



Fernando Rabello

# PROJETO DE LEI N. 166/2010: neoprocessualismo ou protagonismo judicial?

55

*BILL No. 166/2010: neo-proceduralism or judicial protagonism?*

Ângela Limongi Alvarenga Alves

## RESUMO

Pretende analisar a opção pela técnica legislativa cambiante, adotada no Projeto do Novo Código de Processo Civil, combinando textos normativos abertos e fechados.

Assere que as considerações tecidas ao longo do texto tomarão a reforma processual pretendida em contraponto com o neo-constitucionalismo e com o neoprocessualismo como transformações do fenômeno jurídico.

## PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional; Código de Processo Civil – projeto; neo-constitucionalismo; neoprocessualismo; protagonismo judicial.

## ABSTRACTS

*The author aims at assessing the choice of the changing legislative technique adopted in the bill for the new Civil Procedure Code, combining open and shut normative texts. She states that observations made throughout the text will take into account the intended procedural reform as opposed to neo-constitutionalism and neo-proceduralism, considered as changes of the legal phenomenon.*

## KEYWORDS

*Constitutional Law; Civil Procedure Code – bill; neo-constitutionalism; neo-proceduralism; judicial protagonism.*

## 1 INTRODUÇÃO

Desde a aprovação do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro deflagraram-se inúmeras questões de ordem axiomática, apesar de sua elaboração contar com a intervenção de notáveis juristas.

Uma delas é a opção pela técnica legislativa cambiante adotada, combinando textos normativos abertos e fechados. Ante a prescrição de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, nos ateremos à instrumentalização do discurso do protagonismo judicial. Tal desiderato pode contaminar o espírito de constitucionalização do Direito Processual Civil no qual está pretensamente imbuído o Projeto do Novo CPC, exorcizando garantias constitucionais, cuja nocividade pode ainda ser intensificada ante a previsão de simplificação recursal contida no mesmo projeto, conforme notícia Spolidoro (2010, p. 46).

**[...] os direitos fundamentais devem ser compreendidos não apenas como aqueles taxativamente elencados na Constituição Federal, mas todos aqueles oriundos de legislação infraconstitucional e de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário [...]**

Nesse sentido, para que se possa adentrar nos meandros da almejada reforma processual brasileira, conquanto à instrumentalização do protagonismo judicial, mote central de nossas discussões, iniciar-se-á percorrendo sobre as bases em que essa visão do direito foi construída e sobre qual papel desempenhado por esse novo instituto no reconhecimento da legitimidade da reforma empreendida, com vistas à construção e efetivação do paradigma de Estado democrático de Direito.

## 2 NEOCONSTITUCIONALISMO COMO TRANSFORMAÇÃO DO DIREITO E DA CIÊNCIA PROCESSUAL: NEOPROCESSUALISMO

Sem elidir as profundas transformações sofridas pela ciência jurídica a partir do último quarto do século passado, é pertinente ressaltar alguns traços marcantes que alteraram substancialmente a ciência do direito e, por via reflexa, serviram de inspiração para a elaboração do Projeto do Novo CPC. Entretanto, é imperioso destacar que essas mudanças envolvem vários fenômenos diferentes, mas concatenados, nos dizeres de Sarmiento (2009, p. 9-10): (a) reconhecimento da formação normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou estilos mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; (c) constitucionalização do direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento; (d) reaproximação entre o direito e a moral, com a penetração cada vez maior da filosofia nos debates jurídicos; (e) judicialização da política e das relações sociais, com o significativo deslocamento do poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

Essas mudanças encontram ferrenhos entusiastas e com a mesma profundidade, veementes críticas. Porém, não há como

negar a sua magnitude.

Nesse sentido, insta pontuar que *o direito brasileiro vem sofrendo mudanças profundas nas últimas duas décadas que podem ser relacionadas à emergência de um novo paradigma tanto na teoria jurídica quanto na prática dos tribunais, que tem sido designado como “neoconstitucionalismo”* (SARMIENTO, 2009, p. 11)<sup>1</sup>.

Contudo, a rigor, a terminologia “neoconstitucionalismo” é dotada de imensa indeterminação<sup>2</sup>. De qualquer forma, adotaremos essa terminologia, ainda que imprecisa, como designativa das diversas mutações sofridas pelo pensamento jurídico de uma maneira geral, conquanto inspiradoras do Projeto do Novo CPC.

Com efeito, experienciamos um período de consagração da teoria dos direitos fundamentais. Hodiernamente, é preciso encarar o fenômeno jurídico com muito mais acuidade a partir dessa pauta, marcante nesse período e pedra de toque do neoconstitucionalismo.

A própria teoria dos direitos fundamentais sofreu também consideráveis alterações<sup>3</sup> nos últimos anos, principalmente conquanto a sua concepção e ampliação. A uma, porque se considera que os direitos fundamentais são trunfos<sup>4</sup>, não dádivas, permissivos ou garantias contra ingerências estatais, como outrora (DWORKIN, 2002). A duas, porque os direitos fundamentais devem ser compreendidos não apenas como aqueles taxativamente elencados na Constituição Federal, mas todos aqueles oriundos de legislação infraconstitucional e de tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário (SARLET, 2009)<sup>5</sup>.

