

**NEOINSTITUCIONALISMO E A SEMÂNTICA DO PROCESSO NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**NEOINSTITUTIONALISM AND THE SEMANTICS OF PROCESS IN THE DEMOCRATIC
STATE OF LAW**

**EL NEOINSTITUCIONALISMO Y LA SEMÁNTICA DEL PROCESO EN EL ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DERECHO**



10.56238/revgeov16n5-033

Lincoln Mattos Magalhães

Mestrado em Processo

Instituição: Unichristus, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

E-mail: lincolnmmagalhaes@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9452-6588>

Roberto José Caldas Freire Junior

Bolsista da FUNCAP

Mestrado em Direito Constitucional e Teoria Política

Instituição: Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

E-mail: roberto.freirejr40@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3737-6207>

Romulo Guilherme Leitão

Pós Doutor em Ciência Política

Instituição: Universidade de Boston - Estados Unidos, Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

E-mail: romuloleitao@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7355-8134>

RESUMO

O trabalho interpela a possibilidade de interlocução entre os conceitos de jurisdição e de democracia, indagando de que modo agentes públicos sem representação majoritária estariam aptos a revisar deliberações tomadas em um parlamento democraticamente eleito. Abordam-se, para esse fim, as origens do processualismo científico, sua recepção no direito brasileiro, sua radicalização na Teoria da Instrumentalidade e sua inadequação e incompatibilidade com o marco teórico do Estado Democrático de Direito. Ao fim, apresenta-se a Teoria Neoinstitucionalista do processo como opção teórica válida e viável para explicar o problema da legitimidade democrática das decisões judiciais.

Palavras-chave: Jurisdição. Processo. Estado. Democrático. Neoinstitucionalismo.

ABSTRACT

The work questions the possibility of interlocution between the concepts of jurisdiction and democracy, asking how public agents without majority representation would be able to review deliberations taken in a democratically elected parliament. For this purpose, the origins of scientific proceduralism, its



reception in Brazilian law, its radicalization in the Theory of Instrumentality and its inadequacy and incompatibility with the theoretical framework of the Democratic State of Law are approached. Finally, the Neoinstitutionalist Theory of the process is presented as a valid and viable theoretical option to explain the problem of the democratic legitimacy of judicial decisions.

Keywords: Jurisdiction. Process. State. Democratic. Neoinstitutionalism.

RESUMEN

Este artículo cuestiona la posibilidad de un diálogo entre los conceptos de jurisdicción y democracia, preguntándose cómo los funcionarios públicos sin representación mayoritaria podrían revisar las decisiones tomadas en un parlamento elegido democráticamente. Para ello, se abordan los orígenes del procedimentalismo científico, su recepción en el derecho brasileño, su radicalización en la Teoría de la Instrumentalidad y su inadecuación e incompatibilidad con el marco teórico del Estado Democrático de Derecho. Finalmente, se presenta la Teoría Neoinstitucionalista del Proceso como una opción teórica válida y viable para explicar el problema de la legitimidad democrática de las decisiones judiciales.

Palabras clave: Jurisdicción. Proceso. Estado. Democrático. Neoinstitucionalismo.



1 INTRODUÇÃO

Conceituar o direito é tarefa árdua e laboriosa. Dos que ousam intentar a façanha, a maior parte, quando não desiste antes do tempo, e quando não se perde em exageros, falha pela má escolha de sua metodologia. Ao que parece, tão certo (e previsível) quanto é a complexidade do empreendimento, tem sido a sorte e o infortúnio de quem – com maior ou menor consciência dos riscos nos quais se arvora – assume corajosamente o desafio de superá-lo.

Exceções há, no entanto, e Calmon de Passos está seguramente entre elas. Com a precisão e a simplicidade que afortunam os sábios, e sem sequer alardear-se como um filósofo ou um sociólogo jurídico, ele sentencia, em tom pragmático: direito é, sempre e necessariamente, *é um discurso de poder*; ou seja, é uma construção humana cuja missão é, ao mesmo tempo, impor limites aos sistemas de dominação e conferir legitimação e civilidade ao uso regular da violência (PASSOS, 1999).

