

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Gabriela Soares Balesteros
Mestre em Constitucionalismo e Democracia.
Docente na Faculdade São Lourenço (UNISEPE)

RESUMO

A finalidade deste artigo é o estudo das provas no Projeto de Lei nº 8046/2010 em trâmite na Câmara dos Deputados, no seu art. 358, *caput*, a respeito da possibilidade do juiz inverter o ônus da prova e o impor a uma das partes que possuir melhores condições de produzi-la. Tal dispositivo poderá gerar abuso em sua aplicação, o ativismo judicial. Portanto, o presente estudo possui três objetivos específicos analisados no âmbito do Novo Código de Processo Civil, ou seja, a análise da distribuição de modo diverso do ônus da prova a critério do julgador; a necessidade de uma reformulação processual sob uma perspectiva democrática e a construção do provimento Jurisdicional pelos sujeitos do processo em simétrica paridade de armas.

Palavras-chave: Inversão do ônus da prova. Ativismo judicial. Participação das partes.

THE REVERSAL OF THE BURDEN OF PROOF IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE AND JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT

The purpose of this paper is to study the evidence in the Draft Law No. 8046/2010 underway in the House of Representatives in its art. 358, *caput*, about the possibility of the judge to reverse the burden of proof and impose it to a party that have better conditions to produce it. Such a device may generate abuse in its application, judicial activism. Therefore, this study has three specific goals reviewed in the New Code of Civil Procedure, the analysis of distribution different from that burden of proof at the discretion of the judge, the need for procedural reform in a democratic perspective and construction Constitutional provision for the subjects of the process in symmetric parity weapons.

Keywords: Reversal of burden of proof. Judicial activism. Participation of the parties.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo, dentre as diversas inovações trazidas com o Projeto de Lei nº 8046/2010, do Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, será analisada a questão da possibilidade de inversão do ônus da prova pelo julgador e sua imposição a uma das partes existente no art. 358, *caput*, do Projeto de Lei nº 8046/2010 em trâmite na Câmara dos Deputados.

Por conta disso, o art. 358, *caput*, do Projeto de Lei nº 8046/2010 deixa ao magistrado a tarefa de inverter o ônus da prova e impor à parte a sua produção, com o risco da ocorrência de abusos na aplicação do dispositivo ao caso concreto, podendo gerar decisões solipsistas e muitas vezes arbitrárias do Poder Judiciário brasileiro¹.

Portanto, passa a ser necessária a comparticipação das partes com o estudo da importância das partes na construção do provimento, consoante a teoria fazzalariana, baseando-se principalmente na concepção procedimental de Habermas, na qual é proposto um modelo processual democrático, baseado em uma estrutura policêntrica, em que todos os sujeitos participam do processo em paridade de armas.

Nesse passo, pretende-se discutir quais seriam os limites do Poder Judiciário na tomada de decisões de maneira que o provimento Jurisdicional seja construído democraticamente e em que ponto o art. 358, *caput*, do Projeto de Lei nº 8046/2010, do Novo Código de Processo Civil, em trâmite no Congresso Nacional, valoriza o contraditório e a intersubjetividade entre as partes na construção do provimento jurisdicional.

Um modelo democrático de processo deve seguir a perspectiva da teoria do direito de Jurgen Habermas e a teoria processualista de Élio Fazzalari, na qual o processo é um procedimento em contraditório em que há a participação simétrica entre todos os sujeitos envolvidos no processo na construção do provimento Jurisdicional.

Eis o objetivo deste artigo.

2 O PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

No Anteprojeto de Novo Código Civil apresentado pela comissão de juristas ao Senado, afirma-se literalmente que o desafio da comissão de juristas é resgatar a crença no Judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere². O mais alarmante é o seguinte questionamento apresentado pela comissão: Como desincumbir-se da prestação da justiça em um prazo razoável diante de um processo prenhe de solenidades e recursos? Ou seja, o objetivo

¹ Situação essa que infelizmente tende a permanecer com o Novo Código de Processo Civil com a ampliação dos poderes do magistrado.

² É o que explica, com a clareza que lhe é peculiar, Barbosa Moreira: “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (MOREIRA, Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183-190, jan./mar. 2002).

principal da comissão é a diminuição dos recursos e a quebra das solenidades.³ No Senado, o anteprojeto se transformou no PL 166/2010 e atualmente o projeto de lei tramita na Câmara dos Deputados sob o nº 8046/2010.

Dentre as diversas proposições do Novo Código de Processo Civil, impunham em dotar o processo e, *a fortiori*, o Poder Judiciário de instrumentos capazes, não de enfrentar centenas e milhares de processos, mas antes, de obstar a ocorrência desse volume de demandas, com o que, a um só tempo, salvo melhor juízo, sem violação de qualquer comando constitucional, visou tornar efetivamente alcançável a duração razoável dos processos, promessa constitucional e ideário de todas as declarações fundamentais dos direitos do homem e de todas as épocas e continentes, mercê de propiciar maior qualificação da resposta judicial, realizando o que Hans Kelsen expressou ser o mais formoso sonho da humanidade, o sonho de justiça. Assim, Tereza Arruda Alvim Wambier afirma:

Por outro lado, os problemas do processo civil brasileiro não emergem só a lei, mas também da lei. Ocorre que a alteração da lei, por si só, não é milagrosa. A lei gera melhoras nos resultados, na exata medida em que é responsável pelo problema. Disto não podemos nos esquecer.

Neste sentido, um novo CPC jamais poderá ser aguardado como solução milagrosa para as inúmeras questões que nos preocupam há muito tempo. Ele será, sim, se bem feito, bem compreendido e bem aplicado, um dos muitos meios voltados a pavimentar uma via de acesso seguro para um modelo mais eficiente de prestação jurisdicional. Milagres são operados por seres humanos, não pela lei.⁴

O art. 358, *caput*, do Projeto de Lei nº 8046/2010 traz a possibilidade de inversão do ônus da prova a critério do julgador: Considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que estiver em melhores condições de produzi-la.

Consoante Sidnei Amendoeira Junior, “a prova é um instituto de direito processual já que visa atuar sobre o convencimento do juiz (verdadeiro destinatário da prova)”⁵. Contudo, mesmo se a prova for requerida *ex officio* pelo juiz, ela deve ser produzida em contraditório e é esse o ponto que será analisado.

