

DECISÃO JURISDICIONAL: UMA ANÁLISE DO ART. 10 DO PROJETO DO NOVO CPC

Silvio Batista De Sá¹

*JUDICIAL DECISION: AN ANALYSIS OF ART. 10
OF THE NEW CPC PROJECT*

¹ Advogado. Especialista em Direito Processual IEC- PUC Minas. Mestrando em Direito Processual pela PUC Minas. Professor de Direito Processual da Faculdade Santo Agostinho e da Polícia Militar de Minas Gerais.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 instaurou uma nova perspectiva teórica para a ciência processual brasileira. Todavia, o advento do paradigma constitucional não impulsionou de imediato, no Brasil, a reflexão entre “Constituição e Processo”. O atual Código de Processo Civil (CPC) brasileiro de 1973 estabelece um paradigma de processo como “relação jurídica” centralizado na pessoa do julgador, enquanto a Constituição Brasileira impõe a democratização do exercício da função jurisdicional entre os sujeitos processuais. Com o advento da Constituição, os princípios processuais do devido processo legal adquirem uma nova dimensão teórica, no sentido de assegurar não só a validade, mas também a legitimidade das decisões jurisdicionais. Infelizmente, o legislador ao produzir o projeto do novo CPC não conseguiu expurgar totalmente do texto legislativo resquícios de um processo como relação jurídica. Sendo assim, para uma leitura mais adequada de um novo CPC, será preciso adotar uma posição crítica acerca da teoria processual mais apta a encaminhar o discurso jurídico-processual. Esse talvez seja o maior desafio a ser enfrentado pelos operadores do direito, sobretudo pelos processualistas. Em face desse entendimento, será frita uma breve análise do artigo 10 do código projetado à luz do paradigma teórico de um modelo constitucional de processo.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia, Constituição e Processo.

ABSTRACT: The 1988 Federal Constitution established a new theoretical perspective for the Brazilian procedural science. However, the advent of constitutional paradigm did not boost immediately, in Brazil, the reflection between “Constitution and Procedure.” The current Brazilian Code of Civil Procedure (CCP), 1973, establishes a paradigm of process as “legal relationship” centralized in the person of the judge, while the Brazilian Constitution imposes the democratization of the fulfillment of judicial functions between the procedural subjects. With the advent of the Cons-

titution, the procedural principles of proper legal process acquire a new theoretical dimension, to ensure not only the validity, but also the legitimacy of judicial decisions. Unfortunately, when the legislator produced the project of the new CCP failed to fully purge the legislation remnants of a process as legal relationship. That being so, to a more appropriate reading of a new CCP it will be necessary to adopt a critical stance about the most adequate procedural theory to direct the legal and procedural discourse. This is perhaps the biggest challenge faced by law professionals, especially by processualists. Given this understanding, we will make a brief analysis of Article 10 of the code designed in the light of the theoretical paradigm of a constitutional process model.

KEYWORDS: Democracy, Constitution and Process.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o artigo 10 do texto-base do projeto do novo Código de Processo Civil – PLS-166-2010, PLC-8046/2010 – a partir de uma leitura constitucional do processo jurisdicional. O dispositivo em questão visa impedir que o agente público julgador profira a chamada decisão-surpresa, ou seja, aquela produzida de ofício, sem prévio debate das partes interessadas.

Atualmente, no Brasil, o processo jurisdicional vem sendo operacionalizado como mero instrumento da jurisdição, por meio do qual o Estado manifesta seu poder. Nessa perspectiva, o processo é concebido como uma relação jurídica hermética que se realiza entre o autor e o réu, sob o comando do Estado-Juiz. Tal concepção, ainda arraigada nas ideias do jurista alemão Oscar Bülow, é incompatível com o modelo democrático de processo jurisdicional inaugurado, no Brasil, a partir Constituição da República de 1988.

Em razão da constitucionalização dos princípios processuais, a Carta Magna passou a ser fonte objetiva de todo o sistema processual civil no país. Trata-se de uma mudança teórico-processual que renova os conceitos de jurisdição e do devido processo legal, com o intuito de assegurar a validade e legitimidade das decisões jurisdicionais proferidas no âmbito do Estado Democrático de Direito. Assim, toda decisão jurisdicional deve ser uma resultante lógico-discursiva, construída pelos interessados processuais, com vista a controlar a legitimidade dos provimentos proferidos pelo agente público julgador.

