

**O MODELO SOCIAL DE PROCESSO: CONJECTURAS SOBRE SUAS ORIGENS,
DESENVOLVIMENTO E CRISE FRENTE AO NOVO PARADIGMA DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**SOCIAL MODEL OF PROCESS: CONJECTURES ABOUT ITS ORIGINS,
DEVELOPMENT AND CRISIS FACING THE NEW PARADIGM OF
DEMOCRATIC RULE OF LAW**

**Francisco Rabelo Dourado de Andrade¹
Guilherme Henrique Lage Faria²**

RESUMO

O presente artigo se propõe a fazer um exame crítico-científico acerca do Modelo Social de Processo e suas repercussões ainda existentes no Direito Processual brasileiro. Pretende-se revisitar as principais teorias que tratam do socialismo processual e a busca pela superação das ideias liberais que defendiam a menor intervenção possível do Estado. Em tais estudos, destacam-se Anton Menger e Franz Klein, para quem o processo deveria ser estruturado de modo a oferecer uma participação mais intensa do juiz, dotado de valores sociais privilegiados, com amplos poderes para influir ativamente no acerto dos fatos levados a seu conhecimento. Em sequência, será feito um percurso sobre a teoria do processo como relação jurídica de Oskar von Bülow e a sua visão acerca do protagonismo judicial, que também repercute em uma atividade criadora do direito. Tais premissas serão confrontadas com o Modelo Constitucional de Processo em busca de uma efetiva ruptura com o socialismo processual, considerando-se que no atual paradigma do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser exercida nos limites da lei e em observância das garantias fundamentais do devido processo legal, contraditório, isonomia, ampla defesa e fundamentação dos atos decisórios.

PALAVRAS-CHAVE: Modelo Social de Processo; Protagonismo judicial; Estado Democrático de Direito; Modelo Constitucional de Processo.

ABSTRACT

This article aims to make a critical-scientific examination about the Social Model of Process and its repercussions still existing in the Brazilian Procedural Law. We intend to revisit the major theories dealing with the procedural socialism and the search by overcoming of liberal ideas that defended the lowest possible state intervention. In such studies, we highlight Anton Menger and Franz Klein, for whom the process should be structured to provide a more intense

¹ Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/Minas. Advogado militante. Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (FAPEMIG). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3746242838238675>.

² Mestrando em Direito Processual pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC/Minas. Advogado militante. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8783282353460188>.

participation of the judge, endowed with privileged social values, with broad powers to actively influence the resolution the facts brought to its knowledge. In sequence, there will be a path on the theory of the process as a legal relationship Oskar von Bülow and his vision of the judicial protagonism, which also resonates in a creative activity of law. These assumptions will be confronted with the Constitutional Model of Process in search of an effective rupture with procedural socialism, considering that the current paradigm of Democratic Rule of Law, the jurisdictional function must be exercised within the law and respect for fundamental guarantees of due process, adversarial, isonomy, full defense and grounds of decision acts.

KEY-WORDS: Social Model of Process; Judicial protagonism; Democratic Rule of Law; Constitutional Model of Process.

1. Introdução.

A partir da promulgação da Constituição Brasileira de 1988, sobretudo em razão do disposto nos artigos 1º, *caput*, 5º, incisos II, XXXV, LIV, LV e 93, inciso IX, ficou evidenciada a adoção de um novo paradigma neste país, o Estado Democrático de Direito, além do estabelecimento de bases estruturantes (direitos e garantias fundamentais) para uma constitucionalização do processo³.

Essa mudança paradigmática permitiu o aprofundamento de estudos em teoria do processo que buscam ofertar uma releitura constitucionalizada das matrizes teóricas que influenciaram (e ainda influenciam) a doutrina, a jurisprudência, como também o próprio legislador.

A questão problemática se assenta justamente nessa resistência aos ganhos obtidos com o mencionado paradigma procedimental democrático, na medida em que a figura do juiz (agente público julgador) permanece atrelada ao dever de *fazer justiça* a partir de experiências pessoais, conhecimentos especializados, bom senso e prudente arbítrio na solução dos conflitos, vale dizer, como verdadeiro protagonista de um processo que ainda é concebido (incorretamente) como *instrumento* da jurisdição a serviço da paz social.

No presente artigo, far-se-á inicialmente um percurso sobre a superação da visão liberal do processo por um Modelo Social que idealizava o processo como mero instrumento

³ André Del Negri esclarece que: “No Brasil, com a Constituição de outubro de 1988, um novo marco teórico foi instituído e a partir daí o denominado Estado de Direito Democrático (art. 1º, CB/88), apresentou um projeto de democracia estruturado por princípios de direitos fundamentais, com aplicação imediata (art. 5º, 1º, da CB/88), e uma operacionalidade posta à disposição do cidadão (eixo desse projeto), entendido como construtor e reconstrutor do seu próprio ordenamento jurídico, por intermédios de procedimentos de participação popular e ações processuais constitucionais”. (2009, p.101). Como afirma Marcelo Campos Galuppo, baseando-se na obra de Lênio Streck: “A Constituição de 1988 é o marco mais importante em nossa história recente (STRECK, 2007, p. 310-311) de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação do texto da Constituição e que lhe dá sentido normativo, de um projeto que é muito anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo.” (2004, p.246).

técnico de resolução de conflitos, dentro do qual o juiz se apresentaria como um canal de comunicação e expressão do sentimento da sociedade, dispondo de respaldo institucional para ser o protagonista com poderes privilegiados de direção e participação ativa no processo (ao contrário da passividade judicial idealizada pelos liberalistas).

Mais adiante, observar-se-á que Anton Menger, um dos principais expoentes do discurso socializador de processo, idealizou um modelo dissociado da lógica liberal que permitiu novos contornos para a superação das desigualdades geradas no processo. Essa busca de equilíbrio (igualdade) estaria a cargo do *juiz social*. Esse também era o pensamento de Franz Klein, que defendia uma reestruturação do papel das partes e dos juízes no iter procedimental no Direito Processual. Daí o acolhimento do processo como uma *instituição estatal de bem estar social* que deveria proporcionar à sociedade uma jurisdição célere, o que somente poderia ser alcançado no âmbito de uma técnica procedimental embasada no protagonismo decisório.

Estudar-se-á em tópico seguinte a Teoria do Processo como Relação Jurídica empreendida por Oskar von Bülow, jurista responsável pela autonomia do estudo do Direito Processual em relação ao Direito Privado ao defender o delineamento de uma relação jurídico-processual lastreada primordialmente na figura do juiz, de modo que as partes apresentavam-se como meros colaboradores deste na formação dos provimentos decisórios. Considerado o precursor do chamado Movimento do Direito Livre, cujas propostas serviram de base para o nacional-socialismo alemão, Bülow defendia o protagonismo judicial não apenas na aplicação de uma norma já existente, mas também na própria criação do direito no caso concreto.

Desse modo, mostrar-se-á que a teoria de Bülow ofereceu suporte ao desenvolvimento do Modelo Social de Processo, sobretudo com relação à legitimação do controle social pela magistratura alemã e à adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas da aplicação do direito.

No capítulo seguinte, verificar-se-á se essas bases teórico-ideológicas deixadas por Bülow e pelo modelo socializador do processo ainda resistem frente à nova ordem constitucional de 1988, sobretudo no que concerne ao protagonismo conferido ao juiz no âmbito do processo jurisdicional.

Com isso, buscar-se-á um contraponto baseado no Modelo Constitucional de Processo, o qual impede que a função jurisdicional seja estudada, compreendida ou operacionalizada sem os direitos e garantias fundamentais oferecidos pelo paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito. Tal compreensão dará suporte às reflexões

fornecidas ao final nesse estudo, de modo que, a partir dos resultados obtidos, concluir-se-á que a visão tradicional da doutrina merece revisão à luz desse novo modelo, sendo imprescindível a sua exposição à crítica científica.

Não há, pois, dúvidas quanto à necessidade de retomar este debate em níveis de uma processualidade democrática, sem interferência de ideologias ou doutrinas arcaicas que nada contribuem para o desenvolvimento do Direito Processual e, conseqüentemente, para a sociedade.

2. O Modelo Social de Processo e a superação do Liberalismo Processual.

2.1. Da ideologia de Anton Menger à técnica legislativa de Franz Klein.

No final do século XIX surgiram concepções da jurisdição como expressão da soberania, pautadas em inovações radicais do pensamento jurídico-processual. Neste período, assistiu-se à transição de uma visão liberal do processo (liberalismo processual)⁴ para uma visão socializadora (socialização processual), a qual passara a idealizar o processo como mero instrumento técnico de resolução de conflitos de interesse ou de aplicação mecânica do direito ao caso concreto.

Na esteira desse entendimento que surgiu, a construção interna do processo passou a posicionar-se não mais sobre a ordem isonômica, mas sim sobre uma “ordem assimétrica”, vez que se encontra baseada na autoridade, na hierarquia e na lógica burocrática (PICARDI *apud* NUNES, 2008, p.16).

Verificou-se assim uma tendência de desvalorizar o papel do contraditório, pautando a resolução jurisdicional no senso inato de justiça do decisor, uma vez que, neste cenário, segundo Nicola Picardi (PICARDI *apud* NUNES, 2008, p.16), tinha-se a certeza de que a verdade, não mais “provável”, porém “absoluta”, poderia, então, ser alcançada pelo juiz, mesmo que fora da estrutura do contraditório. Com efeito, o juiz foi munido de poderes adequados e acabou por assumir a condução de um processo fundamentado sobre a autoridade e a hierarquia.