Nos termos em que exposta, a compreensão do jurista baiano remete a uma primeira e inevitável perspectiva: em qualquer de suas manifestações - e acima de tudo - o direito é *linguagem*; é diálogo; é interação permanente; é prática social que se faz e que se viabiliza no processo mesmo de sua produção, cujo ciclo de desenvolvimento, embora não se encerre (nem se esgote) na decisão judicial como ponto argumentativo de chegada, nela reconhece a instância adequada de justificação para suas pretensões de racionalidade.

Sob esse olhar – e, de igual modo, sob as lentes de uma epistemologia essencialmente democrática (conforme nos interessa) – uma indagação inicialmente se coloca: é possível definir uma concordância prática entre as ideias de Jurisdição como poder coercitivo e de democracia como referencial teórico de exercício desse mesmo poder?

De saída, soa inusitado e estranho, de fato, admitir que uma única e iluminada inteligência, sem voto popular e sem representação majoritária alguma, mas respaldada apenas na clarividência de sua *caneta portentosa*, tenha aptidão, ainda que restrita aos domínios de um caso concreto, para anular, revogar, flexibilizar, relativizar, ou mesmo recusar aplicação a deliberações tomadas em um Parlamento democraticamente eleito.

Nesse contexto, uma vez que a exaltação e o apelo à ideia de democracia se fazem presentes no discurso constitucional moderno, e igualmente nas práticas sociais fundadas no direito, identificar se os juízes, no âmbito de seu ofício, efetivamente se submetem a parâmetros democráticos e, caso afirmativo, em que critérios plasmam a (eventual) democraticidade de suas decisões, são questões que certamente estão entre as mais palpitantes da teoria do direito na atualidade.

Sobre esse tema, duas hipóteses disputam a melhor a explicação: uma de matriz liberal, que reputa ser democrática a decisão judicial na medida mesma em que ela reproduza conteúdos expressos hauridos da lei (que, em última análise, é elaborada pelos representantes do povo). E outra de perfil



judicialista segundo a qual os juízes atuam democraticamente quanto mais bem exerçam o papel de compensadores da incompletude legal.

Ambas as abordagens, no entanto, em que pese assimilem compreensões e sentidos distintos, incorrem, senão, em um mesmo equívoco teórico-metodológico: elas partem da inadequada premissa de que o *processo* é uma *relação jurídica de direito público*, que opera como uma *técnica* ou como um *instrumento* da atividade jurisdicional para a realização de *escopos* específicos.

Sob tal constatação, integram, portanto, os objetivos desta pesquisa: a) examinar o conceito de *processo* sob o enfoque da abordagem instrumentalista apontando suas inconsistências e sua incompatibilidade com os paradigmas estruturantes de um Estado Democrático de Direito; b) identificar possíveis aproximações – e eventuais problemas daí resultantes - entre a doutrina do instrumentalismo e o Código de Processo Civil brasileiro de 2015; e c) estabelecer parâmetros para uma ressemantização democrática do conceito de *processo*, mediante os aportes críticos da Teoria Neoinstitucionalista, de Rosemiro Pereira Leal.

Firme nesse propósito, o trabalho é dividido em quatro seções. Na segunda, após esta introdução, interpela a noção de processo como relação jurídica apartada da relação de direito material subjacente, discutindo suas origens, suas aporias, seus paradoxos e o seu alinhamento com uma visão autoritária de exercício da Jurisdição, forjada no protagonismo e iluminismo dos juízes e no aviltamento da participação e do poder de influência das partes.

O terceiro aborda a recepção da teoria da relação jurídica no Brasil e sua radicalização na ideia de instrumentalidade do processo, evidenciando, por meio de exemplos colhidos na própria dogmática, que o CPC de 2015, embora concebido, pensado e editado sob o plexo normativo de uma democracia constitucional institucionalizada, aderiu acriticamente ao relacionismo e ao instrumentalismo acolhendo-os e adotando-os como referenciais teóricos de sua normatividade e de sua interpretação.

O quarto tópico dedica-se a revistar as bases e estruturas da processualidade constitucional estabelecendo os alicerces para a reconstrução de um conceito de processo capaz de internalizar o *background* crítico de novas perspectivas teóricas, e de refletir o espírito normativo e as características de um direito e de um modelo de Estado se digam, ou que se pretendam democráticos.