Há que se pontuar, por outro lado, a verdadeira revolução defendida por alguns juristas quanto ao entendimento da teoria da norma, tanto em aspectos intrínsecos como extrínsecos.

Atualmente, desenvolve-se a ideia de que princípio compõe a legalidade, não havendo precedência<sup>6</sup>. E mais, norma com eficácia imediata. Até meados do século passado, os princípios não eram encarados como espécie normativa, mas tão somente como fundamento e inspiração de outras normas. E, na pior das hipóteses, eram utilizados para suprimimento de lacunas *ex lege*. Exemplo disso é a Lei de Introdução do Código Civil, de 1942, que prescreve que o decisor deve primeiro observar, em ordem hierárquica, a lei, e, diante de lacuna, analogia, para daí por diante basear-se em costumes e, na falta desses, por derradeiro, os princípios. A aceitação da eficácia normativa dos princípios na atual fase do pensamento jurídico rechaça *la bouche de la lois*<sup>7</sup> (MONTESQUIEU, 1996).

Há ainda a distinção entre texto e norma, o primeiro como objeto da interpretação e a segunda, como produto da interpretação. Essa distinção facilitaria a compreensão das razões pelas quais um mesmo texto normativo gera tantas interpretações distintas, cabendo ao decisor a interpretação de textos normativos e do resultado dessa interpretação, a norma.

Existe também uma maior conformação frente ao papel normativo da jurisdição (DIDIER JUNIOR, 2009). A aceitação da jurisdição como fonte normativa, bem como o poder de criação normativa<sup>8</sup> oriundo da atividade jurisdicional já não sofre o preconceito de outrora. Na realidade, a teoria da norma tradicional identifica a norma com a legislação, cabendo ao decisor tão somente a aplicação posterior.

Nesse diapasão, assevera Spolidoro (2010, p. 45): [...] o juiz

cria o direito por intermédio de uma de suas fontes, a jurisprudência, cujo evidente exemplo está na edição do novo Código Civil. O juiz, outrossim, não só aplica o direito, mas, mais do que isso, controla as leis. A interferência judicial na lei e no direito é de robusta aparência e imprescindível para corrigir eventuais vícios legislativos.

Todas essas transformações, *inter alia*, marcaram indelevelmente o pensamento jurídico, e obviamente a ciência processual se viu compelida a inovar, imbricando velhos postulados. Provém da renovação ou mais precisamente, da recepção das transformações ora delineadas, a ideia de que experienciamos uma nova fase metodológica no direito processual – o neoprocessualismo<sup>9</sup>. E o Projeto do Novo CPC incorporou essas mudanças, inspirando-se nessas matizes.

### 3 O DIREITO PROCESSUAL CONTEMPORÂNEO: DO LIBERALISMO PROCESSUAL AO SOLIPSISMO METÓDICO

Na fase do liberalismo processual, acreditava-se que as partes litigantes contavam com igualdade, pressupondo a ausência de disparidades entre os indivíduos, o que, todavia, funcionava como impeditivo de compensações das desigualdades de toda ordem, mormente sociais e econômicas. Conspurcada a pressuposição de simetria, consequencial imediata foi a adoção da igualdade meramente formal.

Diante da premente insatisfação social ante o desenvolvimento da indústria do século XIX e *maximes* de Estado mínimo e mercado máximo, surge, em resposta, nova concepção, socializadora, na legislação e na doutrina, no afã de concretização da teoria marxista no plano processual, instrumentalizando a transformação social por meio do direito (NUNES, 2008).

Na legislação esse movimento teve como principais expoentes Anton Menger<sup>10</sup> e Franz Klein<sup>11</sup>, propondo alterações profundas no sistema de administração da justiça civil mediante o reforço do papel do Judiciário, sobretudo da figura do juiz. Nesse sentido, preleciona Nunes (2008, p. 80): *Caberia ao juiz a assunção de um duplo papel: a) de educador: extraprocessualmente, este deveria instruir todo cidadão acerca do direito vigente, de modo a auxiliá-lo na defesa de seus direitos; b) de representante dos*

*pobres: endoprocessualmente, o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade e com o princípio dispositivo, assumir a representação da classe mais pobre.*

Apropriando-se do discurso socializante de Menger, Klein, por razões diversas<sup>12</sup>, implanta, na Áustria e posteriormente na Alemanha, profunda reforma legislativa atribuindo função social ao processo, ampliando, em grande medida, o papel do magistrado e implementando, outrossim, o discurso do protagonismo judicial, que marcaria indelevelmente diversos sistemas processuais, inclusive o brasileiro, até os presentes dias.

Paralelamente, no âmbito doutrinário, o modelo socializante teve como expoente Oskar Von Büllow<sup>13</sup>, que delineava a relação jurídico-processual sob matiz publicista, lastreada na figura do juiz e considerando as partes meros colaboradores (NUNES, 2008). Consentâneo imediato do protagonismo judicial teórico büllowiano subjaz o solipsismo metódico, marcado pela extremada discricionariedade do juiz em decisões unívocas e pelo contraditório meramente formal, sem a participação efetiva dos interessados e solapada por decisionismos, inobservância dos direitos fundamentais e dos ideários do processo democrático.

