

PODER JUDICIÁRIO E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS: BREVE DIÁLOGO ENTRE O DIREITO E A ÉTICA NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THE JUDICIARY AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS: SHORT DIALOGUE BETWEEN THE LAW AND ETHICS IN THE ADMINISTRATION OF JUSTICE AND THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURAL

Gabriela Soares Balestero¹

RESUMO

A finalidade deste artigo é estudar a ética do Magistrado e o seu papel na administração da Justiça. É necessário o diálogo entre a Ética e o Direito. Assim o juiz ético deve atuar respeitando a ética normativa, os Princípios e os Direitos Humanos e não atuar de forma meramente solitária, sem a observar todo o conjunto normativo, principiológico e a participação democrática das partes para a construção do provimento jurisdicional. Portanto, o presente estudo possui dois objetivos específicos: 1) a reformulação processual na prática sob uma perspectiva democrática consoante o Novo Código de Processo Civil; 2) a construção do provimento Jurisdicional pelos sujeitos do processo em simétrica paridade de armas.

Palavras – chave: papel ético dos juízes; participação das partes; reformulação processual.

ABSTRACT

The purpose of this article is to study the ethics of the Magistrate and his role in the administration of justice. It is necessary dialogue between ethics and law. So the judge must act respecting ethical normative, principles and the human rights and not to act merely lonely without watching the principles and the democratic participation of the

¹ **Gabriela Soares Balestero.** Doutoranda em Direito Constitucional pela UBA. Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduanda em Ciência Política e em Letras/Espanhol. Advogada, Professora Universitária. Corretora de Imóveis. Endereço eletrônico para contato: gabybalestero@yahoo.com.br.

parties to the construction of the jurisdictional decision. Therefore, this study has two objectives: 1) the procedural overhaul in practice under a democratic perspective as the new Code of Civil Procedure, 2) the construction of the court dismissed the subject of the proceedings at parity symmetric arms.

Keywords: Ethical role of judges; stakeholder; procedural overhaul.

1. INTRODUÇÃO

A finalidade deste artigo é estudar a ética do Magistrado e o seu papel na administração da Justiça. É necessário o diálogo entre o Direito e a ética, pois o juiz ético deve atuar respeitando a ética normativa, os Princípios e os Direitos Humanos e não atuar de forma meramente solitária, sem a observar todo o conjunto normativo, principiológico e a participação democrática das partes para a construção do provimento.

No entanto, o que observamos é uma crescente falta de compromisso com a ética em todos os setores do Estado inclusive no âmbito do Poder Judiciário, onde deveria ser implantada a primeira célula de comprometimento com a ética e o bem público, o que redundam invariavelmente para o prejuízo para os tutelados. Esperamos que, com o novo código de processo civil em que há previsões de medidas que visam efetivamente respeitar o contraditório e a paridade de armas, os direitos fundamentais como um todo sejam efetivados pelo julgador.

É absolutamente inegável a contribuição de Kant sobre a necessidade de uma universalização dos princípios éticos, como único critério de validade do exercício da razão (ou do agir humano), e sua teoria passou a influenciar toda a humanidade, até porque todas as constituições de Estados considerados democráticos na modernidade estabeleceram princípios ditados universalmente, como pressuposto para a criação do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Dentro desse contexto, não restam dúvidas, surge a figura do julgador, que, se de um lado se revela muitas vezes positivista-legalista, isto é, apenas na expressão da *la bouche de la loi* montesqueniana, de outro um perigoso “Hercules” descrito por Ronald Dworkin, já que, por ser dotado de talentos extraordinários e de clarividência interpretativa de situações fáticas numa completude normativa, é único a conseguir encontrar a decisão ética e considerada a mais *justa*. O maior desafio, portanto, a ser

enfrentado pela sociedade e, por conseguinte, pelo Judiciário, que representa o principal canal democrático para as soluções dos conflitos de interesses, é equacionar a dicotomia no estado contemporâneo que se estabelece quando se busca segurança, procurando manter, ao mesmo tempo, ideais de liberdade e justiça.

Assim ativismo judicial, decorrente das decisões solipsistas e muitas vezes arbitrárias do Poder Judiciário brasileiro é um forma de julgamento antiético por parte do magistrado, visto que o Poder Judiciário deve tomar decisões de maneira que o provimento Jurisdicional seja construído de forma democrática valorizando o contraditório e a intersubjetividade entre as partes na construção do provimento jurisdicional. O processo deve ser visto pelo julgador sob uma ótica humanista, respeitando os direitos humanos e sob uma forma democrática em que há a efetiva participação de todos os sujeitos envolvidos no processo na construção do provimento Jurisdicional, ou seja, na elaboração de uma decisão judicial para aquele caso.

O presente estudo terá como marco teórico o entendimento kantiano, a visão humanista e a ótica processualista democrática do processo baseado na teoria habermasiana e fazzalariana, na qual é proposto um modelo mais democrático de processo, baseado em uma estrutura policêntrica na qual todos os sujeitos participam do processo em paridade de armas e na qual o magistrado assume uma postura humanista, respeitando efetivamente os princípios gerais do direito e os direitos humanos.

2. A CONTRIBUIÇÃO KANTIANA

Kant falava sobre a necessidade de uma universalização dos princípios éticos, como único critério de validade do exercício da razão (ou do agir humano), e sua teoria passou a influenciar toda a humanidade, até porque todas as constituições de Estados considerados democráticos na modernidade estabeleceram princípios ditados universalmente, como pressuposto para a criação do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Segundo Joaquim Carlos Salgado “nenhuma teoria moral, nenhuma ética até Kant procurou assentar-se em princípios *a priori*, por isso, universais, garantidores da sua validade. E, mais, todas as éticas até então existentes buscaram o fundamento da sua

validade fora delas mesmas, em conceitos externos. Só a ética kantiana procura princípios próprios para a sua fundamentação².”

