

TEORIA DO PROCESSO CONTEMPORÂNEO:

por um processualismo constitucional democrático

CONTEMPORARY PROCEDURE THEORY:

in a democratic constitutional processualism

Dierle José Coelho Nunes*

RESUMO

O texto realiza uma análise das transições do estudo do direito processual e da necessidade de assunção de uma perspectiva constitucional democrática baseada no resgate da importância do processo, na comparticipação e no policentrismo.

Palavras-chave: Policentrismo; comparticipação; interdependência; reforma do direito processual.

ABSTRACT

The text performs an analysis of transitions in the study of procedural law and the need for taking a democratic constitutional perspective based on redemption of the importance of the process, on comparticipation and polycentrism.

Keywords: Policentrism; comparticipation; interdependence; reform of procedural law.

13

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo da ciência processual há muito deixou de se limitar a uma discussão tão-somente teórica, na qual se buscavam delimitar os institutos processuais e as teorias que tratavam de sua trilogia estrutural (processo, jurisdição e ação).

A importância da contextualização e reconstrução de tais institutos no paradigma procedimental que se inaugura (Estado Democrático de Direito) não permite a análise desses institutos em perspectiva técnica instrumental, nos moldes

* Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e *Università degli Studi di Roma “La Sapienza”*. Mestre em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual da PUC Minas, Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) e do Centro Universitário de Sete Lagoas (UEDI-UNIFEMM). Membro efetivo da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-MG. Advogado Militante.

tradicionais, em que o processo serviria à aplicação do direito material, buscando uma utópica paz social.

Essas perspectivas, apesar de sua importância, cedem espaço para uma análise da ciência processual que busca uma efetividade normativa (*Rechtsschutzeffektivität*), ou seja, uma aplicação dos institutos processuais de acordo com os princípios e regras constitucionais, de modo a ofertar concomitantemente legitimidade e eficiência na aplicação do direito.

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.

A associação recorrente entre o processo (constitucionalmente analisado) e o formalismo exacerbado mostra, além de um profundo desconhecimento dos rumos atuais da ciência processual, uma visão utilitarista e equivocada dos conflitos inerentes às relações jurídicas e sociais de nossa sociedade (altamente complexa e plural).

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.

Não é possível, ainda, olvidar que na atualidade a ciência processual precisa lidar, de modo a viabilizar uma aplicação legítima e eficiente, com três tipos de litigiosidade: a) individual ou “de varejo”: sobre a qual o estudo e a dogmática foram tradicionalmente desenvolvidos, envolvendo lesões e ameaças a direito isoladas; b) a litigiosidade coletiva: envolvendo direitos coletivos e difusos, nos quais se utilizam procedimentos coletivos representativos, normalmente patrocinados por legitimados extraordinários (órgão de execução do MP, associações representativas etc.); e c) em massa ou de alta intensidade: que dá margem à propositura de ações repetitivas ou seriais, que possuem como base pretensões isomórficas, com especificidades, mas que apresentam questões (jurídicas e/ou fáticas) comuns para a resolução da causa.¹

É extremamente difícil a criação de uma dogmática de tratamento comum dos três tipos de litígio sob pena de inviabilizar uma aplicação jurídica consentânea com o modelo constitucional de processo.

¹ MENCHINI, SERGIO. Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive. In: *Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali* do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovanni Fabbrini, junto da Università di Pisa, 4 e 5 de maio 2007.

Desse modo, para que se verifiquem todos esses aspectos, há de se perceber a clara ressonância dos paradigmas estatais, a partir do delineamento do Estado de Direito, na forma de se perceber o sistema processual.

Para se viabilizar uma reconstrução do estudo do sistema jurídico processual poderíamos nos valer da perspectiva tradicional, que traça uma análise que parte da fase primitiva até o processo romano, e após faz incursões na fase judicialista,² dos práticos,³ procedimentalista,⁴ e do processualismo científico germânico⁵ e italiano.⁶

No entanto, tal perspectiva não nos oferta suficientes e necessários subsídios para a compreensão e reconstrução da ciência processual.

Nesses moldes, preferiremos seguir a percepção dos grandes paradigmas estatais, típicos do Estado de Direito, que nos ofertam um horizonte interpreta-

² Que surge em Bolonha no século XII fazendo estudos em torno do *ordo iudiciarius* ou *ordo ius* do direito comum e italo-medieval, representando para o direito processual o que o Direito Romano representa para o direito privado (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Evolución de la doctrina procesal*. In: CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoría general e historia del proceso* (1945-1972). México: UNAM, 1974. t. II, p. 297)

³ Característica de vários países europeus, especialmente sobre o controle espanhol, ao longo dos séculos XVI a XIX, no qual a opinião dos práticos (praxistas) tinha o condão de se sobrepor aos preceitos legais, representando mais uma arte, decorrente da prática obtida, do que uma ciência (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Evolución de la doctrina procesal*. cit. p. 299-302).