### *A validade social das normas do direito é determinada pelo seu grau de imposição, ao passo que a legitimidade das normas jurídicas se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa [...]*

No Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988 e o decorrente desbloqueio da litigiosidade, estruturou-se nova tendência pragmática dos estudos sobre o Direito Processual (NUNES, 2008). Buscou-se, sobretudo, uma aplicação social do direito. Nesse sentido, as teorias socializantes europeias encapsuladas na centralidade da jurisdição encontraram terreno fértil – haja vista a teoria concebida por Cândido Rangel Dinamarco<sup>14</sup>.

Por outro lado, há doutrinadores defensores da ideia de que, no Brasil, não houve de fato uma socialização, mas uma pseudo-socialização, conforme Nunes (2008), opinião que endossamos, tendo em vista a construção do ordenamento jurídico pátrio alicerçada em postulados

liberais, mas travestida de modelo socializador contraproducente, o que acabou por conduzir, de forma reflexa, o sistema processual brasileiro ao encastelamento subjacente ao protagonismo judicial.

Nesse sentido, preleciona Isaia (2009, p. 170): *Diante de tais constatações é possível delinear a desenvoltura da atividade jurisdicional no modelo de Estado liberal, ou, melhor dizendo, da 'mentalidade' peculiar ao pensamento liberal. O referido mister reside no fato de que tal postura judiciária ainda não sucumbiu, seja na práxis jurisdicional seja nas academias de ensino. Ao contrário, permanece vivaz, ainda que o modelo liberal de Estado, na perspectiva em que foi criado, tenha se esgotado diante de uma nova exigência: a questão social.*

### 4 NEOPROCESSUALISMO OU PROTAGONISMO JUDICIAL?

Os clamores por uma reforma processual não são novos<sup>15</sup>. Entretanto, as sucessivas reformas pelas quais vem passando o Código de Processo Civil Brasileiro, cuja essência, a bem da verdade, é apenas uma sombra daquele apresentado por Alfredo Buzaid na década de 1970 (BAHIA, 2010), deflagram problemas de ordem sistemática,

além do incipiente protagonismo judicial<sup>16</sup>, fruto de extremo desapego aos rigores esperados de qualquer alteração legislativa, jaez do qual também padece o Projeto do Novo CPC.

Nesta esteira, é pertinente trazer à baila a problemática relação cidadão – Parlamento no que tange aos influxos democráticos, e, da constatação de que o Parlamento está ensurdecido em relação a esses influxos (HABERMAS, 2001). Com efeito, toda e qualquer deliberação legislativa carece de amplos debates, de forma a concretizar um modelo de eclusas, no qual o Parlamento se abre aos influxos da periferia e delibera com liberdade de atuação (HABERMAS, 2001). Entretanto, o que se vislumbra, mais uma vez, é a ausência de ampla

participação democrática quanto à elaboração e tramitação atinentes ao Novo CPC, caracterizando a colonização do processo legislativo (HABERMAS, 2001) pelos defensores de políticas neoliberais, tendenciosos a massificação e *standardização* sociais<sup>17</sup>, inclusive no que tange à prestação jurisdicional, sob a égide da simplificação e desburocratização do discurso oficial, em acorde com as reflexões de Santos (2007, p. 37): *Consideramos, em primeiro lugar, a emergência de uma dupla tirania, a do dinheiro e a da informação, intimamente relacionadas. Ambas, juntas, fornecem as bases do sistema ideológico que legitima as ações mais características da época e, ao mesmo tempo, buscam conformar segundo um novo ethos as relações sociais e interpessoais, influenciando o caráter das pessoas. A competitividade, sugerida pela produção e pelo consumo, é a fonte de novos totalitarismos, mais facilmente aceitos graças à confusão dos espíritos que se instala.*<sup>18</sup>

E, no plano estritamente jurídico, pode-se asseverar que a correlação entre globalização e sociedade acaba se refletindo no aumento da clivagem entre mudança social e elaboração normativa (BARRAL; MUNHOZ, 2006).

Na realidade, uma norma só é aceita positivamente quando ela se reveste de um procedimento juridicamente válido. A validade social das normas do direito é determinada pelo seu grau de imposição, ao passo que a legitimidade das normas jurídicas se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa (HABERMAS, 1997).

Uma norma torna-se jurídica no momento que ela é elaborada por um procedimento jurídico e tem validade social quando ela é aceita de fato pelos afetados por essa norma: quando os cidadãos a aceitam, e, se legitima apenas quando o seu conteúdo provém da discussão social (HABERMAS, 1997).

Nesse sentido, é possível diferenciar legalidade e legitimidade: a legitimidade de uma norma independe do fato de sua imposição no meio social, e o direito positivado corre o risco de perder seu poder de integração social se a legalidade não for norteada pela legitimidade (HABERMAS, 1997).

***Um dos argumentos levantados na atualidade em prol das cláusulas gerais é o fato de que, num Estado plural, produto de um regime democrático, há novos atores sociais e, por via de consequência, novos reclames, nem sempre coesos.***

Por outro lado, a alegada morosidade do Judiciário seria a razão primeira dos reclames por desburocratização e simplicidade dos procedimentos.