Nessa perspectiva teórica o processo jurisdicional democrático apresenta-se como instituição jurídica capaz de garantir uma fiscalidade permanente dos atos jurídicos, de modo a assegurar às partes o direito de influenciar o curso da atividade processual.

Dessa forma, o discurso processual civil deverá ser concebido a

partir de um enfoque constitucional do processo, que, por meio do princípio constitucional do contraditório, assegure um diálogo permanente entre os sujeitos processuais na construção das decisões jurisdicionais. A percepção democrática do processo reclama, pois, um sistema processual civil co-participativo de modo a justificar a efetividade de um direito que se pretende democrático.

2. NOVO CPC E TEORIA PROCESSUAL²

Em 26 de Novembro de 2013 a Câmara Federal aprovou o texto-base do novo Código de Processo Civil. O projeto seguirá para o Senado Federal e, se for aprovado, dependerá apenas da sanção presidencial. Contudo, as alterações propostas para o Código de Processo Civil apenas atingirão o nível de democraticidade idealizado, se os operadores do direito atentarem para uma mudança de paradigma processual, iniciada no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988.

Além de uma busca por maior celeridade processual, muitas das propostas de alteração foram impulsionadas pela tardia, mas necessária, constitucionalização do processo civil no Brasil. Sendo assim, para uma leitura mais adequada de um novo CPC será preciso adotar uma posição crítica acerca da teoria processual mais apta a encaminhar o discurso jurídico-processual. Este talvez seja o maior desafio a ser enfrentado pelos operadores do direito, sobretudo, pelos processualistas.

Será preciso alavancar uma visão constitucional do processo e se distanciar de conjecturas ideológicas segundo as quais cabe ao julgador buscar o sentido da lei.³ A atividade jurisdicional, em uma perspectiva democrática do processo, tal como estabelece a Constituição brasileira,

² Para uma maior compreensão acerca do ciclo histórico das teorias processuais e sua importância para o estudo do direito, são oportunas as lições de Rosemiro Pereira Leal em sua obra *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*, p. 77-93.”

³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 158.

deve privilegiar um sistema que atribui às partes a co-responsabilidade pela estabilização dos sentidos normativos. Pois, conforme observa Dierle Nunes, tratando-se de processo democrático:

não existe entre os sujeitos processuais (técnicos processuais) submissão, mas, sim, interdependência, fazendo inaceitável o esquema da relação jurídico-processual que impõe submissão das partes ao juiz.⁴

A crítica é pertinente, já que, de acordo com as premissas adotadas pela teoria da relação jurídica, a atividade processual se centraliza na pessoa do juiz.⁵

Dessa forma, uma estrutura técnico-processual, em que as partes se tornam meras receptoras de um saber solipsista do julgador, é incompatível com o sistema processual democrático que se pretende consolidar no Brasil. Por isso, o novo CPC deverá representar uma oportunidade para se distanciar da visão socializadora⁶ da atividade processual, ainda predominante no Brasil, e se adequar aos novos horizontes teóricos da ciência processual.

Não é possível admitir, sobretudo após a Constituição de 1988, uma convivência teórica entre a relação jurídico-processual e um modelo constitucional de processo. Ambas as teorias têm concepções diversas no que tange ao acertamento prático do direito material posto em litígio. Enquanto a relação jurídica enfatiza o protagonismo judicial como meio para se alcançar a “justiça”, a percepção democrática do processo propõe que o conceito de justiça seja acertado de forma participada entre os sujeitos do processo. Ou seja, considerando o processo jurisdicional democrático, não há posição privilegiada quanto à interpretação dos sentidos normativos da linguagem jurídica.

Aliás, Elio Fazzalari, em 1958, ao refutar o que chamou de “velho e

4 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático*, p. 204.

5 BÜLOW, Oskar von. *A Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais*, p. 259.

6 NUNES, D. *Idem*, p. 79-134.

inadequado clichê pandetístico da relação jurídica processual”⁷, já alertava que uma atividade processual deve estabelecer uma técnica capaz de garantir maior participação daqueles que sofrerão os efeitos da decisão estatal. Pois, conforme observa Nunes, “Fazzalari percebe a importância da participação técnica das partes no item de formação das decisões e alça tal participação a elemento estrutural e legitimante das atividades processuais.”⁸