³ “Ainda que a Comissão possua nomes do mais alto quilate, como o Prof. Dr. Humberto Theodoro Jr., as ideias que afloraram na Comissão e que foram rapidamente compiladas no anteprojeto não tiveram chance da devida discussão e amadurecimento. Não apenas não houve um debate profundo com a comunidade acadêmica e profissional, como mesmo dentro da Comissão é impossível que, em poucos meses, tantas inovações (e são muitas) tenham tido a devida conformação, a fim de se obter dispositivos que atendam às necessidades de mudança e atualização, mas que também componha um sistema que funcione e que preserve os princípios constitucionais, principalmente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Anteprojeto do Novo CPC: pressa e atropelo. **Jornal A Tribuna**, Pouso Alegre, ano 5, n. 237, p. 6.).

⁴ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. O Novo Código de Processo Civil. In: Reforma do CPC, por um renovado processo civil. **Revista Jurídica Consulex**, ano 14, n. 314, p. 29, fev. 2010.

⁵ AMENDOEIRA JUNIOR, Sidnei. Direito Constitucional à prova e suas limitações. In: _____. **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 315.

O atual Código de Processo Civil, em seu artigo dispõe que o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor; Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito. Tal disposição está prevista no Projeto do Novo Código Civil no artigo 357 na qual: o ônus da prova, *ressalvados os poderes do juiz*, incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No estudo em tela, discute-se se o art. 358, *caput*, do Projeto de Lei nº 8046/2010 traz a possibilidade de inversão do ônus da prova a critério do julgador.

Primeiramente, verifica-se que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor tem norma expressa a respeito da inversão do ônus da prova, constante e seu art. 6º, inc. VIII. São direitos básicos do consumidor: – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.

O Código de Defesa do Consumidor expõe, evidencia a regra processual, ou seja, constatando-se a presença de verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência do consumidor, o juiz deverá inverter o ônus da prova. Desta forma, para ocorrer a inversão do ônus da prova, é necessária a presença de um dos requisitos ali encontrados ou de ambos. Assim, o julgador, verificando a ocorrência dessas hipóteses, determinará a inversão do ônus da prova.

O artigo 358, *caput*, do Projeto de Lei nº 8046/2010 dispõe que, considerando as circunstâncias da causa e as peculiaridades do fato a ser provado, o juiz poderá, em decisão fundamentada, observado o contraditório, distribuir de modo diverso o ônus da prova, impondo-o à parte que tiver melhores condições de produzi-la.

Desta forma, a inversão do ônus da prova na redação do Novo Código de Processo Civil deixa um leque extremamente aberto de possibilidades do julgador de distribuir o ônus da prova e de impor à parte que tiver melhores condições de produzi-la, pois, diferentemente do que ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, não há a previsão de requisitos para a sua concessão deixando a cargo da discricionariedade do decisor, sendo, portanto, tal situação extremamente perigosa.

O instituto da inversão do ônus da prova, sem a presença de qualquer critério para a sua imposição a uma das partes, poderá, não somente ser um instrumento a disposição do magistrado para suprir certas deficiências do material probatório, mas, também ser foco de abuso, de decisões arbitrárias e ativistas.

Portanto, os critérios de inversão do ônus da prova devem ser disciplinados pelo legislador de maneira específica e não deixando a cargo do julgador.

Um aspecto interessante é constatar que, na proposta inicial da comissão dos juristas, previa-se a inclusão na Parte Geral de um dispositivo enumerando todos os poderes do magistrado, excluindo-os do livro próprio do processo de conhecimento. Contudo, nas proposições aprovadas verificou-se que na verdade tenta-se ampliar o poder do magistrado na condução do processo, ou seja, houve uma inversão da proposta inicial.

É necessário limitar os poderes do magistrado no caso em foco, uma vez que é conferido ao magistrado a possibilidade de distribuir o ônus da prova e impor à parte, de maneira a permitir que as partes envolvidas possam decidir sobre a própria produção da prova e elas mesmas informarem nos autos se elas estão aptas ou não a produzir aquela prova, pois é imprescindível, no caso concreto, a valorização do contraditório como garantia de uma participação mais efetiva das partes e dos interessados na construção do provimento jurisdicional.

Por mais que as matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado sejam sempre submetidas ao crivo do contraditório, segundo o anteprojeto apresentado, caberá ao magistrado a palavra final⁶, de maneira que ao enumerar as hipóteses de atuação do magistrado e incentivar o contraditório, uma participação mais ampla e efetiva dos interessados no processo, dotando todas as decisões produzidas no curso do processo de legitimidade, será evitado o decisionismo, o solipsismo metódico do julgador, identificando realmente o processo como um procedimento em contraditório.

O procedimento, como atividade preparatória do provimento, possui sua específica estrutura constituída da sequência de normas, atos e posições subjetivas, em uma determinada conexão, em que o cumprimento e uma norma da sequência é pressuposto da incidência de outra norma e da validade do ato nela previsto.⁷

Além disso, a atividade de preparação para a construção de um provimento jurisdicional deve envolver atos do próprio autor do provimento e de outros sujeitos processuais que concorrem para a sua formação.

⁶ “Afim, corre-se, assim, sempre o risco de se atribuir ao Judiciário o papel de tutor da política, um superpoder quase constituinte, e permanente, como pretensão e única forma de garantia de uma democracia materializada e de massa, sem contudo, considerar os riscos a que expõe o pluralismo cultural, social e político próprios a um Estado Democrático de Direito: seria a Corte Constitucional quem deveria zelar pela dignidade da política e sua orientação a uma ordem concreta de valores, paradoxalmente a única possibilidade de exercício de “direitos” e de realização da democracia.” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Súmula Vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: _____. **Constituição e processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009. p. 51.).

⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 112.