O quarto e último item abriga um tópico de desfecho contendo um resumo crítico e descritivo das ideias expostas e a conclusão analítica acerca dos resultados obtidos.

2 RELAÇÃO JURÍDICA PROCESSUAL E SUAS APORIAS

A concepção de direito como linguagem de legitimação do poder atrai reflexões importantes. Sob o enfoque do paradigma que atualmente predomina nos discursos de teoria do Estado, interpela-se, na esteira de uma abordagem racional, como os juízes se relacionam com a ideia de democracia e, caso isso seja possível, que critérios identificam a eventual democraticidade de suas decisões.



Como dito no início, duas pretensões de resposta a essa questão precipitam uma análise de partida: a primeira, de base legalista, pressupõe uma articulação necessária e indissolúvel entre as ideias de democracia e legalidade. Nesses termos, reputa-se democrática uma decisão judicial quando ela corresponda ao estrito teor das normas que estejam em sua base. (LEAL, 2008).

Isso porque, se, em uma democracia são os representantes dos cidadãos os encarregados de elaborar as normas, presume-se, essas normas sejam o próprio reflexo da vontade popular. Logo, ao aplicá-las mediante critérios rígidos de subsunção, os juízes, em tese, reconduziriam suas decisões a padrões fundados em escolhas político-majoritárias de sua comunidade. Nesse sentido:

Se o sujeito era capaz de encontrar em si os mandamentos últimos à instituição da liberdade (nas premissas kantianas, a liberdade atrela-se a determinações morais verificáveis solipsisticamente), caberia ao direito apenas formalizar e externalizar esses conteúdos de normatividade comuns a todo e qualquer sujeito dotado de razão. A organização política e social deveria, assim, simplesmente espelhar os conteúdos morais já presentes na razão humana (2008, p. 143).

A explicação legalista, contudo, revelou-se insatisfatória, em especial, por duas razões: uma porque, na prática e no quotidiano da democracia, há “ruídos” na comunicação entre representantes e representados que são insuscetíveis de serem capitados e de controlado pelo instrumento do voto (em verdade, a liberdade de sufrágio é apenas um dos elementos ou um dos aspectos que estruturam uma democracia representativa). Dois, porque conquanto se admitisse uma *perfeita sintonia* entre a vontade majoritária e o conteúdo das leis, desconsiderando-se o fato de que os legisladores muitas vezes ignoram, ou se afastam dos interesses daqueles a quem devem satisfação textos normativos envelhecem e perdem a capacidade intrínseca acompanhar a dinâmica das pretensões sociais (CAPELLETTI, 1989).

Como opção às aporias e incompletudes da lei, a perspectiva judicialista despontou como opção. Em razão desse esquema, passaria a incumbir aos juízes, por meio de suas decisões, a função de compensadores das deficiências do legalismo e, ao mesmo tempo, reveladores dos sentidos e das virtudes de atualização da normatividade.

Tal abordagem, no entanto, se mostra igualmente inapropriada. Afinal, como vislumbrar essa capacidade quase mediúnica que se atribui ou se que espera dos juízes? Em que eles se baseiam para, mesmo sem precisar consultar o povo (e mesmo sem legitimação política), compreender a vontade popular e transporta-la para os seus pronunciamentos? De onde vêm essa crença quase religiosa na capacidade intelectual dos juízes para resolver sozinhos os problemas de interpretação do direito?

Ambas as concepções, não obstante, e embora por caminhos e percursos distintos, enredam-se, por fim, em idêntico desacerto. Elas falham por se fiarem em uma certa concepção ideológica, cujo aproveitamento sem as reflexões necessárias, conduz a leituras autoritárias acerca do conceito, da



dinâmica, das características e da funcionalidade do *processo*, desvirtuando-o de seu significado semântico-democrático, o que remete aos subitens seguintes.

Nas próximas secções, portanto, serão trabalhadas algumas das principais ideias dessa vertente teórica, cuja ideia central – apesar de concebida há mais de 150 (cento e cinquenta anos) na Alemanha não unificada, ainda reverbera com grande intensidade a influenciar a compreensão do *processo* no Brasil pós-Constituição de 1988.