Na visão kantiana não existe discrepância de princípios éticos (ciência da moralidade e das liberdades) com o direito ou leis jurídicas (ciência jurídica), desde que estas sejam universalizadas no âmbito da própria moralidade, e não só pela sua origem na razão *a priori*, mas também no momento de sua aplicação.

Para Kant, o discurso ético deve ser baseado em uma moral universalista, ou seja, deve se sustentar em uma racionalidade conhecida de todos, pois a apreciação moral subjetiva está sujeita às inconstâncias do homem.

No entendimento de Bryan Magee, para Kant a universalização da moral é fundada na razão e esta razão não é universalmente válida quando apenas houver um interesse próprio. Assim, se determinada coisa é certa para alguém, tem de ser certa para qualquer outro na mesma posição. Isso significa que, se o mundo empírico é governado por leis científicas que têm aplicação universal, logo, também a moral é governada por leis que têm aplicação universal³.

O Direito procura a universalização de princípios éticos para a formulação de suas máximas e para a concretização do agir humano segundo o ordenamento jurídico e o respeito aos direitos humanos⁴. Para Kant há uma diferença de fundo entre o Direito e a ética, pois em seu sentido estrito, a ética seria apenas uma teoria das virtudes, mas em sentido amplo, a ética para ele seria a ciência das liberdades morais e jurídicas.

Segundo Salgado há uma preocupação de Kant em “*encontrar um grau razoável de ‘cientificidade’ para a Ética, isto é, uma objetividade traduzida na necessidade e universalidade dos seus princípios, diante da mutabilidade do éthos, entendido como conjunto do agir humano*”⁵.

Portanto, na visão kantiana não existe discrepância de princípios éticos (ciência da moralidade e das liberdades) com o direito ou leis jurídicas (ciência jurídica), desde

² SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant** - seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p.144.

³ MAGEE, Bryan. **História da filosofia**. 3. ed. São Paulo, 1999.

⁴ A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a construir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servido como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional” (PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48).

⁵ SALGADO, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant** - seu fundamento na liberdade e na igualdade. Belo Horizonte: UFMG, 1995, p.152.

que estas sejam universalizadas no âmbito da própria moralidade, e não só pela sua origem na razão *a priori*, mas também no momento de sua aplicação.

3. AS AÇÕES ÉTICAS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

A ausência de um referencial de moralidade conduz a insegurança e injustiças, sendo, dessarte, a busca da ética imprescindível no Estado que se insere nos paradigmas de direito e democrático. Porém, para o exercício da ética é necessário encontrar um grau de cientificidade de maneira a ser estabelecidos padrões ou parâmetros para a atuação do Estado e da sociedade. Além disso, tanto o juiz quando o próprio Poder Judiciário necessitam desse paradigma ético para bem exercer as suas funções institucionais

Como fatores essenciais à conformação na prática da eticidade exigida para o juiz, afigura-se, importante a colocação de José Renato Nalini, ao se referir à necessidade de o juiz manter-se, no desempenho de suas atribuições, nos limites dos fundamentos constitucionais, isto é, dos “valores adotados como bons pelo formulador originário desse pacto”⁶. Ademais, acrescenta Nalini:

O profissional juiz subordina-se a uma normatividade ética derivada não apenas da Carta Fundamental, que prevê as vedações do parágrafo único do art. 95, mas também do Estatuto da Magistratura - de índole igualmente constitucional, com sede no art. 93. Essa normatividade hoje vigora sob a forma da Lei Complementar Federal 35, de 14.3.79, a conhecida LOMAN - Lei Orgânica da Magistratura Nacional, recepcionada pela superveniente ordem fundante. Não se está diante de uma ética, pois não existem, substancialmente, idéias divergentes sobre o bem e a perfeição. Mas uma espécie do mesmo gênero, consoante confirma

Antonio Peinador Navarro: ‘A moral profissional é uma aplicação da moral à profissão, ou melhor, ao profissional [...] Não hão de ser, nem podem ser, distintos princípios, de razão ou revelados, que rejam a vida moral do profissional, enquanto tal, dos que hão de reger a vida de qualquer mortal, posto que a moral, como a verdade, não pode ser mais que uma.

Sem prejuízo, nem tudo o que é princípio ou base do raciocínio prático tem porque endereçar-se ao profissional, nem aquele que a ele se aplica, idêntico em sua concepção genérica, chega ou há de chegar até ele da mesma forma e com a mesma carga de conclusões com que chega aos demais, enquanto alheios ao mundo da profissão’⁷.

⁶ NALINI, José Renato. O juiz e a ética no processo. In NALINI, José Renato. **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, cap. 7, p. 91.

⁷ NALINI, José Renato. O juiz e a ética no processo. In NALINI, José Renato. **Uma nova ética para o juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, cap. 7, p. 91.

Destaca Nalini a preocupação de enunciação de um Código de Ética Judicial, merecendo menção o decálogo do Juiz Juan Carlos Mendoza, Professor da Universidade Católica de Assunção e assim redigido:

1. *Sê honesto*. O conteúdo necessário do Direito são os valores morais, donde não se pode conceber um ordenamento jurídico que não responda a um princípio ético. Por esses valores morais, o Direito existe, tem autoridade, aperfeiçoa-se e se impõe aos homens. Para que possas aplicá-lo com rigor e cumprir seus pressupostos últimos, deves encarnar em ti esses valores, dentre os quais a honestidade é o primeiro e essencial ao teu ministério.
2. *Sê sóbrio*: a sobriedade é uma exigência do teu cargo. Para que sejas um verdadeiro magistrado e alcances o respeito de teus semelhantes, hás de ser necessariamente exemplar em tua vida pública e privada e hás de condensar, em todas as tuas decisões, o equilíbrio de tua alma.
3. *Sê paciente*: quem vai aos tribunais em demanda de tua justiça, leva atribulações e ansiedades que hás de compreender. Esta é a parte mais sensível e humana de tua missão; ela te ajudará a ter presente que o destinatário de sua sentença não é um ente abstrato ou nominal, mas que é um homem, uma pessoa humana.
4. *Sê trabalhador*: deves esforçar-te para que tenha vigência o ideal de justiça rápida, se bem que não deves sacrificar o estudo à celeridade. Trabalha no pleito mais insignificante com a mesma dedicação que no pleito mais importante e, em todos os casos, tem presente que o que está em jogo é a própria justiça.
5. *Sê imparcial*: o litigante luta pelo seu direito, tanto quanto tu lutas pelo direito. Isto não deves esquecer nunca. Não te deves levar por tuas simpatias ou antipatias, por conveniências ou compaixões, nem por temor ou misericórdia. A imparcialidade implica a coragem de decidir contra os poderosos, mas também o valor muito maior de decidir contra o fraco.
6. *Sê respeitoso*: respeitoso da dignidade alheia e da tua própria dignidade; respeitoso nos atos e nas palavras. Todo o Direito é dignidade; está dirigido à dignificação da pessoa humana e não se pode conceber esvaziado dela. Deves estar consciente da imensa responsabilidade do teu ministério e da enorme força que a lei põe em tuas mãos.
7. *Sê justo*: antes de mais nada, verifica, nos conflitos, onde está a Justiça. Em seguida, fundamenta-a no Direito. Do ponto de vista técnico, hás de esforçar-te para que a verdade formal coincida com a verdade real e para que a tua decisão seja a expressão viva de ambas.
8. *Ama o Direito*: se a advocacia é um nobre apostolado, que exige um profundo amor ao Direito, a magistratura judicial é um apostolado mais nobre ainda, isento de enganos e refúgios, que exige para o Direito uma devoção maior porque não te dará triunfos, nem riquezas.
9. *Sê independente*: tuas normas não de vir unicamente das normas da lei e de tua consciência. Não é por capricho que se quer que sejas independente e que os homens tenham lutado e morrido pela independência, mas porque a experiência da humanidade demonstra que esta é uma garantia essencial da Justiça, a condição da existência do poder jurisdicional, o modo mais eficaz de proteger o indivíduo contra os abusos do poder.
10. *Defende a liberdade*: tem presente que o fim lógico para o qual foi criada a ordem jurídica é a Justiça e que a Justiça é conteúdo essencial da liberdade. Na medida em que a faças respeitar, tu, teus companheiros e tua posteridade gozarão de seus benefícios, pois nunca foram livres os homens, nem os povos, que não souberam ser justos. Defender a liberdade não é fazer política, senão preservar a saúde da sociedade e o destino das instituições que a justificam. Para cumprir com o teu dever, para que esse baluarte seja uma fortaleza, sem necessidade de canhões, nem de soldados, para que seja majestoso e imponente, é mister que tu o levantes como nunca, por cima das paixões e cumpras, com grandeza e com suprema energia, teu dever de

magistrado, em alto apostolado jurídico; que não cedas ante a violação de uma lei e não te embaraces no atentado contra uma única garantia. (NALINI, 1994, 93-95)⁸

Ao magistrado no exercício desse seu mister, isto é, de defesa da liberdade de maneira indissociável da ética e, por conseguinte, como fator de garantia de segurança jurídica e social, incumbe, ter uma perspectiva da jurisdição como elemento de inclusão social ou de efetivação da cidadania, entendida a partir de novos paradigmas de (re) construção do direito processual.

4. UMA RECONSTRUÇÃO PROCESSUAL: A VISÃO PROCESSUALISTA DO PROCESSO COMO UM PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO E A NECESSIDADE DE LIMITAR OS PODERES DO JUIZ

Em 1.868, Bulow⁹ em seu famoso livro “Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias” manifestou o seu entendimento no sentido de que o processo é uma relação jurídica entre as partes e o juiz, não se confundindo com a relação jurídica de direito material, ou seja, para ele haveriam dois planos de relações, uma de direito material e outra de direito processual.

A teoria de Bulow foi criticada por Goldschmidt¹⁰ que lançou contra ela a teoria do processo como situação jurídica, pois para ele, o direito, através do processo, passa a sofrer uma mutação estrutural, isto é, o que era direito subjetivo passa a ser mera expectativa.

Tais teorias em tempos recentes vêm sendo criticadas pelo italiano Élio Fazzalari, com uma idéia simples e de extrema importância, buscando afastar o velho clichê da relação jurídica processual, consoante explicação de Ada Pellegrini Grinover¹¹:

O processo como procedimento em contraditório: uma idéia simples e genial, que se afasta do “velho e inadequado clichê pandectístico da relação jurídica processual”, [...] esquema estático [...] que leva em conta a realidade, mas não a explica”. O contraditório, como estrutura dialética do

⁸ NALINI, José Renato. O juiz e a ética no processo. In NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, cap. 7, p. 93-95

⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 280.

¹⁰ Ibidem, p. 281.

¹¹ Em apresentação no livro de FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2006, p. 5.

processo, que comprova a autonomia deste em relação a seu resultado, porque “ele [o contraditório] existe e se desenvolve, ainda que não advenha a medida Jurisdicional [...] e é empregado mesmo para estabelecer se o provimento Jurisdicional deva, no caso concreto, ser emitido ou recusado.”

Consoante o entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves¹²: “o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma seqüência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.”

Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os “interessados”, em contraditório, colhemos a essência do “processo”: que é, exatamente, um procedimento, ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os “interessados”, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.¹³

Nesse passo, requer-se a participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, e, deste modo, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório.

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 das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um 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.¹⁴

Em um processo encarado sob uma perspectiva democrática há a construção do provimento Jurisdicional pelas partes em simétrica paridade de armas, sendo, necessário, portanto, o afastamento do decisionismo do julgador e a implantação da comparticipação na formação das decisões.

A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co – responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo

¹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 102.

¹³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1.ed., 2006, p. 33.