⁴Com base na concepção liberal de Estado, delineavam-se sistemas processuais lastreados em princípios técnicos, agora liberais, quais sejam: a igualdade formal dos cidadãos, a escritura e, especialmente, o princípio dispositivo. Todos esses princípios técnicos buscavam a manutenção da imparcialidade e de um comportamento passivo por parte do juiz. O processo, nessa perspectiva privatística, delineava-se como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado como instrumento privado, delineado em benefício das partes. Nessa perspectiva estatal, os indivíduos eram entendidos, pelo menos no campo ideológico, como soberanos na gestão de seus interesses. Essa soberania, segundo Damaska, implica que a parte seja reconhecida como senhora da própria lide (*dominus litis*) e seja legitimada a comportar-se como preferir, a maioria dos casos até escolhendo a forma do processo. (DAMASKA *apud* NUNES, 2008, p. 74).

Os adeptos desse modelo processual acreditam que o juiz ativo funcionaria como verdadeiro canal de comunicação entre carga axiológica da sociedade em que vive e as normas jurídicas (DINAMARCO, 2001), sendo o julgador o intérprete que possui sensibilidade na busca solitária do bem comum, em um verdadeiro ideal monológico que assegura ao juiz um “privilégio cognitivo” na formação do provimento de resolução dos conflitos a ele submetidos.

Para Dierle José Coelho Nunes (2008, p. 48) o processo que, durante o liberalismo processual, foi acusado por Calamandrei e Goldschmidt de ser jogo ou guerra entre advogados que possuíssem maior esperteza, volta a sê-lo a partir da credulidade na ideia salvacionista do órgão julgador, pois esse, atuando e obtendo respaldo institucional de “protagonismo”, poderá construir provimentos solitariamente, sem a influência dos demais sujeitos processuais e, especialmente, sem a chancela técnica do processo, uma vez que a busca pela rapidez procedimental conduziria à construção de procedimentos cognitivos que reduzem a dialogicidade e avalizam o solipsismo judicial.

Nas palavras de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira,

O Estado Social, que surge após a Primeira Guerra e se firma após a Segunda, intervém na economia, através de uma proposta de bem-estar (Welfare State) que implica uma manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como a compensação das desigualdades sociais através da prestação estatal de serviços e da concessão de direitos sociais. Tal ruptura paradigmática vem redefinir os clássicos direitos da vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. É a chamada “materialização” do direito. O cidadão – proprietário do Estado Liberal passa a ser encarado como cliente de uma Administração Pública garante de bens e serviços. O direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (“ordem material de valores”, como entendeu a Corte Constitucional Federal Alemã) bem como de programas de fins, realizáveis no “limite do possível. (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001. p.59).

Anton Menger, um dos principais expoentes do discurso socializador de processo, salienta que o socialismo jurídico critica a lógica liberal de liberdade de jogo das forças políticas e econômicas e defende uma maior intervenção legislativa, com a reestruturação de inúmeros institutos jurídico-processuais.

Menger fora considerado um grande crítico dos ideais liberais, especialmente no que diz respeito à complicação do aparato jurisdicional e à passividade judicial, devido ao fato de que, na luta de classes, para Menger, os ricos sempre eram privilegiados ao se tomar por base a ótica da igualdade formal. (MENGER *apud* NUNES, 2008, p. 80).

Assim, segundo Dierle Nunes (2008, p. 80), Menger propõe alterações profundas no sistema de administração da justiça civil mediante um reforço do papel judicial. Caberia ao juiz a assunção de um duplo papel: **a)** de *educador*: extraprocessualmente, este deveria instruir os cidadãos acerca do direito vigente, de modo a auxiliá-los na defesa de seus direitos; **b)** de *representante dos pobres*: endoprocessualmente, o juiz deveria, em contraste com a imparcialidade do princípio dispositivo⁵, assumir a representação da classe mais pobre.

Acerca deste segundo papel enumerado por Nunes, Menger defendia que:

[...] quando o demandante houvesse proposto sua demanda e o demandado houvesse contestado, o juiz deveria proceder no litúgio de ofício. Uma vez concedido ao rico o direito de se fazer representar por um advogado, o juiz deveria estabelecer um equilíbrio entre as partes, assumindo a representação da parte mais pobre. (MENGER *apud* NUNES, 2008, p. 80).

Dessa forma, para Menger, o juiz, no paradigma do Estado Social, para evitar as desigualdades ocorridas durante a égide do modelo liberal de processo, assumiria uma postura compensadora dos déficits de igualdade material das partes, na verdadeira acepção do termo “juiz social”.

As ideias preconizadas por Menger foram de extrema influência na moldagem da primeira legislação socializadora, a saber, a Ordenança Processual Civil do Império Austro-Húngaro, de 1895, a famosa ÖZPO de Franz Klein, aluno de Anton Menger.

Klein defendia uma reestruturação do papel das partes e dos juízes no iter procedimental, alegando que:

[...] as partes devem comunicar e proporcionar ao juiz os fatos [Sachverhalt] do litúgio [Stritfall], porque ele não sabe absolutamente nada da questão até a ação. Mas se isso é entendido de modo que o juiz não tenha qualquer ou nenhuma participação essencial no que lhe é oferecido nas alegações e provas, deixa-se que as partes cuidem quase exclusivamente disso e o juiz somente julgue precisamente como o material existente o permite, com indiferença sobre se a sua decisão corresponderá à verdadeira situação jurídica assim compreendida, isto é, como é de se supor, altamente indesejável não só para os particulares, mas para a vida jurídica e o próprio ordenamento jurídico. (KLEIN *apud* NUNES, 2008, p. 83).

Em consonância com o pensamento de Menger, Klein alega que o julgador deveria auxiliar as partes na busca do clareamento dos requerimentos obscuros, sugerindo o

⁵O princípio dispositivo liga-se a um poder monopolístico da parte de deduzir em juízo. Do referido princípio se extrai o veto ao juiz de instaurar ou manifestar-se de ofício no processo, ou seja, independentemente da provocação das partes. O juiz nessa perspectiva apresentava-se como um espectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes e às relações que as envolviam.

preenchimento de detalhes incompletos e impedindo que o engano ou desconhecimento na sua elaboração inviabilizem o julgamento. (NUNES, 2008, p.83)

No mesmo sentido, Mauro Cappelletti afirma que o processo passa a ser visto assim, na perspectiva socializadora de Klein, como uma inevitável “instituição estatal de bem estar social” para a busca da pacificação dos conflitos sociais. (CAPPELLETTI *apud* NUNES, 2008, p.83).

Prosseguindo nas palavras de Klein, traduzido por Nunes:

O processo só será racional e estará de acordo com a concepção moderna do Estado quando a tutela jurídica for garantia de fato da assistência estatal não apenas com o veredicto, mas já desde o primeiro passo do procedimento. Mas isso não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas liberar as forças atadas do juiz e colocá-las, assim, como as demais forças do órgão estatal, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. (KLEIN *apud* NUNES, 2008, p. 83-84).

A postura defendida por Klein se dava em razão de inúmeros fatores, dentre os quais se encontram as novas técnicas legislativas de elaboração das leis com a adoção de conceitos indeterminados.

As normas jurídicas que o julgador aplica no caso a ele submetido compõem-se em parte de conceitos estreitos (determinados) e em parte de conceitos amplos (indeterminados), os quais o legislador, via de regra, utiliza não a seu bel prazer, mas sim, em virtude da finalidade da legislação. É cada vez mais frequente nos depararmos com conceitos amplos, gerais, pobres de substância, que são descritos meramente em seus contornos. Mediante a utilização desta técnica, para Klein:

A legislação se contenta com a metade do trabalho e joga a outra metade sobre os ombros do juiz, que tem de escolher, dentre o grande número de possibilidades que estão subordinadas ao conceito em si e para si, aquela para a qual a norma jurídica deve valer dentro do espírito da lei. As linhas abordadas de tais indícios fáticos deixam considerável espaço para o pensamento original, que é próprio apenas dele, do juiz. A jurisdição se torna tanto mais pessoal, já que nos determinados casos-limite, pode o juiz, em um, ter que se submeter ao conceito legal e, em outros, eliminá-los sem que seu dever venha a ferir qualquer um desses casos-limite, pois é justamente apenas em seu saber que cada um vê, pensa, decide e julga. (KLEIN *apud* NUNES, 2008, p. 84-85).

Tal situação aponta o verdadeiro intuito de Klein, o qual, respaldado nas ideias de Menger, buscava afastar a problemática da demora exacerbada das demandas provenientes do modelo liberal de processo por intermédio de uma jurisdição célere, estruturando um modelo técnico de procedimento oral em que se atribuiu um reforço dos poderes do juiz, o qual deverá participar mais intensamente da direção do processo e, respaldado na prioridade da função

social deste, terá o dever de influir mais ativamente no acerto dos fatos levados a seu conhecimento.