Apesar da valiosa contribuição de Fazzalari à democratização processual, é preciso anotar que o processualista italiano não adotou a reflexão jurídico-constitucional, uma vez que a teoria do processo como procedimento em contraditório “não demonstrou maior preocupação com uma aplicação dinâmica dos princípios constitucionais.” Não obstante o trabalho de Fazzalari ter se restringido ao campo da técnica processual, sua teoria representou um “claro contraponto à ideia que centraliza o estudo do Direito Processual em torno da jurisdição e do papel do juiz.”⁹

A reflexão é importante, pois, mesmo considerando o contraponto de Fazzalari à teoria da relação jurídica, bem como a constitucionalização dos princípios processuais, a partir de 1988, o Brasil ainda se mantém atrelado a uma concepção teórica ultrapassada do processo civil. Quer dizer, o processo civil brasileiro ainda se prende a dogmas processuais já refutados, desprezando toda a reflexão teórico-processual iniciada a partir de Fazzalari.

Por essa razão, acredita-se que o advento de um novo código não se resume apenas em uma mudança de estatuto legal, mas, principalmente, de uma nova opção teórica para o processo civil no Brasil, de leitura efetiva a partir da Constituição democrática.

Daí a necessidade de consolidar estudos que aproximam Processo e Constituição, tal como fizeram Hector Fix-Zamudio¹⁰, Ítalo Andolina¹¹ e

7 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, p. 111.

8 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 207.

9 NUNES, D. *Idem*.

10 FIX-ZAMUDIO, Hector. *El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Processual*, p. 357-363.

11 ANDOLINA, Ítalo. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*, p. 63-69.

José Alfredo Baracho¹², precursores de uma nova teoria processual embasada no vínculo processo-constituição.

A propósito, nas palavras de Baracho:

A constituição pressupõe a existência do processo, como garantia da pessoa humana. Ao ver o processo como garantia constitucional, fundamenta que as Constituições do século XX, com poucas ressalvas, reconhecem a necessidade de proclamação programática de princípio do direito processual como necessário, no conjunto de direitos da pessoa humana e as garantias respectivas.¹³

Depreende-se que, a partir de 1988, com a constitucionalização dos princípios processuais, não é possível interpretar o projeto do novo CPC senão à luz de uma teoria constitucional do processo. Dessa forma, a percepção democrática do direito processual impede o exercício de uma atividade jurisdicional, em que cabe “ao juiz aprovar o processo e deixá-lo seguir seu curso.”¹⁴

Uma estrutura técnico-processual em que as partes assumem o papel de meras consumidoras de um saber solipsista, conforme se depreende da relação jurídica processual, é incompatível com o processo democrático. Logo, não haverá avanço, sob o ponto de vista democrático, se o novo código não proporcionar uma mudança de mentalidade quanto aos efeitos práticos da constitucionalização do processo civil.

Colhidas as considerações sobre a democratização da atividade processual a partir de Fazzalari, cabe aqui propor uma reflexão acerca de conceitos, tais como função jurisdicional, norma procedimental e legitimidade da decisão jurisdicional, à luz de um modelo processual democrático.

¹² A sistematização de estudos sobre Processo e Constituição iniciou-se a partir da 2ª Guerra Mundial, com a constitucionalização dos princípios de direito processual. José Alfredo Baracho, pioneiro no Brasil quando se trata de estudos entre Processo e Constituição, já alertava, em 1984, para os estudos do processualista mexicano Héctor Fix-Zamudio acerca das garantias constitucionais do processo civil, objeto de estudos, na Europa, após a Segunda Guerra Mundial. (*Processo Constitucional*, p. 122-123).

¹³ BARACHO, José Alfredo. *Processo Constitucional*, p. 125.

¹⁴ BÜLOW, Oskar Von. *A Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais*, p. 259.

É o horizonte que se espera alcançar com o advento de um novo código de processo civil.

3. FUNÇÃO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICA¹⁵

O desenvolvimento histórico da jurisdição, como atividade monopolizada pelo Estado, se consolida com a transição da justiça privada para uma justiça pública.¹⁶ Contudo, a existência de uma jurisdição estatal, sem uma reflexão teórica sobre seus contornos procedimentais, ou seja, à luz do direito democrático estabelecido pela constitucionalidade brasileira, em nada contribui para a consolidação de um processo democrático.

Atualmente o exercício da atividade jurisdicional deve se mostrar compatível com a proposta de Estado Democrático de Direito adotada pela Constituição da República, uma vez que a jurisdição, compreendida como exercício de poder pelo Estado-Juiz, ganha nova “roupagem” teórica no que tange aos parâmetros e condições para seu exercício em um paradigma de direito democrático. É que a jurisdição, tratando-se de Estado Democrático de Direito, somente pode ser exercida mediante a garantia incondicional do devido processo legal.