Portanto, percebe-se que, apesar da proposta inicial da comissão de juristas apresentar como objetivos do Novo Código de Processo Civil o fornecimento de agilidade à Justiça⁸ e a ampliação a proteção os direitos fundamentais garantindo o exercício do contraditório, o projeto do Novo Código de Processo Civil possui algumas contradições⁹, como ocorre com a distribuição do ônus da prova pelo julgador mediante critérios de razoabilidade do decisor, pois ao mesmo tempo em que tenta-se reforçar a cognição, redefinir o princípio do contraditório, é ampliado o próprio papel do magistrado como gestor do julgamento do caso concreto, não apresentando um equilíbrio em tais papéis.

Outro aspecto importante é que a mera reforma legislativa não possui o condão de obter resultados úteis, fazendo-se necessária a implementação de uma política pública de democratização processual que imponha verdadeira reforma do Poder Judiciário, de suas rotinas, entre outras intervenções.

A partir dessas premissas, serão feitas considerações pontuais acerca do primeiro relatório apresentado pela Comissão de Reforma, divulgado em 15 de dezembro de 2009, do qual destaco a proposta de reforço do contraditório e de uma efetiva fase preparatória. Tal sugestão, que já vem sendo delineada por parcela da doutrina brasileira há algum tempo, se acolhida, poderá resultar em celeridade e eficiência da prestação jurisdicional.¹⁰

O princípio do contraditório não deve ser analisado apenas como uma garantia formal de bilateralidade e sim como uma possibilidade de influência das partes sobre o desenvolvimento do processo e a participação na formação das decisões judiciais de maneira que elas sejam racionais e mais justas, reduzindo a possibilidade de decisões surpresa.

Segundo Alexandre Bahia e Dierle Nunes, “ação, jurisdição e processo devem ser repensados desde uma perspectiva mais ampla: processual e constitucional”¹¹.

Quanto às partes, perante a situação legitimante, que permite a indicação de quem pode estar em juízo, para, em determinado processo, participar, em contraditório, da formação do provimento, através da participação no *iter* procedimental, deve ser considerado que, além do autor e do réu, há os litisconsortes, e os intervenientes.¹²

⁸ “O Anteprojeto foi feito em tempo recorde, talvez inspirado na própria ideia de ‘economia processual’ que vem animando as reformas do atual e do anteprojeto do novo CPC: quanto a este, há proposta de eliminação de parte dos recursos hoje existentes; de parte dos casos de intervenção de terceiros e da reconvenção (que entrará na contestação como “pedido contraposto”, como já se faz no procedimento sumário); extinção de alguns procedimentos especiais e a unificação do procedimento comum, acabando-se com a distinção entre sumário e ordinário. A meta é que o anteprojeto seja apreciado (apenas) pelo colégio de líderes no Senado e da mesma forma na Câmara para ainda ser sancionado esse ano. Essa pressa, no entanto, não nos parece um bom sinal.”(BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Anteprojeto do Novo CPC: Pressa e atropelo. **Jornal A Tribuna**, Pouso Alegre, ano 5, edição n. 237, p. 6.).

⁹ “O Código de Processo Civil necessita de reformas urgentes. A Comissão foi instituída pelo Senado em momento oportuno, para que os operadores do direito disponham posteriormente de um grande e adequado mecanismo para processar as demandas judiciais. Mas os juristas correm o risco de apresentar ao povo brasileiro um trabalho que poderá cair na vala do insucesso, se não se sentarem à mesa de discussão com técnicos dispondo do direito de voz e voto, e que sejam altamente graduados cientificamente nas áreas de Administração, Economia, Informática, Contabilidade e Sociologia.” (MADALENA, Pedro. Novo CPC Sucesso em risco. In: Reforma do CPC, por um renovado processo civil. **Revista Jurídica Consulex**, ano 14, n. 314, p. 34, fev. 2010.

¹⁰ NUNES, Dierle J. C. Reforma do CPC, contraditório e fase preparatória da cognição. In: Reforma do CPC, por um renovado processo civil. **Revista Jurídica Consulex**, ano 14, n. 314, p. 39, fev. 2010.

¹¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo Constitucional Contemporâneo. In: _____. **Processo e Constituição: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 3.

¹² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 148.

Nesse passo haveria, portanto, um dever de consulta pelo juiz às partes envolvidas no processo para que elas decidam sobre a distribuição do ônus da prova e não o julgador, de forma a haver um incentivo ao debate garantindo a igualdade de chances e de armas pelas partes.

Na busca de eficiência do sistema processual, faz-se necessário o reforço da cognição de primeiro grau, de maneira a ampliar o debate entre os sujeitos do processo (comparticipação) e, com tal medida, melhorar a qualidade das decisões judiciais. Tal aprimoramento implicará na diminuição de recursos e/ou redução das taxas de reforma dos provimentos judiciais.¹³

Portanto, pode-se concluir que a distribuição do ônus da prova conforme previsto no artigo 358, *caput*, do Projeto de Lei nº 8046/2010 possui uma atuação restrita e condicionada à discricionariedade do decisor que dificulta a efetividade do contraditório. Esse ponto é nebuloso e ao mesmo tempo perigoso, contradizendo todo o objetivo da reforma, em especial, a valorização da cognição e a busca por decisões de maior qualidade.

Tal concepção significa que não se pode mais acreditar que o contraditório circunscreve-se ao dizer e contradizer formal entre as partes, sem que isso gere uma efetiva ressonância (contribuição) para a fundamentação do provimento, ou seja, afasta-se a ideia de que a participação das partes no processo é meramente fictícia e mesmo desnecessária no plano substancial.

Decorreria deste princípio um dever de consulta às partes pelo juiz, impondo-se o fomento do debate preventivo e a submissão e todos os fundamentos (*ratio decidendi*) da futura decisão ao contraditório, ficando, assim, assegurada a igualdade de chances e de armas.¹⁴

É necessário, portanto, uma reforma processual que incentive o debate preventivo e assegure realmente a participação das partes na construção¹⁵ do provimento jurisdicional com maior qualidade.

2 A NECESIDADE DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROCESSUAL COM A MUDANÇA DO PAPEL DO DECISOR

A deficiência estatal na realização de políticas públicas e do legislativo na elaboração de leis que realmente acompanhem a mobilidade social e tecnológica proporcionou a derrocada dos ideais dos Estados sociais e a busca incessante pelo Poder Judiciário na esperança da implementação das

¹³ NUNES, Dierle J. C. Reforma do CPC, contraditório e fase preparatória da cognição. In: Reforma do CPC, por um renovado processo civil. **Revista Jurídica Consulex**, ano 14, n. 314, p. 39, fev. 2010.