Delineiam-se, assim, as bases para uma avaliação socioeconômica (e principalmente política) do conflito deduzido em juízo como problema social que deveria ser resolvido através do exercício de uma jurisdição salvadora, a qual, conforme acima narrado, deveria ofertar aos cidadãos um método rápido de resolução dos litígios, instituindo-se, de forma gradativa, no âmbito processual moderno a implementação do discurso do protagonismo judicial.⁶

2.2. O Protagonismo Decisório, a Livre Interpretação da Lei e o Fortalecimento da Ideologia Nacional-Socialista.

Dierle Nunes, respaldado na doutrina de Fritz Baur e Nicolo Trocker, afirma que a primeira legislação processual liberal a sofrer a ressonância do movimento “socializador” de Klein foi a ZPO alemã de 1877, a qual, na reforma de 1924, buscou um reforço dos poderes judiciais de direção formal e material do processo, retirando, via de consequência, o controle dos prazos processuais das partes, e, posteriormente em 1933, em pleno regime nazista, buscava através da reforma, segundo o discurso legislativo, uma justiça rápida e mais próxima das exigências do povo, partindo da ideia de que a função jurisdicional não servia somente às partes, mas primeiramente à segurança jurídica da coletividade. (2008, p. 89).

Impunha-se assim, no âmbito do discurso legislativo alemão, a socialização processual idealizada por Menger, com a implementação, no campo da técnica procedimental, do protagonismo decisório. Urge ressaltar que, para Ingeborg Maus (2000) a referida postura encontrou grande respaldo na Alemanha nazista.

Na concepção de Maus, o juiz alemão passa a ser, dessa forma, o protetor dos valores do regime nazista inculcados no povo e aniquilador dos fatos e valores contrários de um povo doente.⁷ Com efeito, o juiz alemão se comportava como um portador da visão privilegiada dos valores do povo, corporificados no Führer.

⁶Segundo Mauro Cappelletti: “A grande inovação proporcionada pelo código austríaco foi a acentuação da função ativa do juiz, uma função entendida seja para assegurar a ordem e rapidez do procedimento, seja para promover a finalidade social da igualdade efetiva das partes no processo.” (CAPPELLETTI *apud* NUNES, 2008, p. 86).

⁷As exigências formuladas perante a justiça do sistema nazista ligam-se de modo ininterrupto à autocompreensão desenvolvida pela justiça antes de 1933. Mesmo o amplo surgimento de fórmulas comunitárias e de fim social no direito nazista - que possibilitaram suspender toda regulação legal singular em prol das determinações “superiores” - foi expressão da ideologia de que o povo alemão comporta no nacional-socialismo uma comunidade de povos na qual as antigas divisões de classe e conflitos de grupo estariam superados. Também

Assim, o juiz teria o dever de reconhecer e aplicar toda lei que entrasse em vigência pela vontade de Hitler, entretanto, deveria aplicá-la em consonância com o espírito do povo alemão externado na figura do Führer, ou seja, de acordo com sua vontade jurídica.

Neste sentido, Ernesto Garzón Valdés afirma que:

O recurso à chamada “ordem concreta” facilitava a adequação às novas concepções valorativas do nacional-socialismo: justamente as “ordens concretas” suprapositivas (metajurídicas) deviam jogar uma função corretora do direito legislado e servir para a “renovação” do direito vigente. E, assim, foi possível abandonar os valores individualistas e liberais do, por exemplo, Código Civil, e adaptá-lo à concepção racista do nacional-socialismo, sem necessidade de novas intervenções do legislador. Quão longe chegou esta reinterpretação das disposições vigentes através da inclusão de ideologias suprapositivas e das intenções de inferir valores a partir da realidade “vital e concreta” ilustrou, com todo detalhe Bernd Rüthers em sua já clássica obra sobre a “interpretação ilimitada”. [...] A necessidade de abandonar o formalismo e assegurar um direito “concreto” foi exposta, desde logo, não só pelos juristas mas também pelos condutores do nacional-socialismo. Será necessário, dizia Hitler, que o direito seja valorizado novamente, não segundo o “critério de pensamento liberal, mas de acordo com as pautas dadas pela natureza. (VALDÉS *apud* NUNES, 2008, p. 93).

Para Dierle Nunes (2008, p. 93), a proximidade do pensamento dos autores do período nazista de um juiz portador de uma concepção privilegiada de valores uniformes compartilhados, de algumas ideias, ditas contemporâneas⁸, de um juiz engenheiro social, que atua como canal dos valores da sociedade, é no mínimo preocupante, quando se recorda o que a magistratura nazista realizou neste período, conduzindo à reflexão se tal concepção pode ser realmente nomeada de democrática.

Com assento nessas premissas, a velocidade com que se obtém a decisão judicial se vincula de forma não tematizada com os critérios de legitimação decisória, principalmente no que tange ao respeito à norma posta, fazendo com que os estudiosos do Modelo Social de

nesse sentido manifestou-se uma verdadeira autoconsciência da Justiça alemã, como na declaração de “total fidelidade” a Hitler por parte da direção da Associação dos Juízes Alemães em 19/03/1933. “O juiz alemão foi desde sempre consciente, nacionalista e responsável [...] sempre decidiu segundo a lei e sua consciência. Oxalá possa a grande tarefa de construção do estado oferecer em breve ao povo alemão o sentimento da imprescindível união”. Assim é que a ciência jurídica alemã saudará, no interesse de uma prática jurídica consciente, que o nacional-socialismo tenha construído um “sistema de valores unitário”, o qual encerrou a anterior concorrência social de sistema de valores diferenciados, tratando esse ato como uma conformação das funções da justiça antes de 1933. Essa “integração jurídica [...] formava um sistema de valores com fundamento geral nos bons costumes, no sentimento de pensadores equânimes e justos [...] que, mesmo em tempos de neutralidade de valores, seria capaz de inculcar, por meio de uma atitude nacional conservadora, uma boa dose saudável de sentimento popular em um povo doente.” (MAUS, 2000, p. 196-197).

⁸Cândido Rangel Dinamarco aduz que: “A segurança dos litigantes, cultivada pelo *due process*, na medida em que limita os poderes a serem exercidos pelo Estado-Juiz, é um valor elevadíssimo, mas não tão elevado ou absoluto que legitime o esclerosamento, ou engessamento do sistema processual. Seria injusta e depreciativa a esse poderoso instrumento do Estado democrático de direito a afirmação de sua destinação a aniquilar os anseios por um processo de feição humana, no qual o juiz é constantemente conclamado a exercer sua sensibilidade ao valor do justo e do socialmente legítimo.” (DINAMARCO, 2004, p. 15).

Processo sustentassem a ideia de que o importante para sociedade é a solução rápida dos conflitos por um juiz dotado de valores sociais privilegiados⁹, o que implica afirmar, ainda que de forma indireta, que, assim como o tempo necessário à produção da decisão judicial, o tempo de produção da norma pelo legislativo representaria um malefício, uma vez que é exatamente o tempo de produção legislativa que se apresenta, nessa perspectiva, como obstáculo permanente a adaptação da lei a realidade social.

No entanto, o problema de aceitação desse modelo de processo se evidencia com a percepção de um pluralismo cultural, juntamente com a possibilidade de ocorrência de um dissenso racional sobre os valores fundamentais, os quais são requisitos indissociáveis da construção democrática, de modo que a atribuição única de concepção e interpretação de uma suposta ordem concreta de valores a um ser de cognição privilegiada (juiz) apenas serviu para fortalecer a concepção estatal vigente na Alemanha Nazista, não podendo ser sequer aceita fora deste modelo de Estado. (HABERMAS *apud* NUNES, 2008, p. 48).

Com efeito, fica claro que a adoção de argumentos externos ao direito na implementação das bases axiológicas sociais convergentes pela magistratura só poderia ser sustentada sobre as premissas do Estado Social, haja vista que esta apenas se efetivaria com a supressão dos tempos discursivos-argumentativos do procedimento, oportunistas da formação do provimento pelos destinatários das decisões, evidenciando sua inexorável impossibilidade de defesa e adoção no paradigma do Estado Democrático de Direito.

2.3. A Teoria do Processo como Relação Jurídica e o Paradoxo de Bülow.

Conjuntamente à técnica legislativa de reforço do papel do juiz empreendida por Klein, surgia, no âmbito doutrinário na Alemanha, uma linha teórica que, segundo a grande maioria da doutrina existente, deu origem à autonomia do estudo do direito processual.

De acordo com a concepção de Oskar von Bülow:

Nunca se duvidou que o direito processual civil determina as faculdades e deveres que colocam em mútuo vínculo as partes e o tribunal. Mas, dessa maneira, afirmou-se, também, que o processo é uma relação de direitos e obrigações recíprocas, ou seja, uma relação jurídica. [...] Visto que os direitos e obrigações processuais aplicam-se entre os funcionários do estado e os cidadãos, desde que se trata no processo da função dos oficiais públicos e uma vez que as partes são levadas em conta unicamente no aspecto de seu vínculo de cooperação com a atividade judicial, essa relação pertence, portanto, a uma relação jurídica pública. A relação jurídica

⁹Nesse sentido encontram-se as conclusões da dogmática majoritária brasileira da Escola Instrumentalista do Processo, segundo as quais o processo é mero instrumento da jurisdição na consecução de escopos metajurídicos, com a supressão do tempo discursivo-procedimental em prol da rapidez da decisão.

processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo, enquanto relações jurídicas privadas que constituem a matéria do debate judicial apresentam-se totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. (BÜLOW *apud* NUNES, 2008, p. 99-100).