Infelizmente as reflexões sobre a função jurisdicional, no Brasil, ainda estão presas a perspectivas teóricas ultrapassadas, o que acaba limitando-a a um conceito de atividade pacificadora do Estado, e torna o processo um meio para realização da justiça.¹⁷ Isto é, a jurisdição seria uma manifestação de poder do Estado, exercido pelos juízes, e o processo mero instrumento para a concretização desse poder. Essa reflexão raquítica da jurisdição tem

¹⁵ Neste trabalho, o termo “função jurisdicional” se refere à atividade judicante do “poder judiciário”. Para melhor compreensão da opção teórica, conferir a obra “*Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*” Belo Horizonte: Del Rey, 2004, de autoria do professor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

¹⁶ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. *Da Ação Cível*, p. 25-27.

¹⁷ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, p. 32-33.

provocado um colapso teórico-científico a respeito do papel do judiciário no Estado Democrático de Direito.

Contudo, os estudos avançados acerca de um Processo Constitucional, que confere à jurisdição status de direito fundamental¹⁸, permitiram a ampliação do espaço de reflexão da função jurisdicional na contemporaneidade. É com base nessa perspectiva que se pretende analisar teoricamente o artigo 10 do projeto no novo CPC, partindo de uma leitura constitucional do direito processual civil no Brasil.

4. ART. 10 DO CPC PROJETADO: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

O referido projeto impõe ao julgador que a decisão jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, seja capaz de garantir a efetiva participação das partes na formação da sentença. Tal mudança teórico-processual não significa mero formalismo da linguagem jurídica, mas uma tentativa de propiciar maior legitimidade às decisões proferidas pelo Estado, mediante a participação dos sujeitos processuais.

Sendo assim, o art. 10 do projeto do CPC exige uma reflexão teórica mais consistente sobre a jurisdição, uma vez que a mensagem legislativa, posta pelo projeto de artigo, visa assegurar a participação das partes em todas as fases do procedimento judicial. Ao estabelecer a garantia de participação, em qualquer grau de jurisdição, o dispositivo legal consolida a premissa de um processo jurisdicional democrático. Nota-se que o objetivo principal dessa garantia de participação é assegurar às partes a possibilidade de influenciar nas decisões jurisdicionais.

O direito à participação não é mais uma faculdade do Estado-Juiz,

¹⁸ BRETAS, Ronaldo Dias de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 75.

tornou-se uma obrigatoriedade, sob pena de nulidade processual¹⁹, em razão do princípio constitucional (art. 5º LV, CR/88), agora devidamente explicitado pelo artigo 10 do projeto do novo CPC. A atividade jurisdicional, até então vista como manifestação da autoridade do Estado, sofrerá limitações, uma vez que o exercício desse poder deverá ser compartilhado entre os sujeitos processuais.

A democratização do exercício do poder, a partir de uma maior participação das partes na formação das decisões jurisdicionais, pode permitir um acertamento mais democrático do direito material no sistema judiciário brasileiro, pelo fato de o Brasil adotar um sistema de jurisdição difusa e concentrada de controle de constitucionalidade.²⁰ Assim, um sistema misto e complexo, ao lado de um sistema processual que privilegie a participação, como condição de legitimidade dos provimentos, permite maior ganho de democraticidade. Pois, conforme observa Lenio Luiz Streck, o controle difuso de constitucionalidade permite “instrumentalizar os direitos fundamentais sociais no caso concreto, além da possibilidade de afastar, como questão prejudicial, ato normativo inconstitucional.”²¹

Por outro lado, é preciso salientar que um sistema processual, que assegure uma maior participação das partes na formação das decisões, irá requer dos sujeitos processuais maior responsabilidade na consolidação de um modelo processual democrático. A responsabilidade existe, na medida em que se opera a transição de um sistema teórico-processual cujo poder se centraliza na pessoa do julgador, para outro, mais democrático, em que

¹⁹ Sobre nulidade processual é recomendável a leitura da obra “Nulidade no Processo”, de autoria de Aroldo Plínio Gonçalves. A obra é importante para os estudos do direito processual, tendo em vista que o autor trabalha a nulidade como sanção, ou seja, como consequência jurídica prevista para o ato praticado em desconformidade com a lei que o rege em uma perspectiva teórica do processo como procedimentos em contraditório. “O procedimento prepara o provimento obedecendo a um modelo legal, complexo ou simplificado, mas sempre preexistente, ainda que minimamente, em normas do sistema jurídico. Nessa atividade, intervêm, em contraditório, os interessados no provimento, construindo o processo conjuntamente com o juízo, que, no exercício da função jurisdicional, atua em nome do Estado, (*Nulidade no Processo*, p. 14).”