2.1 O PROCESSUALISMO CIENTÍFICO E A SUPERAÇÃO DO JUIZ (LIBERAL) ESPECTADOR

Em perspectiva histórico-evolutiva, as ideias de processo e de Estado guardam, entre si, uma relação de ressonância. De fato, a adjetivação do processo, como liberal, social ou democrático e, em grande medida, reflexo da própria linhagem tipológica do modelo de Estado respectivamente em que ele se insere e do qual seja contemporâneo.

Com efeito, o paradigma referencial do Estado e o modo como o poder político é exercido em determinado tempo orientam a compreensão da ideia de processo, servindo de parâmetro para a sistematização de seu conceito e para interpretação teórico-metodológica de suas estruturas e de suas categorias. Nesse sentido:

É fácil identificar certo paralelismo entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. Pode existir, inclusive hoje, um Estado absoluto e autoritário, ao qual corresponde um processo de tipo autoritário, em que o juiz pode tudo e as partes são tratadas como coisas: e pode haver, em um Estado liberal e democrático, um processo que reproduz, na sua estrutura, como a gota de água reflete o céu, a dialética do liberalismo e da democracia (CALAMANDREI, 2018, p. 86)

Fixada essa premissa, os séculos XVI a XIX testemunharam um crescente processo de mitigação das monarquias europeias e de ascensão do constitucionalismo, movimento surgido na transição da Alta para a Baixa idade cuja finalidade era esvaziar os poderes absolutos dos réis mediante a imposição de Constituições escritas.

Surgia, assim, o Estado Liberal, cuja característica de maior destaque – em oposição ao Estado Absolutista, que se propunha a suplantá-lo – era a autocontenção de sua própria autoridade, exercitável apenas para mediar interesses e pretensões individuais de modo não intervencionista e para garantir a fruição dos direitos indispensáveis à existência humana.

Nesse contexto filosófico - que aqui se articula com a ideia de ressonância de paradigmas inicialmente desenvolvida – o *processo*, sob essa conjuntura política, incorporou as feições do modelo liberal de Estado, configurando-se à luz de um procedimento precipuamente governado pelas partes, no qual o juiz funcionava (quase) como um mero espectador, sem poderes para intervir, compensar desigualdades, ou corrigir distorções e desequilíbrios de qualquer espécie (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2020).



A partir da segunda metade do século XIX (1863), contudo, a Confederação da Germânia iniciava um movimento de aglutinação territorial, que culminaria, em 1880, com fundação do Estado-Nação da Alemanha. Para garantir a sustentabilidade do projeto de unificação, necessário se impunha a instituição de Estado forte, assistencialista, intervencionista e crítico da ideia liberal de livre distribuição das forças políticas e econômicas.

A difusão de tais ideias conduziu à criação de um novo modelo de Estado (o Estado de Bem-estar Social), em que este abandona sua posição liberal abstencionista para assumir o papel de agente de promoção da igualdade social de organização da economia.

Essa mudança de paradigma naturalmente repercutiu na compreensão e no modo de pensar o processo. Em 1868, o jurista alemão Oscar von Bülow publicou sua obra seminal, *Die lehre von den processeirinden und die processvoraussetzungen* (cuja tradução para o espanhol recebeu o título *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*), na qual expôs uma perspectiva ainda até então não cogitada, nem sistematizada: a de que o processo seria, ele próprio, uma relação jurídica autônoma de direito público (BÜLOW, 1964).

Segundo Bülow, a instauração do processo, ao contrário do que se pensava sob o enfoque liberal contratualista (ou quase-contratualista), estabelecia não apenas uma relação jurídica de direito material entre as partes (autor e réu), mas, igualmente, uma relação jurídica de *direito processual* entre elas e o juiz, regida por normas de direito público.

A construção do processo em Bülow, nesse contexto encerra um percurso de baixa complexidade metodológica. Proposta a demanda pelo autor e citado o réu, forma-se uma relação entre eles e o juiz, na qual todos se tornam titulares de direitos, poderes e faculdades, e se submetem a ônus, responsabilidades deveres recíprocos. Em suas palavras:

Nunca se há dudado que el derecho procesal civil determina las facultantes e los debates que ponen en mutua vinculación a las partes e alç tribunal. Pero, de esa manera se há afirmado tambien, que el processo é uma relación de derechos y obligaciones recíprocos, és decir, una relación jurídica [...] La relación jurídica procesal se distingue de las demas relaciones de derecho por outra singular característica, que puede haber contribuído em gran parte, a desconocer su natureleza de relación jurídica, que avanza gradualmente y que desarrolla passo a passo. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que contituyen la matéria del debate judicial se presentan como totalmente concluídas, la relación jurídica procesal se encuentra em embrión

O ganho sistêmico proporcionado por Bülow, ao intuir o processo como uma estrutura maior e mais importante de que uma simples técnica privada para a resolução de conflitos, remeteu a uma espécie de *virada copernicana*, cuja relevância foi tal que costuma por muitos ser reconhecido como o marco de fundação da ciência processual (ou do processualismo científico) na atualidade.

