülow, em razão de sua teoria, inaugurou tão somente um conceito tecnológico de jurisdição como atividade judicial criativa e proeminente em relação ao mister legiferante. Ele não se ateve, entretanto, a esclarecer sob que critérios e mediante quais condições seria possível controlar e fiscalizar a criação do Direito pelo subjetivismo (solipsismo) decisório dos juízes e tribunais (MUNDIM, 2016).

Sob esse enfoque, por não ter enfrentado a legitimidade da função jurisdicional, a não ser nos domínios de um modelo de processo social autoritário, é que Bülow, segundo Leal, incorreu num manifesto paradoxo, qual seja, o de pensar e conceber o processo como instrumento da atuação dos juízes, e, ao mesmo tempo, de controle sobre essa atuação.

Nas palavras do próprio Leal,

Há um aspecto, no entanto, que, embora Bülow não considerasse problemático, atingiu toda a Ciência do Processo derivada de suas teorias. Como já advertiu Karl Laurentz (1997), Bülow não cuidou de explicar como se poderia controlar essa atividade jurisdicional criadora de um direito que era, em última análise, “emocional”, ou “sentimental”. É exatamente dessa aporia que se erige incontornável, nos escritos posteriores dos que buscaram o controle da atividade judicial pelos fundamentos da ciência bülowiana, o *paradoxo de Bülow* (...) Torna-se igualmente possível, com base nesses aspectos, compreender a maneira pela qual a teoria bülowiana daria suporte ao paradigma do Estado Social, o qual pressupõe, como Bülow, o Estado como ente destinado a zelar pelo povo (comunidade vivente) e acomodar suas aspirações nacionais, com promessas de acatamento de seus valores, pouco importando o risco que tal implique às liberdades individuais. Toda a tentativa de elevar o processo impregnado da herança bülowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de que não poderia ser esse processo, ao mesmo tempo instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o paradoxo. (2008, p. 60-65).

Os autores clássicos que se seguiram a Bülow, no máximo, conseguiram superar a ideia de processo como relação jurídica de Direito Público, mas se mantiveram presos às concepções subjacentes ao marco teórico relacional bülowiano.

Isso se explica, talvez, como está examinado nas seções seguintes, pelo fato de que nenhum deles, muito possivelmente, tenha se dado conta da necessidade de reformular os conceitos de jurisdição e de processo, de modo a colocá-los em sintonia com critérios capazes de justificar racionalmente o direito na perspectiva de uma discursividade democrática.

2.5 A INFLUÊNCIA BÜLOWIANA E O PROBLEMA DA LEGITIMAÇÃO DECISÓRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As dificuldades oriundas da proposta científica de Bülow, centradas, boa parte delas, no problema da conciliação entre a instrumentalidade operacional do processo e o controle normativo e epistemológico da Jurisdição, impregnaram as tentativas teóricas subsequentes e impuseram uma espécie de frustração generalizada aos autores que buscaram, com amparo nas ideias do jurista alemão, formular teorias processuais capazes de fornecer critérios razoáveis de legitimação da atividade dos juízes.

Todos os que se lançaram na direção desse empreendimento (em especial, os adeptos da relação jurídica) se restringiram a reproduzir o conceito bülowiano de jurisdição, deixando-se vencer ao fim de suas jornadas - quando maior o seu esforço - pela conclusão de que o tema da legitimidade das decisões judiciais, definitivamente, não deve ser alvo das cogitações de uma Ciência do Processo.

Conforme demonstrou adiante, mesmo os autores que encontraram opções à noção de processo como relação jurídica, ou que assumiram uma atitude crítica, ou de oposição teórica às ideias de Bülow, não conseguiram se desvencilhar totalmente do paradoxo bülowiano, justamente porque não se ativeram à necessidade de repensar o conceito de Jurisdição, no sentido de adequá-lo ao paradigma de um modelo de Estado Democrático.

2.5.1 A doutrina processual italiana dos três primeiros quartos do século XX

Os estudos e cogitações de Bülow sobre o processo e a respeito da sua estrutura como relação jurídica alcançaram largo acolhimento na doutrina ocidental, em especial em países ainda não unificados até então, como Alemanha, Áustria e Itália, os quais, em virtude de sua fragmentação geopolítica à época, tornaram-se vulneráveis à implantação de modelos jurídicos autoritários.

Por opção metodológica, contudo, os módulos à frente cuidam de alguns aspectos da evolução do processo civil italiano desde o início do século XX, na intenção de demonstrar a vinculação de seus principais teóricos às ideias bülowianas sobre o conceito de processo e atinentes ao papel institucional da jurisdição.

Para os fins de tal esclarecimento, a escolha ora mencionada decorreu não apenas dos difundidos entrelaçamentos histórico-culturais entre a Itália e o Brasil, mas, notadamente, procedeu da influência direta dos ítalos processualistas sobre o desenvolvimento da doutrina processual brasileira na atualidade.

2.5.1.1 Chiovenda e a “vontade concreta da Lei”

O primeiro, possivelmente, a buscar opções ao chamado “Paradoxo de Bülow” foi Giuseppe Chiovenda (LEAL, 2008). Adepto da escola dualista de processo, Chiovenda toma como premissa fundamental a ideia de que a lei objetiva pressupõe a Jurisdição. É dizer que, para o autor italiano (como para os dualistas, em regra), a função judicial não configura uma atividade propriamente criativa, mas simplesmente complementar à atividade legal. Ao juiz, em razão do poder coercitivo de que se reveste, cumpre, em Chiovenda, apenas “concretizar” o *direito objetivo*, conferindo à norma abstrata um alcance prático que esta originariamente não possui.

Segundo Chiovenda, o processo *contém* uma relação jurídica que se institui e se estabelece, mediante provocação de um interessado, em face da ausência de efetivação espontânea de um comando normativo. A função do processo, nesse autor, é, portanto, certificar e fazer atuar a vontade concreta de uma lei preexistente.

Em suas palavras:

[...] o processo civil, que se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente a outra parte (réu), serve justamente, (...) , não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo, mas a certificar qual seja a vontade concreta da lei e efetivá-la, quer dizer, traduzi-la em ato: ou a vontade da lei afirmada pelo autor, a qual, se existente, é efetivada com o recebimento da demanda, ou em caso contrário a vontade negativa da lei, efetivada pela recusa. (1965, p. 5).

De se ver, nesse contexto, que, ao definir o processo como *meio* para fazer valer a vontade concreta da lei pelo juiz, o teórico se alinha à visão técnico-operacional de Bülow, compreendendo o processo, antes de tudo, como um *instrumento da Justiça*

Já a jurisdição, para o mesmo autor, é justamente a atividade estatal (servida pelo processo) cujo objetivo é revelar (coercitivamente) a vontade concreta da lei.

Noutras palavras, a jurisdição é o poder que os juízes têm de usar o processo para realizar ou dar concretude ao Direito objetivo.

Percebe-se, nesses termos, que, ao se referir aos conceitos tanto de processo quanto de jurisdição, o processualista itálico enreda-se na proposta de Bülow, distinguindo-se, apenas, pelo fato de que, para o alemão, a atividade judicial é essencialmente uma tarefa criativa (CHIOVENDA, 1965).

Essa diferença, no entanto, não é suficiente para purgar a teoria chiovendiana de críticas semelhantes às já lançadas em desfavor das cogitações de Bülow. Assim como acontece com o seu antecessor, os aportes do autor de *Saggi di Diritto Processuale Civile* sobre o conceito de processo não oferecem, sob a óptica de uma teoria processual, uma solução razoável para o problema da legitimação decisória no paradigma de um processo democrático.

Ao afirmar que o juiz se vale do processo para fazer valer a *vontade concreta da lei*, Chiovenda, em última análise, reduz a dinâmica processual a um movimento cíclico e essencialmente retórico, expondo-se, igualmente, a um paradoxo contraintuitivo.

Consoante o escritor sob nota, o juiz, de uma só vez, define qual é a *vontade concreta da lei* e, ao mesmo tempo, se submete a essa mesma vontade. Noutras palavras, é o juiz quem – em decisão solipsista – delimita os quadrantes formais e as possibilidades materiais de sua atuação. Para Chiovenda, portanto, não é ninguém mais senão o próprio juiz quem controla e fiscaliza a si mesmo (CHIOVENDA, 1965).

O autor, aparentemente, se apercebe dessa contradição e aposta na imparcialidade como garantia indispensável, sem a qual, “[...] não é a vontade concreta da lei quem atuará, mas a vontade do julgador, ou de interesses governamentais”. (LEAL, 2008, p. 78).

Ocorre que, ao propor a imparcialidade como critério de legitimação das decisões judiciais, o jurista italiano investe num fator quase metafísico e de acesso difícil, cuja sondagem, por situar-se essencialmente na psique do próprio juiz (COSTA, 2016), resulta invulnerável à influência de algum controle mais efetivo.

Nesses termos, a teoria de Giuseppe Chiovenda se ancora em resultados semelhantes aos propostos por Bülow. Em síntese, pois, a ideia de processo como *locus* adequado de atuação da vontade concreta da lei reveste-se das mesmas aporias que emaranham as cogitações bülowianas, e insiste em equívocos

sistêmicos que hipertrofiaram a importância do juiz e reforçam o viés autoritário da função jurisdicional.

2.5.1.2 Carnelutti e o processo como método estatal de justa composição da lide

Outro expoente da moderna escola processual italiana, Francesco Carnelutti também dedicou boa parte de seus estudos ao desenvolvimento de uma teoria capaz de definir alguns conceitos-chave do processo e oferecer respostas a alguns dos principais dilemas sistemáticos de sua geração.

Contemporâneo de Chiovenda, com quem fundou, em 1923, a *Revista de Diritto Processuale Civile*, ele teve como cerne de suas cogitações o estudo da *lide* como aspecto nuclear do fenômeno processual.

Segundo o autor de *Como nasce o Direito*, em afirmação até hoje amplamente difundida e reproduzida no processualismo brasileiro, compreende-se por lide o resultado de uma pretensão resistida. A lide, portanto, antecede ao processo e decorre diretamente de um conflito de interesses não solucionado espontaneamente pelas partes envolvidas.

O conceito de lide, sob esse enfoque, é a própria base do sistema carnelluttiano, cuja *justa composição* representa o próprio objeto do processo civil. Processo, para o advogado udinense, não é outra coisa senão o instrumento destinado à *justa composição* da lide (CARNELUTTI, 2000).

Divisa-de, com efeito, clara preocupação operacional com o conflito de interesses. É justamente na erradicação do conflito, o qual o jurista itálico, um dos inspiradores do Código de Processo Civil Italiano, considera como algo necessariamente deletério, que o processo encontra a própria razão de existir. Em última análise, portanto, o processo, em Carnelutti, permeia-se de uma vocação teleológica: é meio de *justa composição da lide*, mediante a resolução do conflito a ela subjacente.

No plano sistêmico, o autor classifica as normas em duas modalidades: as materiais, destinadas à imediata resolução do conflito; e as de cariz instrumental, cuja finalidade remansa na atribuição de poder ao Estado para solucionar o conflito e impor coercitivamente essa solução.

Nesse ponto, Carnelutti alinha-se ao modelo de Bülow, enredando-se em seu já referido paradoxo. Embora sua proposta teórica alcance um grau de

detalhamento não ocorrente no jurista alemão, Carnelutti, assim como Chiovenda, também caiu na armadilha de pensar o processo como relação jurídico-procedimental e de compreender a jurisdição como uma atividade típica dos juízes⁵.

Carnelutti não afirma, como fez Bülow, que ao juiz seria dado criar o Direito. Ao contrário, ele defende o entendimento de que a jurisdição tem caráter complementar à legislação, de modo que uma decisão judicial só se exprime como realmente justa se ela se mostrar em sintonia com um juízo de moralidade política previamente realizado pelo legislador objetivo.

No fim das contas, no entanto, a ideia de *justa composição da lide* representa, para Carnelutti, o que a *atuação da vontade concreta da lei* significa para Chiovenda. Ambas funcionam como parâmetros de conformidade e legitimação das decisões judiciais, mas, paradoxalmente, a delimitação conceitual de ambas se submete, em cada caso, aos critérios subjetivos dos próprios juízes.

Nesse sentido, assim como em Chiovenda, o juiz tanto declara a *vontade concreta da lei*, quanto a ela se submete, em Carnelutti, o juiz tanto se vincula ao *conceito de justa composição da lide*, quanto é responsável por subjetivamente delimitá-lo.

Constata-se, portanto, que a tensão epistemológica entre instrumentalidade e poder ressurgiu intensa em Chiovenda e se ratifica em Carnelutti. Ambos se apoderaram do legado de Bülow, mas não conseguiram se desvencilhar da maior de suas contradições: a ideia de processo, ao mesmo tempo, feito instrumento de poder e meio de controle do exercício desse mesmo poder.

2.5.1.3 Liebman e a jurisdição como atividade judicial voltada à resolução de mérito

Dentre os autores italianos mais importantes da primeira metade do século XX, Liebman foi certamente o que mais estreitou relações com o Brasil e com alguns dos mais prestigiados estudiosos do Direito Processual civil patrial.

Em artigo publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, Alfredo Buzaid teceu um registro genuíno do significado histórico da

⁵ Apesar da proximidade entre os dois teóricos, suas ideias divergem no essencial. Chiovenda, aliás, critica a concepção carnelluttiana de que o objetivo do processo seja a justa composição da lide. Para Chiovenda, Carnelutti, em verdade, compreende como fim último do processo aquilo, que, no máximo, representa um de seus possíveis e remotos desdobramentos. A declaração da vontade concreta da lei, segundo Chiovenda, não necessariamente conduz à erradicação de um conflito de interesses (LEAL, 2008).

passagem de Liebman pelo Brasil e da influência marcante de algumas de suas principais ideias na formação de uma cultura até hoje predominante na doutrina processual brasileira:

A vida de ENRICO TULLIO LIEBMAN, conquanto tivesse sido curta a sua permanência entre nós, incorpora-se definitivamente na história do Direito Processual civil brasileiro como um marco fundamental, como um apostolado da ciência, como um templo do saber. Antes dele houve grandes processualistas, mas não houve escola; depois dele houve escola, no seio da qual floresceram grandes processualistas. Ele foi um divisor que, pondo remate a certo estilo de atividade processual, inaugurou entre nós o método científico, que os seus discípulos abraçaram apaixonadamente. (1977, p. 131).

Liebman chegou ao Brasil logo no início da Segunda Guerra Mundial e se estabeleceu inicialmente em Belo Horizonte, mudando-se em seguida para São Paulo, onde foi contratado para ministrar um curso de extensão universitária na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.

Suas aulas e os encontros informais em sua residência nas tardes de sábado eram amplamente concorridos e atraíam a comparecimento de alguns de seus muitos discípulos que anos depois viriam compor a elite do processo civil nacional. Nomes como José Frederico Marques, Luiz Machado Guimarães, Luiz Eulálio Bueno de Vidigal e o próprio Alfredo Buzaid tiveram largo convívio pessoal com Liebman e tomaram as ideias do jurista italiano como fonte de inspiração para o desenvolvimento de seus estudos e de suas cogitações que, anos depois, viriam compor a base epistemológica do Código de Processo Civil de 1973.

Em seus aportes teóricos, Liebman retoma a ideia tradicional em seu país de que a Ciência Processual moderna se constitui de três pilares: a ação, o processo e a jurisdição.

Segundo o autor, a ação é um direito subjetivo a um julgamento de mérito, que decorre da iniciativa anterior de um direito abstrato (o direito de agir em juízo) e pressupõe verificação e observância de dois requisitos (condições da ação), a saber, o interesse de agir e a legitimidade do agente.

Liebman explica que a jurisdição é essencialmente inerte (ao juiz é defeso iniciar o processo de ofício), e que tal propriedade tem sua razão, tanto por ser impossível ao julgador antever a existência do conflito de interesses, como em virtude da própria garantia de imparcialidade do juiz em face da questão a ser resolvida (LIEBMAN, 2005).

Sob tal enfoque, a ação, em Liebman, é, ao mesmo tempo, um direito e um ônus. É ônus porque seu exercício é indispensável para a atuação do Estado-Jurisdição; mas é, igualmente, um direito, afeto ao respectivo titular, de receber do Estado-Jurisdição o reconhecimento de uma situação jurídica que ele entende lhe ser favorável.

Sobre esse ponto, o próprio Liebman esclarece:

A iniciativa do processo incumbe à parte interessada (ou, excepcionalmente, ao Ministério Público), porque o juiz não procede de-ofício, e não examina a controvérsia sem que o peça a parte interessada. Essa iniciativa, pois, que se exerce propondo a ação em juízo pela forma adequada, representa para a parte antes de tudo um ônus, ou seja, ato necessário para que aquele que espera obter a proteção do seu direito dê início a um procedimento.[...] Mas a iniciativa do processo é, ao mesmo tempo, também um direito da parte, ou seja, o direito de provocar o exercício da jurisdição com referência a uma situação jurídica em que ele é interessado, visando a obter do juiz a proteção de um interesse próprio que se afirma insatisfeito. (2005, p.193-194).

Relativamente ao tema da jurisdição – ponto central das ideias de Liebman – o autor a compreende como uma espécie de instituição de órgãos públicos cuja atribuição fundamental é garantir a eficácia e a efetividade da ordem jurídica nos casos de sua não observância espontânea, inclusive mediante a utilização da força coercitiva. Em suas palavras, com efeito:

Feitas as leis, não se considera ainda plenamente realizada a função do direito. Elas ditam realmente as regras de conduta a serem observadas pelos membros da sociedade, mas, como ordinariamente essas regras têm conteúdo abstrato e geral, é preciso assegurar, na medida do possível, a sua estrita observância, em nome da liberdade e dos direitos de cada um na ordem objetiva da convivência social; em outras palavras, sempre que falte a observância espontânea é necessário identificar, declarar e dar atuação a essas regras, caso por caso, nas vicissitudes concretas da vida de cada dia, eventualmente até mediante meios coercitivos. Há, por isso, um ramo do direito destinado precisamente à tarefa de garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, instituindo órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinando as modalidades e formas de sua atividade. Esses são os órgãos judiciários e a sua atividade chama-se, desde os tempos imemoriais, jurisdição (*jurisdictio*). As pessoas que exercem a jurisdição chamam-se juízes e formam em seu conjunto a Magistratura; sua atividade desenvolve-se em direção dupla, através da cognição e da execução forçada. (*IBIDEM*, p. 19).

O fragmento agora transcrito descreve, com clareza, o arranjo teórico de Liebman. Ele compreende a Jurisdição como atividade típica do juiz, “[...] o qual seria livre de vínculos no exercício de sua função como intérprete qualificado da lei.” (LEAL, 2008, p. 108).

Vê-se, pois, que o enfoque de Liebman conduz a uma ideia de subjetivização da atividade decisória. A pretexto de conferir efetividade à ordem jurídica – esse o sentido da função jurisdicional em Liebman - o julgador tem liberdade para interpretar o Direito conforme a própria consciência e de acordo com seus sentimentos pessoais de justiça e equidade.

Nessa perspectiva, como fizeram Bülow, Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei (este último o que talvez mais, entre os italianos, tenha criticado o modelo liberal, defendendo uma teoria processual mais enfaticamente autoritária e socializadora), Liebman reproduz a ideia de processo como matéria-prima dos juízes no exercício da jurisdição (viés instrumental), mas se abstém de problematizar e propor soluções racionais para o problema da legitimidade e da controlabilidade da função decisória.

Ao reafirmar que jurisdição é atividade exclusiva dos juízes, e que o objetivo desse mister é o exame de mérito dos conflitos de interesse⁶, Liebman diminui a importância do processo e praticamente resume o papel e a influência das partes ao exercício do direito de ação. Essa ideia, por sinal, se acha bem assentada e representada na dicção do art. 262, do Código de Processo Civil de 1973⁷, nos termos do qual *o processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial*.

Neste passo, a proposta liebmaniana, especialmente no que tange à compreensão dos institutos que integram o chamado *tripé* científico da teoria processual (ação, jurisdição e processo), permeia-se de iguais aporias e merece as críticas semelhantes às endereçadas aos seus antecessores. Assim como eles, Liebman investiu no protagonismo da jurisdição como alternativa ao liberalismo processual, mas se descuidou de apontar saídas sistemáticas e democráticas

⁶ Segundo Liebman, o objeto do *conhecimento* do juiz se desdobra em três aspectos: a) **o mérito**, que, para o autor, compreende todas as questões capazes de interferir direta ou indiretamente no acolhimento ou na rejeição do pedido; b) **as questões prejudiciais**, que se vinculam a uma relação jurídica de cuja existência ou inexistência depende de algum modo a resolução da causa (do mérito); e c) **as questões preliminares**, que tratam especificamente da existência e da validade do processo, bem como dos requisitos ou das condições para o exercício subjetivo do direito de ação (LIEBMAN, 2005).

⁷ O art. 2º do CPC de 2015 (BRASIL, 2015) reeditou em quase tudo o art. 262 do CPC de 1973, substituindo, no entanto, a conjunção adversativa “mas” pela conotação aditiva “e”. Assim, no lugar de “O processo civil começa por iniciativa das partes, MAS se desenvolve por impulso oficial” passou a vigorar “o processo civil começa por iniciativa das partes E se desenvolve por impulso oficial. A conjunção “e”, que está no CPC de 2015, transmite uma ideia de inclusão e de continuidade. As partes, em tal contexto, não só promovem a iniciativa do processo, mas também participam de seu desenvolvimento. Já a conjunção “mas” inscrita no art. 262 do código revogado denotava um ar de exclusão. As partes, em tal ambiência, iniciavam o processo, MAS sua participação se encerrava aí, eis que o mesmo processo se desenvolvia de maneira espontânea.

capazes de viabilizar a contenção de excessos e a prevenção do arbítrio no exercício da atividade judicante.

2.5.1.4 Cappelletti e o reforço da socialização processual por meio do “Acesso à Justiça”

Um dos precursores do chamado “Movimento Global de Acesso a Justiça”, o jurista italiano Mauro Cappelletti, discípulo de Piero Calamandrei, também exerceu grande influência sobre o desenvolvimento da doutrina e da legislação processual no Brasil, embora numa perspectiva distinta da de seus antecessores.

Em sua obra seminal *Acesso à Justiça*, Cappelletti identifica na transição dos séculos XIX e XX um fenômeno de massificação social que repercutiu numa ampla pulverização das relações de Direito Privado, levando a que um maior número de pessoas, inclusive as economicamente menos favorecidas, tivessem que recorrer ao Judiciário em busca de solução para os seus conflitos de interesses.

Como, no entanto, segundo Cappelletti, os órgãos judiciais não estavam devidamente aparelhados e capacitados para absorver essa mudança de paradigma, o processo civil da época, então caracterizado por um excesso de formalismo, foi, aos poucos, perdendo sua significância e acumulando défices de serventia e eficiência (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Em razão desse quadro, e em parceria com Bryant Garth, Cappelletti coordenou uma pesquisa específica cujo objetivo era repensar o Direito Processual numa perspectiva interdisciplinar, no sentido de identificar aporias e propor soluções que adequassem o sistema às suas novas demandas e a esse novo perfil de litigiosidade em massa: o chamado “Projeto Florença de Acesso à Justiça”.

No relatório final dos trabalhos, os autores diagnosticaram três principais tipos de problemas que objetavam o acesso amplo aos órgãos da Justiça, com suporte numa visão pretensamente socioeconômica do fenômeno jurídico em dimensão global.

O primeiro desses problemas divisava uma causa de fundo econômico. Segundo os autores, a ausência de recursos financeiros e os altos custos para o financiamento de um processo em geral seriam pontos decisivos para que algum interessado se abstinhasse de sua pretensão, ou simplesmente viesse a abandoná-la antes mesmo de alcançar resposta.

Já o segundo empecilho apontado por Cappelletti e Garth decorria do natural desequilíbrio de forças que normalmente gravita em torno de uma demanda, ocasionado seja por motivos estritamente sociais e/ou financeiros, seja em virtude de outros fatores de vulnerabilidade ou de hipossuficiência jurídica.

E o terceiro e último dos obstáculos verificado na investigação correspondia às imperfeições que burocratizam o sistema de justiça e que comprometem a obtenção de uma prestação jurisdicional rápida, eficiente e satisfatória.

No escopo de projetar opções razoáveis para os problemas apontados no relatório conclusivo, o *Projeto Florença* sugeriu a implementação de algumas políticas normativas e jurisdicionais, as chamadas *Ondas Renovatórias de Acesso à Justiça*.

Nesse sentido, para fins de contrapor o primeiro problema há pouco referido, foi sugerida a criação, por via legal, de instrumentos para garantir uma assistência judiciária gratuita aos que comprovassem sua condição de economicamente desfavorecidos (primeira onda renovatória).

De igual modo, a título de superar o segundo estorvo (desequilíbrio de forças entre as partes), recomendou-se maior atenção do Estado e da Sociedade na efetivação dos direitos coletivos *lato sensu* (segunda onda renovatória).

Por fim e relativamente à terceira dificuldade (entraves processuais e procedimentais), uma possível solução estaria em investir na desformalização dos expedientes judiciais e na simplificação dos vários ritos e procedimentos (terceira onda renovatória).

As ideias de Cappelletti, em particular no Brasil, alcançaram repercussão evidente. Seus estudos, com efeito, inspiraram diretamente no País, por exemplo, a organização das defensorias públicas estaduais e federal, a regulamentação de um *microsistema* de ações coletivas, a criação dos juizados especiais cíveis e o surgimento de vários institutos e técnicas de aceleração procedimental, como as tutelas provisórias, o julgamento parcial de mérito, a unificação das fases processuais de conhecimento e de execução, dentre outros.

Ocorre que, se para uma porção majoritária da doutrina nacional, tais contribuições trouxeram ganhos sistêmicos que viabilizaram maior articulação discursiva entre democracia e processualidade, o Projeto Florença, no entanto, alinhava-se com nitidez ao argumento do socialismo processual, apostando, com ênfase, numa lógica gerencial e intervencionista de viés jurisdicional-estatizante.

Aliás, não é preciso muito esforço para identificar aproximações e coincidências entre os aportes cappellettianos e as cogitações teóricas formuladas quase cem anos antes por Anton Menger e por Franz Klein. Vê-se, a propósito, que, tanto os dois últimos quanto o primeiro professavam a crença na figura de um juiz patriarcal, que utiliza o processo (também) para realizar compensação de desigualdades materiais substantivas.

Em todo caso, e não obstante o seu modelo teórico com centro num protagonismo judicial forte e criativo, Cappelletti preocupava-se com a legitimidade da função jurisdicional, embora não haja, para esse fim, mostrado opções viáveis, ou oferecido soluções satisfatórias.

Nesse aspecto, é oportuno o comentário de Jorge Neto:

Mauro Cappelletti, ao analisar a questão da legitimidade da atividade criativa dos juízes pretende justificá-la por meio do procedimento adotado. Segundo Cappelletti, a atividade jurisdicional diferencia-se da atividade legislativa pelo procedimento. Para ele, o procedimento jurisdicional é fundado em três regras básicas: a) *Nemo iudex in causa própria* – o juiz não pode julgar a própria causa, nem nenhuma causa que possa ter interesse próprio: b) *audiatur et altera pars* – o juiz deve estar posicionado supra partes, em uma posição imparcial e equidistante, independente, livre de pressões das partes: c) *ibi non est actio, ibi non est jurisdiction* – o juiz deve atuar somente quando provocado pelas partes, justamente para garantir a regra anterior.

[...]

Essas regras, na medida em que limitam a atividade dos juízes, vez que eles só poderiam exercer o poder sob estas condições, legitimariam a atividade criativa dos juízes na decisão judicial. Nada obstante, não são capazes de oferecer, por si sós, a garantia de que o ativismo judicial será exercido de modo mais benéfico e desejável, ou, de outro modo, não trazem critérios de correção da decisão judicial, pelo menos não no que se refere a critérios substantivos, que digam respeito ao conteúdo, e não ao procedimento adotado. (2017, p. 124).

Ainda no que concerne ao tema da legitimidade decisória em Cappelletti, e sua adequação ao paradigma do processo constitucional democrático, Rosemiro Pereira Leal, em análise crítica dirigida fundamentalmente à retórica do *julgador salvacionista* e ao *misticismo* da simplificação procedimental como mecanismo de ampliação do acesso à Justiça, adverte para o equívoco de se transmutar a jurisdição em uma espécie de *relação de consumo*, em que o Estado-juiz funcionaria como um mero prestador de serviços jurisdicionais e as partes jurisdicionadas como simples consumidoras dessa prestação.

Tal conjectura, segundo o jurista mineiro, conduziria a uma típica inversão de valores, cuja consequência mais imediata seria a de conferir ao processo uma lógica

produtivista e operacional, a serviço de uma efetividade e de uma eficiência a qualquer custo. Nas palavras de Leal:

A considerar, como preconiza Marinoni, na trilha de Mauro Cappelletti, que “há a necessidade de a prestação jurisdicional passar a ser pensada na perspectivas do consumidor de serviços jurisdicionais, não mais estaríamos no campo do Direito Processual, mas do direito do consumidor, e, como tal, ao Estado caberia responder pelo ressarcimento aos danos causados pela deficiência crônica qualitativa e quantitativa do aparato judicial, desligando-se, por consequência, esse tema das cogitações do processo, cuja efetividade não se anuncia pela boa ou má qualidade dos serviços jurisdicionais, mas pelos condicionamentos de garantias de direitos fundamentais. *Mutatis mutandis*, o pior ou o melhor processo deve ser criado pela lei, não podendo a jurisdição estatal, que também deve ter fonte legal, piorar ou melhorar o processo, cujos conteúdos não foram criados pela jurisdição, não cabendo a esta, como quer Montesano, a relativização do fenômeno direito-processo. (2018, p. 223).

Cappelletti, como já expresse, filia-se à corrente do protagonismo judicial intervencionista, embora admita que, na tarefa de criar o direito, o juiz não é inteiramente livre, mas conhece limites estabelecidos pela lei (em sentido amplo) e pela equidade (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Sob essa óptica, apesar de esforçar-se para se desvencilhar das inconsistências teóricas de seus antecessores (tanto que procura problematizar e justificar a legitimidade decisória), Capelletti, em similar anacronismo, se associar aos mesmos conceitos *tradicionais* anacrônicos de processo como relação jurídica instrumental e de jurisdição como atividade típica, proeminente e exclusiva dos juízes.

2.5.2 De Bülow a Dinamarca: o itinerário e a consolidação do instrumentalismo processual no Brasil

A emancipação epistemológica do processo atribuída aos estudos de Oscar von Bülow no final do século XIX inseriu definitivamente a nova disciplina no eixo das cogitações teóricas de sua época, conferindo visibilidade e abrindo um relevante espaço para o surgimento de uma cultura científico-processual que logo transcendeu as fronteiras da Alemanha.

Alguns anos após o advento da obra seminária de Bülow, outro alemão, Adolf Wach, intensivamente influenciado pelo próprio Bülow, trouxe à luz, em 1888, o *Manual de Direito Processual Civil*, cujo mérito mais significativo foi ter evidenciado a

autonomia do direito de ação, inaugurando um debate histórico que até hoje não arrefeceu por completo.

Referindo-se às contribuições de Wach, Alvim pontifica:

Para o citado jurista, a *pretensão da tutela jurídica* (*rectius*, direito de ação) não é função do direito subjetivo, pois não está condicionada por este. [...] A ação não existe apenas onde existe o direito subjetivo material, pois o autor pode se valer da ação para pedir ao juiz que declare a inexistência de uma relação jurídica [...] Desta forma, demonstrou Wach a autonomia da ação frente ao direito subjetivo material, o que constituiu o golpe de morte nas teorias civilistas da ação. [...] Enquanto Bülow demonstrou a natureza jurídica do processo como uma relação jurídica autônoma, e distinta da relação jurídica privada, que se faz valer em juízo, e, além disso, relação jurídica pública, com o que desvinculou o processo das concepções privatistas que o envolviam, Wach convocou a doutrina para uma reflexão sobre a natureza jurídica da ação, concebendo-a como direito subjetivo *processual*, também de natureza pública, que não pressupõe necessariamente o direito subjetivo material. (2019, p. 34).

Depois de Wach, e bem inspirado nos referenciais teóricos da escola alemã de processo, em especial nos estudos do próprio Wach, de Bülow e do austríaco Franz Klein (o que lhe renderia anos depois a alcunha de “traidor”, por seus compatriotas Lodovico Mortara e Luigi Mattiolo), o italiano Giuseppe Chiovenda publicou *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, em 1901, e *L'azione nel sistema dei Diritti*, em 1903.

Logo em seus primeiros escritos, Chiovenda instituiu as bases científicas de seu pensamento jurídico-epistemológico, cujos matizes, corroborados em sua obra clássica *Princìpii di Diritto Processuale Civile*, lançada originariamente três anos antes de sua morte, em 1937, lhe renderam, como é atualmente reconhecido, o “título” de fundador da moderna escola italiana de Direito Processual.

De suas mais elementares cogitações teóricas, destacam-se os conceitos de ação como direito potestativo e autônomo em relação ao direito material, de processo como relação jurídica procedimental e de jurisdição como atividade exclusiva do juiz para fazer atuar a vontade concreta da lei em substituição aos impulsos das partes (a quem é vedado o exercício da autotutela).

No âmbito de sua atividade acadêmica e científica, Chiovenda, além de um extenso rol de publicações, várias das quais de obrigatória consulta até a atualidade, inspirou alguns dos mais influentes processualistas italianos do século XX, acumulando entre seus discípulos nomes como os de Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Enrico Túllio Liebman.

Liebman, por sua vez, fixou residência no Brasil por aproximadamente cinco anos, onde lecionou no programa de Pós-graduação da Universidade do Largo do São Francisco, em São Paulo.

Em solo brasileiro, Liebman difundiu suas ideias sobre processo como instrumento dos juízes e a respeito de jurisdição como atividade tipicamente judicial para a resolução do mérito, atraindo adeptos ilustres como os já então prestigiados José Frederico Marques e Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, e influenciando largamente a formação de uma geração de juristas, como Alfredo Buzaid e José Carlos Barbosa Moreira.

Afirmando-se como um dos então mais jovens discípulos do Italiano, além de seu admirador pessoal confesso, Buzaid, cuja biografia é em grande parte associada por sua participação política em regimes ditatoriais (ele atuou como Ministro da Justiça no governo Emílio Médici e teve colaboração decisiva na elaboração do Ato Institucional nº 5/68), foi o responsável pela redação do anteprojeto normativo contendo a Mensagem de nº 210/72, que resultou na edição do Código de Processo Civil de 1973.

O chamado *Código de Buzaid*, como ficou conhecido o recém instituído diploma (em homenagem ao seu redator e mentor intelectual), veio impregnado de remissões à moderna doutrina processual italiana. Tanto que, logo em sua exposição de motivos, cujo prefácio continha uma citação direta a uma frase de Chiovenda, somente a Liebman, Buzaid dedicou nada menos do que 15 referências escritas.