Contudo, segundo a perspectiva de Bülow, a autonomia da relação jurídica do processo não havia sido adequadamente trabalhada, mostrando-se salutar a necessidade de reconstruir todos os estudos que haviam sido desenvolvidos a respeito das atividades judiciais com vistas à obtenção de decisões.

Diante das bases apresentadas, Bülow estruturou a autonomia do estudo do Direito Processual mediante o delineamento de uma relação jurídico-processual lastreada primordialmente na figura do juiz, uma vez que as partes apresentavam-se como meros colaboradores deste na formação dos provimentos decisórios, o qual era emanado de seu “senso inato de justiça”, em verdadeiro culto ao protagonismo judicial.

Entretanto, embora Bülow tenha sido precursor da autonomia da ciência processual, demonstrando que o processo não se confundia com o direito debatido entre as partes, adotou este, conforme acima narrado, o modelo da relação jurídica oriundo de um enfoque privatístico do direito, mantendo-se a questão do vínculo de subordinação entre as partes do processo, perspectiva essa típica do modelo privatístico de processo que o antecederam, e que este buscava contrapor.

De acordo com Bülow, o processo não fora concebido como meio de controle dos atos do estado, e principalmente do juiz, mas como técnica de atuação dos juízes em relação ao reforço das convicções axiológicas do Estado alemão.

No entanto, o que Bülow buscava, desde 1868, era oferecer uma saída para o “formalismo” (forte característica do modelo liberal de processo) que havia se desenvolvido na Escola Histórica do Direito alemã pela Jurisprudência dos Conceitos, fundamentando teoricamente a necessidade de aumento do poder do Estado, dos juízes e dos tribunais. (LEAL, 2008, p.45)

Dierle Nunes, por outro lado, salienta que a defesa do aludido protagonismo judicial de Bülow somente se apresenta de modo indiscutível em sua obra de 1885, *Gesetz und Richteramt* (Lei e função judicial), publicada cinco anos antes da obra de Menger. (2008, p.100).

Para Karl Larenz (1997), Bülow pode ser considerado o precursor do chamado Movimento do Direito Livre, em cujas propostas lançou bases ulteriormente para o nacional-socialismo (conforme narrado no tópico antecedente). Nas palavras do autor:

A ideia básica deste escrito, a tanta atenção se prestou, é a de que cada decisão judicial não é apenas a aplicação de uma norma já pronta, mas também uma atividade criadora do direito. A lei não logra criar logo o direito; é “somente uma preocupação, uma tentativa de realização de uma ordem jurídica”. Cada litígio jurídico “põe um particular problema jurídico para o que não existe ainda pronta na lei determinação jurídica oportuna [...], determinação que também não é possível inferir-se, com a absoluta segurança de uma conclusão lógica necessária, das determinações da lei”. Sob o “véu ilusório da mesma palavra da lei” oculta-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser “em média mais justa”. Não diz Bülow segundo que critérios deve o juiz proceder a essa escolha, se segundo critério objetivo e, em certa medida, controlável, como o fim da lei, a “natureza das coisas” ou a concordância com um princípio, se segundo um mero critério subjetivo, por ventura do seu sentimento jurídico pessoal. Por isso, as suas afirmações tanto podem interpretar-se no sentido de uma interpretação teleológica da lei, como no sentido da “Teoria Pura do Direito Livre”- e formam-no, realmente, tanto num como noutro sentido. (LARENZ, 1997. p. 78).

Larenz, conforme acima transcrito, adverte que a Escola do Direito Livre possuía como característica basilar a ideia de que não poderia haver determinação jurídica pronta na lei para cada problema em particular, tendo em vista a existência de um “véu ilusório” decorrente de uma pluralidade de significações do texto normativo a impedir um pronto acesso à solução almejada.

Portanto, a proposta do Direito Livre centra-se justamente na forma pela qual essa pluralidade de interpretações deve ser resolvida: a saída encontrada é acentuar o “primado da vontade, do sentimento ou da intuição”. (LARENZ, 1997. p. 79).

Segundo André Cordeiro Leal, nesse mesmo ambiente histórico em que Bülow colocava em xeque a validade da Jurisprudência dos Conceitos, surge também ainda de forma embrionária, e com objetivos semelhantes às propostas bülowianas, o que se denominou posteriormente de Jurisprudência dos Interesses, cujas bases foram formuladas por Rudolf Von Jhering e desenvolvidas por Heck. (2008, p.46).

Diante dessa perspectiva, André-Jean Arnaud e María Farias Dulce estabelecem interessante entrelaçamento teórico entre as obras de Bülow e Jhering. Ao abordarem a importância de Bülow para o surgimento da Escola do Direito Livre, afirmam os autores, a respeito de Jhering que:

A Interessenjurisprudenz (jurisprudência dos Interesses, final do século XIX e início do XX), outra corrente crítica ante o “formalismo conceitual” é considerada, também, como já se mencionou, como precursora na Alemanha, do Movimento do

Direito Livre. Ao aderir ao positivismo não normativo, esta corrente visou a dar o primeiro passo em direção à sociologização do pensamento jurídico por meio de sua crítica à *Begriffsjurisprudenz* (Jurisprudência dos Conceitos) e ao excesso de formalismo conceitual e do uso da lógica no desenvolvimento do método jurídico. Rudolf Von Jhering (1818-1892) foi quem a iniciou, durante o período que se chama de segunda etapa do pensamento, fase esta dominada pelo princípio da jurisprudência prática. (ARNAUD; DULCE, 2000, p.75).

A intenção de Jhering era a de destacar a importância que a decisão judicial e o trabalho dos juízes têm para o direito, tratando-se, puramente, da implementação de regras para o manejo do poder estatal de coerção. Para André Leal, “as ideias que Jhering havia desenvolvido em *A Finalidade do Direito* parecem mesmo dar a Bülow contribuições inafastáveis sobre o que seja o direito e, principalmente, sobre o seu aspecto coercitivo, que é aquele que o próprio Jhering considerava o mais importante.” (2008, p. 50).

Bülow se aproveita da obra de Jhering justamente no cerne em que direito e poder se equiparam. Assim, as cogitações de Bülow sobre o processo centram-se no poder que deve se dar à magistratura diante de sua imensa importância na construção do direito. Com efeito, o processo deveria servir apenas como meio apto a legitimar as pré-concepções privilegiadas do juiz.

Não obstante a aproximação das perspectivas teóricas do Movimento do Direito Livre e da Jurisprudência dos Interesses, a resposta de Bülow ao problema da decisão jurídica, pautada na supervalorização do Estado na figura do Juiz, encontra no sentimento e papel do decisor a resposta às necessidades práticas que o direito deveria fornecer à sociedade. Nesse sentido, Larenz leciona que:

A intervenção do conhecimento na atividade interpretativa e judicativa vai realmente muito além da lógica. Essa noção, que transcende o conceito positivista de ciência, coloca a jurisprudência dos Interesses em vantagens sobre a “teoria do Direito Livre”. Com razão repetiram os seus adeptos, acentuando-o enfaticamente, que a sua doutrina era substancialmente distinta do “Movimento do Direito Livre”, pois, salvo raras exceções, viam a investigação do direito pelo juiz como dirigida por ponderações racionais. Em vez da dedução lógico-formal, coloca a Jurisprudência dos Interesses não a vontade ou sentimento, mas a investigação dos interesses e a apreciação desses interesses à luz dos critérios de valor subjacentes à lei. Por isso, reserva ao juiz, sem dúvida, uma margem de decisão maior, mas nenhuma liberdade de decidir guiada apenas no sentimento. (1997, p. 82).

Verifica-se que Bülow, calcado na ideia do protagonismo judicial, buscava uma aplicação livre e subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam realizar a função judicante com sabedoria e sensibilidade vez que “a atividade do juiz contribui para o progresso e a completude da edificação do ordenamento jurídico, que a Lei somente iniciou.” (BÜLOW *apud* NUNES, 2008, p. 101).

O juiz para Bülow é um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo, protagonista do processo que cria o direito mesmo contrariamente à legislação em vigor, para quem:

O poder autônomo de determinar o direito por parte do juiz alcança o fim de surgir vitoriosamente, até contradizendo significados normativos consolidados, até opondo-se ao querer e ao desejo do legislador. Essa consequência das múltiplas dificuldades que se podem opor à precisa compreensão da palavra da lei. (BÜLOW *apud* NUNES, 2008, p.102).

André Leal aduz que o jurista alemão, da mesma forma que “aquele trabalho realizado de maneira assídua, livre e meticulosa, de orientação nobre do direito dos tribunais conduzida por uma jurisprudência genial” (BÜLOW *apud* LEAL, 2008, p.54) tinha dado suporte a Roma, também o direito alemão devia sua transformação, ao longo de sua história, ao trabalho e à contribuição criadora da magistratura, principalmente quando da recepção do direito romano – daí o motivo pelo qual deveria ser mantida, também na época em que Bülow escrevia, a perspectiva que ressalta a importância dos tribunais.

Bülow justifica que, tendo em vista a fragmentação do poder na Alemanha, a partir do século XIII, a qual conduzia ao risco de uma anomia total, a recepção só se empreendera e se tornara possível pelo trabalho salvador do magistrado, o qual buscava, através de suas perspectivas axiológicas privilegiadas, o resgate da nação alemã da referida anomia em que se lançara.¹⁰

Tornam-se, portanto, cristalinos os motivos pelos quais a teoria processual desenvolvida por Bülow não poderia ser a mesma abordada pelas perspectivas processuais anteriores (privatísticas), mas como relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveriam ser totalmente controladas pelo juiz, através dos vínculos de subordinação (elementos inerentes ao Modelo Social de Processo calcado em bases imanentistas do direito).