⁴ De origem nitidamente francesa, posterior à Revolução Francesa, nessa fase houve um grande estudo da organização judiciária, competência e procedimento, além de estudos de enorme importância no campo probatório (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Evolución de la doctrina procesal*. cit. p. 303-307).

⁵ Como informa Zamora y Castillo, tal linha teórica fora inaugurada por Oskar Bülow, que, em 1868, “[...] publica em Giessen seu célebre livro *A teoria das exceções processuais e os pressupostos processuais* (Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen), no qual concebe o processo como uma relação jurídica que progressivamente se desenvolve. Essa concepção, que possuía antecedentes remotos, como os de Búlgaro de Sassoferato e Bernardo Dorna, juristas italianos da Idade Média, lembrados a respeito por Wach, Chiovenda e Florian, é genuinamente alemã: alemães são o filósofo Hegel, que a vislumbra, Bethmann-Hollweg, que a sustenta, Bülow, que a desenvolve. Alemães são também aqueles que a difundem; aqueles que trazem a ela retificações ou variantes (como Köhler ou Hellwig); aqueles que a adaptam aos distintos ramos do processo (como John e Von Kries no penal ou Otto Mayer no direito administrativo”. (tradução livre) (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Evolución de la doctrina procesal*. cit. p. 308). Agreguem-se aos nomes citados, entre os alemães, Julius Wilhelm von Planck, Heinrich Degenkolb, Wilhelm Kisch e o grande James Goldschmidt. Não se pode ainda esquecer da importância de autores não alemães nessa perspectiva, como o húngaro Alexander Plösz, e os austríacos Anton Menger e Franz Klein, grande artífices das bases reformistas do processo civil no século XX (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.). Ainda não se poderia esquecer de autores como Wilhelm Sauer, Arthur Nikisch, Wolfgang Bernhardt, Arwed Blomeyer, Adolph Schönke, e mais recentemente, Fritz Baur, W. J. Habscheid, Gerhard Walter, Rolf Stürner, entre outros.

⁶ Obra dos grandes mestres italianos: Ludovico Mortara, Mattiolo, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti e, mais tarde, Enrico Redenti, Piero Calamandrei, Enrico Tullio Liebman, Mauro Cappeletti, e mais recentemente, Giuseppe Tarzia, Elio Fazzalari, Andrea Proto Pisani, Nicola Picardi, Remo Caponi, Lucio Lanfranchi, entre outros.

tivo (em perspectiva macroestrutural) e as características da leitura do sistema processual.

Obviamente, que essa perspectiva não nos oferta, com precisão completa, elementos que assegurem a presença de suas características em todos os locais e momentos típicos de determinada quadra histórica, porém nos proporcionam os subsídios necessários à compreensão e à crítica do sistema processual, notadamente civil.

O presente ensaio pretende apresentar, nesses moldes, alguns aspectos sintéticos acerca de um pensamento desenvolvido adequadamente em outra sede⁷ na busca da implementação do denominado processualismo constitucional democrático.

Pretende-se demonstrar que os macromodelos de estruturação do processualismo científico (liberalismo processual e socialização processual), centrados em dogmas de protagonismo (das partes ou dos juízes), não são suficientes para resolver os problemas de eficiência e de legitimidade dos sistemas normativos (extremamente complexos) da atualidade.

Defende-se a interpretação e implementação do processo a partir de uma visão da Constituição como processo de aprendizado social e a partir de um policentrismo processual, de modo a entender o processo como uma garantia e não como um entrave.

Ademais, não se pode mais acreditar no papel da magistratura como um papel-missão de, com sensibilidade, captar valores uniformemente compartilhados pela sociedade, insculpidos na Constituição, mas de um garante da normatividade e dos direitos fundamentais que forma sua decisão conjuntamente com os demais participantes a partir do processo e não apesar dele.

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 que juízes exerçam um papel “judicializante” (da política e das relações sociais), que pode gerar impactos políticos, econômicos e jurídicos nefastos.

2. DO NECESSÁRIO RESGATE DA IMPORTÂNCIA DO PROCESSO – PARA ALÉM DOS CONCEITUALISMOS DO LIBERALISMO E DA SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL

Desde a obtenção da autonomia no estudo do Direito Processual, ocorrida em meados do século XIX, até pouco depois da Segunda Guerra Mundial, ocorreu

⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

a predominância da preocupação dos estudiosos com a análise e a construção do processo em perspectiva meramente conceitual⁸, muitas vezes, indiferente ao contexto de sua aplicação e mais ligado ao estudo da técnica processual.