²⁰ SARLET; MARINONI; MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*, p. 776.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p. 149.

as partes terão papel fundamental na construção do provimento.

A função jurisdicional, em face de um modelo constitucional de processo, deixa de ser operacionalizada de acordo com a livre consciência do julgador e passa a ter a Constituição como fonte objetiva que estabelece os critérios de fundamentação e demarcação teórica da decisão jurídica. Daí a importância de se compreender e operar as matrizes de um modelo constitucional de processo, pois, conforme leciona Marcelo Cattoni de Oliveira, “se o Direito Constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico (...) não há Direito Processual que não deve ser, nesse sentido, constitucional.”²²

No Brasil, toda a jurisdição é constitucional e visa preservar a supremacia do ordenamento jurídico-constitucional. Dessa forma, a norma constitucional visa garantir a integridade de direitos delineados pela Constituição, e o texto constitucional funciona como uma moldura que delimita o agir objetivo de todos os sujeitos processuais. Portanto, o sistema jurídico processual, no paradigma democrático, é resultante lógico-discursiva, que assegura a participação das partes interessadas em contraditório, em igualdade de condições, na construção de todas as decisões proferidas pelo órgão jurisdicional em sede de Estado Democrático de Direito.

Daí as considerações pertinentes de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, ao alertar para a incorreção técnica em se admitir, no Brasil, o fracionamento da jurisdição em civil, penal ou trabalhista. Conforme observa o processualista, o Brasil, por força do texto constitucional, adota o sistema de jurisdição una e isso impede qualquer fracionamento.²³

Contudo, é importante frisar que a unicidade da função jurisdicional é tema controvertido na doutrina. Sobre o assunto já alertava José Alfredo Baracho, ao lecionar que a jurisdição “apesar de ser um conceito unívoco, que não comporta divisões ou fracionamentos, a doutrina aponta a ocorrência

²² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Direito Constitucional*, p. 122.

²³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 42-43.

de certas espécies de jurisdição.”²⁴ De fato, não há um consenso doutrinário quanto à unicidade da atividade jurisdicional. É o que se observa nos estudos do processualista italiano Elio Fazzalari, que admite o fracionamento da jurisdição em razão da matéria.²⁵

Não obstante, o autor deste artigo comunga do entendimento exposto por Baracho, segundo o qual o conceito de jurisdição não admite divisão. A razão, conforme exposto acima, está no fato de o Brasil adotar um sistema misto de controle de constitucionalidade. Dessa forma, todo órgão judicante é também órgão da jurisdição constitucional, já que o direito material deve ser aplicado à luz do texto constitucional.

Por isso, um sistema de jurisdição una tem maior ganho democrático, na medida em que qualquer indivíduo, mediante a garantia de participação, tal como estabelece o art. 10 do projeto do CPC, pode testar a validade e legitimidade de sua constituição perante qualquer órgão da jurisdição em face do Estado Democrático de Direito.

A função jurisdicional, compreendida como “atividade dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional”²⁶, há de ser una e indivisível.

É importante observar que o exercício da atividade jurisdicional, no paradigma de direito democrático, impõe às partes e ao Estado uma condição de isonomia, não apenas formal, mas de igual oportunidade de influenciar na formação das decisões proferidas pelo Estado.

Desse modo, a leitura do art. 10 do projeto do novo CPC requer, pois, uma compreensão teórica não só da atividade jurisdicional como também do devido processo legal, exposto no próximo tópico.

24 BARACHO, José Alfredo. *Processo Constitucional*, p. 80.

25 FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, p.156-157.

26 BARACHO, José Alfredo. *Processo Constitucional*, p. 32.

5. DEVIDO PROCESSO E DIREITO AO PROCEDIMENTO

O texto constitucional assegura o acesso incondicional à jurisdição (art. 5º, XXXV) mediante garantia inarredável do devido processo legal (art. 5º LIV). A garantia processual visa assegurar aos litigantes, seja no âmbito administrativo ou judicial, o direito ao contraditório, à ampla defesa e à isonomia.