O comando da relação processual pelo juiz permitiria o controle de todo o direito vigente, haja vista a possibilidade de criação de normas através da decisão judicial, fazendo com que somente a relação jurídica processual, pautada na subordinação nela pressuposta (a

¹⁰ Em interessante passagem de sua obra, Bülow assim afirmou: “Nesse sentido, posso me dedicar à esperança de que esta tentativa, que está muito além das proposições anteriores, de desenvolver uma teoria sobre a criação do direito pelos juízes, bem como de justificá-la integralmente não disse muito do que os outros, mesmo que silentes, também entenderam como correto. A verdadeira decisão sobre a correção do caminho escolhido dependerá daqueles, aos quais se destina este trabalho, ou seja, aos juízes, para que reencontrem no tema aquilo que preencha e anime sua profissão!” (BÜLOW *apud* LEAL, 2008, p. 59).

qual reduzia as partes a meros “colaboradores” do juízo na formação do provimento) poderia dar sustentação a este projeto.

Por esses motivos, André Leal entende ser possível afirmar que o processo, sob a taxionomia de relação jurídica, já surge, em Bülow, como instrumento da jurisdição, devendo essa ser entendida como atividade do juiz na criação do direito em nome do Estado com a contribuição do sentimento e da experiência do julgador. (2008, p.60).

Conforme anteriormente advertido por Larenz, Bülow não se preocupou em explicar como poderia ser controlada essa atividade jurisdicional criadora de um direito, o qual era, via de regra, “sentimental” ou “emocional”¹¹.

André Leal (2008, p. 65) aduz que é exatamente dessa aporia que se erige incontornável, nos escritos posteriores dos que buscaram o controle da atividade judicial pelos fundamentos da ciência bülowiana, o *Paradoxo de Bülow*. Isso porque

Toda a tentativa no sentido de elevar o processo impregnado da herança bülowiana à condição de garantidor de direitos fundamentais falha exatamente em razão do fato de que não poderia ser esse processo, ao mesmo tempo, instrumento do poder (de criação e do dizer o direito pelo juiz) e sua limitação eficaz – eis o paradoxo. (LEAL, 2008. p. 64-65).

Assim sendo, resta manifesto que a intenção da obra de Bülow não fora a de fornecer critérios para implementação de meios de controle sobre a atividade dos juízes, pelo contrário, o propósito de Bülow foi o de apresentar fundamentos histórico-sociológicos autorizativos da legitimação do controle social pela magistratura alemã e de justificar, a partir dessas premissas, a adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas da aplicação do direito (em consonância com a concepção liberal de processo) que buscava contrapor, municiando, dessa forma, a magistratura de instrumentos de dominação idênticos aos dos pretores e magistrados Romanos.

Em Bülow, via de conseqüência, a dialeticidade do processo e a influência das partes na formação do provimento decisório ao qual irão se submeter são suplantadas por uma

¹¹ André Leal, invocando as palavras de Bülow em nota de rodapé, ressalta que “[...] quando se tem em vista que Bülow reconhece e elogia a possibilidade de disparidade entre o texto legal e o conteúdo da decisão: ‘Então, quando acontece, várias vezes, das decisões dos juízes contrariarem o sentido e a vontade da lei, isso deve ser aceito tranquilamente, como um destino inevitável, como um tributo, o qual os legisladores e juízes prestam à fraqueza do poder de expressão e comunicação humanas. [...] Mesmo a decisão contrária à lei possui força de lei. Ela é, como qualquer decisão judicial, uma determinação jurídica originária do Estado, validada pelo Estado e por ele provida de força de lei. Com isso, não se quer dizer outra coisa do que o juiz ser autorizado pelo Estado a realizar determinações jurídicas, as quais não estão contidas no direito legislado, mas sim encontradas pelos juízes, por eles criadas, escolhidas e desejadas!’” (BÜLOW *apud* LEAL, 2008, p. 60-61).

postura de superioridade do julgador em relação a elas, uma vez que o contraditório é relegado a mero elemento formal validador de uma jurisdição monolítico-salvacionista exercida pelo agente estatal instituído da função judicante, o qual possuía um “saber privilegiado”, assumindo as partes o papel de meros colaboradores do julgador na formação da decisão.

De acordo com André Leal, a atribuição de escopos metajurídicos¹² à jurisdição coloca o juiz como sujeito privilegiado, na posição de líder inatacável, criando uma fronteira móvel de aplicação do direito em que este estará autorizado a fixar os limites do ordenamento e sua direção, colocando-o na borda legal que nega a própria normatividade do direito, ou seja, no ponto similar ao de decretação do Estado de Exceção Shmittiano. (2008. p. 32-33).

Contudo, contemporaneamente a Bülow, Adolf Wach, um dos precursores do denominado processualismo científico, cujas ideias despontaram na Alemanha na segunda metade do século XIX, já ressaltava a importância do contraditório ante o caráter dialético do processo, ressaltando que sua finalidade atendia ao interesse das duas partes do litígio, o interesse da tutela jurídica afirmada pelo autor e o interesse contraposto do sustentado pelo réu, apontando a fragilidade da ideia de contraditório defendida por Bülow. (DIAS, 2012, p.96).

Posteriormente, a partir de 1958, na Itália com Elio Fazzalari, e no Brasil com José Alfredo de Oliveira Baracho em 1984 e Aroldo Plínio Gonçalves em 1992, a teoria de Bülow passou a sofrer ferrenhas críticas¹³ em seu ponto mais discutível, qual seja a implementação de um protagonismo judicial que conduz ao solipsismo e ao esvaziamento do papel técnico e institucional do processo, sob um discurso moderno de funcionamento do sistema jurídico.¹⁴

¹² Atividade decisória que visa ao atendimento de fins sociais, políticos e econômicos. A esse respeito, André Leal afirma que o “entrelaçamento da teoria do processo como relação jurídica com o insuficiente paradigma do Estado Social leva vários desses autores a examinar o processo como relação jurídica desenvolvida entre partes, que se encontra à disposição do Estado, ao atendimento de interesses públicos de origem extralegal (escopos metajurídicos)”. (2002, p. 82).

¹³ No entanto, em importante estudo sobre o percurso histórico-teórico do Processo Constitucional, Dhenis Madeira leciona que o movimento científico de abandono dos modelos liberal e social de Processo se iniciou na América (e não Europa, como pensam alguns juristas), tendo sido claramente percebido ao final e, com mais vigor, logo após a Segunda Guerra Mundial. Para o referido Professor, “o processualista uruguaio Eduardo Juan Couture Etcheverry, mais conhecido como Eduardo J. Couture (1904-1956), foi quem, em plena Segunda Guerra, ministrou, nos anos de 1943 e 1944, um curso em algumas universidades americanas sobre o (então) inovador tema das ‘garantias constitucionais do processo civil’”. Segundo Fix-Zamudio, esse curso, que deu origem a um texto publicado em 1946, marcou o início dos estudos do Direito Constitucional Processual. (2013, p. 17).

¹⁴ Importante observar que já em 1948 Couture fazia uma crítica contundente ao enfoque do juiz como Führer do processo, para quem “[...] este princípio do povo como comunidade vivente, que necessita de um intérprete, levou àquilo que se costuma chamar “doutrina do Führerprinzip”, segundo a qual o juiz é o Führer dentro do processo. Essa doutrina, no entanto, que parecia destinada a triunfar, não pode suportar alguns embates fundamentais. Um deles por exemplo, o de que não pode haver na Alemanha tantos Führer fiéis intérpretes do direito.” (COUTURE *apud* LEAL, 2008. p. 64).

Importante destacar que Fazzalari (2006) contribuiu pioneiramente para o direito processual ao apresentar uma nova concepção de processo e procedimento, pois, em sua teoria:

[...] o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica 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’. Existe o ‘processo’, quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar.” (FAZZALARI, 2006, p. 120).

Assim sendo, considerando que Bülow não se alinhava à concepção científica de processo como procedimento em contraditório, no qual as partes deveriam participar em simétrica paridade no *iter* procedimental de formação decisória, bem como não visualizava o processo como meio de controle da atividade jurisdicional, mas meramente como instrumento de viabilização hipoteticamente emancipatório pela atividade criadora do direito pela magistratura, o aproveitamento de sua teoria resta manifestamente prejudicado em paradigmas que não se alinhem ao Modelo de Estado Social, no qual o Movimento do Direito Livre cunhava suas bases. O processualista alemão “criara uma ‘ciência’ que se destinava à instrumentalização da atividade dos juízes e não à asseguuração de legitimidade da decisão fora do Estado Social, a ‘ciência’ bülowiana do processo acaba se transformando num elemento inútil. (LEAL, 2008. p. 65).

Consectário ao exposto, percebe-se que o deslocamento do eixo de formação decisória das partes (Liberalismo Processual) para o Juiz (Socialismo Processual), dando ilimitado poder de criação do direito a magistratura, para que esta decidisse ainda que de forma totalmente contrária a legislação posta, respaldando a validade da decisão no senso inato de justiça do julgador, o qual possuía uma concepção axiológica social privilegiada (protagonismo judicial), carece claramente de legitimidade quando analisada sob as bases principiológico-constitucionais do Estado Democrático de Direito, haja vista que o processo neste paradigma procedimental garante às partes a possibilidade de atuar de decisivamente na formação dos provimentos jurisdicionais aos quais irão se submeter.