Nesse período, assistiu-se à transição de um processo liberal, escrito e dominado pelas partes (*Sache der Parteien – señores de los pleytos*),⁹ para um processo que segue as perspectivas da oralidade¹⁰ e do princípio autoritário, com o decorrente delineamento de um ativismo judicial no trâmite processual. O processo é considerado, assim, um instrumento da jurisdição, sendo instituição de bem-estar social.

Ocorre que, posteriormente a esse período e ao fomento do constitucionalismo no século XX, alguns teóricos começaram a perceber no processo algo além de um instrumento técnico neutro, uma vez que se vislumbra neste uma estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público¹¹.

Tal situação gerou o crescimento da importância do processo, que passou a garantir uma efetiva influência dos cidadãos em qualquer tomada de decisão, uma vez que foi se afastando paulatinamente a possibilidade de que uma pessoa, instituição e/ou órgão pudessem ter privilégio cognitivo na formação dos provimentos estatais.

O processo começa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático,¹² eis que todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades sobre-humanas.

Passa, então, o processo a servir de baliza e garantia na tomada dos provimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos, chegando, mesmo, a normatizar os provimentos privados¹³.

Porém, ao lado da percepção democrática de que o processo deve viabilizar a participação, o controle e, desse modo, uma universalização jurídica, delineiam-se

⁸ WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978, p. 45.

⁹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002, p. 39-40. MONTERO AROCA, Juan. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane. 2002, p. 31.

¹⁰ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la comisión de posguerra. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Ensayos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea, 1949. v. II, p. 227. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Labor, 1936. p. 28.

¹¹ FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, n. 3, 1958, p. 861-862.

¹² FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. cit. p. 875.

¹³ (BRASIL, STF, 2.^a T, RE 201.819-8, Rel. Gilmar Mendes, 2006).

no âmbito do processo jurisdicional, especialmente na segunda metade do século XX, uma predominância e uma busca por resultados práticos (processo de resultados), muitas vezes, afastados de uma visão constitucional, na qual se imporia a aplicação dinâmica dos princípios processuais constitucionais.

Com o avanço de alguns estudos científicos, percebe-se a impossibilidade da construção de procedimentos, tomando-se por base tão-somente a busca de seus resultados pragmáticos, mas ganha importância uma estruturação que aplique as normas fundamentais processuais (modelo constitucional de processo)¹⁴ em perspectiva dinâmica e que procure sua adaptação plena ao contexto de adequabilidade normativa de aplicação da tutela estatal.

Obviamente que essa nova visão não poderá olvidar jamais da instrumentalidade técnica do processo¹⁵.

Percebe-se, assim, que a disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo, pseudo-social (neoliberalismo processual) do processo,¹⁶ não pode mais solitariamente responder aos anseios de uma cidadania participativa, uma vez que tais modelos de concepção processual não conseguem atender ao pluralismo, não-solipsista e democrático do contexto normativo atual.

Procura-se uma estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de

¹⁴ Para percepção do “modelo constitucional de processo” civil brasileiro adotam-se as características gerais estruturadas por Andolina e Vignera para o direito italiano consistentes “[...] a) na *expansividade*, consistente na sua idoneidade (da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) na *variabilidade*, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam acontecer segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares; c) na *perfectibilidade*, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional, a qual (isto é: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução de objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (ulteriores) garantias e institutos ignorados pelo modelo constitucional. [...]” (tradução livre) (ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. cit. p. 14-15).

¹⁵ Gonçalves defende a instrumentalidade técnica, que garante um processo que “[...] se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos”. (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 171). A instrumentalidade técnica não deve ser confundida com as defesas de linhas instrumentalistas, do realismo norte-americano, ou brasileiras, que acreditam no protagonismo judicial como mecanismo para a aplicação do direito com base em valores uniformemente compartilhados pela sociedade, eis que não se acredita na existência desses valores uniformes em sociedades altamente complexas e plurais como as nossas.

¹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit.

efetividade normativa do ordenamento¹⁷ e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito.

3. PROCESSOS VIABILIZADORES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, TUTELAS DIFERENCIADAS E ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS

A função do processo é potencializada, em um país que não assegura a implementação de direitos fundamentais, políticas públicas para sua obtenção nem uma cidadania com participação consciente nas esferas de decisão, diversamente dos efetivos Estados Sociais europeus, pois se atribui a este uma esfera institucional de obtenção desses direitos fundamentais não assegurados ordinariamente.

Em países como o Brasil, a chamada litigância de interesse público (*Prozeßführung im öffentlichen Interesse*)¹⁸, que consiste em um dos fatores determinantes da geração de demandas repetitivas, não constitui uma exceção, mas, sim, uma regra, de modo a conduzir inúmeras pessoas à propositura de demandas envolvendo pretensões isomórficas (v.g. contra o poder público), que merecem um tratamento diferenciado e legítimo.