Anos antes, outro acontecimento simbólico reafirmou o prestígio e a deferência de boa parte da elite processual brasileira à doutrina italiana (em especial, aos ensinamentos de Liebman): a fundação, em agosto de 1958, do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP, “[...] por uma plêiade de processualistas, seguidores da linha científica do Direito Processual introduzida no Brasil por Enrico Tullio Liebman.”⁸

Liebman retornou à Itália ainda em 1945, mas manteve intensa conexão intelectual com o Brasil até bem próximo de seu falecimento, em 1986. Por aqui, ainda em franca atividade, e embora sob relativa distância, ele coordenou um grupo

⁸ Disponível em: www.ibdp.org.br. Acesso em: 16 out. 2019.

de estudos em processo, que tinha Cândido Rangel Dinamarco como um de seus participantes.

Consideravelmente influenciado por Chiovenda e por Liebman, com quem manteve amplo convívio quando cursou especialização na Itália, e de quem traduziu uma das obras mais importantes, *Manuale di Diritto processuale civile*, Dinamarco, já em 1973, apresentou tese de Docência Livre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, *A Execução Civil*, abordando suas primeiras impressões sobre o código recém-aprovado (de cuja comissão revisora participou, juntamente com José Frederico Marques, José Carlos Moreira Alves e Luis Antônio de Andrade).

Sua *magnum opus*, no entanto, sobreveio apenas 12 anos mais tarde, como resultado de sua tese de titularidade na Faculdade de Direito da USP. Em *Instrumentalidade do Processo*, Dinamarco aponta em letras expressas o que seus antecessores apenas insinuavam ou intuía.

Ela toma como premissa a ideia bülowiana da relação jurídico-processual para sustentar que processo não é um fim em si mesmo, nem existe por si. Tampouco, simplesmente, contém uma instrumentalidade técnica, nem se exaure no procedimento, ou nas normas que o regulam. Trata-se, ele próprio, o processo, de um instrumento a serviço do Estado-Juiz, para viabilizar a realização de escopos específicos.

No próximo e último subitem do capítulo sob relato, procedeu-se a uma análise descritiva do conceito de jurisdição na Teoria Instrumentalista de Cândido Dinamarco, destacando seu viés autoritário e socializador, e sublinhando sua incompatibilidade metodológica em relação ao paradigma do processualismo democrático.

2.5.3 A Jurisdição em Dinamarco e o processo civil teleológico

Dinamarco não se ocupou de elaborar uma definição didática acerca da jurisdição, ao contrário do que fizeram Chiovenda e Liebman. Ele, diversamente, propôs a dedução de um de conceito estruturado, com suporte no somatório de quatro observações fundamentais:

- a) jurisdição é poder/função estatal atribuída aos juízes;
- b) jurisdição é a aplicação da lei ao caso concreto;

- c) jurisdição é a composição do conflito com justiça e definitividade; e
- d) jurisdição é a realização de escopos estatais jurídicos e metajurídicos.

Relativamente à alínea “a”, Dinamarco, primeiramente, identifica a jurisdição como um poder/função estatal. Conformar, para ele, atividade privativa do Estado, que se desenvolve na pessoa dos juízes e por meio de um processo-instrumento.

No que tange ao item “b”, o autor dialoga com o pensamento de Chiovenda para exprimir a ideia de que a Jurisdição se destina à aplicação da lei ao caso concreto, ou à atuação da vontade concreta do Direito objetivo em consonância com os valores essenciais de uma sociedade (valores esses representados pelos direitos fundamentais e pelos princípios constitucionais de justiça).

Já quanto à letra “c”, Dinamarco encampa a noção tradicional de que um dos papéis fundamentais da jurisdição reside na solução justa e definitiva de conflitos intersubjetivos. Disso decorre que somente a jurisdição, dentre os poderes do Estado, é capaz de produzir decisões revestidas da chamada coisa julgada material. Noutras palavras, o que diferencia a jurisdição dos outros poderes/funções estatais, segundo o autor, é exatamente essa característica de definitividade, ocorrente naquela e ausente dos demais (DINAMARCO, 2017).

Finalmente, acerca do indicador “d”, Dinamarco explica que, para que seja possível compreender o processo como instrumento da jurisdição, esta não pode ser vista como um fim em si mesma. Por meio do processo, o Estado (Jurisdição) busca a concretização de determinados resultados. Significa dizer, nesses termos, que a perspectiva instrumentalista é essencialmente teleológica, e se conduz, de modo invariável, à realização de certos objetivos eleitos (jurídicos, sociais e políticos).

Em síntese, portanto, é possível, desde a visão instrumentalista de Cândido Dinamarco, conceituar jurisdição como o poder/função estatal atribuída aos juízes, por meio da qual tem lugar a atuação da vontade concreta do Direito, solucionando conflitos de interesses com definitividade (imutabilidade), e com o propósito de realizar escopos estabelecidos pelo próprio Estado.

No concernente ao protagonismo do elemento jurisdição, cuja ideia é um dos pilares da teoria instrumentalista, Dinamarco destaca que observar o sistema processual com base no instituto da ação é hábito metodológico que atualmente não faz mais nenhum sentido (DINAMARCO, 2008).

Superado o sincretismo processual de outrora, no horizonte do qual se pensava que processo e jurisdição gravitavam ao redor da ação, e serviam para

atendê-la e instrumentalizá-la, a concepção individualista que antes definia a ação como direito à tutela jurídica (a clássica ideia romanista de que a todo direito correspondia uma ação que o assegurasse), foi substituída por um sistema jurídico-político marcado pelo publicismo.

Para Dinamarco, a afirmação individualista de que o sistema processual existe para satisfazer interesses subjetivos conflita com a hoje reconhecida autonomia do direito de ação, e com a consagração do método do processo civil de resultados (DINAMARCO, 2008).

Sabe-se, como diz o autor, que a tutela jurisdicional se destina às pessoas, e não aos direitos, sendo inconcebível admitir que a tutela de direitos seja o escopo, quer da jurisdição, quer do próprio sistema processual. Sob esse enfoque, segundo Dinamarco, constitui, segundo ele, grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação, ou dos direitos subjetivos materiais (DINAMARCO, 2008).

Dinamarco defende, de igual modo, o argumento de que nem o processo merece ser posto no centro do sistema, por ser fonte substancial de emanção das ideias, princípios e estruturas que integram a unidade do Direito Processual (DINAMARCO, 2008). “Dentro de um sistema que é, em si mesmo, instrumental, o processo é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função destinada ao alcance de certos objetivos (exteriores ao sistema).” (2008, p. 94).

Nas palavras do próprio autor,

O valor do processo reside na capacidade que ele tenha de dar livre curso ao exercício adequado, efetivo e eficiente da ação e da defesa para que também a jurisdição, em clima de equilíbrio e como resultado do contraditório regular, produza os efeitos desejados pela ordem jurídica e sócio-política. A preponderância metodológica da jurisdição, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo correspondente à preconizada visão publicista do sistema como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. (*IBIDEM*, p. 95).

Quanto ao aspecto mais emblemático da teoria instrumentalista, Dinamarco, em suma, acentua que os escopos da jurisdição se constituem e se expressam em razão de três ordens de valores: os escopos sociais, políticos e jurídicos.

No que tange aos carizes sociais, o autor os identifica nas ideias de educação e de pacificação com justiça. Segundo aduz, em primeiro plano, como modo de refluir uma tendência humana ao exercício primitivo da autotutela, o que induziria à difusão da violência social, a jurisdição deve atuar em perspectiva pedagógica, no

sentido de educar as pessoas a levarem suas lamentações e insatisfações para serem remediadas em juízo.

Já em segundo lugar, para Dinamarco, é também escopo do Estado, alcançável por via da jurisdição, a erradicação dos conflitos intersubjetivos e a restauração da paz social em sentido amplo. Esse propósito, no entanto, não se realiza pela pura e só obtenção de decisões judiciais, quaisquer que sejam os seus conteúdos. Indispensável se impõe, para esse fim, que tais decisões sejam tomadas em consonância com valores de justiça. Dinamarco sustenta, nesse sentido, que o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado é o de eliminar conflitos mediante a utilização e o emprego de critérios justos (DINAMARCO, 2008).

Sob o enfoque político, por sua vez, o intenso comprometimento do sistema processual com a política (a Justiça faz parte desta) descortina, no olhar de Cândido Dinamarco, a necessidade de a jurisdição se inserir em pelo menos três aspectos atinentes à vida do Estado e de suas relações com as pessoas:

- a) afirmar a necessidade estatal de decidir imperativamente,
- b) concretizar o culto ao valor liberdade e
- c) assegurar a participação dos cidadãos por si mesmos ou por via de suas associações nos destinos da vida política.

No que respeita, por fim, ao escopo jurídico da jurisdição, Dinamarco o resume na aplicação na atuação da vontade concreta da lei. Diz ele, a esse respeito, enfatizando, que o escopo jurídico da jurisdição é menos importante do que os escopos sociais e políticos, porquanto

[...] o escopo jurídico da jurisdição não é a composição das lides, ou seja, o estabelecimento da regra que disciplina e dá solução a cada uma delas em concreto. A regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação. O escopo *de atuação da vontade concreta da lei* é tão intimamente ligado à tese dualista, que por expressivos defensores desta fórmula assim construída tem sido apontada também como uma das características fundamentais da própria jurisdição (ao lado do caráter substitutivo). [...] Antes de insinuar visão diferente das coisas quanto ao modo de ser do direito e do escopo do processo, essa construção serve para mostrar que o escopo jurídico, sendo o mais superficial e o menos significativo cede passo a desígnios de outra ordem, ligados ao campo político e ao social. Se o resultado do processo se afastou dos desígnios do direito substancial, nada de mal ou muito significativo reside nisso, desde que o escopo social de pacificação haja sido atingido; melhor ainda, se foi feita pacificação com justiça. (2008, p. 246).

Embora Dinamarco retome as fórmulas seculares do processo como relação jurídica, e incorpore a instrumentalidade no núcleo de sua teoria, ele, diferentemente de Liebman, tenta, conquanto sem sucesso, se desvencilhar do paradoxo de Bülow.

Em suas cogitações, Dinamarco demonstra evidente preocupação com os temas da fiscalidade externa e da legitimação das decisões judiciais em sentido amplo. O autor admite, a propósito, que, apesar dos reflexos jurídicos e socio-políticos da atividade jurisdicional na senda das relações entre Estado e pessoas, os membros do Poder Judiciário não detêm mandato eletivo, tampouco desfrutam de representatividade popular.

Nessa perspectiva, ele reconhece que o mero caráter institucional da jurisdição não é suficiente para lhe conferir legitimidade. Para ele, é possível, sim, falar-se em legitimação da função jurisdicional desde que esta

- a) assuma o lavor de prestar sua atividade oferecendo às partes as garantias da ação e da defesa;
- b) observe e se submeta às limitações impostas pela própria ordem jurídica (vedação ao exercício espontâneo, juiz natural, contraditório, ampla defesa, isonomia, etc.); e
- c) comprometa-se e se predisponha intransigentemente a alcançar os objetivos transcendentais que lhe são designados (escopos sociais, jurídicos e políticos).

O equívoco sistêmico de Cândido Dinamarco, à luz de uma concepção democrática de processo, reside, no entanto, dentre outros aspectos, na insistência, confessada pelo autor, em premissas metodológicas amplamente entrelaçadas com os paradigmas do Estado Social.

Para a teoria instrumentalista, a agenda do protagonismo judicial é elevada a um grau de potencialidade que talvez nem Bülow, mesmo em sua intenção de viabilizar processualmente o Estado Social alemão, tenha efetivamente pensado em alcançar.

O “paradoxo” de Cândido Dinamarco não está apenas (embora também esteja) em pensar o processo como relação jurídica em que as partes se subordinam ao juiz, ou em compreender a jurisdição como atividade típica, exclusiva e proeminente do Poder Judiciário; está, sobretudo, em considerar que a jurisdição exhibe tal nível de protagonismo e onisciência, que aos juízes, além da tarefa de revelar e fazer atuar a vontade concreta da lei, reconduzindo suas decisões (mesmo

que retoricamente) a alguma deliberação política do constituinte ou do legislador, dá-se também a missão de realizar concretamente diversos objetivos metajurídicos, como erradicar conflitos, promover a paz social e a segurança jurídica, educar a população, garantir a inclusão social de pessoas vulneráveis e economicamente desfavorecidas, e resguardar a participação, a igualdade substancial e a liberdade dos cidadãos em geral.

Nesse ponto, é cabível usar como exemplo um comentário sarcástico de Luiz Roberto Barroso, ao falar sobre a quantidade impressionante de temas abordados pela Constituição de 1988, durante sua sabatina no Senado Federal em 04/06/2013: a julgar pelas cogitações de Cândido Dinamarco, o juiz instrumentalista, de fato, *joga búzios, prevê o futuro e traz a pessoa amada em três dias*.

Dinamarco, portanto, a despeito de suas aparentes inquietações com o problema da legitimidade decisória, aposta seu capital argumentativo numa valorização extremada da jurisdição e do protagonismo judicial e num “[...] esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um discurso moderno de funcionalização do sistema jurídico.” (NUNES, 2012, p. 100). A esse respeito, contudo, veja-se o preciso o comentário de Aroldo Plínio Gonçalves (2016, p. 157).

Em “a Instrumentalidade do Processo”, o Professor Cândido R. Dinamarco propõe que se desenvolva uma nova mentalidade entre os processualistas modernos em torno da “instrumentalidade do processo” considerada segundo os fins da Jurisdição e do processo. Os fins da jurisdição não seriam apenas jurídicos, mas também sociais, compreendendo a “pacificação com a justiça e a educação”, e políticos, a participação, “a afirmação da autoridade do estado e de seu ordenamento [...] Esses escopos são inspirados nas contribuições da sociologia jurídica que, na linha de separação entre Direito e Estado, alerta para o problema da legitimação pelo procedimento, que acompanhou a racionalização do Estado moderno [...] No Direito Processual atual, concebido como sistema normativo, o processo não pode ser reduzido a uma mera legitimação pelo procedimento, não porque se devam dispensar as formas, mas porque o processo já não é mais apenas um rito para justificar uma sentença [...] A finalidade do processo, como procedimento desenvolvido em contraditório entre as partes na preparação de um provimento que irá produzir efeitos na universalidade dos direitos de seu destinatário, é a preparação participada da sentença.

A despeito, contudo, da advertência crítica ora reproduzida, a concepção de processo como relação jurídica e instrumento da jurisdição é ainda hoje predominante entre os mais influentes autores da doutrina processual brasileira⁹.

Humberto Theodoro Junior, por exemplo, um dos membros da Comissão responsável, no Senado Federal, pela redação final do anteprojeto do CPC de 2015, define processo nos seguintes termos:

Para exercer a função jurisdicional, o Estado cria órgãos especializados. Mas estes órgãos encarregados da jurisdição não podem atuar discricionária, ou livremente, dada a própria natureza da atividade que lhes compete. Entre o pedido da parte e o provimento e o provimento jurisdicional se impõe a prática de uma série de atos que formam o procedimento judicial (isto é, a forma de agir em juízo), e cujo conteúdo sistemático é o processo. Esse método, porém, não se resume apenas na materialidade da sequência de atos praticados em juízo; importa também, e principalmente, no estabelecimento de uma **relação jurídica de Direito Público**, geradora de direitos e obrigações entre o juiz e as partes, cujo objetivo é obter a declaração ou a atuação da vontade concreta da lei, de maneira a vincular, a esse provimento, em caráter definitivo, todos os sujeitos da relação processual. [...] Assim, **como instrumento da atividade intelectual do juiz**, o processo se apresenta como “a série de atos coordenados regulados pelo Direito Processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição”. (2019, p. 135, grifo nosso).

Orientação semelhante perfilha Fredie Didier Junior, integrante da comissão formada na Câmara dos Deputados para revisar o projeto de reforma do CPC oriundo do Senado Federal e um dos mais influentes processualistas nacionais da atualidade:

É possível, em nível teórico, estabelecer um conceito de processo como relação jurídica, nesses termos. Não se pode, no entanto, definir teoricamente o conteúdo dessa relação jurídica, que deverá observar o modelo de processo estabelecido na Constituição. [...] O termo “processo” serve, então, tanto para designar o ato *processo* como a relação jurídica que dele emerge. (2019, p. 39-40).

⁹ Sobre a insistência da doutrina brasileira em aderir ao projeto instrumentalista, Coutinho formula crítica semelhante: “Não deve haver qualquer surpresa, portanto, no fato de que hoje em dia seja possível a consulta a livros de Direito Processual nos quais se encontram afirmações no sentido de que *o processo é um instrumento a serviço da paz social* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 47), ou de que *o processo tem sua natureza particularizada por servir à jurisdição, já que, através dele o estado se manifesta com o objetivo de fazer valer o ordenamento jurídico* (MARINONI, 2008, p. 389), ou ainda de que *o processo é o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de Direito Público* (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 49), ou mesmo de que *a ideia de contraditório não afasta a de relação jurídica* (SANTOS, 2006, p. 31). Todos esses processualistas estão afinados com o discurso socializador, de maneira que, há décadas vêm escrevendo e desenvolvendo suas ideias a partir da matriz teórica do processo como relação jurídica.” (COUTINHO, 2015, p. 122).

Já Cassio Scarpinela Bueno, assim como tantos outros de notório e igual prestígio, também adere às cogitações da escola instrumentalista. Eis o seu conceito de processo, abordado em obra recente:

O processo, assim, merece ser compreendido na perspectiva do modelo constitucional de Direito Processual civil, como **método de exercício da função jurisdicional pelo Estado-juiz** [...] A Mesmíssima consideração crítica que exponho no n. 3.2, *supra* aplica-se aqui: não apenas pelo advento do CPC de 2015, mas muito antes dele, já se fazia necessária a reformulação teórica para abandonar aquela classificação. Processo, compreendido como método de atuação do Estado Constitucional para exercer, como aqui interessa, a função jurisdicional, não aceita quaisquer classificações. Ele, a despeito do que veicula ao Estado-Juiz, continua sendo só **o meio qual a comunicação institucional entre as partes e eventuais interessados e o magistrado se dá**. (2019, p. 40; grifou-se).

Em sentido oposto, Carlos Marden Cabral Coutinho critica os aportes da vertente processual instrumentalista e enfatiza sua incompatibilidade em relação ao processo democrático, alertando para o fato de que essas mesmas ideias ainda continuam a servir de referencial teórico na constituição da dogmática processual hodierna. Em suas palavras,

Uma conjunção dos entendimentos aqui expostos não deixa qualquer margem de dúvida de que estamos, em pleno Século XXI, vivendo sob a égide da repetição das ideias que Bülow divulgou na segunda metade do Século XIX: o processo continua a ser percebido como um instrumento posto à disposição do Estado, para, por meio da Jurisdição, atingir os seus objetivos. A partir dessa concepção, admite-se até mesmo que o Poder Judiciário aja com discricionariedade, inovando o ordenamento jurídico e aplicando normas recém-criadas a situações jurídicas preexistentes. [...] Como visto, entretanto, esta é a uma visão completamente equivocada e obsoleta do processo, só atingível se forem ignorados os avanços teóricos acumulados durante quase cento e cinquenta anos de estudo científico do Direito Processual. Ao contrário, do que possa parecer à primeira vista, não se trata aqui de uma mera discussão acadêmica, pois a prevalência da concepção da Escola Instrumentalista (ainda afinada à ideia de processo como relação jurídica) tem gerado efeitos práticos concretos e verificáveis, na medida em que seus ícones estão à frente dos movimentos que objetivam a reforma dos Estatutos Processuais. (2012, p. 33).

Na mesma direção, Joseli Lima Magalhães enfatiza a ideologia socializante do novo CPC, afirmando, dentre outras críticas ao perfil da atual legislação, que, em seu arcabouço normativo, “[...] a alma de Bülow ainda continua mais viva do que nunca.” (2016, p. 182).

Ao apontar a influência das armadilhas de um direito social de cunho autoritário sobre o CPC de 2015, o mesmo Magalhães assevera, usando como ilustração o art. 8º do respectivo anteprojeto:

Exemplo pontual desta vinculação ao socialismo a ser implementado pelo magistrado, no novo CPC, é o art. 8º. Ao estar inserido na “PARTE GERAL”, no LIVRO I, designado “Das Normas Processuais Cíveis”, no TÍTULO ÚNICO, denominado “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais” especificamente, no capítulo que leva o nome “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, o art. 8º, o qual aponta que ao “aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência” o legislador ainda insiste em apostar na subjetividade do magistrado para a resolução das demandas no Estado Democrático de Direito, na medida em que expressões como “fins sociais”, “exigência do bem comum”, “dignidade da pessoa humana” e “razoabilidade” são vagas, imprecisas e até mesmo manipuláveis, constituindo “prato cheio” para o magistrado imprimir uma visão pessoal no momento da decisão. (2016, p. 183).

Sob tal panorama, e na esteira do modelo teórico adotado nesta exposição, na medida em que, para Dinamarco, a ideia de uma jurisdição comprometida com a realização de escopos metajurídicos alinha-se a um conceito de justiça vinculado não a uma *hermenêutica isomênica* de constituição participada dos provimentos, mas, substancialmente, à *clarividência e magnanimidade* de um julgador quase onisciente e de saber transcendental (LEAL, 2008), resulta certamente inviável, no paradigma metodológico da exposição instrumentalista, defender-se consistentemente uma legitimidade democrática forte da atividade judicial decisória.

3 PROCESSO E JURISDIÇÃO NO MARCO TEÓRICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No capítulo imediatamente anterior, examinou-se o tema de fundo em perspectiva teórico-epistemológica, apontando-se a influência do argumento político-socializador na formação de algumas das mais importantes e conhecidas teorias processuais que despontaram no Ocidente desde o fim do século XIX até a segunda metade do século XX.

Viu-se, nesses termos, que, a maioria dos teóricos do processo civil contemporâneo, embora divirja em certo sentido quanto aos objetivos (jurídicos e/ou metajurídicos) da função jurisdicional propriamente dita, concorda de modo uníssono em associar o conceito de jurisdição a uma atividade típica e exclusiva dos juízes na aplicação do Direito e na erradicação de conflitos intersubjetivos.

Conforme se observou, no entanto, essa compreensão conduz a um sensível e irremediável problema de legitimidade decisória, do qual nem Bülow (ao pensar o juiz como um intérprete corretivo e atualizador de ordenamentos obsoletos), tampouco Chiovenda (ao apostar na imparcialidade judicial como garantia de atuação da vontade concreta da lei), nem Dinamarco (ao buscar na jurisdição uma instância específica de realização de escopos estatais jurídicos e metajurídicos) conseguiram, ou mesmo tentaram, ou tiveram a intenção de se desvencilhar.

Demonstrou-se, de efeito, que tal perspectiva, além de reduzir o processo quase que a um esforço meramente protocolar, ou a nada mais do que um instrumental retórico para justificar formalmente uma sentença (que, ao fim e ao cabo, será, nesses moldes, sempre produto da insondável consciência superior de uma autoridade judicial solipsista), transforma a jurisdição numa atividade arredia ao controle discursivo, e, nesses termos, em total desalinho em relação aos paradigmas de um Estado Democrático de Direito.

Como meio, portanto, de propor uma tematização com vistas a superar as deficiências sistêmicas apontadas há segundos, passa-se, nesta seção, à análise de cogitações alternativas e de outros aportes teóricos possivelmente capazes de viabilizar uma reconstituição crítica do conceito de jurisdição segundo as premissas de um modelo de processo democrático.

3.1 GOLDSCHMIDT E O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA

Muito se discutiu e enfatizou na seção incontinentemente pretérita sobre a influência das ideias de Bülow no processualismo ocidental, especialmente desde a primeira metade do século XX. Serviram-se da doutrina relacionista autores alemães, austríacos, latino-americanos - inclusos brasileiros - dentre outros, filiando-se, de modo amplamente majoritário, ao conceito bülowiano de processo, apresentado em sua *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*.

A dificuldade em superar as cogitações seminais de Bülow revela-se de tal modo expressiva e atual que, mesmo o Código de Processo de 2015, que se regozija de ser o único no Brasil pensado, debatido, editado e promulgado sob o plexo normativo de uma Constituição democrática (os dois códigos anteriores, de 1939 e de 1973, são contemporâneos a regimes políticos de exceção) adotou expressamente como marco teórico a noção de processo como relação jurídica.

Dita cogitação, a propósito, infere-se, em sua literalidade, na dicção do art. 238 do mesmo diploma, o qual, ao expor o conceito legal de *citação*, compreende como tal “[...] o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a **relação processual**.” (BRASIL, 2015, *online*; grifou-se).¹⁰

A despeito, porém, de larga difusão da teoria da relação jurídica e de seu legado ainda forte na atualidade, já em 1925, o também alemão James Paul Goldschmidt demonstrou a inconsistência do modelo processual idealizado por Bülow.

Sobre a divergência central apontada por Goldschmidt a Bülow, Coutinho assevera:

Coube a James Goldschmidt apontar que a Teoria da relação Jurídica não tinha uma sustentação, na medida em que não era correto dizer que as partes tinham deveres e obrigações entre si, ou mesmo em relação ao magistrado. A seu ver, pode-se falar em ônus processual, mas jamais de obrigação, conceito de caráter privatista. Para Goldschmidt, processo nem mesmo em estado latente. (2012, p. 28).

¹⁰ Sequer o Código de Processo Civil de 1973 assumiu essa posição de modo expreso. De se observar que, além de em seu texto não constar nenhuma alusão à ideia “relação processual”, seu art. 213 define *citação* como “ato pelo qual se chama a juízo o réu, a fim de se defender”.

Goldschmidt, de fato, embora não haja ainda se preocupado propriamente em tematizar a jurisdição, ou discutir acerca do problema da legitimidade decisória, foi possivelmente o primeiro jurista de sua geração a refutar as ideias fundamentais de seu compatriota.

Para ele, o processo existe em decorrência da obtenção de uma sentença tendente a formar coisa julgada material, sendo que as partes, por sua vez, atuam de modo dinâmico na direção de alcançar uma decisão que coincida com seus interesses, não havendo que se falar de obrigação jurídica entre elas, mas simplesmente de *onera* processuais.

Sobre essa ideia de ônus processual, é possível visualizar uma ilustração mais concreta em passagem de Galeno Lacerda, extraída de sua clássica obra *Despacho Saneador*, cuja transcrição se faz aqui oportuna:

Todo processo implica em ônus para as partes. Se não aforar o pedido, arrisca-se o autor a jamais ver satisfeita sua pretensão. Se não exercer a defesa, o réu corre o risco de perder a causa. A prestação jurisdicional cumpre-se, pois, mediante uma atividade onerosa, forçada pelo próprio interesse dos litigantes e, necessariamente, desenrolada no tempo. Essa atividade, acrescida do fator temporal, representa o custo, o passivo da composição da lide. O bem resultante da sentença, padece, portanto, do desgaste, do *déficit* proveniente de despesas de obtenção e prejuízos causados pelo tempo de não uso, ou, pelo menos, de não uso pacífico por parte de seu titular. (1985, p. 13).

Em Goldschmidt, portanto, o processo constitui, em si, uma situação jurídica, cujos interessados se vinculam ao juiz, não por força de uma obrigação, ou de relação autônoma subordinante, mas “[...] em posição de expectativa (de uma sentença favorável), ou de perspectiva (de uma sentença desfavorável)”. (COUTINHO, 2012).

Apesar do pioneirismo das cogitações de James Goldschmidt, seus estudos e conclusões sobre o fenômeno processual não tenham logrado uma difusão relevante ou expressiva entre os teóricos de sua época. Suas inferências nesse tocante, porém, reivindicam pelo menos dois méritos históricos: 1) ele, como já expressei, foi o primeiro jurista a propor um conceito alternativo em objeção ao modelo processual de Bülow; e 2) suas ideias serviram de mote e base para a elaboração da Teoria Estruturalista, de Elio Fazzalari (COUTINHO, 2012), cuja menção mais detalhada foi objeto de um subitem próprio, mais à frente, ainda neste capítulo.

3.2 EDUARDO J. COUTURE E A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DAS GARANTIAS DO PROCESSO

Quase simultaneamente ao desembarque das ideias de Bülow em território brasileiro pelas mãos de Liebman e sob os influxos de Chiovenda, um processualista de origem sul-americana, ainda no primeiro quartel do século XX, buscava estudar o processo numa perspectiva distinta e, de certo modo, relativamente próxima às cogitações de um paradigma constitucional democrático.

Eduardo J. Couture, professor catedrático da Universidade de Montevidéu, inscreveu decisiva contribuição para o desenvolvimento da Ciência Processual contemporânea, por ter sido talvez o primeiro dentre os pensadores de sua época a perceber a existência de um liame fundamental entre Constituição e processualidade democrática, e a entrelaçar seus estudos e principais preocupações com o tema das garantias constitucionais do processo.

Segundo o autor da República Oriental do Uruguay, entre Constituição e processo há um vínculo de subordinação e de validade, uma espécie de relação de substância e forma, no sentido de que o processo retira da Constituição sua força e seu fundamento normativo de validade.

Nesse aspecto, e no concernente à tematização do fenômeno processual em si, Couture, inicialmente, contrapõe o conceito de relação jurídica proposto por Bülow, sugerindo, em substituição a essa ideia que o processo, na verdade, é uma “instituição” de direitos, afirmação que, em sua óptica, revela-se mais adequada para traduzir e abranger a complexidade do respectivo objeto (COUTURE, 2008)¹¹.

Ele, propositadamente, no entanto, tangenciou uma abordagem mais detida sobre o tema da *jurisdição*, o qual julgava pertencer ao campo da Política, ou da

¹¹Em sua obra derradeira, Couture, que já havia flertado com a teoria da relação jurídica em uma série de palestras que proferiu em 1949 na Faculdade de Direito da Universidade de Paris, mostrou sua manifesta adesão à premissa de Bülow por ocasião de sua obra *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Disse ele, a propósito: “Não creio que a definição do processo como instituição venha revolucionar a ciência do direito, nem que substitua as outras concepções hoje dominantes, em particular, a que concebe o processo como relação jurídica, à qual prestei e continuo prestando minha adesão. Essa ideia não constitui propriamente uma doutrina, nem mesmo uma nova concepção. É, apenas, uma forma mais simples de entender-se. Em um momento do direito em que se concebem como instituições o trabalho, a empresa, o nome e, segundo nos demonstrou Levellyn, um escritor norte-americano, até a Constituição – bem podemos nós outros incorporar o processo a essa abundante e nem sempre harmonizada família institucional, para nos servirmos de um vocábulo que acentue esses dois ou três vocábulos que anotamos.” (COUTURE, 2003, p. 74).

Teoria Geral do Estado, não merecendo, desse modo, as atenções da Ciência Processual assim propriamente dita.

Segundo Leal, no entanto, ao optar pelo não enfrentamento sistemático do assunto, Couture buscou, sim, uma estratégia teórica para se desvencilhar do constrangimento epistemológico relativo à legitimidade decisória (2008).

De igual modo, Couture se manteve alinhado ao modelo convencional da subordinação das partes ao juiz, conjectura, aliás, que se tornou mais evidente tanto por sua posterior adesão à Teoria da Relação Jurídica, quanto porque ele próprio reconheceu, já em seu escrito seminário, a natureza e a vocação instrumental do processo, definindo-o, em suma, como uma instituição regida pela lei e direcionada essencialmente à realização dos objetivos do Estado-Jurisdição (LEAL, 2008).

Não obstante, ao sustentar a fundamentação constitucional do processo e de suas garantias, Couture, mesmo sem conseguir empreender uma teoria do processo capaz de oferecer soluções criativas para o problema da legitimidade do Direito, esforçou-se amplamente com vistas a fazer o alinhamento de suas cogitações teóricas à influência de um discurso democrático.

Sua compreensão, a esse respeito, era de que a diferença entre um sistema totalitário e uma ordem jurídica democrática estaria não no conteúdo de suas normas, mas na estruturação de seus respectivos modelos procedimentais. Para Couture, dois enunciados, ou dois pronunciamentos estatais, poderiam, ao mesmo tempo, ostentar igual substância, mas exibir distintas “cargas” democráticas, a depender do modo como respectivamente construídas.

Em suas ideias, conforme observa Leal,

Couture indica que há uma estrutura de direitos fundamentais, que reúne, sob o rótulo de “cívicos” (1948, t. I, p. 22), os quais articulados, permitiriam entrever o que hoje denominamos de estrutura paradigmática da democracia processual (ou procedimental, nas palavras de Habermas). Dentre esses direitos, o autor destaca os relativos a um processo que buscasse evitar atitudes ditatoriais. (2008, p. 101).

Ocorre que, para realizar essa tarefa de refutação processual a desvios democráticos, com o objetivo de prevenir atitudes jurisdicionais totalitárias, necessário se impunha, para o autor uruguaio, que o juiz se mostrasse capaz de buscar uma aplicação imparcial do Direito ao caso concreto, mas que se mantivesse em permanente articulação com princípios éticos de conduta assecuratórios de sua independência, autoridade e da responsabilidade (COUTURE, 2008).

Sob esse enfoque, por acreditar que seria impossível à Ciência do Processo equacionar o problema da legitimidade das decisões judiciais, Couture enfatiza que uma Constituição só será verdadeiramente democrática se nela houver critérios normativos que assegurem uma magistratura independente e que viabilizem um adequado e idôneo recrutamento de seus membros.

Como se nota, por conseguinte, apesar de erigir apontamentos teóricos de larga sofisticação para o seu tempo, Couture não encontrou na epistemologia processual uma saída razoável para o controle da atividade dos juízes, “deixando-a a cargo do Direito Político.” (LEAL, 2008, p. 102).

Assim como se deu com a maioria de seus contemporâneos, ele tanto apostou no discurso do protagonismo judicial, quanto não obteve êxito em sua tentativa frágil de buscar na Política e na Teoria do Estado uma fonte de inspiração para se esquivar do legado de Bülow.

Embora não tenha, porém, logrado dar continuidade à virada científica a que se propusera, enredando-se em contradições semelhantes às de muitos de seus antecessores, Couture agregou um aporte de ampla densidade teórica, ao perceber a dimensão constitucional das garantias do processo, bem como ao observar a importância de tais garantias para a concretização de um modelo de processo democrático.

Sua contribuição, sob esse aspecto, representa, portanto, peça essencial na reconstituição dos conceitos de *processo* e de *jurisdição* no marco teórico de um Estado Democrático de Direito¹².

3.3 FAZZALLARI E O ADVENTO DO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO CONTEMPORÂNEO

Jurista e advogado italiano, além de professor emérito da Universidade *La Sapienza*, de Roma, tendo lecionado igualmente nas Universidades de Perugia, Pisa, Urbino e Bolonha, Elio Fazzalari, falecido em 2010, com 85 anos, foi

¹² As contribuições de Eduardo J. Couture sobre a dimensão constitucional das garantias processuais serviram de referencial científico robusto para José Alfredo de Oliveira Baracho no desenvolvimento das ideias que resultaram na elaboração de sua *Teoria Geral do Processo Constitucional*, como ele mesmo viria a implicitamente admitir em artigo de igual título publicado em 1999 na *Revista da Faculdade Mineira de Direito*.

certamente um dos mais importantes estudiosos do Direito Processual ocidental no século XX (SAMPAIO; FAYET, 2015).