¹⁴ Ibidem, p. 39.

¹⁵ “O conceito de processo como procedimento realizado em contraditório entre as partes permite que se deduza que os atos dos sujeitos do processo, das partes, do juiz e dos auxiliares, são mutuamente implicados, o que decorre da própria estrutura do procedimento e da essência do contraditório.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 152.).

atividades essenciais da sociedade. Portanto, verifica-se, por exemplo, a judicialização da política¹⁶, da saúde. Dierle Nunes e Alexandre Bahia contextualizam resumidamente:

Isso é particularmente preocupante em um momento, como o que se vivencia, no qual, diante da inércia do Legislativo, reivindicações políticas cada vez mais “batem às portas” do Judiciário, o que aumenta seu papel no jogo político (e, com isso, expõem-no ao debate político). Com isso, ao invés de luta pelo acesso (tal qual vinha ocorrendo nas últimas décadas), verifica-se hoje no Brasil (como de resto, na América Latina) movimento contrário de reformas tendendo à restrição, seja a Tribunais Superiores, seja mesmo às instâncias ordinárias; reformas estas motivadas, no mais das vezes, por razões de natureza econômica (nem sempre coincidentes com as garantias constitucionais do processo).¹⁷

Isso gera uma expectativa da sociedade que o Poder Judiciário traga uma resposta para todos os problemas nacionais, figurando a concepção neoliberal de produtividade, em especial, após a Emenda Constitucional nº 45 que trouxe à Constituição Federal brasileira a previsão expressa do princípio da celeridade processual, sendo esse o objetivo principal das propostas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil. Nesse passo, a produtividade judicial passa a predominar e os julgamentos em massa, as ações repetitivas, as súmulas vinculantes são o retrato de um Poder Judiciário pautado em números de julgamentos do que em análises criteriosas do caso concreto.

Ademais, as teorias de Bülow do processo como relação jurídica entre as partes subordinadas ao juiz reduziram o processo a um instrumento para que o magistrado atue de maneira solipsista na tomada de decisões no caso concreto.

Nesse sentido, ao invés do magistrado julgar de acordo com a contribuição trazida pelas partes, por todos os envolvidos no processo, construindo uma decisão mais adequada do ponto de vista constitucional para aquele caso concreto, o julgador se sujeita à coisa¹⁸. O processo passa a ser o local em que o juiz atua de acordo com as suas próprias convicções e ideologias, havendo uma degeneração de todo o conteúdo da relação jurídica processual, ocasionando o descrédito do Judiciário e o protagonismo do juiz. Portanto, o arbítrio judicial é o perigo na atual redação do artigo 358, *caput*, do Projeto de Lei nº 8046/2010 (Novo Código de Processo Civil).

É nessa linha que, *v.g.*, José Roberto dos Santos Bedaque, importante e prestigiado processualista, procura resolver o problema da efetividade do processo a partir de uma espécie de “delegação” em favor do julgador, com poderes para reduzir as formalidades que impedem a realização do direito material em conflito. E isso é feito a partir de um novo princípio processual – decorrente do “princípio da instrumentalidade das formas” – denominado *princípio da adequação ou adaptação do procedimento à correta aplicação da técnica processual*. Por este “princípio” se reconhece “ao julgador a capacidade para,

¹⁶ “Tal expressão ganhou delineamento a partir do trabalho coordenado por C. Neal Tate e Torjøn Vallinder, intitulado *The global expansion of judicial Power*, no qual foi denominada de judicialização a tendência de transferir poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. “ (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 179.).

¹⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Processo Constitucional Contemporâneo*. In: _____. **Processo e Constituição: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 24.

¹⁸ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 46.

com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma”. Mais ainda, deve “ser reconhecido ao juiz o poder de adotar soluções não previstas pelo legislador, adaptando o processo às necessidades verificadas na situação concreta.” Em sua – refira-se – sofisticada tese, embora demonstre preocupação em afastá-la da discricionariedade. Bedaque termina por sufragar as teses kartianas e kelsenianas, quando admite que as fórmulas legislativas abertas favorecem essa atuação judicial.¹⁹

Tal fenômeno, apelidado de ativismo judicial, é sintetizado pela afirmação de Streck: “Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ‘ideologia do caso concreto’, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado...”²⁰.

O que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são “resolvidos” no atacado...! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir “*teses*” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do “leito de Procusto”, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc). E as ações são julgadas por “pilhas”. Por isso, a repregunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em quê?

O que ocorreu é que voltamos a *um lugar de onde nunca saímos*: o velho positivismo. Isso porque apostamos em uma “autônoma razão teórica” e quando ela não é “suficiente”, delegamos tudo para a razão prática ...! E o que é a “razão prática”? Na verdade, nem precisamos buscar auxílio na hermenêutica para falar sobre ela. Basta ver o que diz Habermas, na abertura de seu *Fakticitat und Geltung*: substituo a razão prática (eivada de solipsismo) pela razão comunicativa...! Claro que não concordo com a solução dada por Habermas, por razões já explicitadas em *Verdade e Consenso*. Mas é inegável que ele tem razão quando ataca de forma contundente o solipsismo.²¹

Segundo Marcelo Cattoni²², “ao tomar suas decisões, também, é preciso lembrar que o juiz não está sozinho no exercício das suas atribuições. Afinal, do procedimento que prepara a decisão final, devem, em princípio, diretamente participar, em contraditório, em simétrica paridade, os destinatários desse provimento jurisdicional.” Como bem ressalta Dierle Nunes e Alexandre Bahia, a partir do momento em que o processo é visto como um processo constitucional, toda justiça, ou seja, juiz, tribunal é constitucional²³.

Juízes e tribunais, desse modo, não estão autorizados a desprezar os procedimentos comuns definidos pelas leis do processo, para, em nome de princípios genéricos da Constituição, proceder de maneira livre e autoritária, sujeitando os litigantes a ritos, obrigações, deveres e sujeições contrários aos ditames das leis processuais e materiais vigentes.²⁴

¹⁹ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38.

²⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito-objeto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 110/111.