¹⁴ Ibidem, p. 119/120.

processual. [...] Tal perspectiva procedimental, defendida por Habermas, como já expresse, importa na percepção de um Estado constitucional que se legitima, por meio de procedimentos (HABERMAS, 1994, p. 664) que devem estar de acordo com os direitos fundamentais e com o princípio da soberania do povo.¹⁵

Seguindo o mesmo entendimento Aroldo Plínio Gonçalves¹⁶ afirma, “o controle das partes sobre os atos do juiz é de suma importância e, nesse aspecto, a publicidade e a comunicação, a cientificação do ato processual às partes (que é, também, garantia processual) é de extrema relevância.”

A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.¹⁷

O juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, respeitando e assegurando às partes a participação na formação das decisões, ou seja, na produção do provimento Jurisdicional de forma a derrubar a teoria da relação jurídica processual.

Certo é que o Jurista não pode desenvolver o seu dever se ignora as outras componentes – morais, sociais, políticas, econômicas – da comunidade; mas também os cultores destas últimas não podem operar nos setores de sua competência se não conhecem o papel que o direito tem na sociedade. É necessário, portanto, a consciência das *rationes distinguendi* da Jurisprudência e das outras “ciências sociais”; do fato de que cada uma delas tem formatado e utilizado – nem poderia ser de outra forma: não é lícito, também, o processo da história – instrumentos próprios para colher a realidade do próprio ponto de vista. Em suma, é contemplada a complementaridade das diversas abordagens; não é admitido, ao contrário, sincretismo de métodos.¹⁸

Nesse passo, o procedimento seria uma seqüência de atos valorados, que alcançariam o ato final proferido pelo magistrado, cuja formação todos concorreram, havendo o que Fazzalari denomina de combinação¹⁹, na qual haveriam conexões entre normas, atos e posições subjetivas em meio ao processo.

¹⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 195/196.

¹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 112.

¹⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 197.

¹⁸ FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2.006, p. 75.

¹⁹ Ibidem, p. 91.

Por essa visão conclui-se que não existe entre os sujeitos processuais uma submissão das partes ao juiz e sim uma interdependência, sendo inaceitável, portanto, o esquema de relação jurídico processual.

Não se podem mais realizar interpretações do sistema processual sem tomar por base o “modelo constitucional de processo” e sem perceber que além de se buscar a eficiência (geração de resultados úteis) há de se buscar uma aplicação que implemente a percepção dinâmica das normas constitucionais, lidas de modo a permitir participação e legitimidade em todas as decisões proferidas. *Inaugura-se uma concepção garantística do processo* em contraponto e superação com sua concepção publicística e socializadora.²⁰

Fazzalari²¹ entende que a participação é um elemento estrutural e legitimante das atividades processuais, daí sendo importante a participação técnica das partes na construção do provimento Jurisdicional.

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera pública o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “*interessados*” (aqueles que aspiram a emanção do ato final – “*interessados*” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “*contra – interessados*”) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “processo”.²²

Porém, infelizmente essa não a realidade atualmente vista atualmente no ordenamento jurídico brasileiro, na qual há a concentração excessiva de todo o poder decisório nas mãos do Judiciário diante da postura solipsista do magistrado na tomada de decisões, tornando-as cada vez mais arbitrárias.

O ativismo judicial vem sendo debatido pela doutrina, especialmente após a criação das Súmulas Vinculantes pela Emenda Constitucional 45/04 que acrescentou à Constituição o artigo 103 – A.

Destaca-se que sempre houve uma tendência dos tribunais que os juízos inferiores devessem seguir a orientação dos superiores de forma que a uniformização da Jurisprudência pudesse conviver com o princípio da hierarquia dos tribunais.

²⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.

²¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 207.

²² FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 1ªed., 2.006, p. 94.

Além desse aspecto, não se pode mais acreditar em um Estado Democrático de Direito no qual o judiciário deixe de julgar casos e passe a julgar somente teses, como a lógica da produtividade e da eficiência a qualquer custo parece impor, que permite aos juízes exerçarem um papel “judicializante” (da política e das relações sociais), que pode gerar impactos políticos, econômicos e jurídico nefastos.²³

Porém, a partir do momento em que há a possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelos tribunais superiores com a obrigatoriedade de aplicação a todos os tribunais inferiores questiona-se a existência dos princípios como a inexistência de hierarquia entre os tribunais, liberdade de convencimento e independência do juiz enquanto agente político.

Falávamos do problema na crença do texto que jaz em tentativas como a da Emenda. Acredita-se que os problemas do Judiciário podem ser resolvidos a partir do momento em que o STF, à maneira do *common law*, estabeleça um texto que servirá de precedente vinculante para que os demais Tribunais interpretem num certo sentido a aplicação de uma lei a certa situação. Mas uma vez, fica patente a discussão entre “público” e “privado”: afinal, o STF (ou outro Tribunal), ao ter um caso para decidir, deverá considerar o caso ou sua possível repercussão (transcendência) nacional? A mera colocação da questão nestes termos, aliás, já encerra em si um problema, porque começamos a criar classes de processos “super” e “sub” privilegiados.²⁴

O processo judicial que deveria ser encarado como um procedimento em contraditório, resguardando os princípios constitucionais, ou seja, um processo mais democrático, tem a sua solução congelada, diante da aplicação da súmula em casos idênticos, de maneira a restringir a atuação das partes e até mesmo dos tribunais inferiores.

Há no caso o predomínio da assimetria, ou seja, as partes estão submetidas ao Poder Judiciário, ao juiz, em uma relação processual baseada na hierarquia. Com a concepção procedimental do Estado de Direito em Habermas e a teoria fazzalariana busca-se uma reconstrução processual mais democrática.

A proposta do Novo Código de Processo Civil é um modelo democrático de processo em que predomina o policentrismo, ou seja, uma participação legítima e simétrica de todos os sujeitos participantes do processo, sem qualquer grau de hierarquia.

²³ NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.

²⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular?** Revista Forense Eletrônica – Suplemento, volume 378, mar/abr. 2005, seção de doutrina, p. 668.