3. O Modelo Constitucional de Processo como avanço teórico-discursivo para um (efetivo) rompimento com o socialismo processual. Fundamentos basilares para o correto e devido exercício da função jurisdicional no Estado Democrático de Direito.

Exame de renomada doutrina nacional demonstra que a herança bülowiana ainda resiste, mesmo com novos contornos acerca da defesa do protagonismo judicial e de uma desvinculação do juiz ao princípio da reserva legal, como é o caso de Eduardo Cambi, ao afirmar que, em países de modernidade tardia como o Brasil, o Judiciário deve ser corresponsável pela afirmação dos direitos fundamentais sociais. Caso contrário, a prevalecer as posições contrárias à não interferência judicial nos processos jurisdicionais, “menores são as perspectivas de efetivação desses direitos e, conseqüentemente, mais distantes ficam esses países da promoção de critérios de desenvolvimento humano e de justiça social.” (2009, p.181-182).

Com isso, a legitimidade do Judiciário para tutelar os direitos fundamentais e, “inclusive, ao formular ou ao executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição, não na vontade da maioria” (CAMBI, 2009, p.280), estando, pois, baseada no sentido substancial da noção de democracia, cabendo ao juiz a tutela constitucional dos direitos fundamentais. Deste modo, “a legitimidade democrática do Poder Judiciário se convalida independentemente do sistema eleitoral.” (CAMBI, 2009, p.280).

Ao tratar da implementação de políticas públicas mediante a intervenção do Judiciário, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. sustentam, com base em Damaska (2000)¹⁵, que

[...] ao Poder Judiciário foi conferida uma nova tarefa: a de órgão colocado à disposição da sociedade como instância organizada de solução de conflitos metaindividuais. Tal tarefa decorre da recente ‘politização da Justiça’, entendida como ativismo judicial, sempre coordenado com a atividade das partes e o respeito à Constituição na realização de políticas-públicas. (2011, p.41).

Em questionável afirmação, Cambi afirma que, “se a Constituição não proíbe ou não ordena algo, ou seja, não traz uma única resposta correta (objetiva) para determinado

¹⁵Didier Jr. e Zaneti Jr. incorreram em certo equívoco ao tratarem do processo como mecanismo de solução de conflitos e do processo como meio de implementação de políticas, como se ambos representassem o mesmo fenômeno abordado por Mirjan Damaska em sua obra. É importante observar que o autor croata, no livro *Las Caras de La Justicia y el Poder del Estado*, limitou-se a pesquisar as estruturas de poder e os tipos de justiça, quais sejam os modelos europeus do processo como resolução de conflitos e do processo como implementação de políticas e seus respectivos entrelaçamentos com os sistemas judiciais hierárquicos e paritários. Não há, nos estudos de Damaska (2000), uma junção entre o ativismo e a resolução de conflitos no processo, embora no direito brasileiro, pelas linhas acima apontadas, ambos justificam o mesmo fenômeno do ativismo judiciário.

problema, é porque confiou na *discricionarietà* dos operadores jurídicos; ou melhor, deixou *margens de ação* abertas aos legisladores ordinários e aos juízes.” (2009, p.271). Além de afirmar que a Constituição de 1988 atribuiu poderes discricionários aos juízes, o mesmo autor olvidou-se do princípio constitucional da reserva legal ao sustentar que:

O positivismo jurídico e o formalismo processual têm dificuldade de resolver os *casos difíceis*, porque, não havendo uma regra clara, estabelecida de antemão, o juiz teria o *poder discricionário* de decidir do melhor modo que lhe parecesse. Com isto, o juiz não estaria adstrito a um padrão normativo prévio e, conseqüentemente, ficaria liberado para a formação do juízo. (CAMBI, 2009, p.274).

Ainda sobre o Poder Judiciário e a sua atividade criativa do direito, Zaneti Jr. lembra a doutrina de Piero Calamandrei, para quem o juiz da democracia seria aquele ser engajado que não estaria limitado à letra fria da lei. Por isso afirma que

[...] o juiz exerce uma atividade criadora, que é complemento necessário à atividade legislativa ordinária e, mais de tudo, característica do novo modelo do direito que se forma no pós-positivismo. Portanto, na concreção da norma específica, atua como político, com a ponderação de critérios de conveniência (proporcionalidade) advindos da sua sensibilidade de humanidade, sempre dentro do ordenamento constitucional e jurídico posto vinculado ao problema. (ZANETI JR., 2014, p. 176).

Mais adiante, o autor relembra a *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen e sua concepção de decisão judicial como sendo uma continuação do processo legislativo (criação da norma jurídica), concluindo que “o gênio do positivismo jurídico não rechaça a tese da moldura constitucional, mas admite, na inspirada passagem, o arejamento da lei pelo caso concreto e a ‘constância da atividade criadora da norma’”. (ZANETI JR., 2014, p. 117).

Tais posicionamentos, não obstante suas divergências em alguns pontos, possuem a mesma base ideológica (ainda) vinculada ao Modelo Social do Processo, embora se digam contemporâneas¹⁶, pois ainda insistem na concentração de toda a atividade processual na figura diretora e solipsista do juiz, confiando-lhe o dever solucionar os conflitos com base em conhecimentos especializados, experiências pessoais, senso de justiça e poderes

¹⁶A esse respeito, André Leal observa que, “não obstante as inúmeras mudanças pelas quais passou essa teoria, até hoje vários autores da doutrina brasileira ainda adotam, sem as necessárias ressalvas, o conceito de processo traçado por Bülow” (2002, p.82). No mesmo sentido, André Del Negri observa que a Teoria do Processo como Relação Jurídica de Bülow é um “retrato de como o Direito Processual pode ser usado nas ditaduras para atingir os seus fins”, ressaltando que tal teoria “ainda é revitalizada na contemporaneidade”, (2011, p. 34), como se pode perceber nas palavras já citadas de Eduardo Cambi e Hermes Zaneti Jr. Por tais razões, “há de haver uma forte justificativa histórica para que, em pleno século XXI, ainda visualizemos a jurisdição como um espírito divino, que desceu a Terra e aqui de incorporou na pessoa do juiz.” (NUNES, 2001, p. 237).

discricionários¹⁷ no âmbito do processo. Não se discute nessas linhas o processo democrático com uma efetiva participação das partes, como destinatárias do ato decisório final, em verdadeiro ambiente de contraditório.¹⁸

Pelos defensores de tal modelo, a atividade jurisdicional é concebida de forma diretamente atrelada à consciência, prudente critério ou livre arbítrio do julgador, em estreita proximidade com a ideologia da Escola do Direito Livre preconizada por Bülow, sem um devido e necessário estudo da *função jurisdicional* no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito e da *legitimidade decisória*, que somente pode ser obtida no âmbito de uma estrutura metodológica construída normativamente (devido processo legal) hábil a garantir uma participação dialético-processualizada aos destinatários do pronunciamento decisório final. Desconsideram, pois, que “a função jurisdicional somente se concretiza dentro da moderna e inafastável estrutura constitucionalizada do processo” (DIAS, 2012, p. 36-38), vale dizer, o ato decisório jurisdicional jamais poderá ser isolado, arbitrário ou fundado em máximas de experiência, prudente critério, livre arbítrio e sentimento de justiça por parte do agente público julgador, estando esse, ao contrário, subordinado ao devido processo

¹⁷Em oportuna afirmação, Lênio Luiz Streck adverte que o termo “discricionariedade judicial”, embora não seja correto compará-lo com o conceito de discricionariedade administrativa, deve ser objeto de análise sob o prisma do fenômeno da interpretação do direito, enquanto ato produtivo no qual o intérprete atribui sentido a um texto sem reproduzir os sentidos aprioristicamente dele já extraídos. Nesta perspectiva, o termo discricionariedade ligar-se-ia “a um espaço a partir do qual o julgador estaria legitimado a criar a solução adequada para o caso que lhe foi apresentado a julgamento” (2009, p.10), sendo que este recurso de “delegação de poderes” aos juízes se justificaria em razão daqueles casos não solucionáveis pelas normas jurídicas existentes, os chamados “casos difíceis”, estando neste ponto revelada a relação umbilical do positivismo com o sujeito solipsista. Esta visão peculiar quanto ao papel destinado ao magistrado, no bojo da função jurisdicional, enquanto “porta-voz do sentimento jurídico do povo” (STRECK, 2009, p. 9), vem sendo definida (e defendida) há cerca de dois séculos por juristas de expressão na história do Direito Processual, tais como Oskar von Bülow, Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnellutti, Enrico Tullio Liebman, cujas obras tiveram grande adesão e desenvolvimento no Brasil pela tradicional Escola Instrumentalista do Processo, com destaque para Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover.