Porém, no plano pragmático, soluções miraculosas e definitivas não existem para o processo jurisdicional, pois, quando se delineiam processos rápidos mediante variada construção procedimental (tutelas diferenciadas), acaba-se, muitas vezes, indo de encontro a algum princípio constitucional ou, mesmo, abarrotando-se o órgão judiciário competente para sua implementação (prática) de tamanho número de feitos que o procedimento finda, por ser tão ou quase tão ineficaz quanto o comum.

Ademais, a construção de procedimentos especiais em um sistema de aplicação de tutela que não é construído sobre uma especialização dos técnicos jurídicos

¹⁷ Calmon de Passos, certamente lastreado na melhor doutrina estrangeira, informa que a efetividade a ser defendida não é a do processo em sentido utilitarista, mas, sim, do ordenamento, pois “[...] Efetividade do processo ou efetividade da tutela jurídica não se equipara à efetividade da sentença, enquanto ato de poder, mas da sentença que atenda ao nome de quê se institucionaliza numa ordem política democrática. Temos dito reiteradamente que se alguma característica é ineliminável, quando se pretende conceituar democracia, ela será o postulado de que todos os homens são substancial e originariamente iguais, por natureza, pelo que ninguém se pode atribuir a condição de senhor ou soberano do outro. Consectário disso é também o princípio, igualmente essencial, de que em uma organização democrática o poder só é legítimo quando exercitado em termos de serviço e nos precisos limites em que foi outorgado, vale dizer, no estrito espaço da competência previamente definida e formalizada no pacto político básico que é a Constituição” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, p. 30-35, set./out. 1999, p. 33).

¹⁸ CAPONI, Remo. Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto. In: *Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali* do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovanni Fabbrini, junto da Università di Pisa, 4 e 5 de maio 2007.

(advogados, juízes, órgãos de execução do MP), como ocorre em outros países, mas, de profissionais generalistas, faz com que estes se tornem obrigados a conhecer as especificidades técnico-processuais de inúmeros procedimentos (tarefa quase impossível para o profissional mediano), inviabilizando os resultados no momento de sua viabilização pragmática.

E, ainda, nessa perspectiva pragmática, percebe-se que a mera alteração legislativa não possui o condão de resolver os problemas corriqueiramente atribuídos ao sistema processual (demora procedimental, alto custo, formalidade exacerbada, baixa eficiência e arraigamento a práticas processuais ultrapassadas) caso não ocorra a preocupação de se redimensionar a infra-estrutura do Poder Judiciário e a própria mentalidade de todos os técnicos jurídicos, uma vez que não se atacam os grandes problemas causadores da demora processual¹⁹.

4. DA PREVALÊNCIA DA EFICIÊNCIA NOS DISCURSOS REFORMISTAS

No entanto, o que se percebe é que o estudo e o modelo reformista do sistema processual delineado pelo legislador, de uma grande quantidade de países, procuram, na atualidade, a busca de uma solução rápida das controvérsias com o

¹⁹ Um desses problemas são os tempos mortos, no qual a tramitação processual é paralisada pela ausência de um aparato jurisdicional adequado, mediante uma distribuição razoável e equitativa de número de processos para os juízes, entre outras soluções. Como asseverava com bastante acuidade, Tarzia, em termos: “Os problemas mais graves da justiça civil, pelo menos na Itália, dizem respeito, de outra parte, não à estrutura, mas a duração do processo; dizem respeito aos tempos de espera, aos ‘tempos mortos’, muito mais que aos tempos de desenvolvimento efetivo do juízo. A sua solução depende, portanto, em grande parte, da organização das estruturas judiciais e não das normas do Código de Processo Civil. A aceleração da justiça não poderá, portanto, ser assegurada somente com a nova lei ou com a revisão de todo o processo civil italiano, que está atualmente em estudo” (TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 79, jul./set. 1995, p. 63). No direito alemão, a figura de um administrador judicial (*Rechtspfleger*) profere algumas decisões durante a tramitação processual, que permitem ao magistrado uma participação ativa durante todo o processo (CAPONI, Remo. Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel Processo Civile tedesco dopo la riforma del 2001. le prove nel processo civile. *Atti del XXV Convegno Nazionale*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 269). Como informa Hess, o papel dos administradores judiciais (*Rechtspfleger*) na Alemanha é importantíssimo, exercendo a competência em questões executivas, na expedição de ordens de pagamento (*Mahnverfahren – monitórias puras*) e nos processos de insolvência (HESS, Burkhard. *Territorial jurisdiction*. Strasbourg: commission for the efficiency of justice (CEPEJ), 2003, p. 14-15). A França e o Conselho da Europa também possuem uma tendência de transferência de atividades não jurisdicionais a escrivães ou assessores judiciais (SANTOS, Boaventura de Sousa *et al.* *A geografia da justiça – para um novo mapa judiciário*. Coimbra: Observatório permanente da justiça portuguesa – Universidade de Coimbra, 2006, p. 26-66 *passim*). No direito brasileiro, seria perfeitamente possível a criação da figura de um administrador judicial, que teria o encargo de proferir os despachos e administrar o procedimento, de modo a permitir a redução dos tempos mortos e garantir ao juiz o exercício da função decisória e de estudo detido dos casos, mediante um diálogo genuíno com as partes, permitindo o proferimento de decisões constitucionalmente adequadas.

mínimo de atividade jurisdicional, visando alcançar o tão almejado processo em tempo razoável e eficiente.