Em seus artigos 7º e 8º da Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015, podemos verificar em seus artigos sétimo e oitavo a obrigatoriedade do respeito ao contraditório e a obrigatoriedade de tratamento paritário entre as partes:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º 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 Novo Código de Processo Civil vem efetivar o contraditório e quebrar o protagonismo judicial, baseada na teoria de Bülow do processo como relação jurídica entre as partes subordinadas ao juiz reduziram o processo a um instrumento para que o magistrado atue de maneira solipsista na tomada de decisões no caso concreto.

Por essa teoria, o processo passava a ser o local em que o juiz atua de acordo com as suas próprias convicções e ideologias, havendo uma degeneração de todo o conteúdo da relação jurídica processual, ocasionando o descrédito do Judiciário e o protagonismo do juiz.

Tal fenômeno foi apelidado de ativismo judicial é sintetizado pela afirmação de Streck: “Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ‘ideologia do caso concreto’, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado...”²⁵.

A deficiência estatal na realização de políticas públicas e do legislativo na elaboração de leis que realmente acompanhem a mobilidade social e tecnológica, proporcionou a derrocada dos ideais dos Estados sociais e a busca incessante pelo Poder Judiciário na esperança da implementação das atividades essenciais da sociedade. Portanto, verifica-se, por exemplo, a judicialização da política²⁶, da saúde.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.008, p110/111.

²⁶ “Tal expressão ganhou delineamento a partir do trabalho coordenado por C. Neal Tate e Torjøn Vallinder, intitulado *The global expansion of judicial Power*, no qual foi denominada de judicialização a tendência de transferir poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. “ (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.179.)

Consoante Daniel Sarmento²⁷ “no cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária e, em especial, o descrédito do Poder Legislativo e dos partidos políticos.”²⁸

Isso gera uma expectativa da sociedade que o Poder Judiciário traga uma resposta para todos os problemas nacionais, como, por exemplo, os casos em que a justiça toma certas decisões baseadas na opinião pública como “mensalão”, “perda de mandato por infidelidade partidária”; “nepotismo” e outros.

O Poder Judiciário figura a concepção neoliberal de produtividade, em especial, após a Emenda Constitucional nº 45, trouxe à Constituição Federal brasileira a previsão expressa do princípio da celeridade processual. Tal fato pode ser revertido com o Novo Código de Processo Civil.

²⁷ SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

²⁸ Nesse ponto, cabe informar os fatores de desestabilização democrática trazidos por Rodolfo Viana em sua obra “Direito Constitucional Democrático”. Atualmente, verifica-se que diversos fatores desestabilizaram a democracia, destruindo a sua imagem romântica, perfeita, constatando-se que tal situação não ocorre apenas nos chamados países subdesenvolvidos, mas sim nos chamados países de primeiro mundo. Os fatores de desestabilização democrática são considerados causas exógenas, compreendem os fenômenos da “globalização”, “complexidade” e “risco”. Já as causas endógenas compreendem a “crise do princípio representativo” e a “fenomenologia do refluxo”. **a) Globalização:** A globalização ainda é um fenômeno e implica um novo regime, é um sistema social, econômico, político, é um fenômeno de certa universalização, pois desloca muitas decisões para fora do país, ou seja, há espaços extra nacionais, há agências, organizações, que tomam decisões. Nesse sentido, há uma interpenetração entre os níveis local e global, pois as tendências da sociedade mundial convivem com as identidades locais. Isso ocorre porque a política interna passa a ser influenciada por fatores externos, restringindo a autonomia e a liberdade da vontade popular; **b) Complexidade:** A complexidade é a dificuldade de adaptação da democracia em uma sociedade complexa. Para Niklas Luhmann,²⁸ a “complexidade” é uma derivação conceitual relacionada essencialmente com o que se poderia chamar de “especialização funcional autorreferenciada” dos sistemas sociais. Verifica-se, pois, a dificuldade em se regulamentar uma sociedade complexa no sistema constitucional e o caráter operacional da democracia fica abalado, tendo em vista, que o indivíduo, sendo obrigado a se especializar, não tem disponibilidade para a vida pública, acabando por enfraquecer esses laços sociais de forma brusca; **c) Risco:** Segundo Ulrich Beck²⁸, sociedade de risco “designa um tipo de sociedade que se tornou consciente do paradoxo do conhecimento científico, ou seja, de que a produção de novos conhecimentos gera também novas incertezas”. Logo, atualmente, a ciência não tem a competência de avaliar a consequência da meteórica evolução tecnológica, não tendo como calcular, prever e gerir os riscos do seu próprio desenvolvimento, tornando pública a sua incerteza. Há o confronto entre a democracia e a tecnocracia, havendo dúvidas quanto à competência, à capacidade do povo em suas decisões. Portanto, a democracia é desafiada a resolver temas que fogem da cognição da própria ciência. Desta forma, a tecnocracia pode acarretar o esvaziamento da política que é o cerne da democracia, e consequentemente as decisões sobre a implantação de tecnologias devam ser retiradas do público, reforçando a ideia da competência do povo para a definição da melhor estratégia de decisão e de governabilidade. Entretanto, tal situação também gera conflitos, pois a credibilidade do discurso tecnocrático é abalada diante do fato do homem comum não possuir capacidade técnica suficiente para fornecer respostas seguras aos problemas decorrentes das falhas da ciência; **d) Refluxo:** Segundo Rodolfo Viana Pereira²⁸ “o último fator de crise é representado pelo que Norberto Bobbio chamou de ‘refluxo à democracia’. A expressão designa uma categoria de eventos que inclui três fenômenos particulares: *o afastamento da política, a renúncia à política e a recusa da política*”. (PEREIRA, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2008).

Nesse passo, a produtividade judicial passou a predominar os julgamentos em massa, as ações repetitivas, as súmulas vinculantes, são o retrato de um Poder Judiciário pautado em números de julgamentos do que em análises criteriosas do caso concreto.