¹⁸ É por isso que há grandes (e fundamentadas) objeções em relação à teoria do processo como relação jurídica, idealizada por Bülow, como se pode notar na obra de Aroldo Plínio Gonçalves (1992), para quem: “A se admitir o processo como relação jurídica, [...], ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação [...]. A doutrina processual, utilizando a figura da relação jurídica ‘trilateral’, inovou a velha polaridade do vínculo normativo, existente na relação jurídica, mas mesmo a inovação não poderia dispensar, na relação ‘angular’ ou ‘trilateral’, o vínculo jurídico de exigibilidade entre os sujeitos do processo, vínculo que constitui a marca de qualquer ‘relação jurídica’. [...] “Em conseqüência, não há como se admitir que, no processo, uma das partes possa exigir da outra o cumprimento de qualquer conduta, por um vínculo entre sujeito ativo e passivo. [...]. No processo, não poderia haver tal vínculo entre as partes, porque nenhuma delas pode, juridicamente, impor à outra a prática de qualquer ato processual”. (GONÇALVES, 1992, p.97-98). Contudo, conforme ressaltado por André Del Negri, “a obra de Aroldo Plínio não foi bem difundida como deveria pelos processualistas brasileiros considerados de renome, porque, se tivesse sido, por certo a teoria da relação jurídica teria despencado do pedestal onde até hoje se encontra” (2011, p.39).

constitucional (disciplina constitucional metodológica). Daí o acerto de André Leal ao afirmar que é

[...] pelo atraso paradigmático que impõe o aprisionamento a uma razão prescritiva de fundo kantiano, apoiada em um jusnaturalismo autoritário mascarado, que as antigas doutrinas apresentam concepções que, apesar de todo o debate teórico que vem-se desenrolando acerca do processo constitucionalizado, insistem ainda na ideia de ver no juiz uma figura mítica iluminada a quem incumbe, em ato solitário, “fazer justiça”. (2002, p. 31).

Tomando-se como base estudos desconectados dos (já ultrapassados) modelos abordados anteriormente e voltados para o *Modelo Constitucional do Processo*¹⁹, a partir do paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser prestada segundo o devido processo constitucional, mediante a rigorosa observância do princípio do devido processo legal na regência do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, da fundamentação lógica dos provimentos jurisdicionais e da inafastável garantia de julgamento em bases normativas prévias (princípio da reserva legal) para a construção do ato decisório final.

Kildare Gonçalves Carvalho, baseado na obra de Rosemiro Pereira Leal, também salienta a importância da constitucionalização do processo e da necessidade de se observar a garantia do devido processo constitucional. Para o autor:

A constitucionalização do processo impedirá, dessa maneira, que seja ele entendido tão somente como uma sequência de atos coordenados, passando a se destacar como um sistema de garantia dos direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, há o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as normas processuais, e se concebe a Constituição não apenas como um estatuto jurídico do político ou das atividades estatais, mas como um “texto articulador e legitimante de direitos de instituições jurídicas”, entre elas o processo e seus princípios do contraditório, da ampla defesa, e da isonomia, reunidos pelo instituto do devido processo legal. (CARVALHO, 2005, p.19-20).

¹⁹ Dierle Nunes, respaldado na doutrina de Andolina e Vignera, assevera que o processo lastreado em um modelo constitucional “constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático. Processo democrático não é aquele instrumento que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos; como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional. Todos esses princípios serão aplicados em perspectiva democrática se garantirem uma adequada fruição dos direitos fundamentais na visão normativa, além de uma ampla participação e problematização, na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados.” (NUNES, 2008, p. 247-250). Ademais, “a noção de modelo constitucional de processo permite suprimir a dicotomia entre direito processual constitucional e direito constitucional do processo, visto que tal modelo é constituído de uma base principiológica uníssona aplicável a todo processo, já que todo processo é constitucional, seja em razão de sua fundamentação ou, pois é garantia constitutiva dos direitos fundamentais dos sujeitos de direitos.” (NUNES; BARROS, 2010, p.27).

A partir dessas premissas, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias leciona que a *função jurisdicional*, dentro de uma concepção estruturante do Estado Democrático de Direito,

[...] é atividade-dever do Estado, prestada pelos órgãos competentes indicados no texto da Constituição, somente exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional. Em outras palavras, a jurisdição somente se concretiza por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais baseada na reserva legal, como o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente os preceitos das normas componentes do ordenamento jurídico. (2012, p. 32).

Importante observar que os pronunciamentos decisórios refletem a manifestação do poder político do Estado, o qual jamais poderá ser arbitrário, “mas poder constitucionalmente organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as assertivas do princípio do Estado Democrático de Direito”. Esse poder, exercido em nome do povo, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988, deve ser realizado “sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional”. Trata-se, pois, de metodologia normativa que deve informar, em grau máximo, os processos jurisdicionais, legislativos e administrativos. (DIAS, 2012, p. 35).

A função jurisdicional deve ser prestada pelo Estado segundo o *devido processo constitucional*, que é “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” (DIAS, 2012, p. 38-39), enquanto direito fundamental garantido ao povo (sujeito constitucional²⁰) pela Constituição de 1988, cujos princípios e demais disposições limitarão a manifestação de poder do Estado a ser exercida em nome do próprio povo, podendo-se concluir que “a jurisdição é atividade estatal subordinada aos princípios e fins do processo, sequer o processo deve ser pensado ‘à luz da Constituição’, porque é o processo à luz da Constituição.” (LEAL, 2012, p. 53).

Nesse sentido, pode-se concluir que toda jurisdição é constitucional e que todos os órgãos jurisdicionais são (ou devem ser) órgãos da jurisdição constitucional”. (DIAS, 2012, p. 47). É por tais razões que a função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, contrariamente à concepção do Modelo Social de Processo,

²⁰ Para André Del Negri, o sujeito constitucional é o sujeito do discurso constitucional, representado pelo somatório das reivindicações dialeticamente empregadas numa relação com o outro em sociedade, cujo reconhecimento somente será alcançado “quando lhe for assegurada a condição de protagonista das decisões mediante compartilhamento decisório (discurso que vincula todos os atores humanos que estão reunidos pelo mesmo conjunto de normas constitucionais)”. São, portanto, os cidadãos-intérpretes/coautores legitimados que vão “reivindicar a sua identidade no discurso de fundamentação pela teoria do Processo Constitucional”. (2011, p. 30).

[...] não é atividade beneficente, obsequiosa ou caritativa, mas atividade-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governantes e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional. (DIAS, 2012, p. 48).

Para André Del Negri, a Jurisdição não é mais atividade do juiz (Estado Social), mas, sim, uma atividade construída pelas partes processuais “a partir dos conteúdos da lei, uma vez que ele (o juiz), servidor por dever funcional do povo e das normas constitucionais, não tem as chaves construtivas de um Direito espontaneamente surgido de sua lei íntima (especial sensibilidade ao decidir).” (2008, p. 105).

Entretanto, as velhas e arcaicas expressões (impregnadas de carga ideológica e sem esclarecimento) ainda tão presentes no sistema processual brasileiro, tais como “proteção estatal”, “interesse público”, “senso de justiça”, “razoabilidade e proporcionalidade”, “escopos metajurídicos”, “livre ou prudente arbítrio”, “justa medida”, cujos conteúdos são apenas decifráveis e encaminhados pelo magistrado, demonstram que o Modelo Social de Processo ainda resiste firmemente no país, mesmo diante da (plena) vigência de um novo paradigma democrático constitucionalmente previsto. É por isso que não basta

[...] positivar um modelo de processo assegurado na constitucionalidade por uma jurisdição exercitada por juízes como guardiães de direito fundamentais ou depositário públicos desses direitos, porque o que vai designar a existência do status democrático de direito é a auto-abertura irrestrita a que o ordenamento jurídico se permite ao oferecer legalmente a todos o exercício da discursividade crítica à fiscalização (correição) processual continuada para a construção, reconstrução, confirmação, concreção, atuação e aplicação do direito vigente. (LEAL, 2002, p.170-171).

Portanto, torna-se necessário romper definitivamente com esse modelo (social) que ainda permanece arraigado na doutrina processual-instrumentalista brasileira, em manifesta desconsideração (por razões estratégicas, por ignorância teórico-jurídica ou pela falta de compromisso com a *crítica científica*²¹) do novo paradigma democrático-constitucional definido pelo povo em 1988.

²¹ Com base em Karl Popper, Rosemiro Leal afirma que “a crítica, como veículo lógico de aferição do grau de certeza do conhecimento científico, é que, ao associar o pensamento abstrato ao pensamento dialógico da verificação intelectual, como pressupostos necessários ao esclarecimento do discurso científico, acrescenta-se a si mesma a imposição de analisar as conclusões do discurso da ciência em planos de maior infinitude possível em confronto com os conhecimentos já selecionados e acumulados pela atividade científica. Portanto, a ciência sem a crítica seria a alavanca sem o ponto de apoio, não teria força de razoável demonstrabilidade em função da ausência de justificação prolongadamente testificada. A crítica é a atividade intelectual testificadora, enquanto a ciência é atividade relevantemente esclarecedora, embora não seja de se esperar que a própria conclusão crítica

Como exemplo desse cenário, pode-se mencionar a reforma macroestrutural do processo civil brasileiro ora proposta no Projeto de Lei do Senado nº 166/2010 (nº 8.046/2010 na Câmara dos Deputados), cujas bases mantêm exatamente o mesmo suporte ideológico contido no Código de Processo Civil em vigência, que é o protagonismo judicial, sendo que tal manutenção (ausência de rompimento com o socialismo processual) revela o anacronismo e a resistência político-ideológica em, verdadeiramente, oportunizar uma devida construção, pelo Modelo Constitucional do Processo, do (inacabado e em constante desenvolvimento²²) Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, Dierle Nunes acentua que o problema do modelo reformista brasileiro, como de tantos outros, está em “focar as atenções, para a solução das mazelas do sistema processual, na figura do juiz, e não na estrutura procedimental lastreada por um modelo constitucional de processo dinâmico, que deveria constituir um espaço discursivo de formação revisível das decisões judiciais”. (2006, p.47).