Aliada a isso, a repercussão do neoconstitucionalismo na ciência processual fez com que a Comissão de Juristas designada para a elaboração do Anteprojeto do Novo CPC optasse por técnica cambiante, combinando textos normativos abertos e fechados. Como nos textos abertos compete ao decisor a tarefa de completá-los, o que se vislumbra, na realidade, é um cenário de ampliação dos poderes do magistrado.

Com efeito, a adoção de cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no Anteprojeto, agora Projeto 166/2010,

tradicionalmente preconizadas pelo direito privado, a exemplo do direito de propriedade, a função social do contrato, a boa-fé, dentre outros, são empregados abundantemente, em detrimento da rigorosa acuidade que se deve empreender na práxis processual.

Em que pese a postura da nova hermenêutica, no sentido de que o ordenamento não pode mais ser visto como sistema fechado e completo, traduzindo o questionamento atual acerca do *dogma da completude* (NOHARA, 2010, p. 128), que tinha como consequência a adoção da codificação como paradigma adequado e suficiente para suprir as lacunas do sistema, sendo os princípios (juntamente com analogia e costumes) até então considerados meros expedientes de colmatação de lacunas, a adoção de cláusulas gerais por regimes autoritários em nome do “interesse público” ou da “segurança nacional” não pode ser ignorada (NOHARA, 2010).

Um dos argumentos levantados na atualidade em prol das cláusulas gerais é o fato de que, num Estado plural, produto de um regime democrático, há novos atores sociais e, por via de consequência, novos reclames, nem sempre coesos.

Por outro lado, não raro o próprio Estado, que é quem monopoliza o uso da força, *cumpra o papel de reprodutor de relações assimétricas e antagônicas, que são legitimadas a partir da utilização de conceitos vagos, como é o conceito de “interesse público”* (NOHARA, 2010, p. 140).

Para a legitimação desse estado de coisas, o uso da ideologia é aporte para o mascaramento dessas relações (ALVES, 1987).

Nesse diapasão, é interessante assinalar a importância da ordem do discurso como conglobante das relações de poder e da coerção exercida pela implementação do discurso oficial. Em uma sociedade como a nossa, conhecemos, é certo, procedimentos de exclusão. Sabe-se bem *que não se tem o direito de dizer tudo, que não se pode falar de tudo em qualquer circunstância, que qualquer um, enfim, não pode falar qualquer coisa*, e, por certo o discurso, longe de ser esse elemento transparente ou neutro, mostra sua ligação com o desejo e com o poder, o poder do qual frequentemente se quer apoderar (FOUCAULT, 1996).

É, no mínimo, paradoxal a ideia defendida desde o Anteprojeto: se, por um lado, o que se busca (pelo menos no discurso oficial) é simplificação e desburocratização processuais, reconhecendo-se a nossa sociedade como complexa e pluralista (e, em razão disso, a opção hermenêutica pelas cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados), em contrapartida, há contraste radical com a implementação de padronização e standardização dos pronunciamentos judiciais como pretendido mediante a uniformização decisória nele abarcada.

Ao que parece, todas as soluções para todos os problemas foi aumentar os poderes do magistrado, oficializando que o direito (e o justo) é o que ele diz que é, como se esse juiz fosse portador de uma única ordem concreta de valores.

Sobre a questão, interessante assinalar Jouanjan, ainda no prelo: *Todo sistema normativo – exterior, portanto, encontra necessariamente seus limites em sua precisão de reagir a uma ordem concreta. Aqui, nessas margens, ele apenas se limita a reenviar à normalidade íntima da ordem, inserindo em seus códigos ‘cláusulas gerais’, conceitos vagos – a língua moderna do direito falaria de ‘standards’ – que uma norma abstrata é incapaz de determinar concretamente: o pai de família deve*

se comportar de acordo com o 'tipo normal', o modelo standard do 'bom pai de família'; o contrato não pode ser contrário aos 'bons costumes' e deve ser executado de 'boa-fé'; o poder público toma medidas necessárias para a manutenção da 'ordem pública'. Essas 'cláusulas gerais' são como pontos de fuga de todo sistema normativo, por onde ele se escapa a si mesmo e de si mesmo.

Daí a proposição central em que Carl Schmitt<sup>19</sup> fundamentou o pensamento jurídico nazista: as cláusulas gerais não devem ser utilizadas "a título de simples corretivos", como comumente o é para o positivismo jurídico, mas "como o meio específico de um novo tipo de pensamento jurídico" – aquele que pensa a partir das ordens concretas<sup>20</sup>.

Em verdade, se a ciência processual incorpora em certa medida as mutações oriundas do neoconstitucionalismo, a opção por cláusulas gerais e a intensificação do protagonismo do decisor dela decorrente poderia conduzir a um "sadio protagonismo do juiz"?