Em linhas gerais a teoria *bulowiana* da *relação jurídica* pode ser sintetizada em três afirmações essenciais: a) o processo é um fenômeno jurídico epistemologicamente autônomo; b) instaurado o



processo constitui-se uma relação jurídica *conflituosa* (de direito material) entre autor e réu, e uma relação jurídica colaborativa (de direito processual) entre as partes do processo e o juiz; e c) a relação jurídica de direito processual é de interesse público (interesse do Estado), de modo que a verificação dos pressupostos de admissibilidade do *processo* é de competência exclusiva do juiz e insuscetível ao controle e à disposição das partes.

2.2 O PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO E A INSTITUIÇÃO DO PROTAGONISMO JUDICIAL

A concepção processual de Bülow foi rapidamente assimilado nos sistemas de tradição germânica e se difundiu em países de ascendência latina pelas mãos, em especial, de Giuseppe Chiovenda, jurista italiano de intensa formação romanista, mas fortemente influenciado pela cultura processual alemã, em razão de suas interlocuções com Adolf Wach e Franz Klein.

Absorver que o *processo* é uma relação jurídica tornou-se algo aparentemente fácil, quicá intuitivo. O aproveitamento desse conceito, no entanto, contém aporias que carecem de uma atenção crítica indispensável.

Ao empregar a expressão “relação jurídica” Bülow, na verdade, reportou-se a uma categoria específica do direito privado, amplamente utilizada para designar vínculos contratuais e obrigacionais de variadas espécies. Tradicionalmente entende-se por relação jurídica uma interface entre duas ou mais pessoas por força na qual – e em torno de um objeto específico - a uma se dá o *poder* de exigir da outra, o cumprimento de certo dever jurídico (GONÇALVES, 2016).

Transpondo-se essa definição para o ambiente processual, a lógica da relação jurídica resulta em uma indissociável ideia de autoridade. Por meio do processo assim compreendido, uma vez proposta a demanda, autor e réu passam à inevitável e intransigente condição de subordinados ao *poder de mando* do juiz.

Tal conjectura, aliás, é reforçada e acolhida por Cândido Rangel Dinamarco ao apontar a *inevitabilidade* como uma das características de seu particular conceito de *jurisdição*:

A inevitabilidade da jurisdição estatal manifesta-se, em primeiro lugar, pela dispensa de qualquer ato de anuência do demandado para figurar no processo. A citação basta para fazê-lo parte neste, e com isso, pô-lo em estado de *sujeição* – o mesmo estado em que, mercê da propositura da demanda, o demandante de coloca (DINAMARCO, 2017, p. 457).

Afirmar, nesses termos, que o processo é uma relação jurídica compreende dizer, implicitamente, que se trata (o processo) de uma relação de submissão das partes ao magistrado. Nesta, há desde sempre um protagonista e dois (ou mais) coadjuvantes. Ajuizar uma demanda, na perspectiva de Oscar Bülow, é como atirar-se de um penhasco sem antes olhar para o chão. Ao procedê-lo, o



indivíduo se entrega à deriva de sua própria sorte, reduzindo-se “à condição de um delinquente que aguarda o dizer sapiente do direito por alguns especialistas escolhidos *a dedo*” (LEAL, online, 2019).

Como consequência da ideia de relação jurídica fundada na hierarquia entre o juiz e as partes, o *processo*, em Bülow assume feições manifestamente autoritárias. Seu projeto de superação do processo liberal privatístico e sua *opção* por oferecer uma *teoria do processo* compatível com a nuances do Estado Social aposta no protagonismo judicial como estratégia de base.