Para que haja a efetivação dessa nova ordem constitucional, consubstanciada no processo democrático, o momento decisório do magistrado não pode mais ser visto como a “oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma decisão a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimentalizada regida pelo processo constitucionalizado.” (LEAL, 2002, p.69). Ademais,

[...] a inserção do princípio do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual correlacionada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada. (DIAS, 2012, p.93).

O magistrado, vale lembrar, figura no processo como agente público julgador, não sendo livre intérprete da lei, mas sim o aplicador da lei no espaço procedimental no qual desenvolver-se-á uma atividade preparatória, regulada por uma estrutura normativa, em que as partes tenham desenvolvido uma dinâmica específica e concorrido para a formação do provimento final. (FAZZALARI, 2006). O momento decisório, nessa perspectiva, não poderia

obtenha, necessariamente, crescimento de conhecimentos, mas é certo que poderá escaloná-los em termos comparativos.” (2012, p. 36-37).

²² Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias observa que “o processo adequado à concretização de tal objetivo é o processo constitucional – processo constitucional legislativo, processo constitucional jurisdicional e processo constitucional administrativo – estando sempre o Estado Democrático de Direito em permanente estágio de inacabada consolidação, em outras palavras, espécie de projeto constitucional principiológico *in fieri*.” (2012, p. 2).

sequer ser chamado de “sentença”, por refletir o ato de sentir (*sentire*) do magistrado. Por isso deve receber a denominação de *provimento*, enquanto resultado lógico da conclusão de um procedimento cujas articulações lógico-jurídicas são produzidas pelas partes neste espaço democrático constitucionalizado chamado *processo*.²³

Logo, a atividade do magistrado no processo jamais poderá ser arbitrária ou exercida sob a referência hermenêutica do prudente critério que ultrapassa os conteúdos normativos, devendo, ainda, ser organizada, delimitada, legitimada e controlada segundo as bases principiológicas do processo constitucional.

Por essas razões, o processo não pode mais ser visto como um *instrumento* da jurisdição. Ao contrário, é a jurisdição atividade e instrumento do Estado que, submetida “à principiologia do processo como pressuposto inarredável de garantia máxima de direitos fundamentais na Sociedade Democrática de Direito” (LEAL, 2012, p. 52), não está autorizada em hipótese alguma a decidir fora dos conteúdos legais ou exercer atividade criativa do Direito (legislação por via oblíqua inconstitucional).

Portanto, a jurisdição representa *atividade-dever* do Estado prevista na Constituição Brasileira, cujos órgãos jurisdicionais deverão cumprir e fazer cumprir a lei (princípio da reserva legal) em processo instaurado e desenvolvido sob o prisma das garantias constitucionais do processo (Modelo Constitucional de Processo), vale dizer, um processo realizado em função da isonomia, do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação racional dos provimentos jurisdicionais com base no direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos no procedimento processualizado (dialeiticidade processual). Trata-se de uma concepção essencialmente extraída do paradigma vigente do Estado Democrático de Direito e de inexorável observância no exercício das atividades do Estado, visto que estas são exercidas em nome do povo, o qual, via de consequência, deve possuir um instrumento de legitimação, fiscalização e controle de tais atos, instrumento este que, nos termos ora apresentados, se implementará pelo Processo Constitucional²⁴, enquanto metodologia de garantia dos direitos fundamentais. (BARACHO, 2006).

²³ Dierle Nunes, referindo-se ao processo democrático de formação da decisão, aduz que: “Na perspectiva democrática, será possível enxergar o processo não somente em sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção dos provimentos, realizada em simétrica paridade de armas (FAZZALARI, 1958), mas também como estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada nos princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões e fornecerá os elementos constitutivos de seu conteúdo, mediante o fluxo discursivo de todo os participantes (do imparcial e dos parciais). Propõe-se, assim, um afastamento completo da ideia de privilégio cognitivo do julgador (decisionismo) e a implantação de um espaço discursivo participativo de formação de decisões.” (2008, p. 196).

²⁴ Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias leciona que “[...] o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder ou de

4. Considerações finais.

Pelos estudos propostos, pôde-se verificar que o Modelo Social de Processo foi integralmente superado com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito como paradigma e núcleo central do ordenamento jurídico.

De igual modo, constatou-se que, em relação à Teoria do Processo como Relação Jurídica (base teórica da Escola Instrumentalista do Processo), os estudos empreendidos por Bülow alcançaram um paradoxo incontornável, pois a atividade do juiz, desvinculada de abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito, teria uma ampla margem de atuação sem controle (sobretudo das partes). O juiz estaria, por lei, autorizado a atuar fora dela. Daí o paradoxo, o que sem dúvida não coaduna com quaisquer parâmetros do Direito Democrático.

Com isso, a visão instrumentalista do processo que atualmente segue com novos contornos a teoria bülowiana, embora respeitável, está impregnada de tradição e discursos de autoridade, sobretudo por concentrarem os atos processuais na figura solipsista do julgador.

Observou-se ainda que o processo, à luz do novo paradigma democrático-constitucional de 1988, não é mais um mero instrumento da jurisdição para livre manejo judicial dos direitos materiais dentro do qual o juiz teria poderes discricionários, dispondo de imensurável flexibilidade interpretativa para gerar dinamismo no processo e justiça em suas decisões.

À luz dos artigos 5º, incisos II, XXXV, LIV, LV e 93, inciso IX, da Constituição Brasileira, ficou evidenciado que ao magistrado é defeso atuar além dos conteúdos normativos, seja a que título for, não sendo democraticamente sustentável qualquer possibilidade de solipsismo, discricionariedade, protagonismo ou estabelecimento de qualquer condição privilegiada ao agente público julgador em detrimento dos destinatários (que são os verdadeiros legitimadores) dos atos jurisdicionais: as partes.

A partir de estudos crítico-científicos amparados no Modelo Constitucional de Processo, buscou-se demonstrar que, no Estado Democrático de Direito, a função jurisdicional deve ser prestada segundo o devido processo constitucional, mediante a rigorosa observância do princípio do devido processo legal na regência do contraditório, da ampla

arbitrio provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito, sobretudo o ato jurisdicional, que somente pode ser praticado em processo devidamente constitucionalizado. [...] este apontado bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades pode ser considerado apanágio do Estado Democrático de Direito.” (DIAS, 2012, p.70).

defesa, da isonomia, da fundamentação lógica dos provimentos jurisdicionais e da inafastável garantia de julgamento em bases normativas prévias (reserva legal) para a construção do ato decisório final. Somente a partir dessas premissas que legitimidade decisória poderá ser obtida uma decisão democrático-constitucional nos processos jurisdicionais.

Constatou-se, ao final do presente estudo, que o eixo da jurisdição não pode mais estar centrado na figura do julgador, mas, sim, no procedimento processualizado que respeitará os direitos e garantias fundamentais dos destinatários dos atos jurisdicionais. Com efeito, é preciso reconhecer o avanço teórico-discursivo do Modelo Constitucional de Processo.

Merece destaque, por derradeiro, que o *processo* não mais pode ser visto como um mero *instrumento* da jurisdição. Este instituto vai muito além desta ultrapassada concepção. É indispensável que se entenda que o processo é uma instituição constitucionalizada e estruturada sob o pleno exercício da *cidadania* e da *democracia*, instituição esta garantidora do exercício democrático dos direitos fundamentais previamente estabelecidos pela Constituição de 1988.

O estudo de tais questões é tarefa de monumental importância para a efetiva construção e contínuo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, sempre no sentido de buscar uma argumentação que melhor se amolde ao eixo teórico da democracia.

Referências Bibliográficas

ARNAUD, André-Jean; DULCE, María Farias. **Introdução à análise lógica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Processo Constitucional**. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, Belo Horizonte, v. 11, 2005.

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

DAMASKA, Mirjan R. **Las Caras de La Justicia y el Poder Del Estado**. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: Teoria da Legitimidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DEL NEGRI, André. **Processo Constitucional e Decisão Interna Corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 4º vol. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual civil**. Trad. Eliane Nassif. 1ª.ed. Campinas: Bookseller, 2006.

GALUPPO, Marcelo Campos (Coord). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 1.ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **A Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo - Primeiros Estudos**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O nascimento do Processo Constitucional na América. *In*: SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo C. Dias (Coords.). **Direito Processual Civil Latino-Americano**. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. *Novos Estudos CEBRAP*, n.58, Nov. 2000, p. 196-197.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Júris*, 2006.

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

NUNES, Dierle José Coelho; BARROS, Flaviane de Magalhães. As Reformas Processuais Macroestruturais Brasileiras. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luís Bolzan de. (Org.) **Reforma do Processo Civil. Perspectivas Constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

NUNES, Elpídio Donizetti. Jurisdição, judicação e tutela legal na teoria do processo contemporâneo. *In*: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.) **Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Vol. 2. Porto Alegre: Síntese, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia” *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. (Org.) **Constituição e Processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

ZANETI JR., Hermes. **A constitucionalização do processo: O modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre Processo e Constituição.** São Paulo: Atlas, 2014.