²¹ STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 106.

²² CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 160.

²³ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo Constitucional Contemporâneo. In: _____. **Processo e Constituição**: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 7.

²⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Hermenêutica e Processo**. In: _____. **Constituição e processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009. p. 260/261.

Surge então o ativismo judicial ocasionado pelo protagonismo do juiz, pois é entregue a ele uma capacidade sobre-humana de proferir uma decisão mais justa de acordo com as suas concepções pessoais e ideologias, em sua maioria, desprezando possíveis contribuições das partes, dos advogados e até mesmo da Jurisprudência e da doutrina²⁵.

Conforme Daniel Sarmento, “muitas vezes o Poder Judiciário pode atuar bloqueando mudanças importantes promovidas pelos outros poderes em favor dos excluídos, defendendo o *status quo*. E esta defesa pode ocorrer inclusive através do uso da retórica dos direitos fundamentais.”²⁶ Em sentido semelhante, Dierle Nunes diz:

A degeneração de um processo governado e dirigido solitariamente pelo juiz, como já criticada em trabalho anterior (NUNES, 2006, p. 23), gerará claros déficits de legitimidade, que impedirão uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual.²⁷

Nessa vereda, busca-se um afastamento do decisionismo do julgador²⁸ para que sejam abertos espaços alternativos que proporcionem a discussão, a participação dos interessados na formação das decisões. Portanto, a ampliação dos poderes do magistrado no projeto do novo Código de Processo Civil ainda traz ligado intrinsecamente o discurso do neoliberalismo processual, reduzindo o processo a uma mera burocracia e centrado na figura do juiz.

Mediante o discurso do protagonismo judicial, típico da socialização do processo, vai-se esvaziando o papel técnico e democrático do processo e vai-se idealizando e amalgamando a ideia de que este somente serve para legitimar as decisões dos agentes políticos, quando não é analisado como formalismo que cria embaraços e protela o auferimento de direitos pelo cliente consumidor da prestação de serviços judiciários.²⁹

Como afirma Paulo Bonavides³⁰: “Sem participação não há sociedade democrática. A participação é o lado dinâmico da democracia, a vontade atuante que, difusa ou organizada, conduz

²⁵ “Uma Ordem Constitucional, como a brasileira de 1988, que cobra reflexividade, nos termos do paradigma do Estado Democrático de Direito, exige, portanto, dos operadores jurídicos, maior “consciência hermenêutica” e responsabilidade ética e política para sua implementação – algo que, infelizmente, e muitas vezes, falta a doutrinadores e a tribunais no País.” (CATTONI, Marcelo. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 160.).

²⁶ “É verdade que o ativismo judicial pode, em certos contextos, atuar em sinergia com a mobilização social na esfera pública. Isso ocorreu, por exemplo, no movimento dos direitos civis nos Estados Unidos dos anos 50 e 60, que foi aquecido pelas respostas positivas obtidas na Suprema Corte, no período da Corte de Warren. Mas nem sempre é assim. A ênfase judicialista pode afastar do cenário de disputa por direitos as pessoas e movimentos que não pertençam nem tenham proximidade com as corporações jurídicas”. (SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36/37.).

²⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 195.

²⁸ “Percebe-se, assim, que a disputa entre uma matriz liberal, social ou, mesmo, pseudo-social (neoliberalismo processual) do processo, 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.” (NUNES, Dierle José. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: **Constituição e processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009. p. 349-362.).

²⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 210.

³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal do Estado Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 2-3.

no pluralismo o processo político à nacionalização, produz o consenso e permite concretizar, com legitimidade, uma política de superação e pacificação de conflitos.”

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

Para Dierle José Coelho Nunes³¹, “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.”

É necessário, portanto, um Poder Judiciário que se preocupe em democratizar o processo, pois a atividade jurisdicional deve ser movida pelo discurso e pela participação efetiva dos interessados, ou seja, as decisões devem ser pautadas a partir das pretensões arguidas pelas partes em meio ao processo.

Consoante o entendimento de Aroldo Plínio Gonçalves³²: “o procedimento é uma atividade preparatória de um determinado ato estatal, atividade regulada por uma estrutura normativa, composta de uma sequência de normas, de atos e de posições subjetivas, que se desenvolvem em uma dinâmica bastante específica, na preparação de um provimento.”

Se, pois, no procedimento de formação do provimento, ou seja, se nas atividades preparatórias por meio das quais se realizam os pressupostos do provimento, são chamados a participar, em uma ou mais fases, os “interessados”, em contraditório, colhemos a essência do “processo”: que é, exatamente, um procedimento, ao qual, além do autor do ato final, participam, em contraditório entre si, os “interessados”, isto é, os destinatários dos efeitos de tal ato.³³

Nesse passo, requer-se a participação simetricamente igual dos interessados na construção do provimento, e, deste modo, nenhum julgador deve proferir qualquer decisão utilizando argumentos não debatidos pelas partes em contraditório, de maneira a haver um processo pautado em um procedimento democrático e discursivo.

Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados.³⁴

Em um processo encarado sob uma perspectiva democrática, há a construção do provimento Jurisdicional pelas partes em simétrica paridade de armas, sendo, necessário, portanto, o

³¹ NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, p. 14, 2008.

³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 102.

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

³⁴ Ibidem, p. 119/120.

afastamento do decisionismo do julgador e a implantação da comparticipação na formação das decisões.

Seguindo Aroldo Plínio Gonçalves³⁵, “o controle das partes sobre os atos do juiz é de suma importância e, nesse aspecto, a publicidade e a comunicação, a cientificação do ato processual às partes (que é, também, garantia processual) são de extrema relevância.”

A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.³⁶

O juiz deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais, respeitando e assegurando às partes a participação na formação das decisões, ou seja, na produção do provimento Jurisdicional.