Em suas considerações, Fazzalari distingue as ideias de processo e jurisdição não sob um viés finalístico (como fez a escola instrumentalista), mas sob critérios lógico-epistêmicos, propondo um descolamento dos dois conceitos com esteio numa valorização teórica do procedimento, compreendido, este, como uma estrutura técnico-operacional pendida à preparação de um ato específico.

Segundo o autor, toda e qualquer atividade estatal se desenvolve por meio de uma sequência lógico-estrutural de *normas, atos e posições subjetivas* (faculdades, poderes, ônus e deveres) que conduzem a um *provimento*, o qual, por sua vez, independentemente de sua natureza, se normativo, executivo ou jurisdicional, é, em essência, resultado da atuação de um procedimento em sentido amplo (FAZZALARI, 2006).

Nesse plano, Fazzalari observa que a ideia de relação jurídica não explica adequadamente o fenômeno processual, senão esvazia seu conteúdo, reduzindo-o a uma abordagem puramente sistemática e meramente teleológica.

Sob essa premissa, e com arrimo em tal reflexão, Fazzalari propõe uma separação científica de processo-procedimento, percebendo, em verdade, que essas duas figuras, antes de se distinguirem, guardam entre si uma relação de inclusão, ou de gênero e espécie.

Em Fazzalari, nesses termos, processo é uma espécie de procedimento. Ambos decorrem de uma estrutura sequencial de *normas, atos e posições subjetivas* e, de igual modo, os dois conduzem a provimento. O que exatamente os *diferencia* é o atributo, no processo, da participação em contraditório.

Sobre o tema, Aroldo Plínio Gonçalves enfatiza:

O processo começará a se caracterizar como uma espécie do “gênero” procedimento pela participação na atividade de preparação do provimento dos “interessados”, juntamente com o autor do próprio provimento. Os interessados são aqueles em cuja esfera particular o ato está destinado a produzir efeitos, ou seja, o provimento interferirá, de alguma forma, no patrimônio, no sentido de *universum ius* dessas pessoas [...] O processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles. (2016, p. 96).

Consoante assente Fazzalari, processo é, pois, o procedimento em contraditório, que conforma uma estrutura dialética na qual os destinatários do respectivo ato final (provimento) participam de sua fase preparatória em situação jurídica de simétrica paridade.

A propósito, trazendo à luz os aportes do próprio Fazzalari, no que tange ao que ele mesmo pensou sobre a ideia de *procedimento em contraditório* como expressão ou designação apta a simbolizar o conceito de processo, é oportuna a seguinte transcrição:

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e a impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer em conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.

Veja-se, por exemplo, a fase que precede uma sentença civil de condenação e na qual se recolhem os elementos com base nos quais o juiz deverá emanar tal sentença ou não: dela participam os destinatários a serem beneficiados da condenação e os que são destinados a submeter-se a ela, em contraditório entre eles, isto é, desenvolvendo simétricas atividades entre eles, destinadas a fornecer ao juiz – que não poderá abster-se – elementos a favor e contrários àquela emanção.

Existe, em resumo, “o processo”, quando, em uma ou mais fases do *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários de seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desantender, mas não ignorar. (2006, p. 119-120).

Com base nessa ilação, Fazzalari reconstitui uma teoria do processo com substrato na distinção entre este e o procedimento, afastando-se, com isso, da concepção de um poder judiciário legitimado *a priori*, o que, além de viabilizar um esquema sustentável para a resolução do problema do discurso do protagonismo judicial, instituiu os alicerces teóricos necessários para a fundação de uma verdadeira Ciência do Processo (LEAL, 2008).

Apesar de ter tido, entretanto, o mérito de recolocar os mencionados conceitos em seus devidos lugares, enunciando a ideia de que a jurisdição deve ser estudada e compreendida com apoio no processo, e não o contrário, Fazzalari não conseguiu superar por completo os constrangimentos epistemológicos inaugurados pela Teoria da Relação Jurídica.

É que Fazzalari, mesmo percebendo a importância do contraditório como elemento diferencial do conceito de processo (o processo, segundo ele, como dito, é

procedimento qualificado pelo contraditório), não abrangeu, em suas cogitações teóricas, a controlabilidade das decisões judiciais.

Segundo o autor, o processo deve ser abordado e concebido em função do ato final que almeja produzir, de modo que sua confirmação, no plano técnico, é decorrência de um juízo de regularidade a ser verificado nos respectivos planos de sua validade e da eficácia (FAZZALARI, 2006).

Fazzalari, nesses termos, preocupou-se apenas com a validade dos atos decisórios e com sua aptidão para realizar ou não os seus pretendidos efeitos, abstendo-se de atentar para pontos atinentes à aferição de sua legitimação democrática.

Infere-se, assim, que, para o processualista italiano, não importa que as decisões sejam legítimas, cumprindo, apenas, que se expressem válidas, isto é, que representem o desfecho de um procedimento (processo) regular e consentâneo com as normas criadas pelo legislador.

A esse respeito, Leal (2008, p. 124) pontifica:

Com essa linha teórica, Fazzalari deixa claro, portanto, que desenvolve muito mais uma investigação acerca da validade a partir do procedimento (modelo legal procedimental) do que sobre a legitimidade decisória, embora insista na importância do contraditório. [...] A ausência do contraditório na estrutura procedimental, portanto, não teria um impacto importante, a não que o texto legal houvesse previsto sua aplicação. Na ausência de previsão normativa, não se interroga sobre a legitimidade da decisão que, não obstante, continua sendo válida e eficaz.

Nessa ordem de ideias, embora a teoria de Fazzalari estabeleça o processo como referencial de compreensão dos demais pilares da Ciência Processual moderna, ele, ao fim e ao cabo, não foge da afirmação de que a jurisdição é atividade típica dos juízes, e que estes, mesmo no ambiente de um procedimento em contraditório, se postam acima das partes para proferir e impor coercitivamente suas decisões.

Fazzalari, nesse contexto, ocupa-se, particularmente, da validade decisória, enunciando a ideia de contraditório mais como um paradigma da diferenciação entre o processo e o simples procedimento, do que como um atributo ou uma espécie de termômetro de legitimação da atividade jurisdicional.

Sob esse enfoque, embora adotando o contraditório como fator essencial do conceito de processo, Fazzalari não esclarece, por exemplo, se uma decisão judicial, mesmo não debatida e simetricamente participada entre os seus

interessados, pode, apesar de juridicamente válida, ser considerada ilegítima. Eis, com efeito, a crítica de André Cordeiro Leal:

A questão que permanece sem resposta, por conseguinte, está em que o autor italiano não afirma a ilegitimidade da jurisdição que “disse um direito” não tematizado discursivamente pelos destinatários da sentença. [...] Como a questão do entretimento entre direito e legitimidade não chega às cogitações fazzalarias, pode-se concluir que os possíveis desdobramentos de sua teoria não foram utilizados para questionar as concepções anacrônicas de jurisdição. A jurisdição permanecendo em Fazzalari atividade do Juiz, continua parcialmente imunizada da retrocarga crítica que a teoria do processo democrático poderia oferecer. (2008, p. 126).

Essa aporia, decerto, não permitiu a Fazzalari se desvencilhar completamente do paradoxo de Bülow, ou consolidar a virada teórico-democrática a que aparentemente se dispusera. Em seus aportes, a incorporação do dogmatismo está, com efeito, na ausência, por sua parte, de uma reflexão sobre “o nível instituinte do direito” (LEAL; THIBAU, 2019, p. 90). À luz desse enfoque, alternativa não se lhe oferece senão realmente pensar e compreender o ordenamento jurídico, em última análise, como “[...] produto espontâneo de uma sociedade pressuposta sujeita a permanente ajuste pela magistratura”. (LEAL; THIBAU, 2019, p. 90).

Inegavelmente, porém, sua concepção de processo como procedimento em contraditório viabilizou um ganho científico extraordinário, em especial, no sentido de evidenciar a inconsistência e a inadequação epistemológica da Teoria da Relação Jurídica (GONÇALVES, 2016).

Afora outros achados de valiosa relevância, a afirmação da garantia de participação em simétrica paridade, em oposição à ideia de subordinação das partes à figura proeminente e onisciente do juiz autoritário, constituiu o mote fundamental capaz de absorver a transição de um processo socializante e autoritário para um modelo processual compatível com as premissas de um Estado Constitucional Democrático.

3.3.1 A CRISE DO CONSTITUCIONALISMO E O ADVENTO DE UMA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL

Em 19 de junho de 1215, o então Rei da Inglaterra, João Sem-Terra, desmoralizado em razão do fracasso de sua tentativa de reconquistar territórios ingleses incorporados à França pelo Rei Felipe Augusto, assinou em Londres, sob

forte pressão dos barões de seu país e de alguns setores da Igreja Católica, a chamada *Magna Charta Libertatum*, ou, simplesmente, *Magna Carta* (“Grande Carta”).

O documento, composto de 63 artigos e inteiramente escrito em latim, possuía como desiderato direto a limitação do poder da monarquia inglesa, mediante o reconhecimento normativo de que a vontade e as prerrogativas do rei estariam subordinadas ao império da legalidade¹³.

Nascia naquele marco histórico o que séculos depois viria a se chamar de “constitucionalismo”, expressão utilizada para designar o movimento jurídico-político surgido na transição da Alta para a Baixa Idade Média, cuja finalidade era reduzir o poder do Estado absolutista medieval por meio da imposição de constituições escritas, e cujo corolário ocorreu no último quarto do século XVIII, com a Constituição dos Estados Unidos de 1787, e com a Constituição Francesa de 1791¹⁴.

A experiência constitucional, entretanto, ressalvadas algumas poucas exceções contingenciais, não se mostrou exitosa à primeira vista. Por se tratar de um documento essencialmente político-programático, vários pensadores, já no século XVIII, apontavam a insuficiência do constitucionalismo para o alcance de seus desideratos.

Nessa premissa, aliás, assentava a crítica de Ferdinand Lassalle, cuja tese fundamental é de que as constituições não emanam de valores universais sobrepostos ao homem, mas de sistemas criados pelo próprio homem para se apropriar das riquezas materiais, culturais e políticas que ele mesmo produz.

Em sua abordagem, o jurista francês articula a ideia de que as questões constitucionais não são propriamente jurídicas, mas, sim, políticas em essência. Segundo ele, a Constituição de um Estado, em verdade, expressa os vínculos de poder nele dominantes, cujas relações fáticas decorrentes da conjugação de tais

¹³A talvez mais forte expressão dos objetivos da Magna Carta expressava-se na dicção de seu art. 61 (posteriormente revogado durante o reinado do filho de João Sem-Terra, Henrique III). O Dispositivo, com efeito, criava um Comitê formado por 25 barões, com a competência para rever e anular toda e qualquer decisão real, ainda que por meio do uso da força. O texto original completo do Diploma está disponível na rede mundial de computadores, no endereço www.corvobranco.tripod.com/dwnl/magna_carta.pdf. Acesso em: 26 out. 2019.

¹⁴No mesmo influxo do apogeu do movimento constitucionalista surgiram a Constituição Espanhola, de 1812 (Constituição de Cádiz), a Constituição Portuguesa de 1822, e a Constituição Política do Império do Brasil, de 1824.

fatores constituem o pressuposto determinante para a elaboração das leis e funcionamento das instituições da sociedade em geral (LASSALLE, 1985).

Lassalle adverte, ainda, para o fato de que as regras jurídicas, por si, não se mostram capazes de controlar as forças políticas atuantes. Em seus aportes, essas forças, ou esses fatores reais de poder, é que formam a *verdadeira* Constituição de um país.

Sob tal enfoque, defende Lassalle, o documento escrito que se presta formalmente a essa finalidade – que ele chama de Constituição jurídica – não passa de um pedaço de papel tendente a espelhar ou a sucumbir aos interesses que efetivamente dominam a vida de uma nação.

O próprio Konrad Hesse que, em sua obra *A Força Normativa da Constituição*, empreende um embate teórico com as ideias de Lassalle, reconhece a pertinência das cogitações do pensador francês. Nas palavras de Hesse,

A concepção sustentada inicialmente por Lassalle parece ainda mais fascinante se se considera a sua aparente simplicidade e evidência, a sua base calcada na realidade – o que torna imperioso o abandono de qualquer ilusão – bem como a sua aparente confirmação pela experiência histórica. É que a história constitucional parece, efetivamente, ensinar que, tanto na práxis política cotidiana, quanto nas questões fundamentais do Estado, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, que a normatividade submete-se à realidade fática. [...] Considerada em suas conseqüências, a concepção de força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. É que, entre a norma fundamentalmente estática e a racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção de Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição Jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole técnica, sucumbe cotidianamente em face da Constituição real. (1991, p. 10-11).

É interessante notar, com efeito, que o pensamento de Lassalle ainda reverbera nos tempos de hoje, a inspirar ou servir de base para modelos teóricos atuais. Marcelo Neves, por exemplo, embora sem se reportar expressamente à Lassalle, formula ideiação semelhante, ao propor seu argumento de “constitucionalização simbólica”.

Neves, com efeito, adota um discurso concretista, preocupando-se mais detidamente com o aspecto da normatividade constitucional, embora admitindo que esta normatividade não decorre essencialmente de seu texto, mas de uma

articulação real entre suas dimensões semióticas (pragmática, sintática e semântica). A esse respeito, ele argumenta:

Da exposição sobre a relação entre o texto constitucional e realidade constitucional, pode-se retirar um primeiro elemento caracterizador da constitucionalização simbólica, o seu sentido negativo: o fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada. Parte-se, aqui, do pressuposto da metódica jurídica normativo-estruturante (Müller), de que “do texto normativo mesmo não resulta nenhuma normatividade”. (2018, p. 90-91).

Essa impressão, de insuficiência do constitucionalismo em seu propósito ideológico fundamental, tornou-se mais ainda evidente no segundo pós-guerra mundial, cujo plexo histórico assistiu ao próprio declínio do respectivo modelo de Estado então predominante.

O que se viu, nesse período, foi que o projeto tradicional de Constituição, no lugar de cumprir sua vocação mais importante que era evitar a supressão de direitos fundamentais pelo exercício arbitrário e imoderado do poder, serviu, na prática, como pressuposto para disseminação de tiranias nacionais, ou como trincheira de legitimação de genocídios e de atrocidades perpetrados contra a raça humana.

A essa altura, conforme o modelo europeu (adotado igualmente no Brasil), a Constituição era vista como um documento essencialmente político, cuja concretização dependia de uma atuação complementar dos Poderes Legislativo e Executivo, o que a tornava amplamente permeável à manipulação de seu conteúdo por parte especialmente de governos autoritários.

Funcionava a Constituição, nesses termos, como uma espécie de instrumento de convocação para a atuação dos poderes constituídos. O Direito, nessa perspectiva, só nascia efetivamente em sua concepção material após a edição de um regulamento, uma propriamente de lei em sentido estrito.

Os legados da Segunda Grande Guerra, porém, no plano jurídico, impulsionaram algumas mudanças paradigmáticas no âmbito do Direito Constitucional sendo que a talvez mais significativa delas, pelo menos para os fins deste estudo, foi a conquista, pela Constituição, de normatividade própria e direta (BARROSO, 2005)¹⁵.

¹⁵No Brasil, o advento dessa “normatividade constitucional” teve como marco não o fim da Segunda Guerra Mundial, mas a Constituição Federal de 1988.

O (neo)constitucionalismo¹⁶, ou o constitucionalismo contemporâneo, nasceu, portanto, sob a bandeira da efetividade constitucional imediata e com a “[...] adoção de uma noção específica de Constituição que foi denominada *modelo prescritivo da Constituição como norma*.” (POZZOLLO; DUARTE, 2010, p. 79).

Nesse ponto, Konrad Hesse, defendendo a força e o conteúdo normativo da Constituição, enfatiza, em objeção crítica à ideia de Ferdinand Lassalle acerca das distinções entre *Constituição Real* e *Constituição Jurídica*:

A Constituição não configura, portanto, apenas a expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que um simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas, ou confundidas. Para usar a terminologia acima referida, “Constituição real” e “Constituição jurídica” estão em uma relação de coordenação. Elas condicionam-se mutuamente, mas dependem pura e simplesmente uma da outra. Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo de forças do qual resulta a realidade do Estado. A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. (1991, p. 15-16).

Com a afirmação, pois, de sua autonomia normativa imediata, a Constituição se deslocou para o ápice do sistema jurídico, passando a irradiar-se na direção de todos os ramos do Direito (incluindo o Direito Processual) e a apresentar-se como “[...] uma lente pela qual se tem que ler todo o ordenamento [...] enquanto um documento principiológico que traduz os valores e os princípios fundantes da comunidade.” (BORBA, 2018, p. 36).

E, mais do que isso, a aquisição, pela Constituição, de força normativa própria implicou a migração dos direitos fundamentais - antes periféricos e em sua maioria programáticos - para o centro do próprio arranjo constitucional epistemológico, tornando-se a categoria normativa estruturante de todo o sistema jurídico.

¹⁶O termo “Neoconstitucionalismo” como referência semântica ao conjunto de transformações experimentadas pelo Direito Constitucional no pós-Segunda Guerra surgiu em meados dos anos de 1990 e foi utilizado pioneiramente pela jurista Suzana Pozzollo, da Universidade de Gênova, durante o XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica y Social, que aconteceu nas cidades de Buenos Aires e La Plata, na Argentina, de 10 a 15 de agosto de 1997. Embora essa corrente tenha se expandido pela Europa e aportado ao Brasil, onde colaciona uma quantidade significativa de adeptos, são igualmente inúmeras as críticas, sobretudo quanto ao próprio emprego da expressão (BORBA, 2018).

Como essencial, portanto, para a compreensão da ideia que ora se veicula, tem-se que o *novo* constitucionalismo encampa os mesmos escopos do constitucionalismo tradicional. No lugar, entretanto, de apostar na Constituição como um projeto normativo a ser concretizado, mercê de vontades políticas ocasionais, submete o exercício e as prerrogativas do próprio poder do Estado a essa eficácia superlativa, transcendental e imediata, que atribui aos direitos fundamentais em sentido amplo.

Em abordagem processual, nesses termos, e tomando-se como premissa a ideia de normatividade constitucional imediata, é exatamente na linguagem do “processo” como direito fundamental, que a jurisdição conhece seus limites, assere (em tese) sua legitimidade e identifica os domínios temáticos reservados à sua incidência.

3.4A TEORIA CONSTITUCIONALISTA E O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO DE ANDOLINA E VIGNERA

Como não podia ser diferente, o reconhecimento da normatividade da Constituição e o deslocamento espontâneo de seus princípios e garantias para o centro do sistema jurídico ensejaram implicações significativas para o estudo e para a compreensão do Direito Processual como ciência.

A ideia mais remota de processo como fenômeno constitucionalizado remonta aos aportes teóricos de Eduardo Couture. Em suas cogitações, como visto em seção específica, a Constituição pressupõe o processo como garantia fundamental da pessoa humana, de modo que a lei, sob pena de ser rotulada de inconstitucional, deve necessariamente instituir esse processo, mas sem se valer de formalismos que tornem ilusório o seu alcance, e assegurando aos seus destinatários a razoável e real oportunidade de realizar os seus direitos (BARACHO, 2008).

A tutela constitucional do processo, nesses termos, se dá mediante a efetivação de certos pressupostos, que, segundo Couture, possuem dimensão universal¹⁷, como a imparcialidade judicial, a garantia de igualdade e o direito de

¹⁷ O raciocínio do processualista uruguaio tem assento nos arts. 8º e 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, formulada nas Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, cujos enunciados respectivamente preceituam: Art. 8º - Toda pessoa tem um recurso perante os Tribunais nacionais competentes, que a ampara contra atos que violam seus direitos fundamentais, reconhecidos pela Constituição e pela Lei; Art. 10º - Toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, a ser

audiência pública (dentre outros), bem como pela fixação de procedimentos que ponham a salvo “[...] os direitos das partes outorgando-lhes oportunidade razoável para defender-se e fazer valer suas provas”. (BARACHO, 2008, p. 13).

Décadas mais tarde, Hector Fix-Zamúdio, embora retomando a doutrina de Couture, percebeu que a simples elevação dos princípios do processo ao *status* de garantias constitucionais não era, por si, bastante para assegurar sua efetividade. Para a construção de um conceito de processo compatível com os novos paradigmas do constitucionalismo, indispensável se impunha, segundo o processualista mexicano, compreender o Direito Processual, todo ele, à luz da Constituição e a partir de seus princípios estruturantes.

Para Fix-Zamúdio, o *Direito Processual constitucional*, que ele distingue do *direito constitucional processual* (entendido este último como sinônimo de *Jurisdição Constitucional*) traduz a disciplina jurídica cujo objeto é o estudo “[...] dos instrumentos predominantemente processuais que estão dirigidos à reintegração da ordem constitucional quando esta houver sido desobedecida ou violada pelos órgãos do poder.” (FIX-ZAMÚDIO, 2003, p. 273).

Sob esse enfoque, Fix-Zamúdio (*apud* BARACHO, 2008) sintetiza os institutos do Direito Processual constitucional em três categorias:

- a) os que relacionados ao conceito de *juiz natural* (imparcialidade, regras de competência, proibição de tribunais de exceção);
- b) os que afeitos à situação jurídica das partes no processo (contraditório, argumentação, ampla defesa e recorribilidade); e
- c) os que pertinentes às *formalidades essenciais do procedimento*.

Como se verifica, em suma, o discurso do autor mexicano se mostra deveras alinhado com a ideia de centralismo epistêmico da Constituição e com a noção de colonização constitucional dos demais ramos da Ciência Jurídica. Possível é, assim, intuir, que, em Fix-Zamúdio, toda e qualquer interpretação jurídica conduz, direta ou indiretamente, e em maior, ou em menor medida, a uma interpretação técnico-constitucional.

As cogitações de Fix-Zamúdio se difundiram no Brasil especialmente pelos esforços de José Alfredo de Oliveira Baracho. Coube, no entanto, ao jurista mineiro

ouvida publicamente e com justiça, perante Tribunal independente e imparcial para a determinação de seus direitos e obrigações, ou para que se examine qualquer acusação que pese contra ela em matéria penal.

sofisticar as ideias do mexicano, mediante um ajuntamento de suas bases teóricas com o modelo estruturalista de Elio Fazzalari.

Baracho (2008), embora não expressamente, reconhece o processo, em parte, como um procedimento em contraditório, mas não se limita a essa afirmação. Em suas instâncias, o processo (constitucional) não se confunde com um instrumento, mas simboliza uma metodologia assecuratória de direitos fundamentais.

Ou seja, segundo Baracho (2008), é o processo, ele próprio, um direito fundamental, cujas instituições ora se destinam à proteção de outros direitos, inclusive os que suscetíveis de invocação no âmbito do próprio processo ou em face de eventuais excessos praticados pelo Estado.

Nesse mesmo diapasão é a observação de Coutinho:

Em síntese, a chamada Teoria Constitucionalista entende que o processo tem de ser visto pela ótica do neoconstitucionalismo, o que significa dar destaque às normas constitucionais, com especial àquelas pertinentes aos direitos fundamentais [...] o processo passa a ser percebido além de seu caráter instrumental, como sendo, ele próprio um direito fundamental [...] Nessa perspectiva é possível se falar de um direito fundamental ao processo, que se apresenta como substituto do obsoleto direito de ação, já condenado por Fazzalari. (2012, p. 29).

A narrativa, portanto, de processo como direito constitucional fundamental traduz a própria base da Teoria Constitucionalista, a qual, por sua vez, se consolidou e adquiriu sua modalidade mais decantada já no final do século XX, com os aportes de Giuseppe Andolina e Italo Vignera (COUTINHO, 2012).

Para os mencionados juristas, processo não é simplesmente um procedimento qualificado pelo contraditório, mas um instituto cercado por um modelo uníssono de princípios processuais constitucionais posicionados em simétrica articulação normativa.

Essa estrutura “única e de tipologia plúrima” (ANDOLINA; VIGNERA, 1997, p. 11), chamada pelos próprios autores de *Modelo Constitucional de Processo*, é aplicável a toda e qualquer espécie processual que se fundamente na Constituição e compreende, dentre outros princípios, além do contraditório, “o da ampla argumentação, o da fundamentação e o da participação de um terceiro imparcial.” (BARROS, 2009, p. 14).

O processo, sob tal panorama, se constitui dessa base normativa indissociável, cujos princípios que dela fazem parte se correlacionam entre si em

razão de um vínculo de co-dependência. Embora cada qual desses princípios possua o próprio domínio de atuação, eles se integram e se entrelaçam, devendo ser entendidos “[...] uns em relação aos outros sem que nenhum possa se projetar como referencial absoluto para os demais.” (COUTINHO, 2015, p. 179).

Explicando o Modelo Constitucional de Processo, Flaviane de Magalhães Barros retoma as ideias de Andolina e Vignera, identificando suas três principais características:

A expansividade, que garante a idoneidade para que a norma processual possa ser expandida para microssistemas, desde que mantenha sua conformidade com o esquema geral de processo; a variabilidade, como a possibilidade de a norma processual especializar-se a assumir forma diversa em função de característica específica de um determinado microssistema, desde que em conformidade com a base constitucional; e, por fim, a perfectibilidade, como a capacidade de o modelo constitucional aperfeiçoar-se e definir novos institutos, mas sempre de acordo com o modelo geral. (2009, p. 15).

Essas conjecturas simbolizam efetivos ganhos teóricos em relação às cogitações de Fazzalari. Mesmo sem contestar a tese de seu compatriota, Andolina e Vignera (1997) percebem no processo algo além de um mero procedimento em contraditório, que, para eles, em verdade, é apenas um dos princípios abrangidos na operação e no funcionamento do fenômeno processual.

Segundo o modelo constitucional de Andolina e Vignera (1997), portanto, implica o processo uma metodologia garantidora dos direitos fundamentais em cuja órbita gravita um conjunto uníssono e indissociável de princípios igualmente fundamentais e com assento normativo direto na Constituição.

Como se observa, pois, o *status* de direito fundamental reconhecido ao processo deriva de compreensões difundidas há provavelmente mais de 40 anos, com significativa repercussão sobre o discurso do processualismo hodierno.

Não é para menos, nesse sentido, tomar-se de certa perplexidade ante a narrativa de boa parte da doutrina processual brasileira, ao se manter (ainda) inexoravelmente aferrada à concepção de processo como relação jurídica e instrumento da jurisdição para a pacificação social, sem de deixar absorver pela retrocarga informativa que a teoria do processo democrático proporciona ao largo de sua recente, mas já consistente trajetória.

A título de ilustrar essa realidade, registre-se o comentário de Luiz Fux, ministro do Supremo Tribunal Federal e então presidente da Comissão de Juristas

encarregada da elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 durante sua tramitação na Câmara de Deputados.

Ao tratar do conceito de processo em obra recente, Fux, que identificado como um dos mais influentes representantes da atual geração brasileira de adeptos do instrumentalismo, assim discorreu:

É de sabença que a concepção procedimentalista de processo, de cunho francês, camuflou durante muito tempo a verdadeira natureza do processo como *relação jurídica*, esmiuçada por Bülow na sua célebre obra sobre as *exceções e pressupostos processuais*, traçando uma linha divisória decisiva a partir do ano de 1968. [...] A imanência do processo à jurisdição, por ser instrumental a essa função soberana, é o fundamento de seu agrupamento segundo os fins da tutela requerida; [...]. (2019, p. 203-204).

Não obstante, e a despeito dos avanços necessariamente devidos às concepções de Fix-Zamúdio, Baracho e Andolina e Vignera, a Teoria Constitucionalista ainda se mostrou deficiente em relação ao tema da legitimidade decisória. Os adeptos desse pendor de pensamento, embora demonstrem esforços em tematizar o processo como garantia fundamental, ainda trabalham numa perspectiva de jurisdição supostamente legitimada para exercer a tutela constitucional do processo.

No plano da investigação decisória, portanto, a escola constitucionalista apenas deslocou o eixo do paradoxo de Bülow para o plano constitucional, sem se desprender da ideia do juiz salvador solipsista. Ao fim e ao cabo, nesses termos, substituiu-se a tese do processo como instrumento da jurisdição, pela ideia de processo constitucional como instrumento da jurisdição constitucional, ou, como assinala Rosemiro Pereira Leal:

A jurisdição constitucional na escola constitucionalista do processo, considerada atividade tutelar dos juízes e demais decisores provimentais, é instituto de condução de um processo instrumentador da autoridade jurisdicional [...] Em conclusão, a teoria constitucionalista do processo ainda não disponibilizou uma teoria processual que conferisse fundamento à conjstitucionalidade que pretende encaminhar na perspectiva democrática do direito, uma vez que ainda se encontra cravada nos marcos hermenêuticos dos Estados Liberal e Social de Direito. (2018, p. 148).

3.6 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DE ROSEMIRO PEREIRA LEAL

A ideia de processo como uma instituição jurídica não constitui propriamente uma novidade. Tal concepção, que já era trabalhada nos anos 1940 por Maurice

Hauriou e por Eduardo Couture (o último posteriormente manifestou adesão à Teoria da Relação Jurídica), foi mais detalhadamente difundida pelo espanhol Jaime Guasp Delgado no final da década seguinte.

Segundo Delgado, processo é uma reunião de procedimentos que convergem em direção à atividade dos juízes, os quais, por meio de uma visão privilegiada da ordem jurídica que lhes é pressuposta, incumbem-se de realizar concretamente os valores éticos da sociedade se que encontram inseridos (DELGADO, 1998).

Instituição, em Delgado, por assim dizer, é um conjunto normativo-estrutural decorrente de uma articulação simétrica de variadas fontes jurídicas, tais como os costumes, a ética social e o próprio Direito praticado pela magistratura (jurisprudência).

Para o jurista espanhol, nesses termos, o processo, embora não se subordine, pelo menos em tese, à concepção instrumental de Oscar von Bülow, não deixa de ser, em última análise, um *locus* de criação do Direito pelos juízes, em um ambiente de protagonismo da função judicial vista em si mesma.

No Brasil, o conceito de processo como uma espécie de instituição veio no início dos anos de 1990, como uma espécie de reação crítica de Rosemiro Pereira Leal ao modelo instrumentalista até hoje predominante nas fileiras da doutrina processual nacional.

A proposta de Leal, com efeito, não exhibe o mesmo sentido de instituição empregado por Delgado. Diversamente desse autor espanhol, para quem a instituição processual é uma reunião de procedimentos convergentes à jurisdição privilegiada dos juízes para a realização de valores éticos consagrados pressupostamente pela sociedade, Leal idealiza no processo, em suma, um conjunto de princípios jurídicos alinhados entre si por uma Constituição essencialmente democrática e necessariamente garantidora de direitos fundamentais, compreendida a expressão (“direitos fundamentais”) como uma categoria normativa fundamentada “[...] pelo devido processo como discurso de decidir juridicamente [...] e não como ideia-vontade adquirida no saber instantâneo de uma racionalidade inatamente pressuposta.” (LEAL, 2013, p. 52).

Em Leal, a ideia de racionalidade é arredia ao voluntarismo subjetivista. Segundo ele, não há espaço, numa democracia, para o argumento de uma racionalidade pressuposta, de modo que a razão de ser de qualquer decisão jurídica que se pretenda democrática se obtém na linguagem e se legitima pela linguagem, e

não por meio de um discurso adjudicativo de uma autoridade que se afirme ou que se repute legitimada *a priori*.

Ao introduzir sua narrativa, Leal contextualiza suas ideias no advento histórico da redemocratização política pré-Constituição de 1988. Em sua cátedra, ele argumenta que, com o restabelecimento da democracia no Brasil, não faria mais qualquer sentido se pensar o processo como um instrumento autoritário de subordinação das partes ao saber solitário de um juiz onisciente e forjado para servir aos interesses de um Estado social.

Com efeito, logo na nota de apresentação do que ele próprio intitulou de *Teoria Neoinstitucionalista do Processo*, Leal expôs alguns dos pressupostos fáticos e ideológicos de seu pensamento:

A teoria neoinstitucionalista do processo é uma resposta que elaborei (e venho elaborando!) ao holocausto a que fui submetido pelo aprendizado museológico de um direito fincado na ideologia secular da Ciência Dogmática do Direito. Com o advento da Constituição brasileira de 1988, encerrando-se o ciclo autoritário de 1964, entendi que seu art. 1º abolira o republicanismo (modelo comunitarista de Estado Social que, a seu turno, preserva veladamente a tradição do Estado Liberal) com expressa implantação do Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma de Estado, a meu ver, porque protossignificativo e constitucionalizado (sistemizado) por uma teoria lingüístico-autocrítico-jurídica denominada processo, núcleo gestativo sistêmico da própria Lei Constitucional, é que iria, por uma de suas vertentes que cognominei neoinstitucionalista, reclamar compreensões pela ciência não dogmática, logo, democrática de direito [...] (2013, nota do autor).

No desenvolvimento de seus aportes, e ao defender a elaboração de uma Ciência Processual não dogmática, mas de linhagem democrática, Leal estabelece algumas premissas teóricas, as quais, em grande medida, não apenas sustentam suas reflexões, mas igualmente refletem equívocos epistemológicos da doutrina instrumentalista.

Um dos pilares de seus estudos assenta na noção de que, num Estado Democrático de Direito, cidadão e Estado devem se posicionar num mesmo plano de igualdade institucional sob a regência de uma instituição maior que ambos (cidadão e Estado) que é a *jurisdição constitucional pelo processo*, “[...] não sendo mais possível sustentar a existência hierárquica de instituições jurídicas, ou a prevalência de uma sobre as outras no bojo constitucional.” (LEAL, 2016, p. 57).

Outra percepção fundamental do jurista mineiro é de que a Constituição democrática não funciona mais como mero instrumento de equilíbrio político-normativo entre os poderes do Estado, nem a serviço do voluntarismo deste

(Estado). Daí por que, em suas impressões, o processo não se presta ao descortino de soluções justas, mas assegura a integração de todos os sujeitos processuais “[...] na construção do provimento, sem que o impreciso e idiossincrático conceito de *justiça* decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia e magnanimidade (LEAL, 2018, p. 100).

O terceiro alicerce do raciocínio de Leal aporta na premissa de inversão da relação subordinante entre jurisdição e processo cogitada pela Teoria da Relação Jurídica. Sob esse enfoque, ele sustenta, em diametral oposição à ideia-matriz do instrumentalismo, que, em verdade, não é o processo instrumento da jurisdição, mas, sim, o contrário.

A saber, pois, a jurisdição neoinstitucionalista é a própria atividade aplicativa do processo, ou, expresso de outro modo, o *processo*, como estrutura jurídico-sistêmica, se vale da *jurisdição* para alcançar e realizar seus objetivos.