Surgiu então o ativismo judicial ocasionado pelo protagonismo do juiz, pois é entregue a ele uma capacidade sobre-humana de proferir uma decisão mais justa de acordo com as suas concepções pessoais e ideologias, em sua maioria, desprezando possíveis contribuições das partes, dos advogados e até mesmo da Jurisprudência e da doutrina.

Segundo Daniel Sarmiento “muitas vezes o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o *status quo*. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais.”²⁹ Em sentido semelhante Dierle Nunes³⁰.

A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual.

Nessa vereda, busca-se um afastamento do decisionismo do julgador para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a participação dos interessados na formação das decisões.

Uma das consequências da inclusão da efetiva participação da população na esfera pública é o alargamento do foro tradicional da política, ou seja, os debates e as tomadas de decisões fugiriam dos foros tradicionais para alcançar outros âmbitos mais populares, como fóruns, debates via internet, associações criadas com essa finalidade, etc, de forma a utilizar os meios de comunicação como instrumento para essa abertura política à população.

²⁹ “É verdade que o ativismo judicial pode, em certos contextos, atuar em sinergia com a mobilização social na esfera pública. Isso ocorreu, por exemplo, no movimento dos direitos civis nos Estados Unidos dos anos 50 e 60, que foi aquecido pelas respostas positivas obtidas na Suprema Corte, no período da Corte de Warren. Mas nem sempre é assim. A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas”. (SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36/37.)

³⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 195.

O alargamento desses espaços alternativos para debates bem como o incentivo das informações fornecidas pelos meios de comunicação em massa podem aumentar o nível de legitimidade, de participação popular.

Como afirma Paulo Bonavides³¹: “Sem participação não há sociedade democrática. A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organizada, conduz no pluralismo o processo político à nacionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos.”

Para Dierle José Coelho Nunes³² “o processo não pode ser, nesse contexto, enxergado como um mal a ser resolvido, eis que este constitui uma garantia de legitimidade e participação dos cidadãos na formação das decisões.”

Um processo construído a partir da comparticipação das partes permite que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para a produção do provimento na busca de uma solução mais adequada ao caso concreto, evitando a decisões arbitrárias do julgador, ou as chamadas “decisões surpresa”. O artigo 141 do atual Código de Processo Civil ressalta: O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

5. UMA RELEITURA PROCESSUAL – HABERMAS

A teoria do processo como um procedimento em contraditório possui, em sua essência, viés democrático com forte influência de Habermas, na qual o Direito funcionaria como um mediador, um instrumento³³, entre a facticidade e as pretensões de validade, como mecanismo de integração social.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**, Rio de Janeiro, Forense, 1980, p. 2-3.

³² NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 14.

³³ “Mas para atingir esse objetivo, Habermas indica transformações necessárias ao modo de produção e aplicação do direito. A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um procedimento discursivo público sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em cada um deles. O poder administrativo (executivo), o legislativo e o judiciário ganham assim atribuições e competências cuja legitimidade pressupõe um outro poder, chamado por Habermas de ‘poder comunicativo’, que é o poder resultante de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e autores do próprio direito.” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2.007, p. 12.)

Ademais, para Habermas haveria duas ações estratégicas: a integração sistêmica correspondente à economia, dinheiro e poder e a integração social que são as ações comunicativas, orientadas pelo consenso social, composta por outros elementos como os valores, a moral, a ética.

No âmbito da Jurisdição, Habermas – apoiado em Klaus Günther - divide a teoria do discurso em discursos de fundamentação ou de justificação das normas jurídicas e discursos de aplicação.

No caso, o Poder Judiciário não pode fazer discursos de justificação, ou seja, criar a norma jurídica, diante da ausência da participação popular, apenas podendo fazer discursos de aplicação da norma.

Assim, descrendo na viabilidade de princípios morais consensuais ou neutros, dedutíveis pela razão e suscetíveis de fundar um ativismo judicial em termos consistentes com a democracia, Ely propõe a limitação do *judicial review* (*judicial self – restraint*) a questões relativas à preservação da integridade do próprio regime democrático. Isto é: o papel do Judiciário não seria o de fazer escolhas substantivas, incluindo a *conteudização* de princípios e direitos, tarefa reservada, nos Estados democráticos, aos agentes políticos investidos pelo voto popular; sua missão seria a de garantir a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza. Um controle, enfim, centrado apenas nas condições de formulação do ato legislativo (*input*), desprovido de qualquer pretensão de alcançar o seu resultado substantivo (*outcome*). Para Erly, “apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade atribuindo aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia.”³⁴

Busca-se a preservação das liberdades de maneira a preservar abertos os canais de participação política de forma a proporcionar o bom funcionamento do regime democrático e o respeito aos direitos humanos.

Segundo Rafael Lazzarotto Simioni³⁵ na teoria de Habermas, a normatividade do direito é fruto da legitimidade e os problemas de eficácia do direito, ou seja, da própria realização do direito, estariam atrelados à questão da legitimidade. Nesse sentido, sendo os cidadãos ao mesmo tempo destinatários e autores do direito passariam a assumir a responsabilidade individual pelo seu cumprimento.

A legitimidade seria uma condição da força normativa do direito, transferindo o problema da realização dos direitos, que possui cerne positivista, para se tornar um

³⁴ BINENBOLN, GUSTAVO. **A nova Jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro; Renovar, 2004, p. 102.

³⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2.007, p. 12-13.

problema de legitimação. Para isso, Habermas propõe um novo paradigma para o direito, denominado ‘procedimentalismo’, na qual o direito gerado através do discurso democrático (no qual, pois aquele que se submete à norma pode reconhecê-la como um seu co-autor) pode atuar sobre a sociedade, de maneira a diminuir as tensões sociais que percebemos hoje.

Portanto, Jürgen Habermas³⁶ atribui um papel central à linguagem no processo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos. Sua teoria se desenvolve no interior de um Estado Democrático de Direito que se pressupõem a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal, de uma comunidade de homens livres e iguais capazes de criar as leis que os regem e onde os próprios envolvidos têm de entrar em acordo, prevalecendo a força do melhor argumento.