Certo é que o Jurista não pode desenvolver o seu dever se ignora as outras componentes – morais, sociais, políticas, econômicas – da comunidade; mas também os cultores destas últimas não podem operar nos setores de sua competência se não conhecem o papel que o direito tem na sociedade. É necessário, portanto, a consciência das *rationes distinguendi* da Jurisprudência e das outras “ciências sociais”; do fato de que cada uma delas tem formatado e utilizado – nem poderia ser de outra forma: não é lícito, também, o processo da história – instrumentos próprios para colher a realidade do próprio ponto de vista. Em suma, é contemplada a complementaridade das diversas abordagens; não é admitido, ao contrário, sincretismo de métodos.³⁷

Nesse passo, o procedimento seria uma sequência de atos valorados, que alcançariam o ato final proferido pelo magistrado, cuja formação todos concorreram, havendo uma combinação³⁸, na qual haveria conexões entre normas, atos e posições subjetivas em meio ao processo.

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

Não se pode 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.³⁹

³⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001. p. 112.

³⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 197.

³⁷ FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 75.

³⁸ Ibidem, p. 91.

³⁹ NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, p. 14, 2008.

Fazzalari⁴⁰, ao adaptar o procedimentalismo democrático discursivo de Habermas ao processo, entende que a participação é um elemento estrutural e legitimante das atividades processuais, daí sendo importante a participação técnica das partes na construção do provimento Jurisdicional.

Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera pública o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos “*interessados*” (aqueles que aspiram a emanação do ato final – “*interessados*” em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os “*contra-interessados*”) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o “contraditório”, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* “procedimento” é possível extrair a *species* “*processo*”.”⁴¹

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

O direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de e mentários ou enunciados com pretensões objetivadoras. Do mesmo modo, o direito não é um dicionário recheado de conceitos [...] As tentativas de “aprisionar” o direito no interior de conceitos fracassaram de forma retumbante.⁴²

Um processo construído a partir da comparticipação das partes permite que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para a produção do provimento na busca de uma solução mais adequada ao caso concreto, evitando as decisões arbitrárias do julgador.

Esse é um ponto que deveria ser repensado pelo Congresso Nacional ao analisar o Projeto do Novo Código de Processo Civil, pois a mera alteração legislativa não tem o condão de resolver todos os problemas do direito processual como demora e baixa eficiência, sem uma preocupação de repensar o contraditório e redimensionar a própria estrutura do Poder Judiciário.

3 POR UM PROCESSO CONSTITUCIONAL

A teoria do processo como um procedimento em contraditório possui, em sua essência, viés democrático com forte influência de Habermas, na qual o Direito funcionaria como um mediador,

⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 207.

⁴¹ FAZZALARI, Elio Fazzalari. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006. p. 94.

⁴² STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 107.

um instrumento⁴³, entre a facticidade e as pretensões de validade, como mecanismo de integração social.

Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas.⁴⁴

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

No âmbito da Jurisdição, Habermas - apoiado em Klaus Günther - divide a teoria do discurso em discursos de fundamentação ou de justificação das normas jurídicas e discursos de aplicação. No caso, o Poder Judiciário não pode fazer discursos de justificação, ou seja, criar a norma jurídica, diante da ausência de uma participação efetiva dos interessados na construção do provimento, de maneira a tornar legítimo, apenas podendo fazer discursos de aplicação da norma.

Assim, descrendo na viabilidade de princípios morais consensuais ou neutros, dedutíveis pela razão e suscetíveis de fundar um ativismo judicial em termos consistentes com a democracia, Ely propõe a limitação do *judicial review* (*judicial self – restraint*) a questões relativas à preservação da integridade do próprio regime democrático. Isto é: o papel do Judiciário não seria o de fazer escolhas substantivas, incluindo a *conteudização* de princípios e direitos, tarefa reservada, nos Estados democráticos, aos agentes políticos investidos pelo voto popular; sua missão seria a de garantir a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza. Um controle, enfim, centrado apenas nas condições de formulação do ato legislativo (*input*), desprovido de qualquer pretensão de alcançar o seu resultado substantivo (*outcome*). Para Erly, “apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade atribuindo aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia.”⁴⁵

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

O processo baseado na participação das partes na construção do provimento jurisdicional está lastreado nos princípios constitucionais, havendo a possibilidade para que todos os

⁴³ “Mas para atingir esse objetivo, Habermas indica transformações necessárias ao modo de produção e aplicação do direito. A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um procedimento discursivo público sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em cada um deles. O poder administrativo (executivo), o legislativo e o judiciário ganham assim atribuições e competências cuja legitimidade pressupõe um outro poder, chamado por Habermas de ‘poder comunicativo’, que é o poder resultante de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e autores do próprio direito.” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 12.).

⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 211.

⁴⁵ BINENBOLN, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 102.

interessados venham, por intermédio do debate endoprocessual, participar da formação da decisão pelo magistrado. Consoante Dierle Nunes e Alexandre Bahia:

A postura reducionista do papel do cidadão e a visão degenerada da atividade judiciária permitem o surgimento de entendimentos judiciais subjetivistas e particulares acerca da aplicação normativa (com o uso de jargões de fundamentação desprovidos de maior significado quando de sua aplicação, v.g., “proporcionalidade”, “supremacia do interesse público”, “dignidade da pessoa humana”), como se as decisões pudessem surgir de modo solitário e voluntarístico da cabeça de alguém.⁴⁶

Segundo Rafael Lazzarotto Simioni⁴⁷, na teoria de Habermas, a normatividade do direito é fruto da legitimidade e os problemas de eficácia do direito, ou seja, da própria realização do direito, estariam atrelados à questão da legitimidade. Nesse sentido, sendo os cidadãos ao mesmo tempo destinatários e autores do direito, passariam a assumir a responsabilidade individual pelo seu cumprimento.

Nesse passo, a legitimidade seria uma condição da força normativa do direito, transferindo o problema da realização dos direitos, que possui cerne positivista, para se tornar um problema de legitimação. Para isso, Habermas propõe um novo paradigma para o direito, denominado ‘procedimentalismo’, na qual o direito gerado através do discurso democrático pode transformar a realidade, de maneira a diminuir as tensões sociais que existem.

Portanto, Jürgen Habermas⁴⁸ atribui um papel central à linguagem no processo de formação da opinião e da vontade dos cidadãos. Sua teoria se desenvolve no interior de um Estado Democrático de Direito em que se pressupõe a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal, de uma comunidade de homens livres e iguais capazes de criar as leis que os regem e onde os próprios envolvidos têm de entrar em acordo, prevalecendo a força do melhor argumento.