Ainda na base de seus aprofundamentos, Leal contrapõe a tese de Fazzalari, ao afirmar que o processo não é uma espécie de procedimento, nem mesmo em face da existência qualificadora do contraditório. Diz Leal, a propósito, que o processo é, sim, uma instituição construtiva e regencial do procedimento, cuja estrutura é cercada não apenas pelo contraditório, mas, também, pelos princípios da ampla defesa/argumentação e da isonomia em amplo sentido.

Finalmente, no talvez mais significativo de seus anteparos ideológicos, Leal define o processo como um bloco de condições para o exercício da jurisdição, cuja prática não se dá por uma onipotente liberdade do juiz na prolação da sentença, nem na crença infantil e ingênua “[...] de uma judicatura presunçosamente justa e salvadora”, mas se constrói em razão da participação discursiva “dos referentes normativos da estrutura institucional constitucionalizada.” (LEAL, 2018, p. 59).

Nesse aspecto, Leal, apesar de não o fazer expressamente, tematiza o problema da legitimidade decisória partindo de uma interlocução dialética com a Teoria da Linguagem, de Karl Popper:

[...] o melhor argumento no Estado Democrático deriva de escolha teórico-discursiva no âmago do paradigma lingüístico-jurídico denominado “Processo”. O que o processo possibilitou, e que hoje frustra as pretensões da filosofia secular guardadora e julgadora privilegiada do saber e da verdade, é a construção de uma argumentação jurídica extraída das bases do conhecimento objetivo de Karl Popper, que se desvencilha da falácia naturalista e do triunfo legitimante do poder constituinte originário [...] Em Popper, como se infere, não há proibição, pela via da discussão crítica (lingüístico-evolucionário-problematizante), de eleger uma entre várias

teorias como marco de controle de nosso pensar, como também, a partir da teoria adotada, podemos controlar as nossas teorias. [...] No direito democrático, a linguagem teórico-processual apresenta uma relação de inclusão com as ideias humanas de vida, liberdade e dignidade, daí não se conceber vida humana sem concomitante abertura ao contraditório, ampla defesa e isonomia. Humana não seria a vida se vedado fosse ao homem descrever e argumentar. (2013, p. 81).

Sob esses termos, torna-se possível visualizar um modelo adequado de processo e de *jurisdição* no paradigma de um Estado Democrático de Direito, afastando-se a noção antiquada de um poder pressupostamente legítimo e impermeável à fiscalidade discursiva de suas decisões.

Ao definir o processo como instituição, Leal não tece, nem se vale, meramente, de um arranjo semântico com a finalidade de desmerecer uma teoria processual secular e ainda predominante. Seu empreendimento, na verdade, reposiciona os fundamentos da teoria processual, descortinando o processo não mais como um simples instrumento, mas como o próprio referencial paradigmático de observação do fenômeno decisório.

Como instituição referente, o processo não apenas se desgarra do perfil truculento da relação jurídica subordinante do juiz sobre as partes, como também se desprende do viés acessório e teleológico da vertente instrumentalista, sem se restringir, igualmente, a um simples procedimento que se distingue de outro qualquer pela só comparência do contraditório.

Assim concebido, portanto, como uma instituição *constitucionalizante* da jurisdição e explicitada pelos elementos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, o processo se consagra e estabelece como a própria “regra de ouro” ou como o seu eixo epistemológico do “jogo” processual-democrático, cuja força normativo-linguística, além de condicionar o exercício da jurisdição, se abre a que qualquer pessoa legitimada (integrante de uma comunidade jurídica não identificada por uma sociedade civil estática e pressuposta) possa desempenhar “[...] de modo irrestrito e incessante, o direito de fiscalidade procedimental do sistema jurídico constitucionalizado.” (LEAL, 2018, p. 143).

Também como explica o próprio Leal, em arremate teórico de imperiosa transcrição,

A teoria neoinstitucionalista do processo é uma proposição enunciativa que não se sustenta pela convicção única de um teorizador, prescindindo, à sua realização, da compreensão interprocessual do *povo total* (legitimados ao processo). Na pós-modernidade, o cometimento teórico de um discurso não

mais se afirma pela autoridade de seu autor. A individualidade atualmente não é mais impositiva dos conteúdos (relato) da justificação das ciências social, econômica e jurídica. Não mais sendo o indivíduo um polarizador ideológico da sociedade pluralística e excêntrica, o *mediu* consensual se faz por uma interenunciatividade focalizada na processualidade e não por interações sociais de condutas isoladas ou coletivas. (2018, p. 145).

Sob essa conjectura, o que move a teoria neoinstitucionalista é o objetivo de fixar um conceito de processo com suporte na enunciação do discurso e da intersubjetividade como matérias-primas fundamentais para “[...] a construção efetiva de uma sociedade jurídica de direito democrático.” (LEAL, 2018, p. 145).

Em suma, conforme explica André Cordeiro Leal, a teoria neoinstitucionalista compreende o processo como um complexo normativo assegurador dos direitos fundamentais ao contraditório, à ampla defesa e da isonomia, cujo conceito, por sua vez, liga-se “[...] às condições de legitimação das decisões judiciais, já alinhada ao paradigma do Estado Democrático de Direito”. (LEAL, 2002, p. 90).

As ideias de Rosemiro Pereira Leal, nesses termos, embora ainda distantes de uma concretização empiricamente realizável no atual panorama, proporcionam, no mínimo, um cabedal teórico capaz, ao mesmo tempo, de romper com o paradigma da “[...] jurisdição constitucional jurisprudencializada por tribunais justiceiros”, e viabilizar um modelo sustentável, autocrítico e discursivo de racionalidade decisória, “[...] sempre problematizável por falibilidades revisíveis, da produção e da aplicação do direito.” (LEAL, 2018, p. 146).

3.7 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO EM CRISE: RECONSTITUIÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO À LUZ DO MARCO TEÓRICO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De início, um esclarecimento de rigor: a expressão “Instrumentalidade do Processo em Crise” é, na verdade, uma alusão ao trabalho de mesmo título e de autoria do Professor André Cordeiro Leal, oriundo de sua tese de doutoramento sustentada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS).

Em suas reflexões, ele parte de uma refutação veemente à Teoria Processual de Oscar von Bülow, sustentando que a tese do alemão e de seus sucessores se revela em manifesta colisão com as premissas multiculturais predominantes em sociedades adeptas do modelo democrático de Estado.

Segundo aponta, isso se dá em razão de alguns desdobramentos problemáticos, que podem ser resumidos em três implicações principais, a saber:

- a) a inadequação do próprio conceito de processo como relação jurídica, que supõe um inevitável esquema de subordinação/vinculação das partes ao poder voluntarístico e potencialmente autoritário do juiz;
- b) a instrumentalização teleológico-procedimental do processo, que se torna, no contexto relacional, um simples meio acessório de atuação de uma jurisdição monológica e solipsista; e
- c) a inexistência de critérios mínimos capazes de oferecer parâmetros racionais de fiscalidade e de legitimação da atividade funcional decisória.

Sob esse enfoque, mesmo os autores que buscaram se desvencilhar da ideia de processo como relação jurídica - incluindo-se nesse rol a maioria da doutrina processual brasileira, até hoje alinhada à Teoria Instrumentalista de Cândido Dinamarco - não conseguiram, ao fim, superar completamente um constrangimento epistemológico, que Leal identificou como “O Paradoxo de Bülow”, traduzido, pois, na incongruência de se pensar o processo ao mesmo tempo como instrumento do poder (de criar e de dizer o Direito pelo juiz) e como mecanismo de limitação desse mesmo poder.

Nas ilações do professor mineiro, o “colapso” do instrumentalismo reside, portanto, mais fundamentalmente, em sua incapacidade, ou em sua indisposição epistêmica para problematizar e encontrar respostas adequadas para a legitimidade decisória no âmbito de uma teoria essencialmente processual.

O pensamento instrumentalista, nesses termos, supõe como pressuposto racional a lógica da adequação entre “meios e fins” para a obtenção de resultados úteis. Os partidários dessa corrente, no entanto, não logram demonstrar com publicidade e transparência que “fins” efetivamente são esses, e quais as reais consequências que deles decorrem.

Esse ângulo de visão, corroborado pela maioria da doutrina processual brasileira, conduz à premissa de que o processo é sempre algo “[...] *a posteriori*, jamais uma base geradora da lei, ou da Constituição”. (DEL NEGRI, 2019, p. 27). Aí reside por certo o equívoco do dogmatismo, cuja base filosófica, em tal perspectiva, [...] “impõe ao Direito Processual a condição de mero coadjuvante da jurisdição-estatatal”. (LEAL; THIBAU, 2015, p. 47)

Nesse ponto, aliás, o próprio Leal observa, rechaçando novamente a compleição propriamente científica da teoria de Oscar Bülow:

Os pensamentos abstratos organizados (LEAL, 2004, p. 55) demarcadores da reflexão teórica se articulam com a técnica e permitem o surgimento de uma *tecnologia* que visa à melhoria dos métodos de obtenção de resultados, baseados, no entanto, apenas em uma racionalidade instrumental ou estratégica, porque destinados aos ganhos de efetividade, na consecução dos fins não tematizados publicamente. O que se tem, assim, em Bülow, é, sob o rótulo de “ciência” uma proposta técnica de sustentação do decisionismo judicial, ou de uma jurisdição como atividade estatal salvacionista pelo juiz que, a pretexto de permitir operacionalidade, se auto-imuniza da indagação sobre a legitimidade democrática dessa atuação. (2008, p. 134).

Ao perceber a incompatibilidade do instrumentalismo (oriundo da Teoria da Relação Jurídica) com os paradigmas de uma democracia, Leal propõe um discurso teórico alternativo.

Para ele, em substituição ao modelo autoritário de racionalidade instrumental e de subordinação entre os agentes do processo, impunha-se, como se impõe, identificar um *conceito de jurisdição* que seja adequado às premissas de um Estado democrático, algo, com efeito, que não foi tema das cogitações nem de Bülow, ou de Cândido Dinamarco, tampouco de nenhum dos adeptos da corrente tradicional que predomina na doutrina brasileira desde o CPC de 1939 e que influencia até hoje a interpretação e emprego da legislação processual vigente.

Na lógica dogmática instrumentalista, portanto, cabe ao juiz dizer, aplicar e controlar o Direito, por meio de um processo que é instrumento da jurisdição e, ao mesmo tempo, mecanismo de controle dessa mesma jurisdição. Leal, sob tal enfoque, critica a ideia de jurisdição legitimada *a priori*, ou como *poder desde sempre* (TORNAGHI, 1987), que se expressa como garantia antecipada da vontade dos próprios juízes, ou da eficácia dos comandos normativos:

A jurisdição assim concebida, é, *in integrum*, atividade de juízes que revelam, pelo ato sentencial, suas próprias vontades (como em Bülow), ou uma outra vontade pronta na lei, a da *mens legis* ou a da *mens legislatoris* (num enfoque que, por imprestável, o próprio Ronald Dworkin já se esforçara em afastar), ou, ainda, intervenções solipsistas e contingenciais em realidades sociais que estariam a suplicar socorro prestante em razão da inércia (ou inaptidão) do legislador soberano. (2008, p. 31).

Levando em conta todas essas ponderações, Leal reconstitui um conceito de jurisdição com amparo no processo, desgarrando-se da visão procedimental do

instrumentalismo, e adotando a matriz científico-processual pós-fazzalariana como referencial teórico.

Para tanto, ele busca aportes fundamentais na ideia de Jürgen Habermas de que o Direito, na verdade, deriva de uma idealização fomentada pelo discurso, cuja garantia é assegurada pela articulação entre os direitos humanos e a soberania política dos cidadãos, “[...] devendo haver possibilidade permanente de problematização institucionalizada de qualquer norma jurídica.” (LEAL, 2008, p. 144).

Numa democracia, com efeito, as normas legítimas decorrem da institucionalização jurídica do princípio do discurso, isto é, do estabelecimento de condições institucionais para uma ação dialógica e intercomunicativa, capazes de permitir, em suma, que os destinatários das mesmas normas sejam, ao mesmo tempo, seus coautores (HABERMAS, 1997).

Isso, com efeito, entretanto, se torna possível mediante a assimilação de um modelo democrático constitucionalizado, que suponha uma estrutura de direitos cujos cidadãos que integram a comunidade jurídica reconheçam uns em favor dos outros (LEAL, 2008). Nesses termos, Rosemiro Pereira Leal, citando o próprio Habermas, assevera:

O postulado de Habermas, de que a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores só é acolhível num espaço-jurídico processualizado (em conotações fazzalarianas e neo-institucionalistas) em que as decisões não seriam atos jurisdicionais de algum pretor ou mero provedor dos procedimentos democraticamente constitucionalizados (devido processo legal), mas atos processualmente preparados na estrutura procedimental aberta a todos os sujeitos (partes: pessoas físicas, jurídicas, coletivas; órgãos judiciais: juízes; instituições estatais, *Ministério Público* e órgãos técnicos) figurativos e operadores dessa instrumentalidade jurídico-discursiva na movimentação efetivadora correicional e recriativa dos direitos constitucionalizados por uma comunidade que se candidate a se constituir, a cada dia, em sociedade jurídico-política democrática no Estado constitucionalizado. (2001, p. 131).

Sob essas digressões, Leal conclui que a *jurisdição*, no Estado Democrático de Direito, não mais se concebe como uma atividade isolada do juiz e dos tribunais no exercício de um poder do Estado de dizer e de aplicar o Direito a um caso concreto, de promover a pacificação social, distribuir a *Justiça* ou de *realizar* escopos preestabelecidos.

A jurisdição, segundo o processualista mineiro, configura, sim, ação comunicativa, que se desenvolve na linguagem e pela linguagem como resultado

necessário da atividade discursiva dos sujeitos do processo democraticamente constitucionalizado e em consonância com argumentos internos ao próprio sistema normativo.

A jurisdição, nesses termos, pensada como inferência propositiva e dialógica do processo como instituição referente de legitimidade decisória, ou como um código de estabilização do discurso jurídico e de rastreamento de falhas teóricas (DEL NEGRI, 2019), se estabelece, pois, como uma chave da contraposição ao dogmatismo da escola instrumentalista. Assim, por conseguinte, mediante a aferição de um conceito capaz de abranger uma ideia de jurisdição como *locus* de processualização da procedimentalidade é que se torna possível cogitar a “[...] construção de uma comunidade jurídico-democrática.” (LEAL; THIBAU, 2019, p. 94).

3.8 PROCESSO COMO DEMOCRACIA NO ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

A busca por uma definição do que seja efetivamente o processualismo democrático não logra desvencilhar-se facilmente de algumas dificuldades oriundas do entretecimento de certas expressões e concepções comuns ao atual Estado Constitucional de Direito.

Nesse ponto, antes de expor o centro conceitual que servirá de parâmetro às cogitações deste estudo, cinco considerações se fazem ainda necessárias para contextualizar ideias sobre a complexidade teórica da relação entre processo, jurisdição e democracia.

A primeira consideração nesse tocante está em que, a despeito da teoria ou da perspectiva que se queira adotar, um aspecto que parece ser comum a qualquer escola ou a toda corrente é a ideia de que uma democracia de fato, como assevera Bobbio, pressupõe uma *magistratura* independente do poder político (2017, p. 48).

A segunda, e aqui se toma como referencial notadamente a realidade brasileira, os juízes não ingressam no cargo em decorrência de deliberação político-majoritária, tampouco exercem mandato eletivo¹⁸. No Brasil, a magistratura de

¹⁸ Sobre a discussão, importante mencionar o pensamento de Robert Alexy, para quem o problema da legitimação democrática das decisões judiciais enfrenta uma dificuldade adicional de cunho majoritário-representativo. Como os juízes não são eleitos pelo povo, suas decisões, nesse contexto, em primeira análise, seriam incompatíveis com a concepção tradicional de democracia. Para superar esse óbice, Alexy teoriza a diferenciação entre os conceitos de “democracia

primeiro grau acessa a carreira por meio de concurso público de provas e títulos, ao passo que a investidura nos tribunais ordinários e superiores acontece ora por critérios institucionais-corporativos (antiguidade, merecimento ou fração de 1/5 constitucional), ora por ato do Chefe do Poder Executivo sujeito ou não à aprovação do Senado Federal mediante votação qualificada.

A terceira observação, por seu turno, depreende-se da propriamente dita relação ontológica entre as concepções de democracia e de constitucionalismo. Enquanto aquela se vincula ao predomínio volitivo das maiorias, este se expressa como um repositório de garantias fundamentais, cuja lógica é proteger minorias de eventuais excessos majoritários. Daí por que afirmar-se que, em um Estado Democrático de Direito, “[...] democracia e constitucionalismo devem andar lado a lado, em relação de tensão, sob pena de que a prevalência de um sem o outro acabe gerando ditadura.” (BAHIA; NUNES, 2010, p. 63).

A quarta conjectura decorre de um cotejo das interações político-jurídicas entre o exercício do poder e o funcionamento das instituições em um ambiente político-democrático. A premissa maior de um Estado de Direito está exatamente na ideia de limitação do poder pela institucionalidade, de modo que, numa democracia constitucional normativamente horizontalizada, as próprias instituições poliarquicamente articuladas e não hierarquizadas entre si é que se incumbem de controlar e conferir legitimação democrática ao manuseio e ao desempenho do poder.

A quinta e última reflexão alude ao próprio posicionamento político-democrático atual de uma Constituição como a de 1988, que se assume como garante da atuação permanente da cidadania na criação e na transformação do direito. Nesse *novo* formato, a Constituição não há de ser vista apenas como um documento político de equilíbrio entre os poderes e funções do Estado, ou a serviço de um bem-estar social cujo conteúdo seja disponibilizado por uma linguagem jurisprudencial estratégica e autocrático-discrecional, em vez de tematizado à luz de parâmetros institucionais fixados discursivamente.

Nesse sentido, a narrativa da supremacia constitucional instrumentalizada e regulada por uma instância decisória capaz de estabelecer de modo onisciente o

deliberativa” e “democracia decisionista”, advertindo para a noção de que, embora os juízes não detenham representatividade popular, eles podem decidir democraticamente desde que o respectivo procedimento seja aberto ao discurso, e desde que sua decisão prestigie o melhor entre os argumentos apresentados (ALEXY, 2007, p. 162-165).

significado de seus conteúdos, conduz a uma espécie de “jogo de espelhos”, cujos jogadores (decisores), embora se movimentem (decidam) pressupostamente à luz de normas, dispõem de uma fática e ampla liberdade intelectual e argumentativa para atribuir sentido a essas mesmas normas, conforme suas razões pessoais.

Em termos institucionais, portanto, as ideias de relação jurídica e de associação conceitual do processo a um simples instrumento da magistratura, conferem ao Judiciário a prerrogativa de, a pretexto de aplicar a Constituição e as leis, estabelecer monologicamente e autoritariamente o próprio significado da mesma Constituição e das mesmas leis.

Torna-se o direito, sob esse enfoque, não o resultado de um assentimento político-majoritário, mas, literalmente, uma decorrência do significado que o Judiciário achar por bem lhe atribuir. Ou, dizendo de outro modo, o Direito passa a “ser” aquilo que o Poder Judiciário disser que ele “é”.

Sob esse estado de coisas, a ideia que talvez melhor represente o espírito de uma processualidade constitucional democrática, e que é adotada neste trabalho por consciente opção metodológica, é a que decorre da combinação de elementos comuns a quatro das teorias processuais e jurisdicionais expostas neste capítulo, notadamente as de Fazzalari, de Couture, Fiz-Zamúdio, Baracho e Andolina e Vignera, de Rosemiro Pereira Leal e de André Cordeiro Leal.

De Fazzalari (e dos aportes de Aroldo Plínio Gonçalves) é possível extrair-se a base científica de sua teoria para se afirmar que o processo não é uma relação jurídica instrumental, mas o próprio referente epistemológico do fenômeno processual. É dizer, com efeito, que, em Fazzalari, se desenvolve uma teoria jurisdicional com base no processo e não em virtude de uma concepção sobre uma jurisdição legitimada *a priori* por uma Constituição (ou regra de reconhecimento).

Já em legado dos constitucionalistas (Couture, Baracho, Fiz-Zamúdio, Andolina e Vignera) obtém-se a vertente e a importância constitucional do processo e de seus princípios e garantias. Na razão de tais aportes teóricos - e essa talvez represente a própria essência do respectivo conceito no âmbito de Estado Constitucionalizado – **processo é, ontologicamente, antes e acima de tudo, um direito fundamental.** Sob esse prisma, uma Constituição, para ser efetivamente democrática, deve pressupor um modelo constitucionalizante de processo, que tanto incorpore direitos fundamentais processuais, quanto vincule o legislador na configuração infraconstitucional de procedimentos.

Das cogitações neoinstitucionalistas de Rosemiro Pereira Leal, absorve-se a noção de que o processo é uma entidade linguístico-jurídico-autocrítica constitucionalizada pelos “[...] institutos (princípios normados) do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade (igualdade)” (LEAL; THIBAU, 2019, p. 93), cuja “*democraticidade*” é regida pelo próprio processo, que se expressa como uma instituição.

Vislumbra-se, pois, o processo, com influxo de Rosemiro Pereira Leal (que, por sua vez, se vale de aspectos da Filosofia da Ciência de Karl Popper, em especial, no que tange ao método de falseamento do aprendizado científico) como a viabilidade de elaboração de decisões arredias a critérios preestabelecidos de confirmação¹⁹ (pelos quais o decisor utiliza o procedimento como um expediente retórico e protocolar para justificar suas sentenças cujos fundamentos já eram por ele conhecidos desde o início), mas expostas aos testes teóricos de suas inferências, ou, como expõe Juliano, explicando o método de Leal:

É o processo neoinstitucionalista uma instituição (lingüística-autocrítico-jurídica) constitucionalizante e constitucionalizada por seus institutos (princípios lógico-jurídicos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, como oportunidade aberta de criação, atuação, aplicação, testificação e refutação da norma posta ou a prevalecer (abertura crítico-argumentativa), conforme o modelo de direito democrático adotado no país desde 1988, característica a conferir, segundo a prof^a Roberta Maia Gresta precedência de sua atuação em relação ao exercício da função judicial, acrescentando-se, ainda, que o processo demarcado como espaço de refutação permanente se colhe, no discurso constitucionalizante, pela fusão biunívoca entre direitos fundamentais de vida, liberdade, dignidade, igualdade, como direitos líquidos e certos, e seus princípios institutivos-fundantes de autoilustração sobre os fundamentos da existência jurídica para todos os destinatários normativos. (2019, p. 12).

Por fim, sob influxo da refutação forte de André Cordeiro Leal à Teoria da Instrumentalidade, tem-se, em arremate, a necessidade de se repensar o conceito de jurisdição como algo desgarrado de uma função exclusivamente desempenhada pelos juízes, mas como o ambiente adequado para o desenvolvimento do diálogo entre os sujeitos do processo constitucionalizado por sua permeabilidade ampla ao discurso (no sentido habermasiano), pela garantia de que os destinatários das decisões serão simultaneamente seus coautores e pela subordinação imperiosa dos

¹⁹ A expressão “confirmação” pode, em certa medida, ser aqui entendida (também) no sentido de um viés cognitivo (*cognitive bias*), identificado por Kahneman como *heurística de confirmação* (KAHNEMAN, 2012) e entendido como “[...] a tendência do observador de procurar ou interpretar informações [...] que correspondam às suas crenças primárias, deixando de lado evidências que apontem para a conclusão oposta.” (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 80-81).

pronunciamentos aos testes de falseabilidade próprios de qualquer experimento científico (no sentido popperiano).

Fixadas essas reflexões, passa-se ao desenvolvimento do terceiro e último capítulo, no qual, à luz do recorte já antecipado na seção de apresentação relativamente à nova configuração do autoritarismo judicial refletido no fenômeno da “jurisprudencialização do Direito”, procede-se a uma abordagem no sentido de demonstrar o não alinhamento do Código de Processo Civil de 2015 relativamente aos levantamentos teóricos aqui apontados e com as definições de jurisdição (como *locus* plural e comunicativo dos sujeitos processuais) e de processo (como instituição referente de legitimidade decisória) no marco analítico de um Estado Democrático de Direito.

4 AUTORITARISMO NO CPC DE 2015: O ESVAZIAMENTO DO DIÁLOGO PROCESSUAL E A NARRATIVA DA JURISPRUDÊNCIA COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO

Nas seções anteriores, procurou-se traçar uma espécie de panorama descritivo em torno das escolas que se ocuparam de observar o fenômeno processual em sua dimensão epistêmica, e de identificar, direta ou indiretamente, possíveis caminhos de legitimação (democrática) do Direito e das decisões jurídicas em sentido amplo, seja por meio de critérios obtidos na linguagem do próprio processo, seja em virtude da distinção ontológica entre os conceitos de processo e de procedimento.

Em razão de tal esforço, estabeleceu-se uma forte contraposição à Teoria Relacionista de Oscar von Bülow, evidenciando o caráter autoritário de suas cogitações. Conforme se demonstrou, a ideia de uma relação jurídico-processual independente, ao pressupor uma lógica de submissão/infantilização das partes ao saber onisciente de um juiz magnânimo e criativo, e ao apostar na redução do processo a um simples aparato para o exercício da atividade judicial, transformou a Jurisdição num poder não fiscalizável, não sindicável e, portanto, insuscetível de controle racional, senão pelo voluntarismo solipsista de seus membros.

Como alternativa a essa proposição teórica, que grande influência exerceu e exerce sobre o modo como até hoje se compreende e se pratica o processo no Brasil, buscou-se reconstituir alguns conceitos tradicionais e estabelecer certas diferenciações importantes, tomando-se como referência, para esse fim, contribuições de Fazzalari, Baracho, Andolina e Vignera, além dos aportes da chamada Teoria Processual Neoinstitucionalista, de Rosemiro Pereira Leal.

Sob esse influxo, em razão do qual o processo desponta não como uma relação jurídica, mas como um direito fundamental, ou uma entidade linguístico-autocrítico-democrática constitucionalizada por uma rede de princípios igualmente fundamentais, definiu-se a jurisdição como o ambiente adequado para o desenvolvimento do discurso e do diálogo procedimental, mediante a garantia de que suas decisões – desde que os destinatários destas figurem igualmente como seus coautores – sejam permanentemente subordinadas aos testes de falseabilidade próprios de qualquer experimentação científica.

Com isso, ou seja, adotando-se um conceito de jurisdição como uma estrutura complexa, dialógica e policêntrica (em oposição à ideia tradicional e anacrônica que

a define como uma atividade exclusiva dos juízes), percebeu-se, na esteira de uma narrativa essencialmente processualizada, pelo menos no plano teórico, uma possibilidade concreta e também real de superação das aporias bulowianas relacionadas ao problema da legitimação do Direito.

Não obstante, viu-se que a maioria da doutrina processual brasileira ainda se mostra impermeável a tais conjecturas, permanecendo, com efeito, alinhada às tradições do modelo germânico e jungida aos ensinamentos da escola italiana da primeira metade do século imediatamente passado.

Sob tal ascendência, prevalece, no Brasil, até hoje, o conceito de processo como relação jurídica autônoma e instrumento de poder/autoridade, cuja finalidade última é servir à jurisdição para viabilizar a realização de escopos metajurídicos do Estado.

Tal compreensão, aliás, dentre outras aporias, induz a uma confusão semântica entre os conceitos de *técnica processual* e de *formalismo processual*. Em vez de teorizar a técnica como um conjunto de meios reunidos para a implantação de um espaço processual dinamicamente argumentativo, passa-se a vislumbrá-la como um obstáculo à celeridade e à realização de direitos e garantias. Veja-se, a propósito, o que diz José Carvalho dos Santos Bedaque:

Não só a técnica processual deve ser dotada de maior flexibilidade quanto á forma e meios – o que implica concessão de maiores poderes ao juiz para melhor adequar o processo às características da situação concreta -, como ele também deve atuar de forma mais efetiva no desenvolvimento da relação, participando ativamente e a assegurando às partes maior possibilidade de participação. (2010, p. 281).

Nessa perspectiva, em que o processo é percebido apenas em seu aspecto utilitarista, ora como instrumento político-pedagógico, ora como mecanismo de pacificação social por meio da “justa” erradicação de conflitos, sua importância e sua funcionalidade são inevitavelmente reduzidas a meros expedientes operacionais de cariz teleológico.

À luz desse postulado, acredita-se que o juiz, na qualidade de agente “soberano” do Estado-Jurisdição, ocupa uma posição privilegiada, que lhe permite, mediante o processo, acessar e efetivar uma *ordem concreta de valores* que subjaz ao próprio ordenamento jurídico (NUNES, 2012).

Tal raciocínio, entretanto, além de amesquinhar a participação dos destinatários das decisões, transformando-os em meros expectadores de uma

atividade judicial proeminente, resulta em pelo menos duas consequências incompatíveis no que concerne à noção de democracia processual.

A primeira, de cunho metodológico, reside na tolerância ao voluntarismo discricionário dos juízes e tribunais, cujo saber superior lhes credencia a dizer e a aplicar o Direito de modo arbitrário, acrítico e à mercê de suas preferências.²⁰ Já a segunda, de base sistêmica, afeta o próprio legislador processual, estimulando-o a configurar procedimentos não com procedência numa matriz principiológica que envolve o direito fundamental ao processo, mas com o prioritário objetivo de aprimorar o funcionamento operacional do Poder Judiciário (COUTINHO, 2015).

Esse, com efeito, foi o pano de fundo teórico que norteou o advento do Código de Processo Civil de 2015. Embora tenha ele sido gestado num ambiente de ampla deliberação popular e com a participação de vários setores da sociedade civil organizada, o novo diploma reproduziu conteúdos antidemocráticos manifestos e reafirmou diversas premissas normativo-estruturais que não estabelecem o mínimo diálogo com o modelo de Estado previsto na Constituição de 1988.

Este capítulo, portanto, se dedicou ao enfrentamento do problema crucial desta pesquisa, no sentido de enfatizar o modo como o novo CPC, ao investir em técnicas que estimulam o protagonismo judicial e que conduzem a uma jurisprudencialização (forte) do Direito, adota uma narrativa predominantemente autoritária, negando a própria normatividade e contrariando os fundamentos ideológicos de sua elaboração.

4.1 O “DIREITO PROCESSUAL DO INIMIGO” E O CPC DE 2015

Ao contrário do que em geral se infere das abordagens didáticas sobre o tema aqui em análise, o Estado (democrático) de Direito²¹ constitui uma ideia imaterial e

²⁰ A crença instrumentalista de que os juízes são realmente detentores de uma consciência privilegiada capaz de revelar a vontade concreta da lei e de viabilizar a consecução dos chamados “escopos metajurídicos do Estado”, é uma provável decorrência do positivismo analítico de Hans Kelsen, cujo purismo metodológico confere ao intérprete autêntico da norma jurídica a prerrogativa de, inclusive, decidir *contra legem* de modo legítimo. Nesses termos, Kelsen é indiferente às figuras do arbítrio e do autoritarismo judicial, uma vez que, segundo ele, mesmo decidindo fora do ordenamento jurídico, o juiz, em qualquer hipótese, está autorizado pelo sistema a decidir. (SERRANO, 2016).

²¹ Remete-se, no enfoque, ao conceito de *poliarquia*, de Robert Dahl (1997), cuja abordagem vincula o postulado democrático a uma premissa de gradação analítica. Em sua óptica, a democracia plena é ideal inalcançável, mas que existe em maior ou menor media quanto mais *responsivo* for um determinada civilização. A saber, o conteúdo democrático de certo governo é mensurável de acordo

abstrata que jamais alcançou a plenitude de seus objetivos, ou mesmo conseguiu se realizar por completo em alguma civilização que já tenha se disposto a adotá-lo como projeto humano, bem como a vivenciá-lo como experiência política concreta (SERRANO, 2016).

Na prática, por maior que seja o comprometimento de certa sociedade com os seus próprios referenciais de liberdade e de justiça, e a despeito das inúmeras conquistas históricas que marcaram desde o declínio do absolutismo na Europa nos séculos XVII e XVIII, até a superação dos ciclos ditatoriais em vários países da América Latina (incluindo o Brasil) no final do século XX, o Estado Autoritário sempre registrou uma presença permanente e contumaz, mesmo no bojo das nações e comunidades reconhecidamente governadas e regidas por ideais democráticos.

Nesse tocante, Raul Eugênio Zaffaroni explica que, apesar dos esforços no sentido de fazerem descrições estanques e individualizadas, a separação entre os discursos democrático e autoritário não passa de uma ficção teórica forjada, mormente na literatura, para facilitar a compreensão de ambos os conceitos.

Segundo ele, o que existe, sim, no plano da realidade, é uma incessante relação ora de pertinência, ora de tensão entre o Estado de Direito e o Estado de Exceção, de modo que este atua - num movimento paradoxal - ou como uma espécie de dispositivo de segurança contra ameaças, ou como um fator impeditivo à realização plena daquele. Nas palavras do jurista argentino:

O Estado de direito concreto [...] não pode ser nunca igual ao ideal, porque conserva em seu interior, encerrado ou encapsulado, o Estado de polícia, tal como Merkl observou, com grande acerto, muitos anos atrás, quando recomendava que não fossem escritos obituários ao Estado de polícia, porque ele estava bem vivo dentro de todo Estado de direito. [...] por isso existe uma dialética contínua no Estado de Direito real, concreto ou histórico, entre este e o Estado de polícia. O Estado de polícia que o Estado de direito carrega em seu interior nunca cessa de pulsar, procurando furar e romper os muros que o Estado de direito lhe coloca. (2011, p.169-170).

Não obstante, embora se reconheça que o Estado Autoritário permanece vivo mesmo em tempo de democracia como valor quase universal, os fundamentos das práticas de exceção são hoje distintos dos que já foram em outras épocas, quando a

com sua capacidade e com sua predisposição para atender os objetivos de seus governados, oferecendo-lhes condições iguais que lhes permitam formular suas preferências, compartilhá-las com a comunidade política e vê-las consideradas na construção das decisões de interesse público (DAHL, 1997).

noção de direitos humanos era desconhecida, ou quando as ideias de justiça e de liberdade não eram adequadamente tematizadas.

Atualmente, o exercício arbitrário do poder já não mais assenta em alegações como as de Platão (*A República*), Hobbes (*O Leviatã*), ou Machiavel (*O Príncipe*). De fato, admitindo-se a existência excepcional de heranças concretas do absolutismo no contexto das democracias modernas, é de se observar, sem embargo, que o discurso hodierno não se reconhece mais nas narrativas do passado.

Em sendo assim, no lugar de buscar argumentos etéreos, metafísicos ou contratualistas, como antes se procedia, o impulso da autoridade, nos tempos de hoje, se alicerça numa justificativa comum e universal: a necessidade de aniquilação da figura do “inimigo”, identificado como uma ameaça concreta à sobrevivência do próprio Estado e de suas instituições.

Com efeito, é sob o pretexto de neutralizar ou de exterminar a ação do inimigo que os detentores do poder legitimam o estabelecimento (temporário) de um regime de exceção que, como dito, nada mais é do que a contraface do que se compreende por Estado de Direito (SERRANO, 2016).