Firme nesse propósito e fiel à agenda do *welfare state*, Bülow, no entanto, enredou-se em concepções metafísicas, tautológicas e indemarcáveis para justificar sua crença em que os juízes – acima de qualquer outra autoridade pública - seriam detentores de uma racionalidade especial e privilegiada que os credenciaria à condição de intérpretes máximos da ordem jurídica.

No fundo, o empreendimento *bulowiano* guardava aspirações de cunho prático. Ele pretendia, em alternativa ao baixo rendimento do *liberalismo processual*, ampliar os poderes do juiz, alçando-o de um mero espectador passivo da demanda à condição de protagonista e de agente proativo e direto da pacificação social.

Essa ressignificação do papel judicial, não obstante, conheceu e conhece antagonismos diversos. A ideia de *turbinar* a função judicial, ou de conferir instrumentos ao juiz para dar mais efetividade à resolução de conflitos interpela em uma contradição epistemológica cuja abordagem será objeto de enfrentamento no próximo subitem.

2.3 O PARADOXO DE BÜLOW

Após 20 (vinte) anos do lançamento de sua obra mais importante, Bülow publica o texto *Gesetz und Richteramt* (Lei e Função Judicial), em 1885. Neste ele expõe algumas implicações efeitos práticos de sua teoria da relação jurídica sobre as quais não se deteve (pelo menos não explicitamente) por ocasião de escritos anteriores. Em tal oportunidade ele reafirma algumas ideias já mas apresenta novas nuances de seu pensamento, sustentando, por exemplo, a necessidade de expansão do poder dos juízes - sem cujo reforço seria impossível consolidar o projeto de unificação território alemão – e a possibilidade de criação do direito pelos magistrados, cujas decisões – segundo afirma –devem ser cumpridas, observadas, respeitadas e toleradas, mesmo quando contrárias ao sentido e à vontade, e aos ditames da lei (BÜLOW, 1888).

O juiz bülowiano, nesse sentido, desempenha, pois, uma função quase onisciente e quase sacerdotal, cuja racionalidade quiçá mediúnica o credencia e o habilita a exercer o controle não apenas da *relação processual* em particular, mas da ordem jurídica vigente como um todo.

Nessa perspectiva, o processo, sob as lentes da relação jurídica, já nasce, em Bulow, como um *instrumento da jurisdição*, ou como uma ferramenta que deve ser inteiramente pensada e concebida para facilitar ou para dar sustentação a um projeto teórico-metodológico que atribui aos juízes a tarefa



de criar o direito à luz de suas preferências, de sua visão subjetiva de mundo e de seu sentimento pessoal de justiça (LEAL, 2008).

Um aspecto temático, no entanto, escapou às cogitações do jurista alemão. Ao reduzir o processo a uma tecnologia procedimental a serviço dos juízes, [...] *Bülow* não cuidou de explicar como se poderia controlar essa atividade criadora de um direito que era, em última análise, emocional ou sentimental” (LEAL, 2008, p. 60).

Tal preocupação, de fato, não ateu a compreensão instrumentalista de processo. Com a mesma intensidade teórica com que se dedicou a operacionalidade técnica da relação processual, *Bülow* abstraiu e subleu qualquer ênfase, questionamento ou interpelação sobre o tema da legitimidade das decisões judiciais (MUNDIM, 2016). Pertinente, a propósito, é o comentário de Calmon de Passos:

[...] procuramos evidenciar que o sistema de dominação que, em última análise, todo ordenamento político institui – só se faz operacional quando logra um mínimo de adesão dos dominados. Esta adesão é construída à base de uma fundamentação legitimadora do poder, o que se dá de modo indireto – via ideologia, entendendo-se como tal uma representação da realidade que justifica o sistema de poder institucionalizado (PASSOS, 1999, p. 5)

Nesse contexto, por não se entreter à questão da legitimação do produto da atividade jurisdicional (senão apenas nos domínios de um Estado social interventivo e assistencialista e de um modelo de processo autoritário e socializante), *Bülow* se enredou em um paradoxo: o de pensar o processo como instrumento de atuação dos juízes e, simultaneamente, como meio de controle dessa atuação (LEAL, 2008).