Habermas apresenta a democracia como o núcleo de um sistema de direitos fundamentais, havendo a institucionalização democrática dos direitos, em que os cidadãos aparecem não somente como destinatários das leis, mas também, consoante Rousseau, como seus autores. Portanto, como destinatários e autores do seu próprio Direito, os cidadãos devem poder participar e ter voz ativa nos processos de interpretação constitucional.

Nesse passo, Habermas tenta equilibrar e compatibilizar a soberania popular e os direitos humanos, aos direitos econômicos e sociais básicos, essenciais à dignidade humana, constituinte do chamado mínimo existencial.

Adaptando a teoria habermasiana ao processo, o princípio da democracia proporcionaria a abertura de um campo de discussões na quais abrangeria vários tipos de discursos seja morais, éticos, pragmáticos, incluindo as negociações, de maneira a modelar as normas jurídicas. Portanto, o princípio da democracia fixa os parâmetros e legitima a produção do próprio direito.

A Jurisdição, portanto, não pode desenvolver o direito por uma interpretação construtiva desconectada do poder comunicativo. O poder comunicativo, que é a única fonte de legitimação do Estado de Direito, só se exerce argumentativamente através de um procedimento institucionalizado com base no princípio do discurso, vale dizer, só se exerce nas condições ideais de uma discussão pública com a participação de todos os implicados. Por isso, nem um órgão colegiado e muito menos

³⁶ “Essa legitimidade democrática, na modernidade, cabe esclarecer, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre fadacidade e validade.” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia**: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2007, p. 5.)

um juízo monocrático pode pretender interpretar construtivamente o direito. O Poder Jurisdicional não é hierarquicamente superior ao poder comunicativo. A Jurisdição não pode, portanto, submeter a si o poder comunicativo, porque ele é a fonte de toda legitimação do direito e do Estado de Direito. Até porque a legislação implícita, criada pela Jurisdição, coloca em risco a racionalidade o exercício do direito e sobrecarrega a base de legitimação do Poder Judiciário. Por mais conhecimentos técnicos e experiência que os especialistas do direito possuam, as decisões jurídicas provocam consequência para sociedade, que não podem ser legitimadas por discursos técnicos de especialistas na interpretação direito: a interpretação da Constituição e dos objetivos das políticas públicas não é monopólio da Jurisdição. Como se vê, na teoria o discurso de Habermas, o poder Jurisdicional sofre restrições. Porque no paradigma procedimentalista do direito, a Jurisdição está subordinada ao poder comunicativo da autonomia política dos cidadãos. E é exatamente as condições para o exercício dessa autonomia política, como gênese do processo democrático que a jurisdição tem que proteger.³⁷

Mister o uso do espaço discursivo instaurado pelo processo, ou seja, um espaço público para a problematização e formação de todos os provimentos, ou seja, a comparticipação das partes.

A ampliação do contraditório na verdade constituiria uma garantia ao princípio da não surpresa³⁸, pois impõe o debate acerca de todas as questões envolvidas no processo antes da tomada de decisão pelo juiz.

Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas (HABERMAS, 1994, p. 270)³⁹

Para Habermas “Essa legitimidade democrática, na modernidade, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre facticidade e

³⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2.007, p. 212/213.

³⁸ “Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente, dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos, em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo, notadamente o contraditório como garantia da influência e de não – surpresa.” (NUNES, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 27.)

³⁹ Ibidem, p. 211.

validade.”⁴⁰ O espaço público para que haja a comparticipação e a discussão de maneira democrática é o processo.

A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.⁴¹

Essa releitura processual se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito na qual se busca a prevalência da soberania popular em todos os campos. O prof. Dierle José Coelho Nunes apresenta um modelo de como seria a comparticipação na construção do provimento Jurisdicional, na qual haveria um procedimento bifásico: a primeira fase seria preparatória e a segunda fase seria de discussão.

Desse modo, a cognição bifásica que assegure uma fase preparatória adequada, poderia servir de modelo para um procedimento que atendesse aos anseios comparticipativos da democratização processual se essa primeira fase fosse utilizada como *locus* de fomento do debate por todos os sujeitos processuais, sem qualquer pressuposição de protagonismo (das partes ou do juiz), mediante a depuração de todos os elementos fáticos e jurídicos colocados pelas partes, advogados, promotores e juízes. Tal fase poderia ser realizada mediante a prévia troca de petições (um arrazoado para cada parte) e a fixação de uma audiência preliminar de debate e de discussão obrigatória de todos os pontos controvertidos, de fato e de direito, de modo que todos os sujeitos processuais estariam prontos (se desejassem estar) e saberiam todos os argumentos relevantes a serem discutidos na segunda fase, quando ocorreria a segunda audiência de colheita de provas e de discussão dos pontos principais. Na excepcional hipótese de surgimento de novos fatos e argumentos jurídicos no curso da segunda audiência, deveria ser garantida a discussão em contraditório com sua implementação plena. Com a ampla suscitação das dúvidas, normas, fatos, súmulas e entendimentos Jurisprudenciais potencialmente aplicáveis na espécie (sem nenhuma utilização estratégica pelo juiz da coação neoliberal de prejulgamento, que poderia gerar acordos prejudiciais às partes mais débeis ou, mesmo, inexecutíveis), ocorria uma preparação do *thema probandum* e da discussão, reduzindo a quase zero a potencialidade de decisões de surpresa.⁴²

A percepção democrática do direito visa a que todos os interessados possam influenciar na formação das decisões refutando, portanto a possibilidade de decisões solipsistas dos magistrados.

É indiscutível que sem eficácia do direito processual jamais serão alcançados os objetivos da sociedade de segurança com justiça (ética), razão pela qual se impõe

⁴⁰ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, Política e Filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*. 2007, p. 5.

⁴¹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 197.