Nessa esteira, adverte Nunes (2008, p. 183), que: *[a] afirmação de que 'a lei contemporânea é algo imperfeito e de que a única possibilidade de vir a ser aplicada sem causar injustiças é o intelecto do juiz' (NALINI, 2006, p. 269) relembra perfeitamente as perspectivas defendidas por Büllow há mais de um século.*

Entretanto, não se pode olvidar que, na vigência do Código de Ritos de 1973, no qual há a adoção de textos normativos eminentemente fechados, o que se verifica na práxis já é a implementação do protagonismo judicial e o consequente solipsismo metódico, além da odiosa prática do contraditório meramente formal. Imagine-se a legislação processual atribuindo maior poder decisório e de criação ao magistrado em que ele possa até mesmo alterar o procedimento previsto na própria legislação para 'adequar às particularidades do caso'<sup>21</sup>, permitindo ao juiz realizar determinações jurídicas, mesmo *contra-legend* (STRECK, 2009, p. 66), com o que o aperfeiçoamento do sistema jurídico dependerá da 'boa escolha dos juizes', de seu 'sadio' protagonismo. Diante desse cenário, será o contraditório capaz de atuar como mecanismo de contenção?

Não é demais lembrar que há no Projeto a previsão de simplificação re-

cursal<sup>22</sup> – a intensificar a nocividade do protagonismo judicial. Trata-se de sincretismo processual ou sublimação da figura do decisor? O que dizer da segurança jurídica e, sobretudo, da legitimidade das decisões jurídicas?

Com efeito, coadunamos com a seguinte assertiva de Spolidoro (2010, p. 44): *Num primeiro ponto, imprescindível dizer que a questão não se vincula ao fato de confiança ou poder do juiz monocrático, mas sim de que juizes são criaturas humanas e, portanto, falíveis, suscetíveis de erros e injunções [...]. Não se discute o poder do juiz, mas sim o seu excesso, que, se inibido pela impossibilidade recursal, como pretendido [...], tornará ditatorial o Estado de Direito democrático e os preceitos constitucionais de princípios e garantias fundamentais.*

### **O Projeto do Novo CPC [...] utiliza-se do discurso do neoconstitucionalismo e do subseqüente neoprocessualismo para, estrategicamente, implementar o protagonismo judicial [...]**

Assim, a opção por cláusulas gerais diante das mazelas da atual conjuntura processual potencializa o solipsismo metódico, já que, de forma transversa, desloca o foco dos debates entre as partes e o remete ao decisor, ainda mais protagonista do que nunca<sup>23</sup>.

Ao invés de investir no – efetivo – fortalecimento do contraditório<sup>24</sup> como pretende fazer crer, o Projeto segue em direção oposta, solapando a voz e a vez do jurisdicionado. Segue na contramão de direção da mais moderna doutrina, sufragando reminiscências da figura do juiz Hércules<sup>25</sup>: *A confiança nas virtudes diferenciadas dos juizes, em seu protagonismo, já deixou de ser algo defensável para se transformar em um pesadelo para esses órgãos de execução do Estado, pressionados a fornecer decisões democraticamente formadas, sem auxílio de ninguém (nem mesmo técnico do processo), em escala industrial (alta produtividade, como se pode ver agora como mandamento constitucional: arts. 5º, LXXVIII, e 93, II, c, acrescentados pela Emenda Constitucional de Reforma do Judiciário), sem infra-estrutura adequada e sofrendo críticas de todos os seguimentos da sociedade.* (NUNES; BAHIA, 2008, p. 85)

E, a essa altura, é imperioso pensar-se na legitimação<sup>26</sup> da decisão jurídica frente ao jurisdicionado: *Uma possível resposta a essa questão da legitimidade das decisões jurídicas foi dada por Habermas, através da institucionalização jurídica de um procedimento discursivo de formação livre da vontade, cujo resultado deve ser um consenso entre todos os possíveis afetados pela decisão, baseado apenas na força do melhor argumento (Habermas, 1988, 1992 e 2003). Uma conclusão que se pode chegar a partir da proposta de Habermas é que os processos judiciais, nas condições contemporâneas, não satisfazem as condições ideais da sua teoria discursiva do direito. E as reformas processuais atualmente em discussão no Brasil estão mais preocupadas com a velocidade –*

*palavra-chave: efetividade – do que com a legitimidade da decisão (SIMIONI, 2009).*

Na realidade, a criação democrática do direito constitui a única fonte pós-metafísica de legitimidade, no sentido proposto por Jürgen Habermas (1997, p. 308): *Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento [...]?* *Esta pergunta torna-se angustiante em sociedades pluralistas [como a nossa], nas quais as próprias éticas coletivamente impositivas e as cosmovisões se desintegram e onde a moral pós-tradicional da consciência, que entrou em seu lugar, não oferece mais uma base capaz de substituir o direito natural, antes fundado na religião e na metafísica. Ora, o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade. No entanto, é preciso saber de onde ele tira sua força legitimadora. A teoria do discurso fornece uma resposta simples, porém inverossímil à primeira vista: o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade, fundamentando, desse*

modo, a suposição falibilista de que os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais.

As decisões jurídicas devem a sua legitimidade a um tipo de reconhecimento que é baseado em um acordo motivado racionalmente. Essa suposição é estabelecida nos termos do discurso: *são válidas aquelas normas com as quais todas as pessoas possivelmente afetadas podem concordar enquanto participantes de discursos racionais* (HABERMAS, 1996, p. 107)<sup>27</sup>.