No âmbito jurisdicional, o devido processo legal também compreende o direito ao juízo natural, ao processo com duração razoável, o direito ao advogado e a garantia de uma decisão fundamentada na reserva legal. Por se tratar de um modelo constitucional, o devido processo implica também o direito ao procedimento adequado.

O artigo 10 do projeto do novo CPC reforça a ideia de uma estrutura técnico-procedimental que estabeleça uma dialética entre os sujeitos de um processo jurisdicional democrático. Percebe-se, no projeto de dispositivo legal em análise, uma pertinente preocupação em assegurar um espaço jurídico-argumentativo (procedimento normativo) como condição *sine qua non* para que a decisão judicial tenha validade perante o ordenamento jurídico pátrio.

Por isso, não é possível interpretar adequadamente, ou seja, à luz da constituição brasileira, o artigo 10 do projeto sem compreender a necessária distinção entre “processo e procedimento.” Para Elio Fazzalari, o procedimento judicial se apresenta como “uma sequência de atos, os quais são previstos e valorados pelas normas.”²⁷ O procedimento judicial é uma estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais, nos quais o ato antecedente é condição de existência do ato posterior e assim sucessivamente até a decisão final. Assim, a finalidade da estrutura procedimental é assegurar a previsibilidade formal do exercício da atividade processual

²⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, p. 114.

pelos sujeitos processuais.

Daí a importância dos art. 22, inciso I, e 24, inciso XI, da Constituição da República, ao estabelecer uma distinção entre norma procedimental e norma processual. Aroldo Plínio Gonçalves, firme nos ensinamentos de Fazzalari, aduz que processo e procedimento devem ser compreendidos como realidades jurídicas independentes e distintas.²⁸

Não há devido processo legal sem a estruturação adequada de um procedimento normativo, capaz de assegurar às partes o direito de influenciar e de se manifestar acerca de qualquer ato jurisdicional que possa lhe causar prejuízo. Por isso, o devido processo legal não é uma estrutura normativa, mas um conjunto de princípios, positivados no texto constitucional, os quais irão reger e disciplinar o procedimento com vista a assegurar a legitimidade das decisões jurisdicionais.

Nessa perspectiva, a decisão jurisdicional não se tornará legítima apenas com a participação daqueles que sofrerão seus efeitos, mas também mediante a garantia de um procedimento adequado, apto a assegurar a qualquer do povo, por meio do processo constitucional, a possibilidade de influenciar nos parâmetros da decisão jurisdicional. Dessa maneira, a estrutura procedimental deve ser elaborada de modo a permitir que os direitos sejam acertados mediante a fruição participada dos direitos fundamentais do processo.

Percebe-se que o devido processo legal também compreende o direito ao procedimento adequado, capaz de assegurar, por meio de uma estrutura compartilhada, a implementação dos direitos consolidados pelo texto constitucional.

²⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 48.

6. LEGITIMIDADE DA DECISÃO JURISDICIONAL

Após uma breve reflexão acerca da jurisdição e do devido processo legal, resta abordar a questão da decisão jurisdicional em face de um modelo constitucional de processo. Entretanto, antes de tecer considerações sobre a decisão judicial, frente ao paradigma de direito democrático, é forçoso reconhecer que a sentença, ao longo dos anos, tem sido pensada apenas pelo aspecto da validade, ausente, portanto, o atributo fundamental da legitimidade. Por essa razão, serão apresentadas breves conceituações sobre a decisão jurisdicional, formuladas por juristas que, em certa medida, influenciaram o desenvolvimento do processo civil no Brasil.

Extrai-se do pensamento do processualista italiano, Giuseppe Chiovenda, que o conceito de sentença judicial assenta-se sob dois aspectos. O primeiro é que a decisão, por ser um ato de tutela jurídica, deve ser estruturada com base na vontade da lei; o segundo considera a decisão provimento jurisdicional exclusivo do julgador.²⁹ Dessa forma, o juiz, ao constituir a relação jurídica “por meio da sentença, conclui ele sua missão.”³⁰

Para Francesco Carnelutti, a decisão judicial, denominada por ele de pronunciamento, “se resume em uma declaração do juiz.”³¹ Tendo sido instaurado o procedimento e assegurada a bilateralidade de falas entre autor e réu, “deverá falar o juiz; o juiz diz por sua vez o que tem que dizer”³² sobre a relação processual. Ao encerrar a instrução processual e dar início à fase do pronunciamento, o julgador deverá, segundo Carnelutti, proceder à “verificação de seu poder”³³, por meio de uma verdadeira investigação em torno dos fatos e circunstâncias apresentados pelo autor e réu.