Antes de avançar no tema e apontar sua interligação com o objeto desta pesquisa, é de rigor se fazer um esclarecimento histórico: o instituto da exceção, cujo berço normativo era o art. 48 Constituição Alemã de 1919 (Constituição de Weimar), designava uma prerrogativa do Presidente do Reich de “[...] instaurar um regime provisório de ditadura para solucionar os problemas emergenciais que colocassem em risco o próprio Estado”. (SERRANO, 2016, p. 69).

Tinha-se, portanto, na exceção alemã uma espécie de mecanismo de contenção da força do inimigo, capaz de, em face de uma necessidade do Estado, determinar a suspensão do próprio Direito, para resguardar a incolumidade e a sobrevivência da ordem jurídica (SERRANO, 2016).

Nesse âmbito, o pensamento de Carl Schmitt sobressai indispensável à compreensão do assunto. Para ele, a ideia de exceção se entrelaça com o próprio conceito de soberania, uma vez que o soberano é aquele que detém a competência decisória para decretar a exceção e revogar, ou suspender, a eficácia da lei vigente.

Essa, aliás, é talvez a mais significativa das muitas divergências entre Schmitt e Kelsen. Diversamente de seu opositor austríaco, para quem o Direito sucede ao Estado e a ele se submete pressupostamente, Schmitt percebe o segundo como um fenômeno anterior e preponderante em relação ao primeiro. Segundo o alemão, a

prevalência do Estado sobre a ordem jurídica é justamente o que fundamenta a possibilidade de afastamento ou de derrogação desta por uma decisão soberana (SCHMITT, 2006).

Já a ideia de “combate ao inimigo” como fator de legitimação de medidas autoritárias excepcionais num Estado de Direito tem como aporte mais relevante as conjecturas de Günter Jakobs e suas contribuições para o estudo da Ciência Penal contemporânea.

Criador do chamado *funcionalismo sistêmico*²², Jakobs alcançou destaque no ambiente científico em razão de sua controversa teoria que, no cotidiano dos fóruns e em especial no Brasil, já vem sendo aplicada sem maiores reservas, embora ainda de modo inconfessado: o “Direito Penal do Inimigo”.

Em trabalho específico, Alexandre Rocha Almeida de Moraes, em poucas palavras, sintetiza as ideias do jusfilósofo alemão, cujo mote investigativo, em última análise, busca amparo epistêmico na noção geral de proporcionalidade em sentido estrito:

O ‘inimigo’ é o indivíduo que cognitivamente não aceita submeter-se às regras básicas do convívio social. Para ele, dirá Jakobs, deve-se pensar em um direito penal excepcional, de oposição, um direito penal consubstanciado na flexibilização de direitos e garantias penais e processuais. Há que se pensar em um novo tratamento que a sociedade imporá àquele que se comporta cognitivamente como seu inimigo. Um tratamento que não se amolda às diretrizes do direito penal clássico, mas que poderia ser, em tese, legitimado constitucionalmente. (2008, p. 30).

Os “tipos” que frequentemente incorporam a figura do “inimigo social” são de muitas origens e costumam mudar conforme certas circunstâncias e à mercê da influência de certas ocasiões. Se o “inimigo” do Direito Penal, pelo menos na realidade local, é associado ao estereótipo do “bandido mítico”, ou do “bandido *a priori*”, o “inimigo do Estado”, por sua vez, assumiu e assume feições diversas no curso da história, a legitimar o uso do arbítrio como meio de combatê-lo. Nesse particular, é oportuna a ilustração de Serrano:

Conhecemos na primeira metade do século XX, até a segunda guerra mundial, a figura do inimigo étnico, que justificou a suspensão de direitos de um grupo de uma determinada etnia. O inimigo é identificado fisicamente.

²² Segundo essa ideia, a transgressão de uma norma penal configura uma quebra do próprio sistema por ela articulado. Em face de tal violação, que, para o autor, é a tradução de um conflito entre atitude individual e expectativas sociais, a pena a ser aplicada deve exercer uma função preventiva geral, atingindo não o delinquente em particular, mas o significado de sua conduta para a sociedade como um todo.

Hoje, por exemplo, nos Estados Unidos, o inimigo tem feição mulçumana, diante da ameaça terrorista que se instalou no país desde o atentado de 11 de setembro de 2001. Portanto, nesse contexto atual norte-americano, o inimigo tem feição também religiosa. (SERRANO, 2016, p. 97).

Situações há, no entanto, em que inimigo não possui um rosto, não responde por um nome certo, nem ostenta características identificáveis a olho nu, mas existe no imaginário coletivo e nos domínios de um senso comum ideológico. Tem-se, nesses casos, um adversário social difuso e invisível, cuja erradicação eficaz - segundo o discurso da autoridade de ocasião - recomenda um sacrifício ou um sobrestamento generalizado da ordem jurídica.

Em tais hipóteses, o argumento da exceção se estabelece no sentido de impor a suspensão temporária de direitos e liberdades fundamentais de todos os indivíduos indistintamente, sob pena de (supostamente) não se conseguir superar suficientemente a ameaça excogitada.

Tal sucedeu, por exemplo, na ditadura civil-militar brasileira pós-1964. Naquele contexto, o inimigo era o comunismo, ou seja, uma ideologia sem face e sem dimensão concreta. Para erradicá-lo - sob a retórica de evitar a sucumbência do Estado a um totalitarismo articulado militante ligado à esquerda - instituiu-se um truculento e arbitrário regime de exceção geral, mediante a suspensão coletiva e universal de direitos civis por tempo indeterminado.

Como o inimigo estava espreado na sociedade e disperso na multidão, ele podia se manifestar em qualquer pessoa, por mais insuspeita que parecesse. Na lógica do autoritarismo, não havia outra maneira de se combater a ameaça difusa e invisível, que não fosse por meio do cerceamento linear e irrestrito de liberdades individuais.

Outros exemplos de práticas semelhantes poderiam ser aqui apontados. O manuseio da exceção como trincheira última de resistência do Estado ao inimigo - seja ele qual for - constitui uma característica peculiar e de certo modo paradoxal, que se faz permanente na realidade e no cotidiano das democracias contemporâneas.

Esse convívio tenso e essa integração imperecível entre Estado de Direito e autoritarismo de exceção conduzem a um fenômeno político de amplo significado: face à necessidade de dar vazão a determinados consensos públicos criados em torno de uma ideia de ameaça às instituições, a jurisdição se assume como última instância de legitimação de medidas arbitrárias. Como explica Serrano,

A jurisdição funciona, na maioria das vezes, em casos como estes, como fonte legitimadora e realizadora da exceção, da suspensão de direitos. Inicia-se o processo, conhecendo-se o resultado que será obtido, independentemente do que nele se produza. (2016, p. 108).

Embora o Judiciário não esteja formalmente comprometido com as demandas da opinião pública, seus membros, na prática, se enredam em influências e igualmente se sujeitam a pressões.

Imagine-se um juiz que se “arvore” de absolver um “inimigo da sociedade”, ou que deixe de condenar alguém que o *consenso midiático* já tenha previamente execrado. Muito possivelmente, ele – não importa se agiu ou não de modo correto - será submetido às sanções que se absteve de aplicar e terá de prestar contas com os tais consensos midiáticos que ousou contradizer (SERRANO, 2016). Sobre o tema, Zaffaroni complementa:

Toda sentença que colide com o discurso único corre o risco de ser estigmatizada e o magistrado, de acordo com as circunstâncias, pode envolver-se em sérias dificuldades e até mesmo acabar destituído, processado, ou condenado [...] Pouco importa o que as Constituições e o direito internacional dos direitos humanos disponham, se os juízes não podem aplicar suas disposições, sob pena de serem denunciados e perseguidos pela pressão dos meios de comunicação, pelos corpos colegiados das próprias estruturas judiciais, pelos políticos que aproveitam para eliminar os magistrados incômodos, para fazer publicidade, ou simplesmente por seus próprios colegas empenhados em desprestigiar um possível competidor em uma promoção, ou em intrigas palacianas. (2011, p. 80).

Todos esses pontos, com efeito, interessam ao tema em estudo, no exato momento em que afetam e dialogam com a teoria do processo democrático. Assim como o Direito Penal e a Política, o processo civil também conhece seus inimigos. E, em nome de superá-los, o juiz do processo civil se legitima a agir arbitrariamente e a impor concessões de ordem legal.

Em especial, o CPC de 2015 identificou, nomeadamente, a *morosidade judicial* como o mais ameaçador e insolente inimigo do processo. A propósito, dizia o próprio Fux (BRASIL, *online*), por ocasião já do texto de apresentação do respectivo anteprojeto, que o desiderato maior da comissão elaboradora não era outro senão [...] “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.”

Tendo esse desafio pela frente, o novo CPC, na intenção de aniquilar o inimigo/morosidade, adotou uma linha normativa essencialmente operacional e de

forte viés autoritário, fortalecendo a jurisprudência como fonte preferencial (e não fiscalizável) de aplicação do Direito e, em contrapartida, esvaziando os fundamentos dialógico-participativos de obtenção de decisões (FARIA, 2012).

Essa busca excessiva e desenfreada pelo *antídoto* da celeridade - mesmo que à custa de alguns efeitos colaterais, como o sacrifício de outros direitos - conduz a pelo menos dois desdobramentos: (i) a reafirmação do conceito de processo como relação jurídica, e o reforço da instrumentalização processual como técnica de aplicação do Direito por meio da criação de padrões decisórios vinculantes; e (ii) a valorização do silogismo jurisprudencial como narrativa legítima de autoridade (a jurisprudencialização do Direito em sentido clássico), hipótese em que, na mais adequada acepção do Estado de exceção schmittiano, [...] o poder político da toga supera faticamente a força da lei.” (SERRANO, 2016, p. 35).

Nas seções seguintes, fez-se uma análise mais detalhada dessas questões e da influência que elas produzem no modo de pensar e praticar o Direito Processual no Brasil.

4.2 A INSISTÊNCIA DO CPC DE 2015 NO MARCO TEÓRICO DA RELAÇÃO JURÍDICA

Antes de iniciar a abordagem aqui proposta, e de imergir no debate que sugere a epígrafe, uma digressão inicial se faz imperiosa. Cuida-se de chamar a atenção para a necessidade – já amplamente exercitada à extensão deste estudo – de se pensar o processo civil não apenas sob um enfoque pragmático, mas, também, em razão de uma perspectiva especialmente teórica.

Falar de teorias é, com efeito, algo indispensável à decodificação da linguagem do processo, sem cuja experiência o Direito Processual se torna restrito a um simples método de trabalho, ou reduzido a uma espécie de *ferramenta* de conformação e de subserviência dos destinatários de uma *atividade judicial* salvadora e soberana.

Tal exercício – de compreensão teórica do processo – se faz naturalmente de rigor, inclusive para se poder superar a ideia utilitarista que ainda permeia boa parte das consciências de que, para o operador do Direito Processual, o que importa, de fato, é possuir o domínio metodológico das práticas.

Ocorre que as práticas, por óbvio, não existem de maneira etérea, muito menos nascem espontaneamente, mas já surgem e se desenvolvem com base em referenciais teóricos enrustidos numa supervalorização do plano concreto. No fim das contas, é, por certo, mais fácil, mais rápido e menos oneroso aplicar-se uma técnica, ou uma orientação preestabelecida, do que testificá-las, ou do que indagar-se acerca de suas origens teórico-epistemológicas.

Embora se reconheça que as práticas se associam ou se remetem à realidade, mesmo esta - a realidade - não corporifica um fenômeno espontâneo ou accidental. Ela se estrutura e se reforça em práticas muitas vezes inquestionáveis cuja narrativa é, em geral, manipulada para fomentar um discurso de perpetuação de um determinado estado de coisas.

O estudo das teorias, nessa perspectiva, é, talvez, o meio cientificamente mais eficaz – senão o único - de se discutir a realidade que aí está e de, eventualmente, oferecer os instrumentos necessários para sua reconstrução ou, quiçá, possivelmente, para a implementação de uma *outra* realidade.

Feita essa reflexão, o CPC de 2015, contudo, não se ocupou adequadamente de tal esforço. Mesmo do contrário, se o fez, recalcitou em fórmulas anacrônicas e em arquétipos fundamentais obsoletos.

Nesse ponto, apesar da proclamação contida na mensagem que encaminhou seu anteprojeto ao Senado, cujo texto transmitia claramente um clamor de mudança e propagava a ideia de que se tinha, ali, uma proposta de regulamentação de um *novo* Direito Processual Civil, o CPC de 2015 repetiu soluções normativas fracassadas em passado recente e encampou os mesmos referenciais teóricos das codificações de 1939 e de 1973. A propósito, é a análise de Mateus Costa Pereira:

[...] o Código de Processo Civil em vigor insistiu em um modelo centrado na figura do julgador; um modelo que, fiando-se na oralidade e no protagonismo judicial, sobretudo em matéria de direito probatório (art. 139, VIII; art. 370; art. 373; art. 375; art. 456 c/c art. 459, § 1º; e art. 464, § 3º; todos do CPC), assim como em uma intensificada presença do Estado na esfera privada (v.g., mediação e conciliação judiciais alçadas à regra, ex vi do art. 334, CPC), para alguns poderia ser chamado de publicista, inquisitivo, ou autoritário, mas que, para nós, insiste no projeto instrumentalista (processo como instrumento do Estado-juiz...). (2018, p. 49-50).

Sob esse panorama, o novo CPC, de fato, a exemplo do que já faziam - embora sem a mesma clareza - os códigos de 1973 e de 1939, adota um conceito próprio de processo. Reza, com efeito, o seu art. 238, que a “citação é o ato pelo

qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar **a relação processual**". (BRASIL, 2015, *online*; grifou-se). Noutras palavras, para o legislador de 2015, processo é, portanto, uma relação jurídica autônoma de Direito Público.

Tal constatação - de que o processo, no CPC de 2015, é relação jurídica de Direito Público - resulta em pelo menos quatro incoerências de coordenação difícil com a ideia de racionalidade democrática.

A primeira é que, ao definir o processo como relação jurídica de Direito Público, o novo código expressamente adotou como marco teórico as conjecturas de Oscar Bülow propostas em sua obra seminal, cuja primeira edição foi lançada em 1868. Curiosamente, pois, uma lei feita no Brasil, em 2015, na plenitude de um regime democrático, inspirou-se nos aportes de um jurista europeu do século XIX, cujo principal objetivo, à época, era idealizar um sistema de processo autoritário e paternalista capaz de servir e de se adequar às demandas e aos imperativos do Estado Social alemão.

A segunda constatação está em que, ao tomar como premissa elementar a ideia relacional bülowiana (de que o processo é, portanto, uma relação jurídica), o CPC de 2015, em outras palavras, está a dizer que o processo é, na verdade, uma relação de submissão das partes ao saber onisciente e soberano do **juiz**.

Nesse ponto, aliás, ao tratar do assunto, ele mesmo chama de *inevitabilidade da jurisdição*, Dinamarco observa que a instauração do processo gera, entre as partes e o juiz, um vínculo funcional de subserviência. A propósito:

A inevitabilidade da jurisdição se manifesta estatal manifesta-se em primeiro lugar pela dispensa de qualquer ato de anuência do demandado para figurar no processo: a citação basta para fazê-lo parte neste e, com isso, pô-lo em estado de *sujeição* - o mesmo estado em que, mercê da propositura da demanda, o demandado se coloca. (2017, p. 457).

Já a terceira decorre da noção de que, visto sob o enfoque de uma relação jurídica, o processo se vincula a um perfil impositivamente operacional, o que, por sua vez, implica a necessidade de se compreendê-lo não como um direito fundamental, ou como um referencial discursivo (e fiscalizável) de legitimação das decisões jurídicas, mas como um instrumento para a resolução rápida de conflitos intersubjetivos e para a consecução eficiente de escopos do Estado²³.

²³ A Constituição de 1988 trata do *processo* (devido processo constitucional) no capítulo reservado aos direitos e garantias fundamentais. Nada há, portanto, nem na Constituição, nem na própria

A quarta, por último, reside na identificação do processo como relação jurídica - e, conseqüentemente, como um expediente técnico-procedimental de realização de objetivos eleitos - conducente ao ressurgimento forte do *paradoxo de Bulow*, de modo a contaminar o conceito de jurisdição, reduzindo-o a uma atividade soberana, exclusiva e não fiscalizável dos juízes.

Sintetizando essa crítica, e acentuando a incompatibilidade do conceito dogmático de processo com a Teoria do Processo Democrático, André Cordeiro Leal sacramenta, em palestra proferida durante o V Congresso Mineiro de Processo Civil, realizado em 2016, na sede da Ordem dos Advogados do Brasil, em Belo Horizonte/MG:

[Oscar Bülow] diz que processo é relação jurídica de Direito Público, para dizer, basicamente, de maneira oculta, que processo é uma relação de submissão das partes ao juiz. [Essa relação] tem um protagonista desde sempre. Ou seja, na visão bulowiana, instaurar um processo é um “ato suicida”. Porque você está se submetendo a um sujeito que é, desde sempre, “mais do que você”. Você já entra nessa relação numa situação diminuída [...] Longe de ser, no entanto, uma questão meramente teórica, o que se supõe com esse conceito de processo é que as partes se tornam “jurisdicionadas”. Então, há um jurisdiscente e um jurisdicionado. É a isso que reduz o cidadão a Teoria do Processo como Relação Jurídica. Ele fica reduzido à condição de delinquente, que aguarda o dizer sapiente do direito por alguns especialistas escolhidos “a dedo”. (2019, *online*).

Em face dessa circunstância, passa-se a examinar alguns exemplos dispersos na nova legislação, na intenção de demonstrar o inadequado alinhamento do CPC de 2015 à narrativa de processo como relação jurídica de Direito Público, e como instrumento de pacificação social a serviço da realização de uma *justiça* eminentemente judiciária.

4.2.1 O art. 6º e o mito do *dever de cooperação*

Um dos supostos corolários do compromisso retórico do novo CPC com a necessidade de democratização do processo, o art. 6º do novo diploma incorpora o chamado *dever de cooperação* para o ambiente da dogmática normativa, estabelecendo, em sua literalidade, que *todos os sujeitos processuais devem*

dogmática processual, nenhum dispositivo que corrobore uma possível e excogitada função instrumental do processo. De igual modo, também não se vê na Constituição qualquer alusão sequer implícita aos chamados *escopos metajurídicos do processo* (SALDANHA, 1993).

cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

À primeira vista, o dispositivo parece consagrar uma ideia de compartilhamento geral de responsabilidades, tanto em prol de viabilizar a realização de certos objetivos processuais, quanto em razão de instituir um conjunto participado e dialógico das decisões e provimentos.

Essa filosofia, portanto, sugere, a um olhar desavisado e acrítico, que o atual CPC optou por um discurso de contraposição ao conceito de protagonismo judicial, constituindo, ademais, a ideia de cooperação como um dos pilares de sustentação da própria noção de contraditório amplo e efetivo (THEODORO JUNIOR, 2019).

Ao contrário do que se supõe, no entanto, o chamado *dever de cooperação* não guarda nenhuma sintonia ou compatibilidade com a estrutura dialógica de um processo. Sua linhagem semântica, em verdade, é um autêntico passaporte, ou uma espécie de “sinal-verde” para a admissão e a disseminação de práticas processuais de caráter autoritário e de viés socializador.

É precisa, nesse aspecto, a ponderação de Lúcio Delfino (2016), apontando o equívoco do legislador de 2015 ao externar a ideia de cooperação como um *dever* compartilhado ou incumbido aos sujeitos do processo.

Segundo o autor, não é tarefa árdua extrair leituras inconstitucionais do referido art. 6º, o qual, na tentativa de reproduzir disposição semelhante a que vigora no Código de Processo Civil português, empreende, contudo, uma opção normativa infeliz e desafortunada, cuja base epistêmica, antes de atender a um projeto de índole democrática, flerta com uma atitude autoritária incompatível em relação à autonomia do Direito e com o viés superlativo do devido processo constitucional (DELFINO, 2016).

Na perspectiva de Delfino, a impressão que resulta de uma análise desavisada do dispositivo conduz a, pelo menos, três acepções inautênticas sobre o significado jurídico da ideia de cooperação processual, pois

- i) Sugere o dispositivo que a obtenção de decisões justas, efetivas e em tempo razoável não seria propriamente direito dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país, mas, também deveres a eles impostos. Ao que parece, o legislador deposita sobre as costas do jurisdicionado parcela do peso da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional. É como se o art. 5º, XXXV da Constituição devesse ser lido com um acréscimo: a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão e a ameaça a direito, *desde que as partes estejam dispostas a colaborarem entre si, com o juiz e com todos os sujeitos do processo.* Quer

uma decisão justa, efetiva e tempestiva? Então, está obrigado a colaborar com o juiz e com todos os sujeitos do processo [...]

ii) O que significa exatamente essa imposição (também) endereçada às partes para colaborarem entre si? [...] Resolveu o legislador apostar em Jean Jaques Rousseau (para alguns, o pai do totalitarismo moderno, chamado de “filósofo da vaidade” por Edmund Burke), em seu “homem bom”? Ao que parece, teremos agora o “bom litigante”, aquele que não está preocupado em vencer a lide, mas, sim, cooperar para a obtenção de uma solução justa e superior. É o politicamente correto, assenhorando-se da justiça brasileira [...] E o pior, já há quem pense dessa maneira idealista, desacoplada da realidade, apartada daquilo que se dá na arena processual, em que as partes se posicionam intencionadas a lograr êxito em suas pretensões [...]

iii) O art. 6º institui uma espécie de álibi normativo, cujo direito possibilita a invasão moral no direito, passaporte para o autoritarismo judicial. Não se trata de profetização: o que está se afirmando é algo coerente com um sistema de justiça no qual os juízes julgam como querem, segundo seu *livre convencimento*, colorindo suas decisões com as ideologias que alimentam, sem a necessária suspensão de seus pré-juízos, humores e crenças, pautando-se por políticas e moralismos, e não por princípios. (2016, p. 151-152).

Em direção similar, Marinoni e Mitidiero apontam inconsistências do modelo de cooperação previsto no CPC/2015. Dizem eles, com efeito, em crítica ao art. 5º²⁴ do anteprojeto encaminhado ao Senado, cuja redação era bem parecida com a do atual art. 6º, “que [é] a própria estrutura adversária ínsita ao processo contencioso que repele a ideia de colaboração entre as partes.” (2010, p. 73).²⁵

Sob tais conjecturas, parece, mesmo, que a dinâmica obrigacional contida no art. 6º encerra, de fato, um contrassenso. Se o que leva autor e réu a estarem em juízo na qualidade de opositores mútuos é, na maioria dos casos, exatamente a circunstância de não terem se entendido ou de não terem chegado a um acordo quanto ao objeto de suas demandas e pretensões, exigir das partes que cooperem entre si (e com o juízo), ignorando sua contingencial condição de adversários no processo, é impor que renunciem a parcelas de suas liberdades em prol da obtenção de objetivos (escopos) que não necessariamente lhes afetam.

²⁴ “Art. 5º (anteprojeto do CPC). As partes têm o direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz, e fornecendo-lhe subsídios para que profira decisões, realize atos executivos, ou determine a prática de medidas de urgência.” (BRASIL, 2010, p. 41).

²⁵ Embora ainda alinhados com o pensamento instrumentalista - sob cuja inspiração eles conceituam o processo como o *mecanismo* de tutela de direitos e de legitimação do exercício do *poder jurisdicional*, os autores criticam a Teoria da Relação Jurídica, argumentando que esta, a propósito, apesar de ter sido capaz de demonstrar o que acontece quando o litigante vai a juízo em face daquele que resiste à sua pretensão, ou que viola o seu direito, não consegue superar os problemas da legitimidade decisória, tampouco equacionar as aporias decorrentes das intenções do Estado, ou de quem exerça o poder. Para eles “o processo não pode ser visto apenas como relação jurídica, mas sim como algo que tem relevância para a democracia [...] O processo deve legitimar – pela participação -, deve ser legítimo – adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais – e ainda produzir uma decisão legítima.” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 467-468).

Cabe indagar, nesse contexto, por exemplo, o que há de ocorrer ao litigante que se recuse a cooperar. Deve ser condenado em perdas e danos? Deve sofrer restrições a direitos? Deve experimentar os *onera* sucumbenciais, ainda que ao fim e ao cabo demonstre ter razão?

De igual modo, em face do modelo de cooperação que aí está, é lícito debater-se, também, em que efetivamente consiste um comportamento processual cooperativo ou colaborativo, e sob quais critérios é possível avaliar e afirmar se um sujeito processual cumpriu, ou deixou de cumprir com seu dever processual previsto no art. 6º.

Todos esses questionamentos conduzem, por certo, a uma inferência: o dever processual de cooperação, nos moldes como pensado e concebido pelo CPC de 2015, alinha-se, em tudo, a uma lógica essencialmente relacional, cujo propósito não é outro senão o de acentuar a ideia de processo como instrumento da jurisdição e de intensificar o paternalismo do Estado, bem como sua influência no gerenciamento da vida privada (PEREIRA, 2018).

O dispositivo em comento, portanto, configura mais um expediente da dogmática processual para ampliar o protagonismo judicial - na medida em que o juiz passa a dispor de um novo e poderoso anteparo ao exercício do controle do processo - e para viabilizar a realização dos chamados “escopos metajurídicos do Estado” - uma vez que a imposição universal, pela via da lei, de comportamentos colaborativos se transforma, em tese, num importante mecanismo (pedagógico) de *educação* das partes (escopo social) e de *pacificação social com justiça* (escopo jurídico).

4.2.2 Os resíduos do livre convencimento motivado

Sob uma provável influência da legislação processual espanhola,²⁶ o Código de Processo Civil de 1939, em seção reservada à disciplina das funções judiciais propriamente ditas, instituiu, em seu art. 118, o chamado sistema do “livre convencimento motivado”, como uma espécie de solução a meio-termo entre os antigos modelos da prova tarifada (em que o valor e peso das provas eram definidos

²⁶ Embora a *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC), de 1855 seja possivelmente a alusão mais remota à ideia de livre convencimento motivado, há quem sustente que suas origens remontam ao Código de Instrução Criminal Francês, de 1808 (AROCA, 2011).

e preestabelecidos por critérios legais) e da íntima convicção (caracterizado pela atribuição de liberdade irrestrita ao julgador para decidir à luz de sua intuição e conforme os ditames não sindicáveis de sua consciência). Previa o citado dispositivo, *in verbis*:

Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio. Parágrafo único. O juiz indicará na sentença ou despacho os fatos e circunstâncias que motivaram o seu convencimento. (BRASIL, 1939, *online*).

Relativamente ao tema, o Código *Buzaid* (CPC/73) consagrou conteúdo bem semelhante, optando, nesse particular, por manter em quase tudo a mesma técnica de apreciação de fatos e provas adotada no sistema anterior²⁷. A propósito, era a seguinte a redação do respectivo art. 131. “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL, 1973, *online*).

O atual código, no trato do assunto, inegavelmente, empreendeu alterações significativas. Assim o fez, aliás, desde sua exposição de motivos - quando expressamente reconheceu que o livre convencimento motivado poderia representar uma janela para discricionariedade judicial - até a própria definição de seu art. 371, o qual, ao contrário de seus correspondentes pretéritos (art. 118 do CPC de 1939 e art. 131, do CPC de 1973), excluiu o advérbio “livremente” de seu texto, adotando a seguinte conteúdo final: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. (BRASIL, 2015, *online*).

²⁷ Comparando os dois enunciados (art. 118 do CPC de 1939 e art. 131 do CPC de 1973) Lenio Streck ressalta a inexistência de importantes distinções entre ambos, asseverando, contudo, maior (embora ainda discreta) preocupação da norma mais recente com a controlabilidade dos fundamentos decisórios. Em suas palavras: “Sobre a matéria, o Código de 1973 não alterou o *status quo ante*, mantendo, portanto, um tratamento similar. [...] Não obstante, observa-se uma pequena mudança que talvez já prenunciava o atual Código. Notem o peso da conjunção adversativa que não havia desta forma no anterior, uma vez que esta parte estava no parágrafo único. A apreciação será livre, mas... Em outras palavras: tens liberdade para avaliar e formar seu convencimento, contudo deves expor os motivos que o levaram a tal entendimento. Há maior clareza no que diz respeito a *accountability*.” (2018, p. 12-13).

Tudo indica, sob esse enfoque, que a nova legislação sugere uma ruptura com o sistema do livre convencimento motivado.²⁸ Assim parece não apenas em razão de uma inferência semântico-textual, mas, sobretudo, porque essa narrativa, aqui sufragada apenas na medida necessária do argumento que se pretende expor, é certamente compatível com as premissas pressupostos de um modelo democrático de processo.

Nesse ponto, aliás, Lenio Streck, defendendo enfaticamente a extinção do livre convencimento no código atual, chega a afirmar que o mesmo princípio se achava previsto no respectivo anteprojeto, mas foi retirado da redação final já na Câmara dos Deputados, por força de uma recomendação sua. Segundo ele,

Travei uma batalha contra o poder discricionário, travestido de livre convencimento, que infestava o Projeto em sua redação original. Dizia eu que de nada adiantará exigir do juiz que enfrente todos os argumentos deduzidos na ação [...] se ele tiver a liberdade de invocar a “jurisprudência do Supremo”, que afirma que o juiz não está obrigado a enfrentar todas as questões argüidas pelas partes. Dá-se como uma mão e tira-se com a outra. [...] Depois de muita discussão, o relator do Projeto, dep. Paulo Teixeira, obtendo a concordância de um dos protagonistas do Projeto, Fredie Didier, aceitou minha sugestão de retirada do livre convencimento. Considero isso uma conquista hermenêutica sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasiliis*. O projeto, até então, adotava um modelo solipsista *stricto sensu*, corolário do paradigma epistemológico da filosofia da consciência. (2015, p. 34).

Não obstante, e apesar de alguns inegáveis esforços empreendidos pelo atual diploma para se purgar de influxos subjetivistas, o manifesto alinhamento do novo código com o marco teórico da relação jurídica conduz a alguns anacronismos, de modo a permitir, em meio a outras distorções, “[...] que os fantasmas do livre convencimento continuem a arrastar suas correntes pelas velas do processo civil.” (STRECK, 2018, p. 8).

O CPC de 2015, nesses termos, ainda é pródigo de registros normativos que estimulam posições judiciais autoritárias (discricionárias) e que reafirmam a ideia de que o processo é o instrumento de uma relação de submissão das partes ao saber privilegiado dos juízes.

²⁸ Em sentido contrário, Fernando Gajardoni defende o argumento de que o princípio do livre convencimento motivado jamais existiu como método de não aplicação da lei, ou como um permissivo para que juiz decida conforme sua consciência. Segundo o autor, ele foi concebido para se contrapor aos sistemas da prova legal (prova tarifada) e do livre convencimento puro (íntima convicção). Nas palavras de Gajardoni: “[...] na Justiça dos homens, o fator humano é insuprimível. Por isso, enquanto os julgamentos forem humanos, a livre convicção do julgador, dentro de algumas balizas importantes, sempre estará presente.” (GAJARDONI, 2019, *online*).

Ilustram essa realidade, para citar alguns exemplos: o art. 8º, que permite ao juiz, na aplicação do ordenamento jurídico, que se valha de conceitos vagos e indeterminados (fins sociais, exigências do bem comum, razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana); o art. 139, VIII, que atribui poderes ao juiz para convocar as partes a qualquer tempo, visando a inquiri-las sobre fatos da causa; o art. 370, que confere ao juiz a possibilidade de tomar, de ofício, a iniciativa da produção probatória²⁹; o art. 375, que autoriza ao juiz o uso de “regras de experiência comum” para a apuração de fatos e para a valoração de provas³⁰; e o art. 489, § 2º, que institucionaliza o artifício da *ponderação* como técnica de fundamentação de decisões, em casos de suposta colisão de normas.

Sob essas considerações, enfim, é possível depreender de uma leitura conjuntural da nova legislação que esta, a despeito de suas tentativas, até louváveis, de estabelecer mecanismos para “procedimentar” as garantias processuais do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação das decisões jurídicas, preservou uma essência autoritária dos códigos processuais de 1939 e de 1973, não contabilizando avanços significativos em relação aos problemas decorrentes da epistemologia factoprobatória (WILD, 2018).

Com efeito, malgrado o que proclama a atual redação do art. 371, a recalcitrante permeabilidade do sistema atual a práticas notadamente decisionistas é resultado da manutenção, no novo código, de um referencial teórico-processual explicitamente fundado nas ideias de autoridade e de protagonismo dos membros do Judiciário.

Por essa razão é que o *princípio* do livre convencimento motivado, embora constitua expressão incompatível em relação à textura jurídica que envolve um Estado Democrático de Direito – e mesmo que a dogmática processual vigente

²⁹ Sobre a ideia de que a ampliação dos poderes instrutórios retira ou compromete a imparcialidade do juiz, é oportuna a contraposição de Hugo de Brito Machado Segundo: “[...] não são os poderes instrutórios que retiram a imparcialidade do juiz, mas, eventualmente, a possibilidade de o juiz decidir *arbitrariamente*, quando os utiliza ou não.” (2016, p. 101).

³⁰ Interessante, nesse aspecto, é o comentário de Lenio Streck: “*Regras de experiência*, efetivamente, é um conceito vazio de conteúdo. Sofre de anemia significativa. Pálido. Esquálido. O que é isto — regras de experiência? [...] O pior de tudo é que o NCPC não diz, por exemplo, que o juiz usará essas regras de experiência na falta de ordenamento, etc. Não. Ele usará ou poderá usar sempre. Provavelmente quando lhe convier. Houston, Houston, *we have a problem*. E como medir a experiência do juiz? Quais as condições de possibilidade de o juiz (ou qualquer pessoa) compreender o que é uma regra de experiência? Ou *regras de experiência* é um conceito ontológico, *cognoscível* por todos que possuem o *dom de observar* essências? [...]. Há que ter os olhos para ver o significado da regra de experiência? Uma coisa assim *tipo-platônica*? Ou estaríamos voltando a um cognitivismo ético ou moral? Ou as tais regras de experiência são *verdades correspondenciais*?.” (STRECK, 2019, online).

tenha empenhado reconhecidos esforços em prol de eliminá-lo definitivamente - continue a influenciar ainda tão intensivamente o dia a dia das atividades decisório-judiciais contemporâneas (STRECK, 2019).

4.2.3 A fundamentação analítica do art. 489, § 1º e o reaparecimento do *paradoxo de Bulow*

Para que serve um processo *judicial*, se o juiz pode decidir conforme bem entende, e possui ampla liberdade para fundamentar acriticamente seus pronunciamentos?

Com suporte em que critérios o juiz acessa ou extrai (solitariamente) as bases ético-axiológicas de suas decisões, se a própria sociedade, em razão do pluralismo que é de sua essência, não vislumbra um consenso, nem dispõe de uma concepção unitária acerca dos valores fundamentais que a regem?