⁴² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 243/244.

refletir sobre o modelo atual e suas consequências, bem como sobre a reestruturação a partir de paradigmas democráticos que na contemporaneidade não se amoldam a um sistema de litigiosidade irresponsável, a qual compromete o próprio funcionamento do aparelho estatal judiciário, e que não responde aos anseios de uma sociedade participativa. Espera-se que, com o Novo Código de Processo Civil em que houve a limitação dos poderes do juiz em prol da construção comparticipada pelas partes do provimento jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança jurídica e social somente será atingida por intermédio da realização de uma *liberdade ética*. E é inegável que a Ciência do Direito se sustenta no exercício da liberdade e da autonomia da vontade. No entanto, como o próprio Kant adverte, existe entre a ética (lei moral) e a ordem jurídica uma diferença básica na forma da legislação, pois, enquanto o dever moral coage interiormente, a norma jurídica atua e coage exteriormente.

Ademais, não nos parece viável imaginar que na prática seja possível refrear as ações humanas indevidas por intermédio de um comportamento absolutamente racional e monitorado. Basta lembrar que são universal e consensualmente repudiadas a poluição da atmosfera, as guerras e a opressão econômica dos povos mais fracos, práticas estas, no entanto, que continuam a ocorrer apesar dessa uníssona condenação imposta por uma *ética universalizada*.

Diante desses fatos cotidianos da vida humana, o juiz não pode ficar alheio e deixar de reconhecer outros aspectos que influenciam as ações humanas e que são estudados pela história, sociologia e psicologia. Por outro lado, malgrado as diferenças teóricas e conceituais da moral com o Direito, não se pode negar que é na liberdade do homem, baseada em princípios éticos, que se poderá fundar um Estado de Direito pleno.

Portanto, não basta que o Estado seja construído somente sobre pilares do Direito, pois que isso significaria, como já significou e continua significando em diversos países, o exercício do totalitarismo e da tirania.

Portanto, o melhor caminho da sociedade parece ser o de uma verdadeira *democracia participativa*, em que se estabeleçam os controles pela sociedade civil,

tanto do poder político quanto do poder econômico, sendo especialmente necessário para que isso se implemente o irrestrito acesso do cidadão ao processo jurisdicional, de acordo com o paradigma constitucionalizado do devido processo.

Ademais, percebe-se a necessidade do afastamento do decisionismo do julgador na tomada de decisões para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a comparticipação das partes na produção do provimento Jurisdicional, dentro de uma fase discursiva em meio ao próprio processo.

Conforme analisado, as decisões judiciais devem ser pautadas sobre argumentos de direito e oriundas da participação simétrica dos envolvidos, e não sobre questões religiosas, políticas, científicas, etc. Sendo assim é necessária a complementação das decisões com outros sistemas ou institutos, porém não a substituição pelo julgador de argumentos jurídicos por argumentos científicos, tecnológicos, religiosos, fora do âmbito do direito.

Ademais, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, diante da necessidade da participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, de forma que os cidadãos interessados se sintam mais próximos da Justiça, afastando, portanto, a idéia de que o juiz é o único portador da cognição para a elaboração das decisões judiciais.

Um processo constitucional democrático permitirá que o cidadão seja autodestinatário dos provimentos, seja no âmbito legislativo, administrativo e judicial, tendo que vista que a decisão não será apenas a expressão da vontade de maneira solitária pelo decisor, mas sim construída e discutida pelas partes endoprocessualmente. Com o Novo Código de Processo Civil com a Lei 13.105 de 16 de março de 2015 em que houve a limitação dos poderes do juiz em prol da construção comparticipada pelas partes do provimento jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- **BAHIA**, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular?** Revista Forense Eletrônica – Suplemento, volume 378, mar/abr. 2005, seção de doutrina, p. 665/671.

- **BINENBOLN, GUSTAVO. A nova jurisdição constitucional brasileira.** Rio de Janeiro; Renovar, 2004.

- **BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal do Estado Social,** Rio de Janeiro, Forense, 1980.

- **CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 2001.

- **CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo.** 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

- **FAZZALARI, Elio. Instituições de Direito Processual.** Campinas: Bookseller, 1ªed., 2006.

- **GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo.** Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

- **GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. A Reforma do Código de Processo Civil.** In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex

- **HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro – estudos de teoria política.** 3.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

- **HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia entre a facticidade e a validade.** 2. ed. Vol I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

- **OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Direito, Política e Filosofia.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2007.

- **PEREIRA**, Rodolfo Viana. **Direito Constitucional Democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

- **PEREIRA**, Rodolfo Vianna. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

- **PIOVESAN**, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- **MADALENA**, Pedro. **Novo CPC Sucesso em risco**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex.

- **MAGEE**, Bryan. **História da filosofia**. 3. ed. São Paulo, 1999.

- **NALINI**, José Renato. **O juiz e a ética no processo**. In NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, cap. 7, p. 85-106.

- **NUNES**, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

- **NUNES**, Dierle José Coelho. **Reforma total do Código de Processo Civil. Breves considerações sobre o primeiro relatório da Comissão de Juristas do Senado para elaboração de novo CPC**. Jus Navegandi, Teresina, ano 14, n.2408, 3 fev.2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=142298>>. Acesso em: 28 abr.2010.

- **NUNES**, Dierle José Coelho. **Teoria do processo contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Edição Especial, 2008, p. 13 – 29.

- **SALGADO**, Joaquim Carlos. **A idéia de justiça em Kant - seu fundamento na liberdade e na igualdade**. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

- **SANTOS**, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

-**SARMENTO**, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

- **SIMIONI**, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2007.

- **STRECK**, Luiz. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- **STRECK**, Luiz. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto**”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- **WAMBIER**, Tereza Arruda Alvim. **O Novo Código de Processo Civil**. In Reforma do CPC, por um renovado processo civil. Ano XIV, n. 314, fev. 2010. São Paulo: Editora Consulex.

- Lei 13.105 de 16 de março de 2015