De acordo com o magistério de Enrico Tullio Liebman, a sentença judicial é o ato final do processo “mediante o qual o juiz formula seu juízo.

29 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*, p.229.

30 CHIOVENDA, G. *Idem*, p. 230.

31 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, p. 411.

32 CARNELUTTI, F. *Idem*, p.411.

33 CARNELUTTI, F. *Idem*, p.417.

A sentença torna-se, assim, ato de autoridade, dotada de eficácia vinculativa, contendo a formulação da vontade normativa do Estado.”³⁴

Por fim, baseado no discurso de Eduardo Couture, faz-se uma tentativa de se estabelecer um contraponto. De acordo com o autor, a sentença judicial não seria um mero resultado lógico entre a premissa maior (lei) e a premissa menor (fato).³⁵ Ainda citando Couture, a sentença não poderia ser uma “operação lógica, porque nela existem muitas outras circunstâncias alheias ao simples esquema do silogismo.”³⁶ Para afastar o formalismo legal, o autor argumenta que o juiz, ao atuar como um verdadeiro investigador dos fatos, “é livre de eleger o direito que considere aplicável, segundo a sua ciência e sua consciência.”³⁷

Depreende-se, dos autores acima mencionados, que a construção da decisão jurisdicional se restringe ora ao texto puro da lei, ora à consciência do julgador sem qualquer participação dos sujeitos processuais. A decisão judicial, sob essa perspectiva, torna-se manifestação de um poder autoritário por parte do Estado-Juiz.

Contudo, frente ao paradigma de Estado Democrático de Direito, o exercício da função jurisdicional há de ser, necessariamente, democrático. A questão fundamental, tratando-se de um processo jurisdicional democrático, é a legitimidade das decisões proferidas pelo Estado. A produção de decisões judiciais – fruto de uma estrutura estratégica que fortalece a relação produtor-consumidor – não corresponde à proposta de direito democrático.

Por esse motivo, há uma tentativa de teorizar o processo jurisdicional como instituto jurídico de geração legítima de provimentos jurisdicionais.³⁸ Nessa renovada perspectiva teórica, a decisão judicial, para alcançar legitimidade, deverá ser construída, mediante a garantia constitucional do contraditório, com ampla participação das partes interessadas no provimento.

34 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 309.

35 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Direito Processual Civil*, p. 146.

36 COUTURE, E. *Idem*, p.147.

37 COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos de Direito Processual Civil*, p.151.

38 CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. *Direito Processual Constitucional*, p. 200.

Sendo assim, o contraditório deixou de ser apenas uma garantia de *simétrica paridade*³⁹ para se tornar direito fundamental dos sujeitos processuais contra um procedimento judicial de bases inquisitórias, conduzido por um saber absoluto e inquestionável do agente público julgador.

Nesse sentido:

O processo em perspectiva participada, embasada nos princípios processuais, 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.⁴⁰

Nesse contexto, o direito ao contraditório, conforme exposto acima, não figura como um mero dizer e contradizer das partes, para finalmente permitir ao julgador aplicar o direito que lhe convier. O princípio do contraditório é constituído, no processo jurisdicional democrático, pelo direito-garantia das partes que visa impedir a validade de qualquer decisão judicial que não tiver oportunizado a manifestação dos envolvidos, ainda que seja sobre matéria apreciável de ofício pelo julgador.

Portanto, para alcançar validade, não basta apenas que a decisão jurisdicional obedeça aos procedimentos normativos, é preciso que seja revestida de legitimidade mediante um processo participativo e democrático. Por isso, o artigo 10 do projeto do novo Código de Processo Civil pode ser compreendido como um verdadeiro direito-garantia das partes na construção conjunta dos provimentos jurisdicionais, pois, conforme assevera Daniel Mitidiero, tratando-se de um processo democrático, é indispensável que seja assegurada às partes “a possibilidade de se pronunciar sobre tudo

³⁹ É importante salientar que o contraditório na perspectiva fazzalariana se resume a um conceito de simétrica paridade sem assegurar do direito de influencia, pois conforme observar Dierle Nunes: “quando da estruturação de sua teoria, Fazzalari não demonstrou maior preocupação com uma aplicação dinâmica dos princípios constitucionais” (processo jurisdicional democrático, p. 207)

⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, p. 261.

que pode servir de ponto de apoio para a decisão da causa, inclusive quanto às questões que o juiz pode apreciar de ofício.”⁴¹

Ademais, o artigo 10 do projeto de CPC, além de assegurar a participação das partes, torna-se também uma garantia contra o que a doutrina tem denominado de “decisão surpresa”. Nesse sentido, Dierle Nunes assevera que:

o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso.”⁴² Prossegue o autor no sentido que a “decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório.”⁴³

Reconhecendo o princípio do contraditório como direito-garantia constitucional das partes de exercerem influência na decisão jurisdicional, Humberto Theodoro Júnior pondera que “de modo algum se tolera decisão de surpresa, decisão fora do contraditório de sorte que o julgado sempre será fruto do debate das partes.”⁴⁴ Da mesma forma, anota Lenio Luiz Streck: “o contraditório passa a ser a garantia da possibilidade da influência (e efetiva participação) das partes na formação da resposta judicial, questão que se refletirá na fundamentação da decisão.”⁴⁵ Por outro lado, pondera Streck, essa fundamentação não deve se originar de uma discricionariedade criativa do judiciário, pois “discricionariedade judicial nada mais é do que uma abertura criada no sistema para legitimar, de forma velada, uma arbitrariedade, não mais cometida pelo administrador, mas pelo judiciário.”⁴⁶

Ao vincular o princípio constitucional do contraditório à garantia de

41 MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*, p. 151.

42 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p. 229.

43 NUNES, D. *Idem*, p. 229.

44 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, p. 253.

45 Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA; MACHADO (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, p. 19.

46 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: construção hermenêutica e teorias discursivas*, p. 42.

participação na construção das decisões, com base na reserva legal, impõe-se uma condição de igualdade processual entre as partes como condição de legitimação das decisões. Dessa forma, inicia-se a democratização das decisões proferidas pela atividade jurisdicional e se estabelece um modelo constitucional de processo.

7. CONCLUSÃO

As colocações aqui apresentadas são uma tentativa de refletir acerca de algumas das mudanças normativas do código de processo civil projetado, tendo como horizonte teórico a democratização da atividade processual a partir de um modelo constitucional do processo. Dessa forma, pretende-se superar as conjecturas teóricas que impõem aos sujeitos processuais uma condição de passividade perante o Estado-Juiz – teoria do processo como relação jurídica – para torná-los co-responsáveis pela construção das decisões jurisdicionais.

O processo jurisdicional, em uma perspectiva democrática, requer a efetividade de um sistema processual fundado nos princípios processuais constitucionais, de modo a assegurar aos sujeitos processuais o igual direito à participação e influência na construção das decisões. Com essa perspectiva, há uma redefinição da atividade processual que deixa de ser um instrumento de poder, a serviço da autoridade estatal, para se tornar uma instituição participativa de efetivação dos direitos constitucionais.

Sendo assim, o princípio constitucional do contraditório tem um papel fundamental na consolidação de um sistema processual democrático, uma vez que é diante do direito ao contraditório que se assegura que os destinatários das decisões jurisdicionais se reconheçam como co-responsáveis pela sua construção.

Dessa maneira, o artigo 10 do código de processo civil representa uma mudança paradigmática ao passo que assegura aos sujeitos proces-

suais não só o direito de participar, mas também a responsabilidade de influenciar ativamente a formação das decisões judiciais. A expectativa é que o Código de Processo Civil projetado seja compreendido a partir de um modelo constitucional de processo, reconhecido como verídico pelos princípios constitucionais, com o propósito de assegurar a legitimidade dos provimentos proferidos em sede de Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de Processo**, São Paulo, V.22, n.87, p.63-69, jul./set.1997.

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

BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

BÜLOW, Von Oskar. **Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais**. Campinas: LZN, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**. v. IV. 1. ed. São Paulo: ClassicBook, 2000.

COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. São José-SC: Conceito, 2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX-ZAMUDIO. **El pensamiento de Eduardo J. Couture y o Derecho Constitucional Procesal**. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Mexico, v. 10, n. 30, p. 315-348, sept./dic. 1977.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidade no Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. I. 3. ed. Malheiros, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 2. ed. RT, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. **Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues Vieira. **Da Ação Cível**. Del Rey: Belo Horizonte, 2002.

Recebido em 11/08/2014 - Aprovado em 01/10/2014