O que ocorre em termos de estruturação dos provimentos jurídicos se, em nome de um suposto ideal de equidade judicial na aplicação do Direito, a função da “procedimentalidade” técnica das garantias processuais for abstraída, mitigada, ou mesmo eliminada por completo? (NUNES, 2012).

Que importância tem o cidadão como titular do poder soberano, se, no âmbito do processo judicial, sua possibilidade de estabelecer diálogo com o juiz e de influenciar objetivamente seus julgamentos for nula, insignificante ou reduzida a uma simples afirmação retórica?

Que sentido tem a imposição (constitucional) de se dar às partes de um processo judicial o direito de informar-se e de reagir nos respectivos autos (contraditório em sua concepção tradicional), se, ao fim e ao cabo, ao juiz for dado simplesmente ignorar suas formulações e desconsiderar seus argumentos? (WAMBIER, 2009).

Todas essas indagações se permeiam de um viés provocativo e desafiam reflexões importantes, comportando respostas diametralmente antagônicas, a depender do referencial teórico com a qual se trabalhe.

Com efeito, em um processo socializado, fundado no protagonismo e na autoridade do juiz, o solipsismo judicial não constitui um problema epistêmico em si. Cuida-se, em verdade, de um comportamento decisório não só tolerado, mas

igualmente estimulado e até aplaudido. Veja-se este comentário de José Renato Nalini:

A rebelião é nova postura hermenêutica. Inspira-se na aparente ineficiência do instrumental jurídico para resolver as questões humanas [...] O juiz sensível não pode senão ser rebelde. Ele tem uma antena atenta às infelicidades, às angústias e sofrimentos. Tem consciência da finitude de seus poderes. Mas não desconhece dispor de um arsenal de ferramentas para mitigar as dores de quem está faminto por justiça. É incomensurável o poder de um juiz consciente, forte e corajoso. Ele tem condições de conferir uma nova trajetória à sociedade aparentemente sem rumo [...] Aceitar a plenitude da função interpretativa do juiz implica conceder a ele larga margem de liberdade na indagação do sentido da norma. Se isso já era admitido quando se pressupunha a prevalência do Legislativo como emissor da vontade geral, inverteu-se o pólo de relevância quando o Parlamento só produz leis de circunstância. A lei contemporânea é algo imperfeito e a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz. Ele irá decodificá-la, completá-la, aperfeiçoá-la, tirar dela o sentido possível. (2006, p. 246-249).

Em tal ambiente, portanto, a instrumentalização do processo não significa nada mais do que uma consequência prático-metodológica. É natural, sob essas bases, que o juiz – provido de uma capacidade cognitiva sacerdotal e quase sobrenatural - simplesmente veja no processo não um constrangimento ou um fator de resistência para o exercício de suas funções e poderes, mas, sim, como um meio de exposição de decisões já tomadas (ainda que sem juridicidade), ou como um mecanismo de feitura de uma narrativa direcionada ao convencimento alheio (STRECK, 2018).

Já nas fileiras de um processo de feições concretamente democráticas, em que este se qualifica como uma instituição referente de legitimação decisória, não há certamente mais espaço para voluntarismos, ou para cognitivismos insondáveis e não fiscalizáveis.

Sob essa perspectiva, instala-se, no plano teórico, o imperativo de se repensar os critérios de racionalidade do próprio discurso processual, de modo a compreender o processo não mais como uma relação jurídica de submissão das partes ao saber onisciente dos juízes, mas com uma estrutura linguística, autocrítica e “constitucionalizante”, com precedência de atuação sobre a atividade/função judicial.

Nesse panorama, nitidamente conectado a uma perspectiva democrático-institucional de processo, tem-se como desdobramento uma consequente

necessidade de se “procedimentalizar” garantias constitucionais como o contraditório e o dever de fundamentação das decisões jurídicas.

À luz de tal atmosfera, o CPC de 2015, dentre outros disciplinamentos, instituiu o amplamente comentado e difundido art. 489, § 1º, cuja dicção prevê seis situações abstratas, na contextura das quais uma decisão judicial se reputa objetivamente não fundamentada.

Conforme o dispositivo, com efeito, não se consideram devidamente motivados os pronunciamentos de qualquer natureza (sentença, acórdão ou decisão interlocutória) que:

- a) se limitem a referir ato normativo sem explicitar sua relação com a questão decidida;
- b) empreguem conceitos jurídicos indeterminados sem esclarecer o motivo de sua incidência no caso concreto;
- c) invoquem razões que poderiam fundamentar qualquer ato decisório;
- d) deixem de enfrentar todos os argumentos debatidos no processo que, em tese, poderiam infirmar as conclusões adotadas pelo julgador;
- e) restrinjam-se a invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e
- f) furtem-se 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 respectivo entendimento não aplicado.

O histórico das discussões parlamentares exprime que muito se fez para tentar suprimir o dispositivo do anteprojeto do novo código e, mais ainda, se empreendeu para buscar alijá-lo do respectivo texto final.

Entidades e agremiações ligadas à magistratura (AMB, AJUFE e ANAMATRA) chegaram a encaminhar um pedido formal à então Presidente da República, Dilma Roussef, recomendando-lhe que vetasse o art. 489, § 1º, sob a alegação de que este traria “[...] impactos severos, de forma negativa, na gestão do acervo de processos, na independência pessoal e funcional dos juízes, e na própria produção de decisões judiciais em todas as esferas do país, com repercussão deletéria na razoável duração dos feitos.” (VASCONCELLOS; ROVER, 2015, *online*).

As tentativas, no entanto, não surtiram êxito, e o art. 489, 1º, restou mantido e aprovado. A despeito disso, cogita-se, em sede de doutrina, em que ele não venha sendo aplicado como deveria, ou observado pelos juízes e tribunais em sua plenitude.

Hábitos decisórios antigos e entendimentos judiciais obsoletos e aparentemente incompatíveis relativamente à nova ordem jurídica são ainda testemunhados no cotidiano forense, de modo a reforçar e a eventualmente ratificar esse suposto estado de coisas (MACHADO SEGUNDO, 2019).

Mesmo após a edição do atual código, decisórios padrões tais como *o Juiz não está obrigado a enfrentar todas as teses apresentadas no processo desde que já tenha encontrado elementos suficientes para decidir a lide*, se mostram ainda em curso na realidade jurisprudencial, aparentemente confrontados ao argumento de “fundamentação adequada” prevista e disciplinada pelo código.

É de se notar, nessa passagem, uma demonstração manifesta da autofagia normativa que caracteriza a hodierna legislação. Como já dito noutra passagem deste escrito, ao se amparar em técnicas que privilegiam a jurisprudencialização do Direito e o protagonismo da função judicial, o CPC de 2015 conspira contra sua normatividade, permitindo a proliferação de entendimentos (como os de que ora se cuida) que - *por nada ou, por qualquer coisa* – interditam sua aplicação, ou excepcionam sua incidência.

É como se o próprio código exprimisse que, embora a regra seja “X”, o juiz pode adotar o procedimento “Y” (contrário a “X”), se encontrar razões que o justifiquem ou caso a jurisprudência lhe dê o devido suporte.

Essa verdadeira transformação do Estado de Direito num Estado de Juízes (GRAU, 2017) ilustrou-se em dois recentes julgamentos no Supremo Tribunal Federal (dentre outros muitos).

No primeiro, por ocasião, das ADC’s nºs 43, 44 e 54, cinco dos 11 ministros da Suprema Corte consideraram inconstitucional o art. 283 do Código de Processo Penal (com redação dada pela Lei 12.403/2011) que, praticamente reproduzindo o art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, estabelece que, excetuadas as hipóteses de prisão processual, ninguém pode ser preso senão após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

E no segundo, por ensejo do ADPF nº 132 e da ADI nº 4277, o Pretório Excelso, na tentativa de suplantar uma suposta omissão ou um conjecturado

“equivoco” constitucional na dicção de seu art. 226, § 3º - e invocando, em sua maioria, argumentos essencialmente morais e de pouca densidade jurídica - declarou que os efeitos art. 1.723 do Código Civil devem ser estendidos de modo a abranger sem restrições em seu eixo de incidência as relações socioafetivas entre pessoas de mesmo sexo³¹.

O cotidiano da atividade jurídica, por sua vez, vivencia exemplos bem semelhantes aos mencionados há pouco. Ante a imoderação judicial a que atualmente se assiste (e que é corroborada e influenciada pelo próprio comportamento dos tribunais superiores patriais), “[...] a impressão que fica é: para os brasileiros, a lei é nada mais do que mera sugestão.” (NUNES; DELFINO, 2018, p. 132).

³¹Conforme Streck (2017, 123-133): “Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é que o Judiciário deve assegurar a União Estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o legislativo não pretende, a curto prazo, por não dispor de condições políticas para elaborar legislação a respeito. Mas, convenhamos, é exatamente esse o argumento que se contrapõe à própria tese: em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais). Esse é o ônus do aludido pluralismo político. O fato de o Judiciário - via Justiça Constitucional - efetuar “correções” à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir “decisões legiferantes”. Dito de outro modo: a Constituição reconhece a união estável entre homem e mulher, mas isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser “colmatada” com um argumento do tipo “o que não é proibido é permitido”. Fosse assim, e inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões: por exemplo, a Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal. E nem por isso torna-se possível falar-se em ADI contra lei municipal em sede de STF [...] Ainda para finalizar não posso deixar de observar um último ponto: pelo fato de que a Constituição já havia respondido à questão da união homoafetiva, o ônus argumentativo daqueles que pretendiam dizer o contrário deveria ser muito elevado. Buscando responder tal exigência, o Ministro Ayres Brito acabou invocando alguns argumentos que acabaram soando estranhos, em face de sua evidente natureza não jurídica. Veja que o Ministro procurou durante todo o seu voto construir uma “epistemologia do amor”, questão que não possui nenhuma relevância para a resolução do problema jurídico em questão. [...] Ocorre que o que estava em jogo na demanda não era o “amor”, mas um alegado tratamento discriminatório e não isonômico dos casais homoafetivos. A questão das relações amorosas entre seres humanos não estava em causa. [...] Ainda numa palavra final, em face da extrema complexidade desse caso [...] não faltou quem, concordando, linha de princípio, com minha ortodoxia constitucional, ainda assim defendesse o descumprimento da Constituição pelo Supremo. É que se trataria de um dispositivo que, por traçar uma distinção sem diferença, e ainda profundamente ofensiva à isonomia (e à dignidade da pessoa humana), seria demasiadamente injusta para ser cumprida. Trata-se, grosso modo, de uma releitura contemporânea da célebre *Fórmula de Radbruch*. Será que o art. 226 da CF era injusto demais para ser cumprido? [...] A tese é obviamente sedutora. Mas é preciso ter cuidado. E, como Ulisses, *segurar-se aos mastros*. Uma situação é afastar uma legislação *infraconstitucional* injusta, à luz de uma interpretação constitucional; ou mesmo interpretar construtivamente uma *constituição velha de dois séculos*. Outra, é fazer uma avaliação moral severa de um texto constitucional recente, repleto de direitos *entrincheirados* e claramente democrática. Há, sim, erros aqui e ali. Mas o próprio constituinte apontou o caminho para corrigi-los. Não é que o art. 226 da CF fosse cláusula pétrea ou algo do tipo. Ele poderia – e deveria – ter sido corrigido. Mas pelo Parlamento – não por juízes e não por argumentos morais e pragmáticos (não temos tempo de esperar pelo legislador).”

Isso talvez se explique por uma razão de cunho epistemológico. É que, em um ambiente jurídico forjado para disseminar narrativas judiciais autoritárias, mesmo os dispositivos que são mais aparentemente “procedimentalizados”, terminam contaminados e atingidos. Ou, expresso de outro modo, de pouco adianta alterar a legislação se suas premissas filosóficas permanecem presas a referenciais teóricos anacrônicos.

Tal acontece, dentre outros casos, em relação ao chamado *dever judicial de enfrentamento das teses alegadas no processo*. Segundo o art. 489, § 1º, IV, dita obrigação alcança *todas* as questões deduzidas em juízo, *exceto* aquelas que não forem capazes, *em tese*, de “infirmar as conclusões adotadas pelo julgador.”

Cuida-se, aí, pois, de um dispositivo autodestrutivo, cuja inserção no sistema de controle das fundamentações das decisões não é nada mais do que um desdobramento da ideia de que o processo é uma relação jurídica de Direito Público.

Com amparo nessa leitura, cujo equivoco conceitual foi ratificado pelo CPC de 2015, o próprio dispositivo em alusão, ao mesmo tempo em que faz uma imposição ao juiz (de enfrentar os argumentos deduzidos no processo), lhe outorga-lhe um meio eficaz para se eximir ao cumprimento desse dever. Afinal de contas, é a ninguém mais senão ao mesmo juiz decisor que incumbe dizer (solipsisticamente) quais são e quais não são os argumentos capazes, *em tese*, de infirmar suas conclusões.

Nesse ponto, percebe-se o ressurgimento do paradoxo. Apesar de sua tentativa de sistematizar o dever de fundamentação, o CPC de 2015 se enredou nas mesmas aporias sistêmicas não superadas por Oscar Bulow e por seus herdeiros teóricos. Na dicção, pois, do art. 489, § 1º, IV (isso para não mencionar também o § 2º, do mesmo art. 489, que permite ao juiz o uso da ponderação em casos de aparente colisão de normas), a tensão entre o *accountability* e a operacionalidade atingiu, no novo código, um de seus pontos mais críticos.

A despeito de suas boas intenções – e aqui não se pode negar a contribuição do art. 489 em matéria de “procedimentalidade” democrática – o atual código não conseguiu solucionar o velho dilema *bulowiano* que contaminou toda a legislação processual brasileira do século XX.

Assim como as codificações de 1939 e 1973, estas abertamente influenciadas pela doutrina social italiana de Chiovenda a Liebman, o CPC de 2015 permanece sem justificar como o processo contemporâneo pode cumprir a dupla e antagônica

função de ser, de uma só vez, mecanismo de controle da atividade judicial (eis que os juízes são, em tese, obrigados a fundamentar analiticamente suas decisões) e instrumento de exercício dessa mesma atividade (eis que, por meio do processo, explicitam as razões de seu convencimento e delimitam os quadrantes narrativos de sua atuação).

4.3 A IMPLANTAÇÃO DE UM PROCESSUALISMO DE BASES NEOLIBERAIS NO BRASIL

Em novembro de 1989, um grupo de economistas ligados a várias das mais importantes instituições financeiras da época, tais como o Banco Mundial, o FMI e o Departamento de Tesouro dos Estados Unidos da América, elaborou um conjunto de medidas composto de dez recomendações essenciais cujo objetivo, ao menos no plano teórico, era promover ajustes de caráter macroeconômico, visando a socorrer países em desenvolvimento que passavam por dificuldades.

Mencionado estudo, que ficou conhecido como *Consenso de Washington*, previa a adoção, sobretudo pelas dez então principais economias da América Latina (entre elas o Brasil) de políticas econômicas inclinadas, dentre outras prioridades, para o disciplinamento fiscal, a redução de gastos públicos, a privatização de empresas estatais e a abertura comercial para investimentos estrangeiros, com eliminação de restrições e redução de protecionismos.

Ocorre que, para todas essas práticas poderem efetivamente alcançar alguma efetividade, necessária se impunha uma conformação metodológica dos respectivos modelos processuais, de modo a impedir que os sistemas internos de Justiça oferecessem riscos ou criassem eventuais embaraços às pretensões do mercado (NUNES, 2012).

Nesses termos, a fim de obter resultados próximos do esperado, o projeto *neoliberal* (sintetizado empiricamente nas disposições do *Consenso de Washington*) pressupunha até mesmo a realização de reformas internas nos Estados destinatários a fim de viabilizar (em detrimento da autodeterminação soberana) o estabelecimento de *jurisdições* nacionais tanto mais produtivas, como estáveis e juridicamente seguras.

Esse ideal, por sua vez, segundo Dierle José Coelho Nunes, dependia, amplamente, do concurso indissolúvel de dois fatores genéricos, sendo indispensável que o modelo proposto assegurasse:³²

- a) Uma uniformidade decisional, que não levaria em consideração às peculiaridades do caso concreto, mas asseguraria alta produtividade decisória, de modo a assegurar critérios de excelência e de eficiência requeridos pelo mercado financeiro; e/ou
- b) A defesa da máxima sumarização da cognição, que esvaziaria, de modo inconstitucional, a importância do contraditório e da estrutura participativa processual que garantem procedimentos de cognição plena para o acerto dos direitos. (2012, p. 159).

Sob essa perspectiva, as reformas e alterações na legislação processual que sobrevieram ao influxo do neoliberalismo, embora porfiassem no argumento da necessidade de ampliação do “acesso à Justiça”, orientaram-se, contudo, em sua maioria, segundo uma lógica predominantemente quantitativa, de busca por eficiência e produtividade a qualquer custo, “[...] sem qualquer compromisso com o aspecto participativo e de correção normativa com que o sistema processual deve atuar.” (NUNES, 2012, p. 163).

Percebe-se, aqui, com efeito, o flagrante viés instrumentalista no enfoque processual neoliberal, uma vez que, em tal ambiente teórico, o juiz continua a utilizar o processo como instrumento para obtenção de “escopos metajurídicos” (nesse caso, o atendimento de interesses do mercado financeiro), cuja concretização, em última análise, compete ao próprio juiz identificar e delimitar.

Oportuna, a esse respeito, é a contraposição de Helena Freitas, enfatizando exatamente a incompatibilidade da proposta neoliberal com uma narrativa de eficiência processual forjada sob os fundamentos de um modelo constitucional de processo. Segundo a autora, embora a ênfase do argumento econômico possa eventualmente transmitir a ideia de que a implementação da eficiência constitui uma espécie de remédio para todos os males, esse discurso, na verdade, historicamente, serve de *máscara* para medidas de exceção e a fim de inserir, no ordenamento jurídico, dispositivos que ensejam abertura para a atuação autoritária dos juízes (FREITAS, 2019).

De igual modo, o modelo processual de que ora se cuida (de bases neoliberais) necessariamente trabalha com o referencial teórico da relação jurídica, apostando na redução prática do debate público e no fortalecimento do poder dos

³²Sobre o tema, ver, igualmente, o Documento nº 319 do Banco Mundial, intitulado *O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma*.

juízes como agentes de uma violência realizante de pretensões da economia global. Esse movimento, no entanto, produz pelo menos três desdobramentos deletérios.

A primeira dessas influências negativas caracteriza-se por uma mitigação da própria ideia de cidadania processual (“síndrome da privatização da cidadania”), mediante o estreitamento do espaço procedimental discursivo reservado aos destinatários das decisões. A intervenção da economia no processo, nesses termos, “[...] conduz o cidadão a um papel clientelístico (apático) e periférico” (NUNES, 2012, p. 159), limitando-o à condição de um de mero espectador da atividade judicante.

Já o segundo efeito colateral a ser por ora destacado é o crescimento da valorização à celeridade como fator de estimulação do produtivismo decisório. Submetido o processo à consecução de interesses econômicos, o que importa a essa configuração não é a ampla e democrática participação dos interessados na consolidação dos provimentos, mas, sim, que o conflito subjacente seja definitivamente resolvido o mais rápido possível (COUTINHO, 2015).

A terceira e última consequência decorrente da permeabilidade do processo neoliberal à base teórica da relação jurídica *bulowiana* reside no surgimento de uma tendência de se buscar – em nome da segurança jurídica, eficiência, produtividade e e confiabilidade do próprio sistema de Justiça – mecanismos de padronização decisória e de aplicação de decisões judiciais em massa. O resultado desse fenômeno – que, por sua vez, também explica o atual estado de desvalorização normativa da análise do caso concreto - é “[...] a atrofia do processo de legitimação da atividade jurisdicional atribuindo-se à jurisprudência o papel de intérprete oficial do direito.” (FARIA, 2012, p. 139).

Muito certamente em razão de tais implicações, mas, sobretudo, porque recebe a influência das ideias neoliberais transportadas para os domínios temáticos do processo, o atual CPC institui, no Brasil, algo que aparentemente sugere a regulamentação de um *sistema de precedentes*, ou a instituição de modelo de *padrões decisórios vinculativos*.

Malgrado sem problematizar essa matéria em si (isto é, se o novo código criou, ou não, de fato, um sistema de precedentes), a parte final deste escrito é dedicada a examinar “se” e, caso afirmativo, “em que medida”, esse “novo” papel atribuído ao Judiciário pelo CPC de 2015, de ser um (suposto) enunciador (vinculante) de padrões de comportamento (jurisprudencialização do Direito) dialoga

com um discurso processual de exceção, ou é associado a uma narrativa processual de celagens autoritárias.

4.4 “SISTEMA DE PRECEDENTES À BRASILEIRA”: ENTRE A RACIONALIDADE ARGUMENTATIVA E O GERENCIAMENTO DE CASOS SERIAIS

Como se expressou na seção de imediato antecedente, e sem embargo de algumas dissonâncias doutrinárias importantes relativamente a essa asserção, o Código de Processo Civil atual criou (ou pelo menos tentou instituir) um modelo de observância sistemática de certos padrões de decisões cujo perfil aparentemente remete a um programa normativo de precedentes judiciais.

De fato, em transposição às estruturas e elaborações de alcance meramente persuasivo³³, relegadas, no plano teórico, quando muito, à mera condição de fontes jurídicas subsidiárias sem caráter vinculante, o legislador de 2015, que no art. 926 do CPC já havia estabelecido às cortes de Justiça o dever de uniformizarem sua jurisprudência e de a manterem íntegra, estável e coerente, enumerou, no dispositivo seguinte (e em seus parágrafos), um rol de situações e procedimentos obrigatoriamente verificáveis de ofício por juízes e tribunais no desempenho de sua atividade decisória.³⁴

Sem embargo de eventuais críticas e contratempos em relação a certas especificidades cuja tematização não é definitivamente alvo deste estudo, a iniciativa

³³ Interessante é registrar a categorização empreendida por Juraci Mourão Lopes Filho, ao distinguir as expressões “súmula”, “jurisprudência” e “precedente em sentido amplo”, apontando, ainda, que a confusão semântica entre esses conceitos, embora seja comum, constitui um dos principais equívocos em que a doutrina nacional costuma incorrer ao abordar o assunto. (2016).

³⁴ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados. § 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo. § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.” (BRASIL, 2015, *online*).

legal em foco descreveu uma trajetória jurídico-normativa que já era de certa maneira esperada.

Com efeito, a vocação de se observar “precedentes judiciais” em sentido amplo como base e referência de orientação e interpretação para resolver casos presentes e futuros já era uma prática comum e de larga incidência no cenário forense nacional, desde muito antes da edição do novo diploma.

Essa realidade, aliás, sempre existiu no Brasil, e só se fortaleceu especialmente nas últimas duas décadas, inclusive com o apoio e o impulso, na dogmática processual, da criação normativa de várias técnicas e diversos instrumentos específicos, tais como, para citar apenas alguns, as súmulas vinculante e impeditiva de recursos, as decisões em recursos repetitivos e o julgamento meritório, *prima facie*, pelo juiz de primeira instância, que remodelaram a função da jurisprudência e atribuíram novos contornos e possibilidades ao papel dos juízes e tribunais (LOPES FILHO, 2016).

Esse movimento, pois, de se buscar no *precedente jurídico* um parâmetro de compreensão do Direito, de resolução de conflitos concretos e de fundamentação de novas decisões judiciais, se justifica, segundo Juraci Mourão Lopes Filho (2016), em pelo menos três razões de ordem histórico-sistemáticas, conforme sequenciado.

A primeira é teórica, pois a doutrina constitucionalista que auferiu espaço no Brasil aponta o instante da aplicação da norma ao caso concreto como o mais relevante da fenomenologia jurídica [...] Em outras palavras, os enunciados legislativos deixaram de ser os dados suficientes que forneceriam a prescrição jurídica predeterminada pelo legislador e passaram a ser apenas um elemento inicial do processo hermenêutico que ao final determinará a prescrição.

[...]

A segunda razão para a emergência da força dos precedentes é político-institucional. A superação do Estado legislativo (em que o centro de produção jurídica era um parlamento homogêneo e apto a dar conta das restritas demandas de um Estado liberal) pelo Estado Constitucional (voltado a satisfazer as inúmeras demandas de um Estado Social) fez o Judiciário subir o degrau institucional antes ocupado pelo Poder Legislativo que, por sua vez, entrou em crise de identidade.

[...]

A terceira e última razão é prática. Nunca foi tão fácil ter acesso às mais diferentes decisões dos mais diversos tribunais do país. Isso é corroborado pela obrigação constitucional, inexistente em outros lugares, de fundamentação e publicação dessas. (p. 29-31).

Como se vê, nesses termos, a instituição normativa de uma estrutura vinculativa de padronização decisória pelo CPC de 2015 representou, na verdade, um esforço de adaptação do próprio conceito de precedentes a ambiente jurídico

fortemente impregnado de elementos da escola romano-germânica, como é o brasileiro³⁵.

Sob esse enfoque, ao trazer para o centro do sistema uma ideia tipicamente nascida nas tradições do *common law*, no qual o respeito a certas decisões *judiciais* não se dá por força ou em razão de regras escritas, mas ocorre de modo cultural e espontâneo, mediante um conjunto de práticas históricas consolidadas, o legislador de 2015, com suporte na dogmática, forjou estratégias e mecanismos procedimentais para transformar o *direito jurisprudencial*, então difundido em diversas leis esparsas, em um autêntico regime de precedentes obrigatórios (VIANA; NUNES, 2017).

O problema, no entanto, como já exposto em relação a outros institutos, pareceu residir, de fato, num aspecto de referencial teórico. É que, a propósito, a dinâmica de incorporação de um sistema de precedentes no Brasil permeou-se de características singulares e diferentes das que alicerçam as bases do *common law*.

Verifica-se, de caso pensado, que, diversamente do que sucedeu nos países de tradição anglo-saxônica, em especial na Inglaterra e nos Estados Unidos, onde os precedentes foram precipuamente idealizados para conferir racionalidade decisório-argumentativa ao sistema jurídico, tal instituto foi trazido e adaptado ao Direito brasileiro por motivos totalmente distintos e a fim de alcançar objetivos próprios.

Neste País, sem prejuízo do que está entoadado na Exposição de Motivos do CPC de 2015, de cujo texto se infere que a criação de mecanismos de padronização decisória seria o antídoto contra uma suposta tendência de fragmentação do sistema pela via da dispersão e da flutuação jurisprudencial, na prática, a necessidade de se estabelecer no Brasil uma técnica normativa de respeito obrigatório aos precedentes adveio, acima de qualquer outro desiderato, como uma tentativa de resolver o problema da chamada litigiosidade repetitiva.

Deveras, portanto, o que se buscou no novo código em relação a essa matéria em específico foi instituir uma metodologia suficientemente apta a promover

³⁵“Em verdade, simplesmente importar esses institutos causará uma aparência de inovação, pois lida com o exótico; contudo, não serão ferramentas apropriadas para os verdadeiros desafios da constitucionalização e judicialização do Direito. Seria a repetição do erro denunciado por Lenio Streck quanto ao neoconstitucionalismo, que se vale de conhecimento alienígena, mas sem romper com a tradição normativista brasileira. De fato, os institutos do *stare decisis* sofrem remodelagem pela tradição do *civil Law* como visto a respeito da força vinculante, em que no sistema de tradição inglesa é uma concepção do próprio Judiciário, enquanto, aqui, vem se traduzindo em imposição legislativa e constitucional.” (LOPES FILHO, 2016, p. 117).

- por meio de técnicas procedimentais, como a utilização de causas-piloto, ou o manuseio de procedimentos-padrão – estratégias de eficiência para o gerenciamento de demandas em série.

De tal maneira, a ideia de precedentes no Brasil foi desde sempre pensada, inclusive pelos tribunais superiores, como um mecanismo essencialmente gerencial, e não, propriamente, como uma prática habilitada a conferir racionalidade ao discurso jurídico.

Apostou-se, dessa maneira, em um sistema de precedentes com a expectativa precípua de que, mediante a uniformização e a estabilização da jurisprudência no País, fosse possível refrear a litigiosidade em massa e igualmente reduzir a sobrecarga de processos em tramitação no Judiciário. É, aliás, nesse mesmo sentido, o comentário de Viana e Nunes (2017, p. 201):

Em nome da segurança jurídica e da efetividade, na Exposição de motivos do CPC/2015, é revelada a profunda preocupação com a indesejada fragmentação do sistema, algo que poderia ocorrer em decorrência da oscilação jurisprudencial. Nesse contexto, os tribunais superiores assumem a função de moldar o ordenamento jurídico por meio de suas decisões. No entanto, além dos objetivos anteriormente citados, espera-se que a uniformização e estabilização jurisprudencial, dadas não apenas pelos tribunais superiores, mas também pelos tribunais de segunda instância, sejam capazes de reduzir a sobrecarga de processos no judiciário. Em verdade, o argumento dos práticos seria o de que a principal função dos precedentes seria gerenciar o passivo da enorme litigiosidade pátria, ou seja, a redução da busca da racionalidade argumentativa a um critério de eficiência.

Percebe-se, aí, sob tal perspectiva, que o regramento de precedentes instituído pelo CPC de 2015, ao estabelecer uma espécie de conexão sistêmica entre premissas de eficiência e de desfragmentação da atividade decisória, se distancia da função de conferir maior racionalidade ao sistema, para se vincular a objetivos notadamente operacionais e utilitários.

Por assim dizer, a lógica de respeito aos precedentes, tal e qual concebida na atual legislação, parece muito mais preocupada em resolver problemas estruturais do Judiciário - tornando-o mais rápido e invulnerável às ameaças de falseabilidade – do que em viabilizar a ampliação de espaços dialógico-reflexivos indispensáveis ao desenvolvimento e à formatação de uma narrativa processual democrática.

Ao investir, portanto, na ideia prefacial de *autoimunização* artificial e dogmática da jurisprudência dominante, o novo CPC reitera o seu alinhamento ao conceito de processo como instrumento da jurisdição, reafirmando a autoridade

mística do juiz e atribuindo aos tribunais o papel de intérpretes oficiais e indevassáveis do ordenamento jurídico (FARIA, 2012).

Nas seções a seguir estão examinadas duas situações contingenciais - ambas atreladas a essa vulnerabilidade do CPC de 2015 ao influxo de uma racionalidade jurisprudencial onisciente - que confirmam as coincidências entre o “sistema de precedentes à brasileira”, e o velho argumento bulowiano de processo como relação jurídica de poder e submissão direta das partes ao saber dogmático de uma atividade judicial salvadora, onisciente e privilegiada.

4.4.1 O fetiche da celeridade e suas aporias: a aceleração procedimental como estratégia de eficiência

Como aqui exposto no item 3.1, desde sua mensagem de apresentação ao Senado Federal, o projeto de lei nº 166/2010 não deixava dúvidas quanto aos fundamentos e às justificativas para a elaboração de um Código de Processo Civil para substituir o já então amplamente remendado e retalhado CPC de 1973.

Falava-se, no expediente, da importância de se “[...] erigir um novel ordenamento compatível com as necessidades e exigências da vida hodierna” (BRASIL, 2010, p. 8) e que fosse, de igual modo, capaz de restaurar a crença da população no Judiciário, tornando realidade “[...] a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”. (BRASIL, 2010, p. 8).

Claramente, portanto, conforme se inferiu do próprio discurso de abertura de sua tramitação parlamentar, o principal argumento para a criação de um código, segundo a própria comissão de juristas encarregada de produzir seu texto, estava em promover a superação das causas de morosidade processual, oferecendo melhor rendimento ao processo e reduzindo as taxas de congestionamento que prejudicavam o bom funcionamento do sistema de Justiça.

Sob tal panorama, o CPC de 2015 continua a observar e a modular as relações entre tempo e processo à luz de uma compreensão essencialmente cronológica e absoluta, traduzida na ideia de que o importante, no fim das contas, é a obtenção de resultados práticos e expeditos, a despeito dos custos e aporias que isso venha porventura a ocasionar (COUTINHO, 2015).

Acontece, no entanto, que soluções excessivamente operacionais e forjadas numa desmedida supervalorização da rapidez costumam, para dizer o menos, gerar

distorções qualitativas importantes. Assim como a morosidade desponta como um dos algozes do processo *judicial* contemporâneo, não é igualmente simplório aduzir, com esteio na máxima da *communis opinio*, que, em matéria de processualidade democrática, *a pressa é inimiga da perfeição*.

Conforme reza a intuição, portanto, não existe uma fórmula legal milagrosa. Ao que tudo indica, a promessa do legislador de 2015, de configurar procedimentos capazes de oferecer respostas prontas em um curto intervalo, parece admitir uma inevitável mitigação dos espaços processuais dialógico-participativos. Sobre essa afirmação, aliás, é oportuna a reflexão de José Carlos Barbosa Moreira:

Quando, num mesmo momento histórico, o legislador se empenha em dar igual ênfase à preservação das garantias e à simplificação do procedimento, assume o risco de fazer brotar, no espírito de algum observador desprevenido, a suspeita de estar querendo acender simultaneamente uma vela a Deus e outra a Satanás. (1997, p. 49-50).

No escopo de superar o problema da lentidão processual, mas sem dar ênfase aos efeitos deletérios que pudessem decorrer de tal solução, o CPC de 2015 adotou como estratégia geral a ideia de condicionar a eficiência e a efetividade da função jurisdicional à concepção de um processo forjado para viabilizar a consecução de resultados rápidos (FARIA, 2012).

Mas isso se deu, todavia, mediante exagerada sumarização dos procedimentos e em sacrifício dos direitos e garantias assegurados na Constituição, mitigando a possibilidade de falseamento permanente e continuado de teorias jurídicas e de hipóteses decisórias pela linguagem de um processo democrático.

Sob esse enfoque, e uma vez que o próprio legislador definiu a busca pela prontidão jurisdicional como uma prioridade epistêmica, a ideia de se criar um sistema de precedentes obrigatórios para forcejar e estimular o alcance de tal objetivo surge, segundo Faria, “[...] como uma das mais inquietantes tendências do Direito Processual civil contemporâneo.” (2012, p. 2).

Em nome de conferir ao processo um viés mais pragmático e de comprometê-lo com os pressupostos de uma *jurisdição de resultados*, o legislador (sob forte influência da escola instrumentalista), enredou-se numa leitura equivocada do art. 5º, LXXVIII, da Constituição de 1988, passando a tratar como sinônimas e de idêntico conteúdo semântico as expressões “celeridade processual” e “razoável duração do processo”. A passagem a seguir, ilustra bem essa distorção:

A adoção do princípio dispositivo, com a iniciativa da parte, no processo civil, não exime o juiz, como *diretor do processo* (CPC/1973 125, *caput*; CPC 139, *caput*), de “velar pela rápida solução do litígio” (CPC/1973 125 II; CPC139 II).

[...]

Para que se dê efetividade à garantia constitucional da celeridade e duração razoável do processo judicial é necessário equipar-se o Poder Judiciário do aparato logístico de que precisa para dar cumprimento ao comando constituído da melhoria da capacitação técnica dos juízes e dos elementos materiais necessários ao bom desempenho das funções dos magistrados e dos auxiliares da Justiça. (NERY JUNIOR, 2016, p. 363-367).