Para tanto, é imprescindível que haja ampla participação das partes, de forma a garantir um efetivo contraditório pelo envolvimento dos sujeitos, onde o foco esteja voltado para o debate, conquanto os indivíduos se considerem autores e destinatários da decisão jurídica, afinal a intersubjetividade é o *locus* em que o paradigma do Estado democrático de Direito se assenta.

Nesse sentido, preleciona Isaia (2009, p. 174): *Diante de tudo isso, se no Estado de feição democrática o Direito passa a ser transformador da realidade, impõe que se (re)pense a atividade jurisdicional nesta modalidade estatal, especialmente no que se refere às decisões judiciais, para além da hipostasiação no apego a questões formais e técnicas, percorrendo um caminho à definição de direitos dos cidadãos, a partir de uma atitude ativa não discricionária na concretização de uma justiça substantiva e da própria cidadania, atuando o juiz (não solipsista) como um construtor do equilíbrio entre interesses supraindividuais, angariando forças a viabilizar o cumprimento dos direitos sociais numa plataforma que almeje superar a crise epistemológica pela qual atravessa o direito e, conseqüentemente, a jurisdição.*

Ademais, o *status* democrático é exigente nesse sentido: *Esta é, afinal, a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide do Estado Democrático de Direito. E é dessa intrincada engenharia política que exurge um novo papel para o direito, e por conseqüência, para a Constituição* (STRECK, 2009, p. 74).

E mais, adverte Nunes (2008, p. 195-198), sobre os efeitos nefastos da implementação do protagonismo judicial: *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 corresponsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual. [...] Uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação ou, melhor dizendo, da comparticipação que permita o exercício pleno pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua estrutura pública e privada no processo.*

A comparticipação e o policentrismo buscam esvaziar a postura vocacionada a cidadãos infantilizados, carentes de um salvador<sup>28</sup> – que certamente não é o juiz.

O Projeto do Novo CPC, apropriando-se de uma estrutura pseudo-social já institucionalizada, utiliza-se do discurso do neoconstitucionalismo e do subsequente neoprocessualismo para, estrategicamente<sup>29</sup>, implementar o protagonismo judicial, próprio de estruturas de dominação e assujeitamento.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretendeu uma reflexão sobre o Projeto

do Novo CPC, comentando a potencialização do protagonismo judicial e o subsequente solipsismo metódico nele empreendidos diante da opção por textos normativos abertos, e as conseqüências deflagradas para o regime democrático, sobretudo no que pertine à legitimidade das decisões judiciais frente ao jurisdicionado.

Nesse sentido, defendemos a necessidade de abandono do discurso do protagonismo judicial e da quebra do solipsismo metódico, ponto em que o Projeto retrocede ante a uma pretensa busca por sincretismo processual, seguindo em direção diametralmente oposta à mais moderna doutrina, razão pela qual abraçamos o processo participativo como consentâneo do Estado de Direito e sua implementação como influxo de participação popular para que o processo seja de fato, além de novo, democrático.

## NOTAS

- 1 Pontua o autor que os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino e que apesar disso, nenhum desses se define hoje, ou já se definiu no passado como neoconstitucionalista.
- 2 Constata-se, na realidade, uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Assim, segundo Sarmento (2009), a definição de neoconstitucionalismo não é tarefa fácil, pois que, não existe um único neoconstitucionalismo que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que talvez justifique que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, o que, entretanto, compromete uma conceituação mais precisa.
- 3 Alterações oriundas, sobretudo, da “Escola Mineira” de Direito Constitucional.
- 4 Muito embora concordemos com essa assertiva, discordamos da argumentação jurídica segundo o mesmo autor.
- 5 Nesse diapasão, também merece registro a evolução das técnicas de controle de constitucionalidade no Brasil, já que a jurisdição constitucional é marca relevante nesse período.
- 6 Interessante assinalar: [...] *torna-se necessário compreender a origem da diferença entre regra e princípio porque nela – na diferença (e não da cisão) – está novamente a questão que é (ou deve ser) recorrente em qualquer teoria que se pretenda crítica e que objetive transformar o direito em um saber prático: pela regra fazemos uma justificação de subsunção (portanto, um problema hermenêutico-filosófico), que no fundo é uma relação de dependência, de subjugação, e, portanto, uma relação de objetivação (portanto um problema exurgente da predominância do esquema sujeito-objeto); já por intermédio do princípio não operamos mais a partir de dados ou quantidades objetiváveis, isto porque, ao trabalhar com os princípios, o que está em jogo não é mais a comparação no mesmo nível de elementos, em que um elemento é causa e o outro é efeito, mas, sim, o que está em jogo é um acontecer daquilo que resulta do princípio, que pressupõe uma espécie de ponto de partida, que é um processo compreensivo. Esse é o estado da arte do modos interpretativo que ainda domina o imaginário jurídico prevalente em parcela considerável da doutrina praticada no Brasil. Trata-se, fundamentalmente, de um problema paradigmático, bem representado por aquilo que venho denominando ‘baixa constitucionalidade’ e ‘crise de dupla face’, ambos caudatários de uma espécie de acoplamento do Tribunal de Múnchhausen ao mundo jurídico brasileiro.* (STRECK, 2009, p. 61).
- 7 Expressão utilizada por Montesquieu, designativa da posição subalterna ocupada pelo Judiciário face à precedência da produção normativa levada a cabo pelo Legislativo, durante a fase paradigmática do Estado Liberal, onde o juiz era mera boca da lei.
- 8 Interessante assinalar: *Parece que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é.* (STRECK, 2009, p. 75).