O que os separa é a forma de se aplicar o conjunto de princípios processuais constitucionais de seus respectivos modelos constitucionais de processo, eis que, em algumas situações, a adoção de um perfil formal de aplicação impõe a visão do processo como mero instrumento técnico, que não se preocupa adequadamente com os direitos fundamentais do cidadão nem mesmo com a contribuição e o controle dos atos e provimentos que formará.

Chega-se ao extremo de se visualizar o processo como entrave a um sistema jurídico que almeja alta produtividade judicial de decisões dentro do marco de um protagonismo da magistratura.

Reduz-se o diálogo processual e geram-se decisões produzidas quase solitariamente pelos juízes; fator que potencializa a importância dos recursos e o aumento do tempo da tramitação processual.

Resume-se o estudo do processo à sua aplicação jurisdicional e, muitas vezes, ao seu perfil infraconstitucional e técnico. Ou seja, esquece-se de que a efetividade normativa (*Rechtsschutzeffectivität*), lastreada na inafastabilidade do controle jurisdicional e no devido processo legal, deve garantir eficiência e legitimidade, com ampla possibilidade de influência de todos os sujeitos processuais.

É verdade que muitas das construções sistemáticas da ciência processual, por vezes indiferentes aos contextos de aplicação, mostraram-se impotentes diante de exigências concretas²⁰ e conduziram a uma nova concepção processual que, às vezes, esvazia o processo em seu aspecto normativo de modo perigoso.

Percebe-se mesmo, nos últimos anos, a preocupação nos movimentos reformistas com a busca de “soluções práticas”, livres de conceitualismos, mesmo quando se tem por objetivo estudos de Direito Comparado²¹.

Em função disso, parcela dos processualistas afirmam que os processos devem buscar tal eficiência (mal chamada de efetividade), mantendo tão-somente um “mínimo insuprimível de garantias” constitucionais, permitindo, mesmo, a atenuação do devido processo legal (*giusto processo*), mediante a ponderação de valores constitucionais²².

O mais grave é que, corriqueiramente, não existe preocupação com o pano de fundo institucional e democrático que deveria embasar os movimentos refor-

²⁰ DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1971. p. 75.

²¹ WALTER, Gehrard. Cinquanta anni di studi sul processo civile in Germania: dal costruttivismo all'apertura internazionale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, p. 36-52, 1998.

²² PROTO PISANI, Andrea. Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato. *Il Foro Italiano*, Parte V, Roma, p. 73-87, 2000.

mistas, e as soluções apresentadas privilegiam mais a análise pragmática e possíveis decorrências utilitaristas da alteração implantada do que uma estruturação constitucionalmente adequada. E em várias hipóteses, tal redução técnica do problema viabiliza reformas levadas a cabo, buscando o atendimento dos anseios do mercado, em face das propostas de reforma do Banco Mundial e do FMI.

Percebe-se que a ausência de maiores preocupações de fundo decorre da imposição, como verdade última, das bases técnicas (não de fundamento) do denominado “Processo civil social” (*soziale Zivilprozess*), mesmo que na prática e sob o nome teórico de “socialização” imponha-se uma aplicação em massa²³, em escala industrial, de uma “prestação jurisdicional” em perspectiva neoliberal, que não se preocupa com uma participação cidadã, mas, sim, com uma justiça de números, que conta somente na teoria com juízes com sensibilidade e formação humanística adequada (sociológica, filosófica, administrativa, política e econômica) para garantir a aplicação de uma razoabilidade (devido processo legal na dimensão substancial ou material) na aplicação dos direitos²⁴.

É óbvio que as alterações legislativas no campo do Direito Processual devem, em certa medida, buscar resultados práticos para a melhoria da aplicação da tutela, mas isso não significa que se possa negligenciar o papel importantíssimo que o processo possui como estrutura dialógica de formação de provimentos e garantidora de direitos fundamentais.

22

Ademais, a busca de eficiência nas reformas brasileiras no campo processual é no mínimo discutível.

5. PERSPECTIVA PROTAGÔNICA JUDICIAL DE APLICAÇÃO DO DIREITO?

No plano constitucional, a percepção dinâmica²⁵ dos princípios constitucionais permite e garante a estruturação de uma nova visão do papel do processo, de modo a não se esvaziar seu caráter institucional, nem técnico, ao impedir sua visualização como mero espaço em que o Estado-juiz profere decisões em larga escala, conforme um determinado senso de justiça social (discutível).