Coutinho, no entanto, denuncia esse equívoco, observando que, segundo a lógica do instrumentalismo, que vislumbra no processo um instrumento da jurisdição cuja finalidade é promover a pacificação social por meio da erradicação de conflitos, é elementar (embora incorreto) compreender-se a “duração razoável” como “duração mínima”:

De fato, tal escola de pensamento trabalha com o conceito segundo o qual o processo é um instrumento da jurisdição para efetivar os escopos metajurídicos do Estado, tendo por finalidade a pacificação social; então aqui, se está operando no mesmo nível teórico de Franz Klein e Oscar Bülow, para quem a solução mais rápida do processo era sempre a melhor. Ora, se o objetivo do processo é absorver o conflito existente no seio da sociedade e lhe oferecer uma solução, de forma a pacificar os envolvidos, então quanto menos tempo o processo durar, menor será o tempo durante o qual haverá insegurança e insatisfação. Se o processo se resume a ser instrumento da jurisdição, não há outra característica possível, senão aquela segundo a qual o tempo processual vai ser pensado exclusivamente a partir da ideia de operacionalidade. A marca de tal equívoco pode ser percebida no fato de que, a despeito de a Constituição falar expressamente em duração razoável do processo, os processualistas substituíram tal expressão pela de celeridade. Num ato de tergiversação aparentemente inocente, o princípio deixou de ser a razoável duração para passar a ser a duração mínima. Assim, enquanto a Constituição Federal se alinha à legislação internacional (art. 8º, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos) e consagra a ideia de a duração do processo seja avaliada com base num critério de razoabilidade (o que pressupõe a análise de vários elementos), os processualistas brasileiros subverteram essa lógica adotando a ideia de celeridade, segundo a qual o tempo (absoluto e cronológico) decorrido desde a propositura da petição inicial deve ser o menor possível. (2015, p. 126-127).

Na esteira desse desarranjo conceitual, a absorção, pelo CPC de 2015,[...] da lógica do *stare decisis*³⁶, associando a noção de segurança jurídica à

³⁶ Lucas Buril de Macêdo associa o *stare decisis* à obrigatoriedade de observância dos precedentes judiciais como modo de reforçar os valores essenciais do Direito ligados à segurança jurídica, à coerência e à previsibilidade. Segundo o autor: “Estes valores [segurança jurídica, coerência e previsibilidade] bem estabelecidos como integrantes do Estado de Direito fundamentam a prática de seguir precedentes independentemente e, particularmente, de seguir linhas de decisões sedimentadas, sejam tais precedentes considerados meramente interpretativos, como nos países do *civil law*, ou construtivos, como no *common Law*”. (MACEDO, 2019, p. 125).

necessidade de obtenção de julgamentos rápidos e efetivos, resultou, em verdade, na criação de um regime de precedentes voltado prioritariamente “[...] à simplificação do sistema processual com vistas à aceleração de processos e ao gerenciamento de causas a qualquer custo.” (MUNDIM, 2018, p. 140).³⁷

A busca irracional e precípua por uma ampliação quantitativa da produtividade judicante corrobora, com efeito, o alinhamento da atual legislação ao marco teórico do processo como relação jurídica. Nesse ponto, ao tempo em que a jurisdição é reconduzida ao centro do sistema processual, como entidade enunciadora de padrões decisórios vinculativos, a jurisprudência se transforma em “[...] técnica de ideologização do discurso, condicionando a atividade decisória à reiteração de consensos imunes à falseabilidade continuada (crítica científica).” (FARIA, 2012, p. 3).

Com inspiração, portanto, nas conjecturas de Oscar Bülow, e nos aportes de sua teoria clássica, o sistema de precedentes instituído pelo CPC de 2015 traduz, em síntese, nada mais do que uma releitura do modelo de protagonismo judicial das codificações anteriores.

In aliis verbis, ao apostar novamente num modelo processual de base relacional e instrumentalista, reeditando experiências mal-sucedidas de legislações pretéritas, o sistema de precedentes do CPC de 2015, representa, segundo André Cordeiro Leal,

A reprodução da ancianidade da violência histórica da apropriação religiosa do sentido dos fatos e do texto legal por inteligências privilegiadas (juízes-sábios), que, de modo absolutamente utilitarista, pretendem obter paz social pela imposição truculenta dos sentidos normais ou preferíveis ao texto legal, resolvendo, assim, de forma ágil e aceitável os conflitos sociais. (2012, p. 386-387).

Nesses termos, a “jurisprudencialização/prescederalização” do Direito plasmada no atual código se assume, portanto, como um *novo* artifício para disseminação do discurso de autoridade mediante a imposição de padrões decisórios indevassáveis, que se *legitimam* num clamor de segurança

³⁷ Abordando uma possível relação entre o uso de precedentes e o direito fundamental à razoável duração do processo, Carlos Henrique Soares pondera: “O segundo paradoxo da utilização dos precedentes é acreditar que eles irão ajudar na aceleração dos julgamentos e na diminuição dos processos e de recursos [...] Não há nenhum dado ou estatística sobre a relação entre precedentes judiciais e razoável duração do processo. A duração razoável do processo (tempestividade jurisdicional e procedimental) depende diretamente de uma organização estatal judiciária eficiente e não apenas de um sistema de aplicação de precedentes judiciais.” (2017, p. 72).

jurídica/efetividade e se refugiam na crença de que os tribunais, por seus atributos intelectivos privilegiados, estariam realmente aptos a exercer uma função salvadora e redentora da sociedade.

Desde o ponto em que o Direito e o Processo se deixam contaminar por simplificações indevidas, abrindo-se, ambos, à influência de uma verdade onisciente e forjada para viabilizar as expectativas de uma justiça-relâmpago e, no mesmo compasso, realizar objetivos metajurídicos de uma jurisdição utilitarista, a jurisprudência passa a representar o centro nervoso de um saber dogmático e “desprocedimentalizado”, transformando-se no *medium* linguístico de massificação de referenciais ideológicos arredios à testificação permanente de suas premissas e fundamentos (FARIA, 2012).

4.4.2 Do precedente *a priori* como reflexo da ampliação do protagonismo judicial

Dentre as muitas indagações que envolvem o uso de precedentes no Brasil, uma das mais controversas e atualmente debatidas está em saber se o novo CPC, sobretudo em razão do que dispõem os seus artigos 926 e seguintes, promoveu (ou não) uma aproximação entre o regime praticado nos países do *common law* e o sistema brasileiro vinculatório de observância de decisões judiciais pretéritas em casos futuros.

Em conhecido trabalho sobre o tema, Luis Roberto Barroso e Patrícia Perrone Mello ressaltam que, no Direito ocidental, o tratamento que se dá à jurisprudência varia de acordo com dois grandes modelos: o romano-germânico, que predominou nos países da Europa continental, e que se caracteriza, em suma, por ter a lei como principal fonte do Direito e pela importância secundária das decisões judiciais; e o *common law*, típico dos países de tradição anglo-saxã, no qual se tem uma situação inversa, ou seja, as decisões judiciais funcionam como fonte imediata do Direito, produzindo efeitos gerais e vinculantes, ao passo que a lei exerce uma tarefa residual e de menor serventia (BARROSO; MELLO, 2016).

À luz do escrito, esses dois sistemas, embora estudados separadamente por pretextos didáticos, não evoluem de forma estanque, mas se encontram em permanente diálogo e em processo de aproximação, de modo que, na atualidade, tanto já se percebe um aumento da produção de norma legislada, sobretudo na

Inglaterra e nos Estados Unidos, quanto já é possível observar uma vertical expansão do protagonismo das cortes constitucionais em países como a Itália, a França, a Alemanha e o Brasil (BARROSO; MELLO, 2016).

No concernente à realidade brasileira, Barroso e Mello (2016) atribuem a três fatores esse fenômeno de crescimento do Direito jurisprudencial:

- a) a evolução do controle concentrado de constitucionalidade;
- b) o influxo de decisões consolidadas na edição de normas infraconstitucionais que progressivamente alteraram o CPC de 1973 e;
- c) a criação de um sistema de precedentes vinculantes em razão do advento do CPC de 2015.

Ao fim, ou pelo menos até onde interessa aos objetivos desta análise, os autores, abstendo-se de testar a sustentabilidade de suas asserções, ou mesmo de enfrentar e dialogar com argumentos contrários à sua tese, incorrem, segundo a crítica de Lenio Streck, em dois *chavões* epistemológicos tradicionais: primeiro, que o CPC de 2015 realmente empreendeu a chamada *commonlawlização* do sistema jurídico patrial, aproximando o Brasil do modo como se pensa e se aplica o Direito nos países imersos nas tradições do *common law*; e segundo, que todas as espécies de provimentos relacionadas no rol do art. 927³⁸ (inclusive os enunciados de súmulas vinculantes) integram a categoria dos precedentes obrigatórios (STRECK, 2019).

Dita impressão, aliás, já é amplamente difundida e aceita nos domínios do Judiciário. Naquela sede, a exemplo de como se dá no âmbito da majoritária doutrina, a compreensão que se tem sobre o sistema de vinculação previsto no atual CPC, a despeito de narrativas retóricas manejadas para atenuar a aridez de certas afirmações, é de que tudo – inclusive o uso de precedentes – se resume à necessidade de uma aplicação utilitarista do Direito. Consoante enfatiza Streck:

É o fantasma de Oscar Bülow arrastando suas correntes pelos castelos jurídicos. Não importa se isso gera transferência excessiva de poder às Cortes de Vértice [sic]. O que importa é que “funcionará”. Até já diz que

³⁸ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.” (BRASIL, 2015, *online*).

esse sistema é tão útil que a sua inconstitucionalidade é irrelevante. (2019, p. 18-19).

Exemplo dessa tendência se colhe do voto do ministro Edson Fachin por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 655.265. Na oportunidade, sua excelência assentou categoricamente que o art. 926 do Código de Processo Civil ratificou a adoção, pelo sistema brasileiro, da regra do *stare decisis*, destacando que a vinculação aos precedentes se dá em níveis vertical e horizontal e se relaciona umbilicalmente ao dever fundamental de estabilidade, coerência e segurança jurídica.

Corroborando essa ideia, Daniel Mitidiero reforça o caráter vinculativo do “sistema de precedentes”, asseverando que as decisões das cortes superiores (STJ e STF), como entidades encarregadas de dar a “última palavra” a respeito do significado da Constituição e do Direito federal, devem ser tratadas como direito e importam em garantia de unidade do sistema jurídico. Em suas palavras:

Qualquer tentativa de ceifar a força vinculante do precedente importa em negativa à Constituição e à legislação federal e ao mesmo tempo negativa de autoridade a essas Cortes Supremas. Quando o art. 927 do CPC refere que os tribunais e juízes observarão está dizendo o óbvio – que paradoxalmente, porém, é necessário repetir: que os tribunais e juízes encontram-se *vinculados aos precedentes horizontal e verticalmente*. (2018, p. 136).

Na mesma direção ideativa de Mitidiero, Fachin, Perrone e Barroso, Luiz Guilherme Marinoni também verifica uma aproximação clara entre o *regime* vinculatório do CPC de 2015 e as tradições do *common law*, chegando a dizer, inclusive, que o art. 927 do novo código é uma norma equivocada e imodesta, uma vez que, além de dizer menos do que deveria, ostenta a pretensão de usurpar a competência que a própria Constituição atribui às cortes supremas. Para o autor paranaense,

A lei infraconstitucional não só não precisa dizer que as *ratione decidendi* das decisões das Cortes Supremas têm eficácia obrigatória, como, obviamente, não pode ter a pretensão de escolher as decisões ou definir os enunciados que podem ter essa eficácia. A eficácia obrigatória das *ratione decidendi* das decisões das Cortes Supremas é algo que deflui da leitura da Constituição à luz da teoria do direito. (2017, p. 24).

Não obstante, porém, as orientações ora expostas, essa tentativa de equiparação do regime vinculatório do novo CPC ao originário modelo de racionalidade decisória do *common law* é, no mínimo, artificial e inadequada.

Olvidam os defensores dessa tese, dentre outros aspectos essenciais, que os mencionados sistemas (CPC de 2015 e *common law*) sequer compartilham alguns conceitos importantes, divergindo, inclusive, no que tange ao próprio significado que cada um atribui à expressão *precedente*. Veja-se, a esse respeito, o comentário de Streck e Abboud:

A impossibilidade de se equiparar o genuíno sistema de precedentes do *common law* com o modelo criado pelo novo código é evidente quando examinamos o CPC em sua completude. Isso porque, o código identifica o precedente como decisão dos Tribunais superiores. Esse dado reforça que o código aumenta a aposta em uma verticalização vinculante, estabelecendo diversos provimentos que passam a ser vinculantes, em cujo rol, aliás, o termo *precedente* não aparece. O precedente (o do *common law*) não nasce como precedente. Ele contém um DNA de historicidade, que somente surge se houver adesão de seu entendimento pelas instâncias inferiores. (2015, p. 106).

Assim, diversamente, do que ocorre no *common law*, no qual *precedente* é uma decisão institucional em determinado caso concreto que proporciona ganho hermenêutico à ordem jurídica, vinculando o sistema de modo espontâneo (LOPES FILHO, 2016), no contexto do atual CPC, o *dever de observância* de decisões de tribunais superiores se dá por um argumento normativo de autoridade.

Ou seja, enquanto no âmbito do *common law* os pronunciamentos judiciais não são feitos com o precípua objetivo de resolver casos futuros, embora possam eventualmente adquirir essa condição (*ce ne nait précédent: ce le devient*)³⁹, no Brasil, as decisões dos tribunais, pelo só e simples fato de serem egressas desses mesmas cortes, já nascem com o *status* de precedentes e já vêm ao mundo dotadas de eficácia vinculante (STRECK, 2015).

Essa lógica aplicada pelo CPC ao uso dos precedentes, no entanto, contraria por completo as mais remotas e genuínas tradições de manuseio do instituto. Como, por sinal, adverte Thomas da Rosa de Bustamante, o uso de uma decisão anterior como parâmetro para a resolução de um caso futuro se opera mediante uma atividade essencialmente reconstrutiva. Isto é, o juízo acerca da serventia ou não de uma decisão de tribunal superior como precedente é tarefa que se incumbe ao tribunal subsequente. A este, pois, é que cabe, segundo Bustamante, avaliar “[...] la fuerza argumentativa que debe ser atribuída a la *ratio decidendi* que pretendemos utilizar como um elemento de justificación de um caso aún no solucionado.” (DE BUSTAMANTE, 2016, p. 289).

³⁹ “Um precedente não nasce precedente; torna-se precedente.” (STRECK, 2019, p. 113).

A distorção autoritária instituída pelo CPC nesse particular, todavia, conduz um cenário manifestamente exótico e paradoxal. É que, na realidade brasileira, o precedente implica uma razão precípua ou numa *verdade a priori* (no sistema vinculatório do CPC o precedente é, desde sempre, precedente) revestindo-se, desse modo, em sua *ratio decidendi* de uma estrutura semântico-objetiva muito similar à das normas jurídicas em abstrato.

Expressando-se com outros torneios, no sistema de vinculação do CPC de 2015 os padrões decisórios de observância vertical imperativa tanto se assemelham, quanto funcionam, de fato, como verdadeiros enunciados legais em sentido amplo.

Nesse contexto, embora a *regra de ouro* da tese “precedentalista” tenha como um de seus pressupostos o reconhecimento da insuficiência do Estado Legislativo, no sistema legal do novo CPC, e sob a óptica desse *stare decisis à brasileira*, os precedentes, por aqui, são criados pelos tribunais ou para permitir um maior rendimento quantitativo da atividade jurisdicional, mediante a subsunção de casos repetitivos, ou para simplificar a resolução de casos difíceis por meio de silogismo direto. Como diz Streck,

Pretendem uma transição tardia: ao mesmo tempo em que se abandona o juiz boca da lei (o que, cá para nós, isso é muito velho; já tinha sido superado por Kelsen, Hart e todos os positivistas pós-exegéticos, sem falar nos pós-positivistas e não positivistas que lhes sucederam). Quer-se, aqui, a institucionalização de um racionalismo de segundo nível ou grau: Cortes que produzam teses que serão aplicadas pelo, agora, juiz (e desembargadores) boca-dos-precedentes (ou teses). Ou seja, o boca da lei troca de nome e de função. (2019, p. 17).

Sob tal conjectura, e em razão dessa perspectiva, é possível cogitar, hipoteticamente, em que um tribunal superior, *interpretando* o Código de Processo Civil em nome de prestigiar um determinado aspecto da razoável duração do processo, diga, por exemplo, que o contraditório prévio não deve ou não precisa ser observado em relação às chamadas *matéria de ordem pública* (embora a dicção do art. 10 do atual código seja clara em enunciar o contrário).⁴⁰

De igual modo, não é de se estranhar a verdadeira *acrobacia* hermenêutica empreendida pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.740.520) na intenção de ampliar as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento transpondo as

⁴⁰ “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.” (BRASIL, 2015, *online*).

situações previstas no art. 1.015⁴¹, sob o argumento de que a enumeração normativa em questão trata de uma espécie de *taxatividade mitigada*.

Assim como se o explica o fato de não ter soado estranha a decisão do mesmo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.760.966, ocorrido em 04/12/2018, quando, atribuindo ao art. 303 do CPC uma interpretação nitidamente avessa e contrária à sua dicção literal, concluiu que qualquer modalidade de impugnação à tutela de urgência em caráter antecedente realizada pelo réu (inclusive a apresentação de contestação, ou de simples pedido de reconsideração) é suficiente para evitar a estabilização de seus resultados.

Esse, de efeito, é o enredo de um modelo de vinculação decisória instituído por um código predominantemente autoritário e alinhado a padrões metodológicos obsoletos. Na lógica do CPC, pelo visto, os fins parecem, de fato, justificar os meios.

Em prol da eliminação dos supostos *inimigos do processo contemporâneo* (ver item 3.1), não há texto ou enunciado normativo algum que seja capaz de arrefecer o ímpeto dos tribunais. É uma lógica resumida por Luiz Fux, durante o discurso de abertura da reunião preparatória do XI Encontro Nacional do Poder Judiciário. Na oportunidade, denunciando supostos movimentos político-sociais destinados a enfraquecer a figura do juiz, Fux desabafou:

Que nós estejamos atentos para atos de grandeza. Mas, também, muito atentos para movimentos que procuram enfraquecer a figura do juiz e a instituição do Poder Judiciário. Há várias estratégias para se chegar a esse ponto. De sorte que a primeira reação é através de atos de grandeza. E a segunda é termos a consciência de que a situação que está aí leva o Brasil ao naufrágio e **só o Poder Judiciário pode levar a nossa Nação para um Porto Seguro.** (Online. Grifou-se).

Com efeito, sob a alegação de fundar um sistema mais racional e arredo à insegurança jurídica e à dispersão jurisprudencial, o novo CPC, em verdade, criou um regime de padronização decisória de inequívoco caráter funcional, com a

⁴¹ “Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei.” (BRASIL, 2015, *online*).

preocupação clara de antes solucionar problemas estruturais do Judiciário – em especial, por meio de técnicas para aplicação silogística da jurisprudência dos tribunais superiores - do que, propriamente, para garantir, ou mesmo buscar maior legitimação democrática para os julgamentos.

Ao apostar, portanto, na vinculatividade técnico-artificial de um sistema de precedentes obrigatórios, outorgando o papel de intérprete máximo e oficial da ordem jurídica a uma *razão jurisprudencial* não fiscalizável e infensa à autocrítica, o novo CPC – a despeito de igualmente se apoiar em uma narrativa retórica e performática utilizada “[...] de modo estratégico para criar um simulacro de democracia e segurança” (MUNDIM, 2018, p. 258) - sacramentou sua manifesta filiação aos marcos teórico-autoritários da relação jurídico-processual e do modelo utilitarista de processo como instrumento da jurisdição para a realização de escopos do Estado.

4.5 JURISPRUDENCIALIZAÇÃO DO DIREITO E PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA: INTERLOCUÇÃO POSSÍVEL?

Consoante as reflexões expressas neste estudo, indagar-se sobre a possibilidade de um diálogo ou de uma aproximação entre o chamado Direito jurisprudencial e o modelo democrático de processo instituído pela Constituição de 1988 parece remeter a um esforço provocativo.

Não obstante se tenha aqui denunciado os efeitos nocivos da jurisprudencialização do Direito sobre o sistema jurídico pátrio– e igualmente defendido sua incompatibilidade com um marco teórico fundado no processo como instituição referente e ideologizante (e não como instrumento do saber dogmático de algumas consciências privilegiadas) - não se pode desconhecer, contudo, o fato de que o inconveniente fenômeno da jurisprudência lotérica e dispersiva não pode encontrar terreno fértil numa democracia processual. Nesse ponto, Marinoni é oportuno:

Embora deva ser no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais, estranhamente não há qualquer reação a essa situação na doutrina e na praxe brasileiras. É como se estas decisões não fossem vistas, ou fossem admitidas por serem inevitáveis. A advertência de que a lei é igual para todos [...] além de não mais bastar, constitui piada de mau gosto àquele que, em uma das salas do Tribunal recebe decisão distinta da proferida – em caso idêntico – pela Turma cuja

sala se localiza metros mais adiante, no mesmo longo e indiferente corredor do prédio que, antes de tudo, deveria abrigar igualdade de tratamento perante a lei. (2019, p. 101).

De fato, se é certo que o dever de observância a uma razão jurisprudencial não fiscalizável e essencialmente utilitarista funciona como pano de fundo para o avanço da fusão entre direito e violência (MUNDIM, 2018), é do mesmo modo verdade que uma democracia processual efetiva não se desenvolve adequadamente em um sistema de justiça desfragmentado, flutuante, contraditório e juridicamente inseguro.

Ante essa realidade inegável, um ponto necessariamente se exprime: como conciliar todos esses fatores, em especial, legitimação decisória e segurança jurídica, sem produzir défices democráticos, e sem que disso decorram prejuízos sistêmicos importantes?

Em busca de apontar caminhos para um eventual diálogo, passa-se à análise crítica e sucinta de quatro estratégias doutrinárias específicas, cujas respostas chamam a atenção, tanto pela originalidade de seus conteúdos, quanto pelo modo como rapidamente têm atraído adeptos e se difundido entre os estudiosos do assunto.

4.5.1 A Tese dos tribunais superiores como cortes supremas

A primeira e possivelmente mais difundida dentre essas ideias propõe um movimento de ampliação dos poderes dos tribunais superiores, no sentido de que estes sejam alçados ao patamar de *cortes supremas*, cabendo-lhes funcionar exclusivamente como cortes de interpretação, com a competência exclusiva para criar normas gerais e abstratas por meio de precedentes vinculantes.

Em defesa dessa tese, um de seus principais articuladores no Brasil, Daniel Mitidiero⁴², defende o argumento de que os tribunais superiores, uma vez transformados em cortes supremas, devem compreender a jurisdição como função reconstrutiva da ordem jurídica, cuja atividade se realiza mediante a “[...] outorga de

⁴² Além de Daniel Mitidiero, são também expoentes dessa orientação os professores Luiz Guilherme Marinoni e Hermes Zaneti Junior. Este, aliás, embora compartilhe de semelhante orientação, diverge dos dois primeiros por considerar que a formação do *precedente* é suscetível de ocorrer em qualquer tribunal ordinário, inclusive nos tribunais estaduais de justiça e nos tribunais regionais federais. Não obstante, ele se associa à tese das cortes supremas, por entender, assim como Marinoni e Mitidiero, que o STJ e o STF devem, precipuamente, funcionar como cortes de interpretação do Direito e de atribuição de sentido a textos normativos (ZANETI JUNIOR, 2016).

sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico” com a finalidade de “[...] orientar a aplicação do direito mediante *precedentes* formados a partir do julgamento de casos concretos.” (MITIDIERO, 2017, p. 65).

Ante essa perspectiva, STJ e STF deteriam o monopólio da criação de precedentes vinculantes, os quais, em termos teóricos, e em decorrência do constitucionalismo e do avanço das teorias da interpretação, seriam necessariamente revestidos de força obrigatória (MARINONI, 2014).

Em face, pois, de tal modelo, só a palavra final das *cortes supremas* poderia proporcionar segurança e coerência sistêmica à ordem jurídica, o que, de efeito, implicaria uma substituição da lei pelo precedente judicial como estrutura referente de regulação do Direito e de orientação moral da sociedade (MARINONI, 2019).

Em suma, pois, para os defensores desse pendor argumentativo, a consecução de uma teoria adequada de precedentes, bem como de um direito jurisprudencial alinhado aos paradigmas de uma processualidade democrática, pressupõe um ordenamento jurídico que reconheça os tribunais superiores como cortes supremas.

Essa conjectura, no entanto, se enreda em aporias já aqui amplamente destacadas e comentadas. Decerto, atribuir aos tribunais superiores (como *cortes supremas*) exclusividade do poder/dever de ditar o sentido dos textos legais é renunciar a qualquer possibilidade de abertura da interpretação jurídica ao discurso compartilhado (hermenêutica isomênica), cuja observância é deveras fundamental na elaboração e consolidação de um Estado Democrático de Direito.

Mesmo que se cogite em que essa transformação (do STJ e do STF em cortes supremas) resolveria ou atenuaria o problema da dispersão jurisprudencial (gerando, em tese, maior confiabilidade e efetividade ao sistema como um todo), tal solução amesquinharia (novamente) o processo à ociosa condição de um instrumento para a obtenção autoritária de padrões decisórios fundados na razão mística e indevassável de algumas poucas e privilegiadas inteligências (nesse caso, os membros dos tribunais superiores).

A prevalecer essa ideia, ter-se-á uma perigosa margem para o surgimento de um espaço “desprocessualizado” de protagonismo das cortes supremas, em que estas – legitimadas pela autoimunidade discursiva de próprias decisões - se revelariam como os verdadeiros oráculos da vontade soberana do legislador. Sobre esse risco, aliás, é oportuna a advertência de Dhenis Cruz Madeira:

Não há margem, no discurso processual, para o aparecimento do espaço soberano, em que o agente governativo, legislativo, ou judiciário se apresenta como o único mestre capaz de enunciar as verdades da lei, o único capaz de dizer como a lei deve ser formulada, interpretada e aplicada. Na democracia, o locutor autorizado da lei é destronado, abrindo caminho para que os destinatários da norma jurídica também sejam capazes de dizer qual é a melhor interpretação. Por isso, o atual paradigma constitucional exige que a decisão judicial seja construída de forma compartilhada, e não mais solitariamente pelo juiz. O julgador, na democracia, não julga sozinho, não é uma supraparte, não pode ser um sujeito solipsista, que impõe sua posição subjetiva aos demais. (2014, p. 344).

Claramente, portanto, essa pretensa releitura do papel dos tribunais superiores como cortes de precedentes remete ao conceito de processo como estrutura operacional e socializante de uma jurisdição superior e salvadora. Essa ideia, em suma, limita a interpretação do Direito ao *dizer* onisciente revelado nos *padrões* decisórios das chamadas *cortes de vértice*.

Então, para Mitidiero, Marinoni, Zaneti Junior e demais adeptos dessa corrente, nada mais é o Direito do que o resultado da atribuição de sentido feita pelas mais altas cortes da Justiça, cujas decisões, por sua vez, vinculam as instâncias judiciais inferiores não em razão de seu conteúdo, mas por força da violência de sua autoridade (STRECK, 2019).

Daí o enfoque antidemocrático que subjaz à mesma proposta, cuja base descritiva, nesses termos, em razão de suas opções metodológicas, termina por manifestamente enredar-se nos mesmos paradoxos e contradições dos quais nem Oscar Bulow, tampouco seus herdeiros teóricos, conseguiram se desvencilhar.

4.5.2 A tese da Formação e Aplicação de Precedentes com base na Observância de um *Contraditório Qualificado*

A segunda proposição disposta a viabilizar uma adequada articulação entre o processualismo democrático e o Direito jurisprudencial advém das cogitações de Alexandre Freitas Câmara, cuja ideia central, em síntese, é de que os padrões decisórios vinculantes, para que desfrutem de legitimidade democrática, exigem a verificação de certos condicionamentos capazes de distingui-los de outras espécies de decisões judiciais. Consoante a inteligência do autor,

Em primeiro lugar, a formação do contraditório exige uma participação diferenciada dos atores processuais. Daí a exigência de que se observe um contraditório qualificado, que resultará de uma participação ampliada. Além disso, a decisão judicial que servirá como padrão decisório, com um

procedimento deliberativo distinto daquele que se emprega para a formação de decisões prolatadas em processos que versam sobre interesses meramente individuais, a exigir diálogo efetivo entre os integrantes do órgão colegiado e uma fundamentação ainda mais completa. De outro lado, a aplicação dos padrões decisórios vinculantes exige, para a legitimação das distinções e superações, que a participação em contraditório das partes se dê por meio da observância de um especial ônus argumentativo, que tem de respeitar a exigência de dialeticidade, além de uma fundamentação específica da decisão que se afasta (seja por distinção, seja por superação) do padrão anteriormente fixado. (2018, p. 2-3).

Para Câmara, a formação e a aplicação de padrões decisórios só alcançam legitimidade constitucional em razão de leitura qualificada e ampliada do direito ao contraditório, de modo a se compreendê-lo não apenas como uma garantia de influência e não surpresa, mas como uma estrutura permissiva e aberta à participação da sociedade e daqueles que serão especialmente destinatários dos respectivos efeitos vinculantes “[...] que certos padrões decisórios (ou as decisões que o superam) produzem [...]” (CÂMARA, 2018, p. 356).

Em vista de tal finalidade, Câmara propõe uma espécie de *compensação sistêmica*, cuja implementação dar-se-ia substancialmente, dentre outras medidas, pela abertura dos procedimentos destinados à formação de *precedentes* à intervenção de *amici curie* e de outros interessados, bem como à realização de audiências públicas, com obrigatoriedade de enfrentamento de todos os aspectos e argumentos suscitados pelos respectivos participantes (CÂMARA, 2018).

Quanto ao mais, para que sua estratégia se torne efetivamente possível do ponto de vista prático, Câmara adverte para a noção de que somente as situações previstas nos três primeiros incisos do art. 927 do atual CPC é que detêm, de fato, aptidão para gerar precedentes vinculantes.

Os demais pronunciamentos, contudo, não desfrutam de tal potencialidade (para gerar precedentes obrigatórios), o que, por outro lado, não significa dizer que devam ser ignorados. Em razão dos deveres de uniformidade, coerência e integridade (previstos no art. 926 do código), os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, bem assim as orientações do plenário ou dos órgãos especiais a que essas mesmas cortes estão vinculadas instituem uma inversão do ônus argumentativo como condição para sua não aplicabilidade.

De resto, embora sem assentar-se em tal reflexão como um requisito para o bom e adequado funcionamento de sua estratégia, Câmara sugere, especialmente

em relação aos procedimentos que se destinam à fixação e à aplicação de precedentes, que as decisões dos órgãos competentes sejam obtidas preferencialmente por unanimidade (votação *per curiam*) de modo a evitar-se que contingências decisórias (ausência de certos integrantes da corte, mudanças parciais de composição, dentre outros fatores) interfiram na segurança jurídica e na própria confiabilidade do sistema.

Enfim, a solução cunhada por Câmara para conferir estabilidade à jurisprudência sem se afogar em devaneios autoritários, como os que apostam na ampliação dos poderes das cortes superiores e no esvaziamento da cidadania processual, mediante a redução da capacidade interpretativa dos demais agentes da jurisdição democrática (incluindo-se nesse rol não apenas os destinatários dos padrões decisórios, mas, igualmente, as próprias instâncias judiciais ordinárias), pressupõe, essencialmente, “[...] uma forma especial de deliberação pelos tribunais [...] em que haja uma especial justificação tanto para a formação, quanto para a aplicação de precedentes.” (CAMARA, 2018, p. 356).

Nessa ordem de ideias, são indiscutíveis os ganhos teóricos atribuíveis à Câmara. Como poucos, e em razão dos referenciais metodológicos aos quais se alinhou, ele conseguiu exitosamente se desvencilhar de tematizações operacionais e utilitárias sobre o fenômeno processual, logrando observar o movimento de *precedentes* não como uma estratégia de gerenciamento de casos seriais, mas como uma estrutura de oferecimento de racionalidade decisório-argumentativa ao sistema.

Suas escolhas bem-sucedidas, no entanto, bem assim seu evidente cuidado com a legitimação democrática dos *provimentos*, não obscurecem alguns de seus equívocos. Dentre estes, com efeito, por se abster das necessárias distinções entre *decisão judicial* e *decisão jurídica* (como se vê em várias passagens de sua obra)⁴³, o autor: (i) reduziu inadequadamente o conceito de jurisdição a uma atividade exclusiva dos juízes (como é da praxe instrumentalista), (ii) enredou-se no protagonismo dos tribunais como intérpretes oficiais e qualificados do Direito (reverberando ruídos autoritários da teoria processual bulowiana) e (iii) apoderou-se contraditoriamente de expedientes típicos do *common law* (como o julgamento *per*

⁴³ Confira-se, por exemplo: “De modo geral, o que se vê nas **decisões judiciais** não é a aplicação de precedentes ou de quaisquer outros padrões decisórios, mas a mera invocação de ementas” (gifo nosso!) (CÂMARA, 2018, p. 352). “Além disso, a **decisão judicial** que servirá como padrão decisório deve ser formada de modo diferenciado [...]” (CÂMARA, 2018, p. 1. Grifou-se).

curiam) mesmo recusando (acertadamente) a ideia de que o CPC de 2015 implementou uma espécie de *stare decisis* à brasileira.”

Não obstante, e ressalvadas algumas imprecisões teóricas, Câmara se aproximou com méritos de uma narrativa capaz de estabelecer um adequado *locus* comunicativo entre o processualismo procedimental e o fenômeno da jurisprudencialização da ordem jurídica. Sua estratégia de submeter o Direito jurisprudencial à mediação de um contraditório subjetivamente forte e qualificado, certamente, absorve, em grande medida, a retrocarga de reivindicações da teoria de um processo civil democraticamente estruturado.

4.5.3 A tese das Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência

A terceira tentativa do diálogo advém da proposta de Gustavo de Castro Faria que, em linhas gerais, consiste na criação de *Câmaras Mistas de Revisão de Jurisprudência*, as quais seriam órgãos permanentes a instalar no âmbito de todos os tribunais, não só os superiores, como os regionais, estaduais e federais, mediante a orientação, disciplinamento e controle do Conselho Nacional de Justiça, com o objetivo de

[...] permitir a máxima abertura dialogal sobre a “jurisprudência dominante”, expressa em Súmulas, Enunciados, Orientações Jurisprudenciais, Precedentes Normativos ou qualquer outro *locus de conforto decisório*, dado que na atual configuração do processo, qualquer pretensão que colida com a orientação firmada naqueles precedentes tem como destino certo a rejeição liminar. (2012, p. 134).