- 9 Fase de desenvolvimento da ciência do processo a partir da metodologia desenvolvida pelo neoconstitucionalismo: estudo e aplicação do Direito Processual de acordo com essa nova proposta do pensamento jurídico, conforme Didier Junior (2009. p. 26).
- 10 Processualista austríaco representante do chamado movimento "socialismo jurídico", que tinha como objetivo criar um sistema de transformação socioeconômica puramente jurídico e legislativo, do capitalismo ao socialismo.
- 11 Processualista austríaco nomeado secretário do Ministério da Justiça na Alemanha, em 1891, dedicando-se desde o início desse múnus, à criação de uma legislação processual com novos perfis, com embasamento doutrinário na obra de Mengler.
- 12 Entendem alguns autores que o modelo socializador de Klein possuiria tendências nitidamente autoritárias, centradas na base ideológico-jurídica do nazismo e fascismo (NUNES, 2008).
- 13 Processualista alemão.
- 14 Na célebre obra *A instrumentalidade do processo*, o autor concebe o processo como *medium* para a realização de escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos), mediante a intervenção do juiz. (Cf. DINAMARCO, 2001).
- 15 Referência ao movimento reformista da década de 1990.
- 16 Nesse sentido: *Veja-se, pois, que as assim denominadas minireformas processuais, mais e mais, passaram a apostar, no decorrer desses 20 anos [de Constituição], no protagonismo judicial* (STRECK, 2009, p. 64).
- 17 Nesse sentido: *Um elemento da internacionalização atrai outro, impõe outro, contém e é contido pelo outro. Esse sistema de forças pode levar a pensar que o mundo se encaminha para algo como uma homogeneização, uma vocação a um padrão único, o que seria devido, de um lado, à mundialização da técnica, de outro, à mundialização da mais-valia* (SANTOS, 2007, p. 30).
- 18 Além do totalitarismo social impingido pela proeminência do discurso neoliberal, há que se ressaltar ainda as diversas formas de violência simbólica por ele deflagradas (SANTOS, 2007).
- 19 Jurista alemão conhecido pela construção do modelo jurídico nazista.
- 20 Na realidade, as cláusulas gerais foram utilizadas nesse contexto não com o objetivo de potencializar o arbítrio dos juizes, mas para sublimar os princípios do nacional-socialismo alemão, esses sim, imediata e exclusivamente determinantes. A despeito disso, é impossível deixar de considerar que, ainda assim, o solipsismo metódico foi preponderante (JOUANJAN, no prelo).
- 21 Caso em que será facultado ao juiz a alteração de prazos processuais.
- 22 Paradoxalmente, vislumbra-se um cenário de ampliação do acesso à justiça de primeira instância e bloqueio ao acesso às instâncias recursais, o que permite concluir que a prestação jurisdicional não é completa e não se efetiva na prática. Nesse sentido: *Por outro lado, cada vez mais criam-se óbices a um acesso pleno e justificável a uma completa prestação jurisdicional que, aliás constitui-se garantia constitucional* (SILVA, 2010, p. 36). Nessa esteira, interessante observar o seguinte posicionamento: *Entretanto, quando uma decisão é proferida com debate (com respeito ao processo constitucional), o uso de recursos é diminuído, ou sua chance de êxito é bastante minorada, garantindo que técnicas de julgamento abreviado (por exemplo, julgamento liminar pelo juízo monocrático do relator – art. 557 do CPC) não inviabilizem a obtenção de direitos fundamentais. Isso porque o primeiro debate ocorrido no juízo de primeiro grau, devidamente realizado, garante participação e influência adequadas dos argumentos de todos os sujeitos processuais e impede a formação de decisões de surpresa* (NUNES; BAHIA, 2008, p. 81). Demais disso, é preciso ponderar que a adoção de matrizes de *Common Law* nos Estados onde tradicionalmente há opção pelo *Civil Law* (e vice-versa) tem mostrado uma via de mão dupla: ambos os sistemas – se é que assim podemos chamá-los – caminham progressivamente para um sistema misto, reconhecendo, destarte, as vicissitudes de cada qual. E o Projeto parte da premissa de que os precedentes judiciais devem ser considerados normas, notadamente os precedentes oriundos dos tribunais superiores.
- 23 Interessante assinalar: *Se os juizes podem "dizer o que querem" sobre o sentido das leis ou se os juizes podem decidir de forma discricionária os hard cases, para que necessitamos de leis? Para que a intermediação da lei?* (STRECK, 2009, p. 66).
- 24 É importante salientar que há a previsão de respeito ao contraditório no Projeto do Novo CPC, contudo, critica-se é o contraditório meramente formal, latente e evidente no atual CPC, prática que se receia persistir no Novo CPC, tal qual faz crer todo o cenário ora delineado.
- 25 O juiz Hércules é uma metáfora utilizada por Dworkin para demonstrar as qualidades excepcionais, quase divinas, do juiz solipsista que toma a melhor decisão em cada caso (DWORKIN, 2003).
- 26 Niklas Luhmann preleciona a legitimidade da decisão jurídica como *dis-*

*posição generalizada para aceitar decisões de conteúdo não definido, dentro de certos limites de tolerância, baseando a conformação com a decisão jurídica na legalidade de ordens pré-estabelecidas* (LUHMANN, 1980).