Não se pode acreditar mais em uma justiça social predefinida antes do debate processual, eis que só as peculiaridades do caso concreto (não de uma massa de

²³ Não se nega, por óbvio, a importância de se dimensionar de modo técnico e constitucionalmente adequado a questão da litigiosidade de massa, o que se critica é o trato superficial que a temática é conduzida no Brasil.

²⁴ O Supremo Tribunal Federal possui vários precedentes atribuindo como sendo uma das bases normativas da aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, no Direito brasileiro, o devido processo legal em sua dimensão material (*substantive due process of law*) como mecanismo de controle de legitimidade do conteúdo das decisões.

²⁵ ANDOLINA, Italo, VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990, p. 13.

casos), definidas endoprocessualmente, conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre os interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado.

Em sociedades pluralistas e, ao mesmo tempo, globalizadas, não existem referenciais estanques e predeterminados que poderão ser seguidos e descobertos por qualquer um, seja uma instituição de controle central (v. g. Estado e Igreja), órgão ou pessoa (v. g. presidente, *führer* ou juiz).

Não há como se creditar papéis salvacionistas e paternalistas a terceiros, o que obriga cada cidadão a assumir a responsabilidade pelos princípios elementares de sua vida em comum na sociedade, não podendo mais recorrer a uma autoridade transcendente que o alivie de suas decisões²⁶.

A manutenção das concepções e premissas da socialização processual precisam ser repensadas.

Desde a *Ordenança processual* austríaca, de 1895, obra de Franz Klein, o processo passou a ser visto como instituição estatal de bem-estar social²⁷.

Essa visão permitiu um acentuamento dos poderes judiciais, na grande maioria dos sistemas processuais, com a atribuição da direção do processo por parte do juiz (*richterliche Prozessleitung*), entendida não somente no aspecto formal (*formelle Prozessleitung*) de regular e promover a ordem e o ritmo dos atos do processo, mas também em seu aspecto material (*materielle Prozessleitung*), ofertando ao órgão judicial controle e iniciativa oficiosa no recolhimento do material que formará o objeto do juízo sobre o mérito²⁸.

Do mesmo modo, a concepção doutrinária do processo como relação jurídica, conjunto de vínculos de subordinação das partes ao juiz, precisa ser abandonada.

Não se pode ainda esquecer que para além da participação diretora (técnica) do juiz, desde o segundo pós-guerra e, mais recentemente, com o fenômeno da globalização, vai se outorgando ao Judiciário um papel central, devido à desestruturação do ordenamento e à perda pelas outras autoridades estatais da capacidade de regular fenômenos econômicos, políticos e sociais.

Na atualidade, mesmo em sistemas de *common law*, tradicionalmente ligados ao *adversarial system* e em que o magistrado se apresentava como um árbitro passivo, há um reforço do papel diretor (princípio do *case management*). O papel

²⁶ GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 63, jul. 2002. p. 109.

²⁷ KLEIN, Franz. *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958. p. 25.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè, 1974. v. I e II, p. 70-71.

institucional dos juízes é reforçado, inclusive, com alterações legislativas, v.g. *Civil Procedural Rules* 1998, em vigor a partir de 26 de abril de 1999, na Inglaterra²⁹.

Desse modo, delineou-se uma perspectiva de socialização do processo, que objetiva a aceleração deste, com a busca de um pronto restabelecimento de uma utópica paz jurídica, mas que, mesmo nesse referencial teórico socializador, não imporia uma onipotência estatal no campo do processo com o auxílio do juiz.

Os adeptos desse processo, com marcante função social e sem neutralidade normativa, acreditam que o “juiz ativo” funcionaria como verdadeiro canal de comunicação da carga axiológica atual entre sociedade em que vive e os textos normativos³⁰, sendo o intérprete que possui sensibilidade na busca solitária do bem comum.

Isso conduz, em alguns casos, a uma “nefasta atuação protetora do juiz”, o que pode conduzi-lo, mesmo, a uma postura parcial, tanto que, até em sistemas processuais socialistas, que geraram parte dessas tendências, desaprovava-se a extensão do controle judicial sobre os atos das partes como uma espécie de curatela judiciária³¹.

Fervorosos defensores do processo social já afirmavam, no início da década de 1970, que um dos fatores problemáticos do reforço dos poderes dos juízes era a crescente tendência dos particulares em confiar no paternalismo estatal³².