Sem limitar-se às atribuições desses colegiados, Faria vai mais além e chega a discorrer sobre a composição, a periodicidade de suas reuniões, os critérios de acesso e de escolha de seus membros e até a dinâmica dos julgamentos dos chamados *pedidos de revisão de jurisprudência*. Sustenta, a propósito, que os ditos órgãos deveriam contar nove integrantes, dentre juízes, representantes do Ministério Público, advogados e professores qualificados com doutorado, que se reuniriam em sessões quadrimestrais mediante convocação prévia do respectivo presidente.

Já quanto aos tais *pedidos de revisão de jurisprudência*, poderiam estes ser encaminhados por qualquer interessado mediante petição subscrita por advogado. Uma vez distribuídos, seriam apresentados na sessão subsequente por seu relator,

facultando-se ao requerente a oportunidade de reiterar e reforçar oralmente suas razões.

Em ato contínuo, o órgão passaria a decidir, de modo a optar ou pela rejeição do pedido, ou pela necessidade de julgamento, hipótese em que cada membro apresentaria sua decisão no prazo de até 30 dias úteis.

Depois de apurados e contabilizados os votos, além de ultimadas outras diligências, publicar-se-iam as conclusões respectivas na imprensa oficial, de tudo sendo cientificados os demais membros e órgãos fracionários dos tribunais competentes para apreciação do tema debatido, incumbindo, por fim, ao legislador ordinário “[...] dispor acerca da não retroatividade das decisões das CMRJ, ressalvado o manejo de Ação Rescisória, a fim de buscar a rediscussão de decisões transitadas em julgado, no prazo previsto em lei.” (FARIA, 2012, p. 136).

Como se vê, ao admitir a impossibilidade de conter o crescimento da doutrina de precedentes, que o próprio Faria reconhece constituir um caminho sem volta, sua intenção é, pelo menos, apontar um modelo de abertura do Direito jurisprudencial à falseabilidade continuada, com vistas a reduzir o viés autoritário desse modelo decisório, tornando-o potencialmente mais legítimo e adequado.

Suas achegas nessa direção, com efeito, merecem o destaque indicativo aqui reafirmado e representam um louvável experimento do autor com vistas a empreender, com inegáveis ganhos teóricos, uma iniciativa em defesa do processualismo democrático, sem ignorar a realidade da jurisprudencialização do Direito, mas, ao mesmo tempo, sem abster-se de registrar sua contestação enfática a esse movimento.

4.5.4 A Tese da Criação de um Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes

Vem, então, a derradeira investida teórica que desperta os interesses do ensaio sob relação e situa como uma possibilidade de solução para amenizar as tensões epistemológicas entre a dogmática da jurisprudencialização e o modelo constitucional-democrático de processo.

Cuida-se da ideia de Luiz Gustavo Reis Mundim, concernente à criação de um *Procedimento Constitucional de Revisão de Precedentes* (ver item anterior),

enaltecendo a proposta de Gustavo de Castro Faria, mas destacando que sua viabilidade dependeria de uma

[...] previsão constitucional, regulada por legislação ordinária, que possibilite a revisão dos precedentes vinculantes (e também das súmulas vinculantes), a fim de evitar que um regimento interno, ato administrativo, ou simples resoluções e portarias criem ritos (e não procedimentos) que excluam os legitimados do processo de debaterem e testificarem o precedente. (2018, p. 254).

Nessa perspectiva, Mundim sugere a edição de uma emenda à Constituição para instituir (a salvo de intervenções administrativas ritualísticas passíveis de alteração ao sabor das estruturas de poder) um *Procedimento de Revisão de Precedentes Vinculantes* que tivesse o seu referente-lógico no processo como direito fundamental.

Para o autor, nesse sentido, as tais câmaras mistas de revisão de jurisprudência poderiam funcionar segundo a dinâmica pensada por Gustavo de Castro Faria, mas desde que sua implementação se respaldasse em uma estrutura processualizada e garantida por norma constitucional específica.

Em termos como tais, segundo Mundim, seria possível preencher os espaços vazios e não esclarecidos de formação e de aplicação dos precedentes, reduzindo a vulnerabilidade da ordem jurídica à violência e recobrando a dimensão instituinte do processo como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito.

4.5.5 Reflexão final: a reconfiguração do ônus argumentativo mediante o emprego de técnicas de distinção e de superação de padrões decisórios

A despeito das dificuldades inúmeras em se estabelecer um espaço de harmonia e de interlocução de um modelo constitucional-democrático de processo com a tendência incontida de jurisprudencialização do Direito, é se de admitir que o avanço da doutrina de precedentes no Brasil representa uma realidade inexorável.

Tal constatação, por si, embora não desmereça nenhuma das advertências críticas observadas ao correr desta investigação de vestimenta universitária *stricto sensu*, justifica uma vista d'olhos mais pragmática sobre o assunto, capaz de propor uma metodologia democraticamente viável, que tenha no processo um conteúdo isomênico e não dogmático de legitimação e de fiscalização continuada da atividade decisória.

Nessa perspectiva, e sob pena de que qualquer liturgia procedimental se mostre insatisfatória, ou não suficientemente esclarecida, é preciso, antes de tudo, compreender o *regime* normativo instituído no CPC de 2015, numa reconfiguração dialética das funções das partes processuais, a refletir na distribuição de seus respectivos encargos argumentativos e a impactar no modo como devem decidir, ou materializar suas pretensões contrapostas em juízo.

Essa afirmação, além de contrariar a lógica precipuamente utilitarista e operacional de que os padrões decisórios servem para desafogar a máquina judiciária, acelerando o julgamento de processos e promovendo gerenciamento de casos repetitivos, reforça a ideia de que os precedentes significam não o fechamento da discussão pela autoridade do órgão emissor de certo pronunciamento, mas o ponto de partida para uma possível refutação discursiva e isocrítica de deliberações jurisdicionais pretéritas. Nesse sentido, aliás, é comentário de Alexandre Bahia e Diogo Bacha e Silva:

Como temos insistido, qualquer enunciado jurisprudencial somente pode ser interpretado e aplicado levando-se em consideração os julgados que o formaram. Ele não surge do nada. Não há grau zero de interpretação. Nestes termos, sua aplicação deve se dar de modo discursivo, e não mecânico, levando-se a sério seus fundamentos (julgados que o formaram) e as potenciais identidades com o atual caso concreto. Nenhum país que leve minimamente a sério o direito jurisprudencial pode permitir a criação e aplicação de súmulas e ementas mecanicamente. É bastante claro (ao menos na *common law* não há dúvidas) que os precedentes significam o princípio e não o fechamento da discussão trazida a juízo. (2015, p. 52.)⁴⁴.

Ante essa realidade, e em face de um sistema como o do atual CPC, que tende a valorizar decisões passadas e utilizá-las como paradigma para decisões futuras, o engajamento discursivo das partes e do juiz, sobretudo no manuseio de certas *técnicas* processuais de ação, defesa e de fundamentação de seus pronunciamentos, assume uma importância essencial e talvez jamais vista entre nós (NUNES; VIANA, 2017).

A primeira dessas *técnicas* está em verificar se a decisão constitui ou não um precedente e se, nessa condição, desfruta, em tese, de eficácia vinculante. Para isso, é necessário investigar sua *ratio decidendi*, identificando-se “[...] os

⁴⁴ No mesmo sentido, Câmara assinala que essa ideia de considerar o precedente como uma espécie de “fim da história”, ou como o encerramento de uma história institucional sobre as questões nele versadas, tem sido um dos principais equívocos na análise do uso de padrões decisórios no Brasil (CÂMARA, 2018).

fundamentos jurídicos que foram imprescindíveis para a solução da demanda anterior”. (NUNES; VIANA, 2017, p. 374-375).

O problema, contudo, é que o esforço de identificação da *ratio decidendi*, em regra, não é tarefa simples. É possível, aliás – e não raro - que a *ratio decidendi* não esteja na fundamentação, como, igualmente, que uma mesma decisão possua mais de uma, ou até nenhuma *ratio decidendi* (MACEDO, 2019).

Ao contrário do que acontece no *common law*, “[...] em que as técnicas de extração da *ratio decidendi* são ínsitas ao próprio sistema jurídico e fazem parte da cultura jurídica há séculos” (NUNES; VIANA, 2017, p. 378), não se vislumbra um movimento semelhante no Brasil, onde o que se vê na prática é uma tendência de aplicação silogística de *ementas* e de padrões decisórios⁴⁵, sem nenhuma retrocarga de cientificidade, muito embora a própria legislação processual considere expressamente *nula* a decisão que se limite a invocar precedente ou enunciado de súmula sem identificar seus fundamentos determinantes (leia-se, sem identificar sua *ratio decidendi*), nem demonstrar que o caso sob exame se alinha ou se ajusta àqueles fundamentos⁴⁶.

Não obstante, como acentua Lucas Buril, precedente é texto e, como tal, carece de interpretação (MACEDO, 2019). Desse modo, sua vinculatividade não é normativa, mas decorre de um elemento hermenêutico indispensável⁴⁷, como bem observa Lopes Filho:

Usar precedente não significa submeter os fatos do novo caso à norma pinçada do julgamento anterior. Não é subsunção. Usar precedente é utilizar a resposta hermenêutica dada anteriormente para responder o que se mostra no presente [...] interpretar um precedente não é determinar o que o tribunal emissor disse ou fez, mas constituir um sentido (fusão de horizontes do precedente e do aplicador), no que entram elementos do passado e do presente. Isso importa saber como a resposta dada (o ganho

⁴⁵ “Assim, no Brasil, há fortes indícios dessa tentativa de clivagem entre a vinculação constante na doutrina dos precedentes, instrumentalizada pelo *stare decisis*, com uma vinculação do sistema por intermédio das súmulas vinculantes e de outros mecanismos secundários, como a repercussão geral, a utilização de súmulas para obstaculizar a *subida* de recursos e a *legitimidade* para juízos monocráticos, sem considerar a inautêntica tradição de os juristas se acomodarem diante de simples ementários jurisprudenciais que fazem o papel de *enunciados performativos*. Ou seja, apostamos em verbetes e ementários, nos esquecendo do aspecto qualitativo da decisão. Por consequência, fortalecemos a prática inautêntica decisória – aquela que se limita a reproduzir verbetes e ementas sem atentar para especificidades do caso concreto”. (STRECK, 2015, p. 126)

⁴⁶ Art. 489 (...) § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: (...) - 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;

⁴⁷ Conforme Lenio Streck: “[...] não há manifestação jurídica que não seja, desde sempre, interpretativa”. (2015, p. 126-127).

hermêutico) se apresenta para solucionar o novo caso: se uma resposta próxima ou distante. O grau entre um e outro extremo é definido pela força hermenêutica. (2016, p. 413).

Por conseguinte, a aplicação de um precedente, e, portanto, a *exumação* de sua *ratio decidendi*, é, por excelência, um esforço interpretativo, que se traduz, ao mesmo tempo, em ato de reconstituição institucional da decisão passada e de atribuição hermenêutica de sentido ao caso presente.

Tal exercício, por sua vez, se opera (ou deve se operar) na linguagem autocrítica e isomênica do processo, impondo-se uma indispensável participação discursiva e policêntrica dos sujeitos processuais, de maneira não só a afastar posições judiciais solipsistas, mas também a garantir que tanto a elaboração quanto a aplicação ou não do precedente ocorram em um ambiente processualizado e sob a contínua e ininterrupta vigilância do devido processo constitucional.

O segundo passo, ou segundo *mecanismo* capaz, possivelmente, de conferir ares mais autocríticos e não dogmáticos ao recinto de criação e de aplicação de um precedente judicial remansa no emprego e na compreensão da técnica do *distinguishing*.

Cuida-se – o *distinguishing* – de uma técnica de *contra-analogia* interpretativa cuja finalidade é exatamente evidenciar a inexistência de correlação (distinção) entre um padrão decisório qualquer e os pressupostos fático-jurídicos de um determinado caso futuro.

Por meio da argumentativa utilização desse expediente, é possível ao interessado demonstrar que o caso sob julgamento possui particularidades que o diferenciam da *decisão-padrão* e que, portanto, exigem um tratamento diverso (CERQUEIRA, 2014). Nesse aspecto, é suficiente a explanação de Alexandre Câmara:

Padrões decisórios, tenham eles eficácia vinculante ou meramente persuasiva, são dotados de uma força gravitacional [...] tal força só pode ser explicada pela necessidade de tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Daí resulta a importância de, diante de um caso concreto ao qual podem ser aplicados os fundamentos determinantes de um padrão decisório anteriormente estabelecido, o juiz ou tribunal verificar se as circunstâncias que levaram à formação daquele padrão decisório estão ou não presentes neste novo processo. Caso não estejam, torna-se imperioso estabelecer e, a partir daí, negar a aplicação o precedente. (2018, p. 289)⁴⁸.

⁴⁸Embora o presente estudo, por opção metodológica, não comporte digressões ou detalhamentos mais exaustivos sobre o tema, Lucas Buril de Macêdo, ao tratar da utilização das técnicas de distinção, as classifica em *distinções ampliativas* e *distinções restritivas*. Para o autor, são

A terceira possibilidade (dentre as aqui abordadas) de abertura dialética para instauração de meios argumentativos dirigidos à fiscalização e ao monitoramento continuado dos domínios de formação e de incidência do Direito jurisprudencial em sentido amplo traduz-se no instrumento do *overruling*.

Entende-se o *overruling* como um permissivo fundamental para eventual superação total ou parcial (*overriding*) de um precedente ou de qualquer espécie de padrão decisório de eficácia vinculante, mediante decisão sujeita à competência exclusiva do próprio órgão judicial que o emitiu.

De se ressaltar, no entanto, que, a despeito de ser “[...] possível que se postule perante a Corte que emitiu o precedente um novo entendimento ou a abolição do antigo” (CERQUEIRA, 2014, p. 139), é necessário observar que os tribunais não podem banalizar sua jurisprudência, ou fazer da alteração de seus padrões decisórios um hábito frequente, ou flutuante.

Aliás, uma das motivações que justificou a criação, no Brasil, de um *sistema de precedentes* foi exatamente a necessidade de conter os fenômenos da dispersão jurisprudencial e da *anarquia interpretativa*, não sendo outra, de efeito, a inteligência que se extrai da dicção do art. 926 do atual código.

Não obstante, embora o mecanismo de superação de precedentes não possa ser transformado numa espécie de *tabula rasa*, o dever de estabilidade que o supracitado dispositivo (art. 926, do CPC) impõe aos tribunais não deve servir de pretexto ou de anteparo para o engessamento e autoimunização de padrões decisórios não fiscalizáveis e irrefletidos.

Sob tal enfoque, conquanto admitindo a necessidade de se fomentar no Brasil uma cultura de respeito aos precedentes – e, aqui, repita-se, não pela autoridade dogmática do órgão judicial que institui, mas em razão de seu conteúdo e do ganho hermenêutico que proporciona, é inexorável, por outro lado, a importância de se estimular a permeabilidade discursiva permanente do sistema à manifestação de técnicas de distinção e de superação de padrões decisórios e de enunciados vinculantes.

ampliativas as distinções quando sua aplicação conduz a uma ampliação da hipótese fática de aplicação da *ratio decidendi*; ao passo que são, por sua vez, restritivas, as distinções que importem em redução da abrangência do enunciado “precedental” originário (MACÊDO, 2019).

Nesse contexto, e no escopo de estabelecer uma acepção menos *porosa* para o fenômeno da jurisprudencialização e de viabilizar alguma *concordância prática* entre o avanço incontido do Direito jurisprudencial e as narrativas do processo democrático, invoca-se, como possível estratégia, a adoção da ideia de Dierle Nunes e de Aurélio Viana, segundo a qual o *sistema normativo de precedentes* do CPC de 2015 acarretou, de fato, como se exprimiu no início desta seção, uma mutação nos *ônus argumentativos* dos sujeitos processuais.

Em decorrência, pois, dessa alteração dos encargos processuais em dimensão subjetiva, que impôs às partes a necessidade de uma mudança firme e contundente em sua atitude discursivo-postulatória, a própria noção de vinculatividade dos *precedentes* tornou-se algo equiparável a uma espécie de *presunção normativa juris tantum*.

Ou seja, uma vez reconhecida uma decisão como precedente, incumbe ao interessado (autor ou réu) o *ônus argumentativo* de - mediante o uso das técnicas de distinção, superação e identificação da *ratio decidendi* - e se esquivar de sua aplicação apriorística ao caso futuro sob julgamento, inaugurando-se o diálogo ainda no *primeiro grau de jurisdição*, desde a petição inicial (para evitar, por exemplo, a incidência do art. 332⁴⁹), ou desde a contestação (prevenindo uma possível subsunção da hipótese ao disposto no art. 311, II⁵⁰).

À luz, nesses termos, de um arranjo teórico-processual de matriz democrático-institucionalizada, a distinção entre demandas, para fins de aplicação ou de afastamento de certo padrão vinculante, “[...] deve ser demonstrada de forma a apontar a diferenciação entre causa de pedir e pedido da lide em julgamento para a lide que deu origem ao precedente”. (MUNDIM, 2018, p. 128).

Sob esse prisma, somente os casos que guardem identidade interna em seus pressupostos jurídicos (causa de pedir próxima) “[...] é que podem gerar entre si

⁴⁹ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

⁵⁰ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...]; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

coerência, integridade e estabilidade para comporem uma cadeia precedental absolutamente correlacionável à formação de uma jurisprudência objetivamente dominante”.(MUNDIM, 2018, p. 128)

O mesmo há de ocorrer quando a própria corte que fixou o precedente estiver defronte à necessidade ou à oportunidade de distingui-lo ou de superá-lo. Em tal hipótese, há de o respectivo tribunal procedê-lo de modo explícito, discursivamente compartilhado, e no ambiente constitucionalizado do processo democrático, que é não só o próprio referente comunicativo da atividade jurisdicional, como, assim, também, o recinto adequado para a prolação de decisões jurídicas sob a ampla influência das partes em contraditório.

Em síntese, portanto, o avanço do Direito jurisprudencial no Brasil navega em concepções nitidamente dogmáticas do Direito, que apostam na erradicação da chamada jurisprudência dispersiva como referencial de estabilidade e garantia de segurança jurídica.

Tal pensamento, no entanto, reforça a crença numa jurisdição mística onisciente, induzindo a monopolização do saber jurídico pelos tribunais, mediante a institucionalização de uma racionalidade insondável e inacessível, cujo eixo de autoridade, porquanto alicerçado sobre as bases de um processo civil de resultados rápidos e de intenções precipuamente operacionais e sociológicas, interdita qualquer possibilidade de legitimação democrática de seus pronunciamentos.

Sob esse panorama, e admitindo-se que todas as tentativas de refrear o movimento de jurisprudencialização da ordem jurídica tendem hodiernamente ao insucesso, surge a necessidade de se observar os precedentes decisórios não como estruturas de fechamento sistêmico-hermenêutico, mas como vetores de reconfiguração/amplificação dos encargos (*onera*) argumentativos dos sujeitos processuais, competindo-lhes o uso processualizado das técnicas de distinção (*distinguishing*) e de superação (*overruling*) como meios de fiscalização e controle dos poderes dos juízes.

Nessa medida, e compreendendo-se a linguagem processual como referencial aceitável de articulação entre a ideia de democracia e o regime de padrões decisórios instituído pelo CPC de 2015, é que se torna possível pensar um sistema de precedentes que, ao mesmo tempo, seja autoimune às contaminações instrumentalistas que pregam a produtividade a qualquer custo, mas possa absorver

toda a retrocarga crítico-argumentativa que só uma teoria do processo democrático é verdadeiramente capaz de proporcionar.

5 CONCLUSÕES

Consoante os levantamentos empreendidos no curso inteiro deste experimento, observou-se o histórico assentimento da doutrina processual brasileira ao *processualismo* bulowiano articulado na segunda metade do século XIX, que, em síntese, resume o processo como uma relação jurídica autônoma de submissão das partes a um saber privilegiado dos juízes, configurando-se como técnica procedimental, ou como meio de obtenção de decisões estatais legitimadas na crença sobre uma autoridade judicial conhecedora do Direito e redentora de uma sociedade idealizada e pressuposta.

Tal compreensão, que rapidamente se espalhou pelo mundo ocidental, chegando ao Brasil logo nas primeiras décadas do século XX, serviu de referencial teórico para a elaboração dos códigos de 1939 e de 1973, inspirando o desenvolvimento, no Brasil, de uma dogmática autoritária, fundada na centralidade do papel do juiz e em sua afirmação como protagonista permanente da “relação jurídico-processual”.

Com o advento da redemocratização político-jurídica, o movimento de conformação das diretrizes do processo ao novo ciclo constitucional tornou-se, no imaginário coletivo, uma necessidade inadiável. De fato, a subsistência de uma ordem processual fabricada em um regime claramente de exceção, revelava-se, em quase tudo, incompatível em relação aos novos ares democráticos difundidos e consolidados após a vigência da Constituição Cidadã.

Nesse ambiente, a ideia de elaborar-se um código de processo surgiu e amadureceu com certa naturalidade, reforçando-se, em especial, na promessa e na esperança de que só uma nova legislação, modernamente estruturada em função de demandas sociais contemporâneas, poderia, eficazmente, desobstruir o sistema de Justiça e viabilizar uma *prestação jurisdicional* rápida, efetiva e minimamente onerosa.

Malgrado, todavia, gestado num recinto de larga discussão popular, o CPC de 2015 não correspondeu adequadamente a esses prognósticos. Sua base normativa, ao contrário, manteve, em grande parte, vários dos conteúdos e ideologias do

Código Buzaid, insistindo na instrumentalidade técnico-operacional do processo para favorecer objetivos autocráticos de uma jurisdição célere, previsível e eficiente.

Sob esse panorama, pretendeu-se, aqui, justamente, testar a hipótese de que, em virtude de opções metodológicas equivocadas, o *novo* Código de Processo Civil *pouca novidade trouxe*, apostando em estratégias e disposições que, em verdade, fomentam o protagonismo judicial e estimulam uma tendência de jurisprudencialização do Direito, reduzindo a interpretação jurídica a uma atividade quase mecânica de reiteração de padrões decisórios *não esclarecidos* e arredios a uma autocrítica permanente.

Para os fins de tal experimento, buscou-se demonstrar a aderência da atual legislação a uma narrativa processual de viés autoritário, evidenciando o entrelaçamento conceitual entre vários de seus dispositivos (como os seus artigos 6º, 8º, 139, 370, 371 e 489, §§ 1º, IV e 2º) e os pressupostos que embasam a definição de processo como relação de poder/violência e subordinação das partes ao juiz, e como instrumento procedimental da *jurisdição judiciária* para a consecução de escopos metajurídicos (sociais, políticos e jurídicos) do Estado.

Observou-se, de igual modo, que, em razão de seu alinhamento filosófico a uma epistemologia processual antidemocrática, o CPC de 2015 empenhou-se na realização de um projeto legal de pretensões essencialmente quantitativas, desvirtuando-se de um modelo constitucionalizado de processo, mas legitimando-se na (falsa) promessa de erradicação da morosidade (combate ao inimigo como justificativa para medidas de exceção), em troca de uma excessiva valorização de precedentes jurisprudenciais forjados não para conferir racionalidade discursiva ao Direito, mas como mecanismos de aceleração/simplificação de julgamentos e de gerenciamento de pontos repetitivos.

Examinaram-se, ainda, possíveis desdobramentos negativos dessa (artificial) instituição de um “sistema de precedentes à brasileira”, apontando-se que a utilização de padrões decisórios como técnica de priorização da eficiência e da celeridade conduz a uma dispersão das garantias constitucionais do processo e a um esvaziamento da análise do caso concreto, por meio da desidratação dos espaços processuais reservados à argumentação dialógico-intersubjetiva.

Quanto ao mais, verificou-se, *nam cetera*, que, sob essa conjuntura, em que a jurisprudência se substitui à lei como fonte primária do Direito, a orientação dos tribunais tende a ser estabelecida e aplicada por meio de simplificações silogísticas

diretas, que desprezam a necessidade de testificação permanente de hipóteses e renunciam à possibilidade de legitimação democrática das respectivas decisões pela linguagem do devido processo constitucionalizado.

Nessa contextura, após confirmada a ideia inicial de que o CPC de 2015 é um código que se reveste de feições utilitaristas e que, igualmente, estimula o discurso de autoridade, passou-se a uma última indagação, no sentido de apurar, a despeito da leitura até então empreendida, se as ideias de jurisprudencialização do Direito e de processualidade (constitucional) democrática são, de fato, absolutamente incompatíveis, ou se seria possível cogitar-se numa eventual aproximação entre elas.

Em resposta, abordaram-se quatro teorias específicas, observando-se que, à exceção da que sugere a transformação dos tribunais superiores em cortes supremas, as demais (tese do *Contraditório qualificado*, tese das *Câmaras mistas de revisão de Jurisprudência* e tese da Criação de um *procedimento constitucional de revisão de Jurisprudência*), embora reconhecendo o avanço do Direito jurisprudencial como um caminho sem volta, oferecem opções aparentemente viáveis para diálogo democrático com esse movimento

Ao fim, denotou-se uma tentativa própria de solução capaz de gerenciar essa suposta interface dos dois conceitos aqui aludidos: propôs-se, no ensejo, na linha das tematizações de Aurélio Viana e Dierle Nunes, que o *sistema de precedentes* do CPC/2015 operou uma *mutação nos ônus argumentativos* dos sujeitos processuais, atribuindo aos padrões decisórios uma eficácia equiparável a uma presunção normativa *juris tantum*

Sob essa configuração – a viabilizar-se, na prática, por meio da absorção de técnicas da distinção de casos e de superação de entendimentos consolidados - ao mesmo tempo em que se restaura a possibilidade de fiscalização continuada sobre o recinto de aplicação dos *precedentes*, preserva-se certo grau de segurança e estabilidade jurídica que a certas decisões se impõe verificar.

REFERÊNCIAS

ÁLCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Salustiano Manuel Enrique. História, Pensamento e Terminologia Processuais. **Revista de Derecho Procesal**, Argentina, 1947.

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

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. **I Fondamenti Costituzionali della Giustizia Civile**: Il Modelo Costituzionale del Processo Civile Italiano. 2. ed. Torino: Giappichelli, 1997.

ARENHART; Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria do processo civil. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v.1.

AROCA, Juan Montero. **La prueba en el proceso civil**. 6. ed. Espanha: Thompson Reuters, 2011.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Processo, Jurisdição e Processualismo Democrático na América Latina. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, jul./dez. 2010.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Miradas sobre o processo civil contemporâneo. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. Sexta série. São Paulo: Saraiva, 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*: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord.). **Constituição e Processo**: a contribuição do processo penal ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Trabalhando com uma Nova Lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, p. 1-47, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-trabalhando-logica-ascensao.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2020.

BEDAQUE, José dos Santos Carvalho. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? *In*: BEDAQUE, José dos Santos Carvalho; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (org.). **Garantias Constitucionais Aplicadas ao Processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BEDAQUE, José dos Santos Carvalho. **Efetividade do Processo e Técnica Processual**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017

BORBA, Alderico Kleber de. **O Direito de Influência no Julgamento no Código de Processo Civil**: contraditório tridimensional. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 1 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. Acesso em: 1 jan. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Anteprojeto de Reforma do Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 1 jan. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 1 jan. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jan. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BÜLOW, Oskar von. **La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964.

BUZAI, Alfredo. A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 72, n. 1, p. 131-152, 1977.

CAMARA, Alexandre Freitas. **Levando os Padrões Decisórios a Sério**: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula. São Paulo: Atlas, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. São Paulo. Classic Book, 2000. v. 1 e v. 2.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. v. 1.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre Direito Processual, economia e psicologia. 2016, 187f. Tese (Doutorado). Programa de pós-graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

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

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

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: discursos, ensaios e conferências. Belo Horizonte: Livraria Jurídica Universal, 2003.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**: participação e oposição. São Paulo: EdUSP, 1997

DE BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria del Precedente Judicial**: la justificación y la ampliación de las reglas jurisprudenciales. Lima: Legales, 2016.

DELFINO, Lúcio. Cooperação Processual: inconstitucionalidades e excessos argumentativos – Trafegando na contramão da doutrina. **Revista Brasileira de Direito Processual RDBPro**, Belo Horizonte, ano 24, n. 93, p. 149-168, jan/mar. 2016.

DELGADO, Jaime Guasp. **Derecho Procesal Civil**. 4. ed. Revisada e adaptada por Pedro Aragonés Alonso. 4. ed. Madri: Civitas, 1998. 2 tomos.

DEL NEGRI, André. Velhas variações ideológicas sobre “Estado” “reino da autoridade”, “leis secretas” e outras encruzilhadas do dogmatismo jurídico. O que fazer com isso? *In*: LEAL, André Cordeiro (org.). **Processo Como Democracia na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivim, 2019.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v.1.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão T. Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, Gustavo de Castro. **Jurisprudencialização do Direito**: reflexões no contexto da processualidade democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX-ZAMÚDIO, Héctor. Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho procesal constitucional. *In*: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). **Derecho procesal constitucional**. 4. ed. México: Porrúa, 2003. t. I.

FREITAS, Helena. **Eficiência da Jurisdição**: necessidade de desconstrução para a efetivação do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GAJARDONI, Fernando. **O Livre Convencimento Motivado não Acabou no Novo CPC**. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2015/04/06/livre-convencimento-motivado-cpc/>. Acesso em 20 dez. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes?** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1 e v. 2.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **Uma Teoria da Decisão Judicial**: fundamentação legitimidade e Justiça. Salvador: JusPodvim, 2017.

JULIANO, Tiveron Sérgio. Apresentação. In: LEAL, André Cordeiro *et al.* (org.). **Processo Como Democracia na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: duas formas de pensar. Tradução Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

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

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante) projeto do novo Código de Processo Civil. *In*: CASTRO, João Antônio Lima (coord.). **Direito Processual**. Belo Horizonte: Instituto de Educação Continuada, 2012.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O devido processo legal e a excepcionalidade normativo-ambiental. *In*: CARVALHO, Newton Teixeira; REIS, Emilien Vilas Boas; RIOS, Mariza (coords.). **Estado de Exceção Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O Processo Como Instituição Regente da Processualidade Democrática. *In*: LEAL, André Cordeiro *et al.* (org.). **Processo Como Democracia na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: D'Placido, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica**. Belo Horizonte: Landy, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 14 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LIEBMAN, Enrico Túllio. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2005. v. 1.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os Precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.

MACEDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Nova Lei, Velha Mentalidade**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/12/01/nova-lei-velha-mentalidade-novo-cpc/>. Acesso em: 22 dez. 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2016.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Argumentação Jurídica**: (in)compatibilidades entre a tópica e o processo. Curitiba: Juruá, 2014.

MAGALHÃES, Joseli Lima. A Construção do Novo Código de Processo Civil Brasileiro a partir da Influência Exercida pela Comissão de Juristas Elaboradora do Anteprojeto: a importância da Doutrina como Fonte do Direito Processual Civil. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto/SP, a. XXI, v. 25, n. 2, p. 173-205, jul./dez. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Pedro Batista. A defesa do anteprojeto do Código de Processo Civil. *In*: Processo Oral. Rio de Janeiro, Forense, 1940, p. 225-238.

MENGER, Anton. **El Derecho Civil e los Pobres**. Buenos Ayres: Atalaya, 1947.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. **Direito Penal do Inimigo**: a terceira velocidade do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2018.

MUNDIM, Luiz Gustavo Reis. O Paradoxo de Bülow no Novo Código de Processo Civil: os artigos 8º e 140 como homologadores do solipsismo judicial. *In*: FREITAS, Sérgio Henrique Zandoná; LEAL, André Cordeiro; FRATTARI, Rafael; ENGELMANN, Wilson (org.). **Jurisdição Técnica Procedimental**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. v. 6. p. 45-80.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Precedentes**: da vinculação à democratização. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas: Millennium, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NUNES Dierle; DELFINO, Lúcio. Do Dever Judicial de Análise de Todos os Argumentos (Teses) Suscitados no Processo, A Apreciação da Prova e a *Accountability*. *In*: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio (org.). **O Fim do Livre Convencimento Motivado**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. 121-144.

NUNES, Dierle. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flavio Quinaud. **Desconfiando da Imparcialidade dos Sujeitos Processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: JusPodvim, 2018.

PEREIRA, Mateus Costa. Sobre o Mito Autoritário do Livre Convencimento: em defesa da intersubjetividade na valoração da prova pelo *homo sapiens-demens*. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio (org.). **O Fim do Livre Convencimento Motivado**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 49-74.

POZZOLO, Suzana; DUARTE, Ecio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**: as faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.

SALDANHA, Nelson. **Da Teologia à Metodologia**: secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SAMPAIO, André da Rocha; FAYET, Fábio Agne. Aproximação do Conceito de Contraditório ao Inquérito Policial a partir da Obra de Fazzalari. **Olhares Plurais**. Revista Eletrônica Multidisciplinar, Maceio, v. 2, nº 13, 2015, p. 17-30

SANTOS, Moacir Amaral. Contra o Processo Autoritário. **Revista da Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 54, n. 2, p. 212-229, 1959.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SERRANO, Pedro Estavam Alves Pinto. **Autoritarismo e Golpes na América Latina**: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. São Paulo: Alameda, 2016.

SOARES, Carlos Henrique. Paradoxo dos precedentes judiciais. **Revista Brasileira de Direito Processual – RDBPro**, Belo Horizonte, v. 25, n. 100, p. 55-83, out./dez. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. A ADI 4.277 e a ADPF 132 e o Caso das Uniões Homoafetivas: reedição da fórmula de Radbruch ou do “enigma do direito ruim”. In: STRECK, Lênio Luiz. (org). **30 Anos da CF em Julgamentos**: uma radiografia do STF. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. Exorcizando o Livre Convencimento. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio (org.). **O Fim do Livre Convencimento Motivado**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 7-8.

STRECK, Lênio Luiz. **O novo CPC e as Esdrúxulas “Regras de Experiência Comum”**: verdades ontológicas? Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-09/senso-incomum-ncpc-esdruxulas-regras-experiencia-verdades-ontologicas>. Acesso em: 22 dez. 2019.

STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo

dworkiano. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 52, n. 206, p. 33-51, abr./jun. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. O que é Isto – Livre convencimento motivado e livre apreciação da prova? *In*: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio (org.). **O Fim do Livre Convencimento Motivado**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 11-26.

STRECK, Lênio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é Isto**: o precedente judicial e as súmulas vinculantes. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Precedentes Judiciais e Hermenêutica**: o sentido da vinculação no CPC/2015. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2019.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

TORNAGHI, Hélio. **A Relação processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Novo CPC: Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **Consultor Jurídico**, 4 mar. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>. Acesso em: 20 dez. 2019.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes**: a mutação do ônus argumentativo. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VILLELLA, João Batista. Por uma nova teoria dos contratos. **Revista Forense**, Vol. 261, ano 74, jan/mar, 1978

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

WILD, Rodolfo. **O princípio do livre convencimento no CPC de 2015**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio. **O Inimigo no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016.