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

No paradigma procedimental de Estado Democrático de Direito, impõe-se a prevalência concomitante da soberania do povo e dos direitos fundamentais em todos os campos, mas, especialmente, na esfera estadual, na qual existe a constante formação de provimentos que geram efeitos para uma pluralidade de cidadãos.⁴⁹

⁴⁶ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo Constitucional Contemporâneo. In: _____. **Processo e Constituição: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais**. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 15.

⁴⁷ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 12/13.

⁴⁸ “Essa legitimidade democrática, na modernidade, cabe esclarecer, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre fadacidade e validade.” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p. 5.).

⁴⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. p.217.

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

Adaptando a teoria habermasiana ao processo, o princípio da democracia proporcionaria a abertura de um campo de discussões na quais abrangeria vários tipos de discursos sejam morais, éticos, pragmáticos, incluindo as negociações, de maneira a modelar as normas jurídicas. Portanto, o princípio da democracia fixa os parâmetros e legitima a produção do próprio direito.⁵⁰

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

mais que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade. Portanto, haverá processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está justamente na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos.⁵¹

A ampliação do contraditório na verdade constituiria uma garantia ao princípio da não surpresa⁵², pois impõe o debate⁵³ acerca de todas as questões envolvidas no processo antes da tomada de decisão pelo juiz.

⁵⁰ “A jurisdição, portanto, não pode desenvolver o direito por uma interpretação construtiva desconectada do poder comunicativo. O poder comunicativo, que é a única fonte de legitimação do Estado de Direito, só se exerce argumentativamente através de um procedimento institucionalizado com base no princípio do discurso, vale dizer, só se exerce nas condições ideais de uma discussão pública com a participação de todos os implicados. Por isso, nem um órgão colegiado e muito menos um juízo monocrático pode pretender interpretar construtivamente o direito. O Poder Jurisdicional não é hierarquicamente superior ao poder comunicativo. A jurisdição não pode, portanto, submeter a si o poder comunicativo, porque ele é a fonte de toda legitimação do direito e do Estado de Direito. Até porque a legislação implícita, criada pela jurisdição, coloca em risco a racionalidade o exercício do direito e sobrecarrega a base de legitimação do Poder Judiciário. Por mais conhecimentos técnicos e experiência que os especialistas do direito possuam, as decisões jurídicas provocam consequências para sociedade, que não podem ser legitimadas por discursos técnicos de especialistas na interpretação do direito: a interpretação da Constituição e dos objetivos das políticas públicas não é monopólio da jurisdição. Como se vê, na teoria o discurso de Habermas, o poder jurisdicional sofre restrições. Porque no paradigma procedimentalista do direito, a jurisdição está subordinada ao poder comunicativo da autonomia política dos cidadãos. E são exatamente as condições para o exercício dessa autonomia política, como gênese do processo democrático que a jurisdição tem que proteger”. (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito e racionalidade comunicativa**: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2007. p. 212/213.).

⁵¹ CATTONI, Marcelo. **Direito processual constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 194.

⁵² “Garante-se, desse modo, a cada afetado a exposição de razões relevantes para determinação do tema a ser debatido e julgado endoprocessualmente, dentro de uma linha temporal, de uma fixação adequada do objeto de discussão e de uma distribuição dos papéis a serem desenvolvidos, em um espaço público processual moldado pelos princípios do modelo constitucional de processo, notadamente o contraditório como garantia da influência e de não – surpresa.” (NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, 2008. p. 27.).

⁵³ “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 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.” (NUNES, Dierle José. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: _____. **Constituição e processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009. p. 356.).

Ao se fazer uma releitura da teoria do processo a partir da teoria habermasiana, vislumbra-se que o processo estruturado em perspectiva participativa e policêntrica, ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo a responsabilidade de seu papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas (HABERMAS, 1994, p. 270).⁵⁴

Para Habermas⁵⁵, “Essa legitimidade democrática, na modernidade, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre facticidade e validade.”

O espaço público para que haja a participação e a discussão de maneira democrática é o processo que deve ser estruturado em uma perspectiva participativa e policêntrica apresentando condições comunicativas para que todos os envolvidos participem da formação de provimentos justos e legítimos, e não embasado no protagonismo judicial.

A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel diretor do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões.⁵⁶

Essa releitura processual se coaduna com o paradigma do Estado Democrático de Direito na qual se busca a prevalência da soberania popular em todos os campos. O prof. Dierle José Coelho Nunes apresenta um modelo de como seria a participação na construção do provimento jurisdicional, na qual haveria um procedimento bifásico: a primeira fase seria preparatória e a segunda fase seria de discussão.⁵⁷

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

⁵⁴ NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do processo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, p. 211, 2008.

⁵⁵ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito, política e filosofia**: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 5.

⁵⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 197.

⁵⁷ “Desse modo, a cognição bifásica que assegure uma fase preparatória adequada, poderia servir de modelo para um procedimento que atendesse aos anseios participativos da democratização processual se essa primeira fase fosse utilizada como *locus* de fomento do debate por todos os sujeitos processuais, sem qualquer pressuposição de protagonismo (das partes ou do juiz), mediante a depuração de todos os elementos fáticos e jurídicos colocados pelas partes, advogados, promotores e juízes. Tal fase poderia ser realizada mediante a prévia troca de petições (um arrazoado para cada parte) e a fixação de uma audiência preliminar de debate e de discussão obrigatória de todos os pontos controvertidos, de fato e de direito, de modo que todos os sujeitos processuais estariam prontos (se desejassem estar) e saberiam todos os argumentos relevantes a serem discutidos na segunda fase, quando ocorreria a segunda audiência de colheita de provas e de discussão dos pontos principais. Na excepcional hipótese de surgimento de novos fatos e argumentos jurídicos no curso da segunda audiência, deveria ser garantida a discussão em contraditório com sua implementação plena. Com a ampla suscitação das dúvidas, normas, fatos, súmulas e entendimentos jurisprudenciais potencialmente aplicáveis na espécie (sem nenhuma utilização estratégica pelo juiz da coação neoliberal de prejulgamento, que poderia gerar acordos prejudiciais às partes mais débeis ou, mesmo, inexecutáveis), ocorria uma preparação do *thema probandum* e da discussão, reduzindo a quase zero a potencialidade de decisões de surpresa.” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 243/244.).