24

Decorrente da imposição no discurso processual da denominada “socialização do processo”, são poucos os que ousam analisá-la sob uma perspectiva crítico-reflexiva. E, muitas vezes, fazem isso em perspectiva liberal, como Cipriani e Montero Aroca, chamados de “revisionistas” ou “neoprivatistas”, pois enxergam na socialização traços totalitários decorrentes do aumento da ingerência do Estado na vida dos cidadãos.

6. CONCILIAÇÃO DO PROCESSO SOCIAL E LIBERAL

Porém, a conciliação dos caracteres de um processo social e de um processo “privatista” pode proporcionar resultados social e constitucionalmente aceitáveis na busca de finalidades constitucionalmente adequadas, que manteriam a participação diretiva do juiz e contributiva das partes – ou seja, a função problematizante do processo jurisdicional.

²⁹ TARUFFO, Michele. Il processo civile di *civil law* e di *common law*: aspetti fondamentali. *Sui confini*: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 77.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 294.

³¹ JODLOWSKI, Jerzy, Gli orientamenti della riforma della procedura civile polacca. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, 1988. p. 484.

³² DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. cit. p. 98.

Já se pode perceber que atualmente a credulidade na existência de um *ethos* concreto e universalmente vinculante de uma comunidade mais ou menos homogênea, principalmente em um cenário de pluralismo de concepções de mundo, seria uma ilusão da realidade, pois em nossa sociedade percebe-se a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional acerca dos *standards* de valor fundamentais³³, impedindo que um sujeito solitário possa encontrar por si mesmo os valores dessa comunidade.

Nessa perspectiva, torna-se inaceitável o entendimento que trabalha com uma separação de papéis dentro da estrutura processual que, de um lado, possuiria o juiz como terceiro, com acesso privilegiado ao que seria o bem comum e, de outro, com partes que se veriam alijadas do discurso processual, entregando seus interesses jurídicos ao critério de “bem comum” deste órgão judicial³⁴.

O processo, que durante o liberalismo processual foi acusado por Calamandrei de ser jogo³⁵ entre os advogados que possuísem maior esperteza, volta a sê-lo a partir da credulidade da idéia salvacionista do órgão julgador, pois este, atuando e obtendo um respaldo institucional de “protagonismo”, poderá construir provimentos solitariamente sem o respaldo da contribuição dos demais sujeitos processuais e, especialmente, sem o respaldo técnico do processo, uma vez que a busca de rapidez procedimental conduz à construção de procedimentos cognitivos que reduzem a dialogicidade e cancelam o solipsismo judicial.

25

7. DEMOCRATIZAÇÃO PROCESSUAL – PELO PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO³⁶

Desse modo, ao se perceber que há um dissenso do que seja o bem comum e que não é mais possível a utilização da imagem de um sujeito solitário³⁷ com acesso privilegiado aos ideais de justiça, faz-se mister a utilização do espaço discursivo instaurado pelo processo como espaço público de problematização e formação de todos os provimentos.

Percebe-se no processo uma estrutura normativa de implementação de uma participação cidadã que garantiria a tomada de consciência e de busca de

³³ HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta, 2002. p. 290

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. cit. p. 295-296.

³⁵ CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ejea, 1962. t. III, p. 259-294.

³⁶ Essas idéias podem ser melhor percebidas em outro locus: (NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. cit.)

³⁷ A autoridade epistêmica passa do sujeito cognoscente (que extrai de si mesmo os critérios para a objetividade da experiência) à práxis de justificação de uma comunidade de linguagem” (tradução livre). (HABERMAS, Jürgen. *Verdad y justificación*. cit. p. 235).

direitos em um espaço onde deve imperar a ampla possibilidade de influência na formação de decisões, no âmbito de uma *ordem isonômica*, ou seja, com a adoção de um contraditório em sentido forte³⁸.

O processo ganha, nessa perspectiva, enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espacial de seu desenvolvimento.

Ocorre que a estruturação desse processo somente pode ser perfeitamente atendida a partir da perspectiva democrática de Estado, que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos humanos e com o princípio da soberania do povo³⁹.

Em decorrência dessa perspectiva procedimental do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que nem a autonomia privada nem a autonomia pública possuem precedência, mas, sim, pressupõem-se mutuamente. No espaço procedimental discursivo criado, será possibilitada a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos na formação falível da deliberação⁴⁰.

No que tange aos procedimentos jurisdicionais, há de se afastar por completo o ideal monológico que assegura ao juiz um “privilegio cognitivo” – *Erkenntnisprivileg*⁴¹ – na prática de formação da decisão judicial; eis que, caso isso fosse possível, poder-se-ia até mesmo acabar com o espaço procedimental discursivo do processo, como *iter* formador dos provimentos, impedindo a possibilidade de que novas informações e melhores argumentos pudessem ser propostos⁴².

Essa impossibilidade de análises solipsistas pelo juiz leva obrigatoriamente à percepção de uma perspectiva intersubjetiva e participativa do processo jurisdicional.