- 27 Em pensamento convergente, Niklas Luhmann ensina que as partes aceitam a decisão jurídica na medida em que participaram dela, enquanto sujeitos do jogo procedimental, em que as regras são pré-existentes, facultando-se: [...] *optar por afirmar os princípios e as normas dos quais uma decisão tem de 'derivar' e negar contudo a própria decisão, por ter logicamente resultado errada ou com base em interpretações falsas ou aceitação de fatos errados. E, ao invés, podem aceitar-se decisões, sem preocupações quanto aos méritos a que se reportam, numa atitude de total indiferença, talvez numa recusa das suas razões como regras gerais de decisão* (LUHMANN, 1980).
- 28 Nesse sentido: *Nesta medida, o Estado democrático de direito depende de motivos de uma população acostumada à liberdade, os quais não são atingidos pelas intromissões do direito e da administração.* (HABERMAS, 1997, p. 323).
- 29 Nesse sentido é interessante diferenciar a ação comunicativa das interações de tipo estratégico. Na primeira, os sujeitos estão em posição de entendimento sendo movidos pela força geradora do consenso por meio da linguagem. Já na interação estratégica, o indivíduo usa da linguagem para exercer influência sobre o posicionamento do outro (HABERMAS, 1997).

## REFERÊNCIAS

- ALVES, A. C. *Estado e ideologia: aparência e realidade*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BAHIA, A. G. M. F. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- \_\_\_\_\_. A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Anteprojeto do novo CPC*: pressa e atropelo. Pouso Alegre: A Tribuna, 2010.
- BARRAL, W.; MUNHOZ, C. P. B. Globalização e a prática do direito. In: GUERRA, Sidney (Org.). *Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo*. Ijuí: Ijuí, 2006. p. 295-322.
- CATTONI DE OLIVEIRA, M. A. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v.1
- DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- FAZZALARI, E. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.
- \_\_\_\_\_. Diffusione del processo e compiti della dottrina. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, n.3, p. 861-880, 1958.
- \_\_\_\_\_. Voce: procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1986. p. 819-835.
- \_\_\_\_\_. Valori permanenti del processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, n. 1, p. 1-11, 1989.
- \_\_\_\_\_. La dottrina processualistica italiana: dall'azione al processo (1964-1994). *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, p. 911-925, 1994.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: M. Limonad, 1998.
- FOUCAULT, M. *A ordem do discurso*. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996.
- ISAIA, C. B. O legado jurisdicional da modalidade estatal liberal em pleno paradigma instituído pelo estado democrático de direito. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, n. 28, p. 159-176, jan./jun. 2009.
- JOUANJAN, O. "Pensamento da ordem concreta" e ordem do discurso "jurídico" nazista: sobre Carl Schmitt. Trad. José Emilio Medauar Ommati. No prelo.
- HABERMAS, J. *A constelação pós-constitucional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Consciência moral y acción comunicativa*. Tradução de Ramón García Cotalero. Barcelona: Península, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Bueno Siebneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa: crítica de la razón funcionalista*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Taurus, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George

Sperber. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Tradução de William Rehg. Cambridge: MIT Press, 1996.

\_\_\_\_\_. Uma conversa sobre questões de teoria política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 47, p. 85-112, mar. 1997.

LUHMANN, N. *Sistemas sociais: lineamentos para uma teoria general*. Barcelona: Anthropos CEJA, 1998.

\_\_\_\_\_. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: UnB, 1980.

MONTESQUIEU, C. de S., Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NOHARA, I. P. *Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 120-154.

NUNES, D. J. C. *Processo constitucional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. BAHIA, A. G. M. F. Por um novo paradigma processual. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 25, n. 2, p. 79-98, jan./jun. 2008.

SANTOS, M. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SARLET, I. W. *Direitos sociais como direitos fundamentais*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 213-253.

SARMENTO, D. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 09-49.

SILVA, B. C. Por um renovado direito processual civil? *Revista Consulex*, São Paulo, n. 314, p. 36-37, fev. 2010.

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

\_\_\_\_\_. *Decisão jurídica e abertura à repercussão geral: críticas à dotação de realidade a um futuro imaginado*. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 13, n. 2238, 17 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13323>>. Acesso em: 08 ago. 2010.

SPOLIDORO, L. C. A. Judiciário x judiciário: unicidade do recurso de agravo de instrumento até a decisão de mérito. *Revista Consulex*, São Paulo, n. 314, p. 43-46, fev. 2010.

STRECK, L. L. Uma abordagem hermenêutica acerca do triângulo dialético de canotilho ou de como ainda é válida a tese da constituição dirigente (adequada a países de modernidade tardia). In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 50-78.

Artigo recebido em 14/2/2011.

Artigo aprovado em 11/4/2011.

---

Ângela Limongi Alvarenga Alves é pesquisadora-bolsista da Capes, em Campo Belo-MG.