Nesse sentido, cabe uma análise mais aprofundada do Congresso Nacional no que tange a adoção da possibilidade da inversão do ônus da prova pelo julgador da forma que está prevista no artigo 358 do Projeto do Novo Código Civil na Câmara dos Deputados, na qual há a concentração de poderes na figura do juiz.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por fim, nota-se que o anteprojeto do Código de Processo Civil apresentado pela Comissão de Juristas ao Senado pretendeu dar efetividade ao princípio constitucional da celeridade processual, trazendo algumas mudanças importantes. Entretanto, a ampliação dos poderes do magistrado colide com um dos objetivos da reforma que é a valorização do contraditório, equilibrando a atuação das partes e o papel do julgador.

A situação pode ser observada no art. 358, *caput*, do Projeto de Lei nº 8046/2010 em trâmite na Câmara dos Deputados vez que dá ao decisor a possibilidade de distribuir (inverter) o ônus da prova em meio ao processo e impor a uma das partes que possuir melhores condições de produzi-la, não existindo previsão de requisitos mínimos legais. Tal dispositivo poderá gerar abuso em sua aplicação, o ativismo judicial, de maneira a ampliar o solipsismo metódico do julgador.

Percebe-se a necessidade do afastamento do decisionismo do julgador na tomada de decisões para que sejam abertos espaços discursivos que proporcionem o debate endoprocessual, a participação das partes na produção do provimento jurisdicional, dentro de uma fase discursiva que deve ser valorizada no novo Código de Processo Civil

Conforme analisado, as decisões judiciais devem ser pautadas sobre argumentos de direito e oriundas da participação simétrica dos envolvidos.

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

Infelizmente, com a abertura dada ao magistrado no artigo 358 do Projeto de Lei nº 8046/2010, constata-se a possibilidade da ocorrência de abuso com tal poder dado ao juiz, havendo no caso o predomínio da assimetria, ou seja, as partes e os interventores estão submetidas ao juiz/decisor, em uma relação processual baseada na hierarquia. Com a concepção procedimental baseada em Jürgen Habermas e em Élio Fazzalari, busca-se uma reconstrução processual mais democrática.

Propõe-se um modelo democrático de processo em que predomina o policentrismo, ou seja, uma participação legítima e simétrica de todos os sujeitos participantes do processo, sem qualquer grau de hierarquia.

É nesse sentido que o Novo Código de Processo Civil deve se pautar em garantir um processo constitucional democrático que permita que o cidadão seja autodestinatário dos provimentos, tendo em vista que a decisão não deve ser apenas a expressão da vontade de maneira solitária pelo decisor, mas sim construída e discutida pelas partes endoprocessualmente.

Portanto, incumbiria às partes envolvidas no processo decidirem pela distribuição do ônus da prova (e impor a uma das partes que possuir melhores condições de produzi-la) e ao legislador disciplinar quais seriam as hipóteses dessa distribuição e não deixar a cargo do julgador, conforme apresentado no art. 358, *caput*, no Projeto de Lei nº 8046/2010.

Por fim, o instituto da inversão do ônus da prova nos moldes apresentados no art. 358, *caput*, no Projeto de Lei nº 8046/2010, será mais um instrumento a ser manejado discricionariamente pelo julgador.

REFERÊNCIAS

- AMENDOEIRA JUNIOR, S. Direito Constitucional à prova e suas limitações. In: _____. **Processo e Constituição**: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 311-328.
- BAHIA, A. G. M. F. Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular? **Revista Forense Eletrônica**: suplemento, v. 378, mar./abr. 2005. Seção de doutrina, p. 665/671.
- BAHIA, A. G. M. F. Anteprojeto do Novo CPC: pressa e atropelo. **Jornal A Tribuna**, Pouso Alegre, ano 5, n. 237, p. 6, [20--].
- BINENBOLN, G. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BONAVIDES, P. **Do Estado Liberal do Estado Social**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2001.
- CATTONI, M. **Direito Processual Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FAZZALARI, E. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.
- GONÇALVES, A. P. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: AIDE, 2001.

GRINOVER, A. P. G. A Reforma do Código de Processo Civil. In: Reforma do CPC, por um renovado processo civil. **Revista Jurídica Consulex**, ano 14, n. 314, p. 31, fev. 2010.

HABERMAS, J. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

HABERMAS, J. **Direito e democracia entre a facticidade e a validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1-2.

MADALENA, P. Novo CPC Sucesso em risco. In: Reforma do CPC, por um renovado processo civil. **Revista Jurídica Consulex**, ano 14, n. 314, fev. 2010.

MOREIRA, B. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 27, n. 105, p. 183-190, jan./mar. 2002.

NUNES, D. J. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: **Constituição e processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009. p. 349-362.

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

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

NUNES, D. J. C. Teoria do processo contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, p. 13-29, 2008.

NUNES, D.; BAHIA, A. Processo Constitucional Contemporâneo. In: _____; _____. **Processo e Constituição**: os dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 1-31.

OLIVEIRA, M. A. C. **Direito, política e filosofia**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

OLIVEIRA, M. A. C. A Súmula Vinculante n. 4 do STF e o “desvio” hermenêutico do TST: notas programáticas sobre a chamada “nova configuração” da jurisdição constitucional brasileira nos vinte anos da Constituição da República. In: _____. **Constituição e processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009. p. 39-53.

PEREIRA, R. V. **Direito constitucional democrático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PEREIRA, R. V. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROQUE, A. V. As provas ilícitas no Projeto do Novo Código de Processo Civil: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, v. 7, p. 5-31, jul./dez. 2010.

SANTOS, B. de S. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

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

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

STRECK, L. L. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito-objeto. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, L. L. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, L. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

THEODORO JÚNIOR, H. Hermenêutica e Processo. In: _____. **Constituição e processo**: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey/ Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2009. p. 233-263.

WAMBIER, T. A. A. O Novo Código de Processo Civil. In: Reforma do CPC, por um renovado processo civil. **Revista Jurídica Consulex**, ano 14, n. 314, p. 29, fev. 2010.