Nessa perspectiva, faz-se necessária a busca de uma estruturação processual que permita o exercício de um controle compartilhado sobre o papel do magistrado

³⁸ Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, v. 168, fev./2009. no prelo. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa In: DIDIER JR, Fredie (Org.). *Teoria do Processo – Panorama doutrinário mundial*. Salvador: Podium, 2007, v. 1, p. 151-174. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 212.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994. p. 664.

⁴⁰ Op. cit., p. 662.

⁴¹ Op. cit., p. 272.

⁴² Op. cit., p. 278.

e das partes, especialmente após o segundo pós-guerra, que não represente um retorno a ciclos históricos já suplantados (liberalismo processual).

Tal controle será possível mediante a releitura de alguns princípios do modelo constitucional de processo, com base na visão procedimental de Estado Democrático de Direito, que impõe uma necessária participação na implementação legislativa e jurisdicional.

Percebe-se, ainda, que, na busca de uma efetiva democratização jurídica no processo jurisdicional, faz-se mister uma articulação conjunta das conquistas técnicas dos processos liberal e social, que somente poderá ser alcançada sobre o fio condutor do policentrismo processual e da comparticipação, capazes de implementar uma responsabilidade compartilhada por todos os sujeitos processuais segundo uma perspectiva paritária de acesso e participação técnica na formação dos provimentos.

Deve-se vislumbrar que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual (juiz, partes, advogados), mas, na sua atuação responsável, competente (*Handlungskompetenz*) e interdependente, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo seu respectivo papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas⁴³.

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 desenvolvidos⁴⁴, em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo, notadamente o contraditório como garantia de influência e de não-surpresa.

O processo, em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada a cada caso em análise.

REFERÊNCIAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. cit. p. 270.

⁴⁴ Ibidem, p. 288-289.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, RE 201.819-8, Rel. Gilmar Mendes, j. 11/10/2005, *Diário da Justiça*, Brasília, p. 33, out. 2006.

CALAMANDREI, Piero. El proceso como juego. In: _____. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Ejea, 1962. t. III, p. 259-294.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Cidadania e efetividade do processo. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, Síntese, p. 30-35, set./out. 1999.

CAPONI, Remo. Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel Processo Civile tedesco dopo la riforma del 2001. Le prove nel processo civile. *Atti del XXV Convegno Nazionale*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 265-301.

_____. *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*. In: Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovani Fabbrini, junto da Università di Pisa, 4 e 5 de maio, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*. Milano: Giuffrè, 1974. v. I e II.

_____. *O processo civil no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2002.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. Evolución de la doctrina procesal. In: _____. *Estudios de teoría general y historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1974. t. II, p. 293-331.

28

CHIOVENDA, Giuseppe. Relación sobre el proyecto de reforma del procedimiento elaborado por la comisión de posguerra. In: _____. *Ensayos de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ejea, 1949. v. II, p. 219-346.

DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni di Comunità, 1971.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, n. 3, p. 861-880, 1958.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Labor, 1936.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 63, p. 105-118, jul. 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

_____. *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta, 2002.

HESS, Burkhard. *Territorial jurisdiction*. Strasbourg: commission for the efficiency of justice (CEPEJ), 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência,

de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 168, fev./2009. (no prelo)

KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

JODLOWSKI, Jerzy. Gli orientamenti della riforma della procedura civile polacca. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, p. 474-495, 1988.

MENCHINI, SERGIO. *Azioni seriali e tutela giurisdizionale: aspetti critici e prospettive ricostruttive*. In: Atti del Incontro di Studi: le azioni Seriali do Centro Interuniversitario di Studi e Ricerche sulla Giustizia Civile Giovani Fabbrini, junto da Università di Pisa, 4 e 5 de maio, 2007.

MONTERO AROCA, Juan. *I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*. Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2002.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influência e de não surpresa In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). *Teoria do processo – Panorama doutrinário mundial*. Salvador: Podium, 2007, v. 1, p. 151-174.

_____. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006.

PROTO PISANI, Andrea. Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato. *Il Foro Italiano*, Parte V, Roma, p. 73-87, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. *A geografia da justiça – para um novo mapa judiciário*. Coimbra: Observatório permanente da Justiça portuguesa – Universidade de Coimbra, 2006.

TARUFFO, Michele. Il processo civile di *civil law* e di *common law*: aspetti fondamentali. *Sui confini*: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002.

TARZIA, Giuseppe. O novo processo civil de cognição na Itália. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 79, p. 51-63, jul./set. 1995.

WALTER, Gehrard. Cinquanta anni di studi sul processo civile in Germania: dal costruttivismo all'apertura internazionale. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, CEDAM, p. 36-52, 1998.

WASSERMANN, Rudolf. *Der soziale Zivilprozeß: Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied, Darmstadt: Luchterhand, 1978.