Em semelhante contradição incorreram, também, vários autores que se seguiram à *Bülow* e que partiram de seu igual pressuposto epistemológico. De Giuseppe Chiovenda a Eduardo Culture; de Francesco Carnellutti a Mauro Capelletti; e De Enrico Tulio Liebman a Alfredo Buzaid; de Candido Rangel Dinamarco a Humberto Theodoro Junior, todo o adensamento teórico que usou as premissas de *Bülow* como pano de fundo falhou em não tematizar devidamente a questão do paradoxo e/ou em não compreender que o problema da legitimidade das decisões judiciais não se resolve mediante o aumento do poder dos juízes ou a implementação de um modelo de Estado salvacionista que exista em função e a mercê de socorrer e de amparar os desvalidos e necessitados.

3 INSTRUMENTALISMO DO PROCESSO: A VERSÃO TROPICAL DO PROCESSUALISMO CIENTÍFICO

Como dito antes, a ideia bulowiana de conceituar o *processo* como uma relação jurídica autônoma e de direito público permeia-se de uma lógica essencialmente instrumental. Seu objetivo, em face de tal empreitada teórica, era criar uma tecnologia de otimização para resolução mais efetiva de conflitos concretos, adotando como estratégias a sujeição das partes ao juiz e a atribuição a este de



poderes transcendentais que lhe permitissem criar o direito, suplantar a legalidade e exercer o controle de toda a ordem jurídica.

No Brasil, embora a tradição autoritária do *processualismo científico* já fosse conhecida e praticada com ampla difusão desde o Código de Processo Civil de 1939, o legado teórico de Oscar Bülow foi radicalizado na chamada Teoria da Instrumentalidade do Processo, de Cândido Rangel Dinamarco. Em sua formulação, Dinamarco parte da concepção de relação jurídica para afirmar que o processo não é um fim em si mesmo, nem existe por si e para si. Tampouco contém uma instrumentalidade técnica ou se exaure no procedimento, ou nas normas que o regulam. Trata-se, ele próprio, o processo, de um instrumento disponível ao ofício judicial.

A contribuição epistêmica ou o acréscimo teórico oferecido pela teoria da instrumentalidade não foi o de intuir o caráter instrumental do processo, mas o de nele identificar uma particular vocação teleológica. Para Dinamarco, o processo serve a um fim específico: ele é o *instrumento da jurisdição* para viabilizar a realização de *escopos metajurídicos* do Estado. Ou seja, segundo o autor paulista, o juiz da relação processual, em última análise, *usa* o processo como ferramenta para sujeitar as partes a uma agenda sócio-política aleatória à cujo conhecimento só ele (juiz) parece ter acesso.

Na lógica instrumentalista, portanto, plasma-se um vínculo de proporção inversa. Ao tempo que se acentuam o protagonismo e a autoridade do juiz (como o representante do Estado na realização de seus escopos metajurídicos), reduz-se o processo a um *simples* instrumento, ou a uma espécie de “chicote” de docilização e domesticação do cidadão-jurisdicionado (como sujeitos e subordinados da realização daqueles escopos).

Curioso é que essa vertente – a despeito de sua manifesta carga autoritária - não só foi larga e amplamente recepcionada pelo direito processual no Brasil, como até hoje demarca o alinhamento teórico de nossa legislação e de nossa jurisprudência. Eis o debate que remete à secção abaixo:

3.1 A RECEPÇÃO DA TEORIA DA RELAÇÃO JURÍDICA NO BRASIL

A federalização das normas de direito processual era uma determinação das Constituições de 1934 e de 1937. Até então, desde as ordenações portuguesas até os códigos estaduais de procedimentos, a legislação sobre *processo* no Brasil reportava-se ao direito francês e à figura do juiz espectador abstencionista.

Com o advento do constitucionalismo social e o agigantamento dos poderes e funções Estado criou-se, por aqui, as condições necessárias para a superação do modelo privatístico e para desenvolvimento de uma nova mentalidade nesse tocante, em que o processo deixava de ser uma atividade de simples interesse particular para se tornar um instituto de caráter público.

Essa mudança de paradigma teve como ponto alto a publicação do Código de Processo de 1939, resultante de anteprojeto de autoria de Pedro Batista Martins sob a supervisão de Francisco Campos,



à época Ministro da Justiça, cujo pressuposto teórico imediato fixava a ideia de autoridade como ideologia jurídica do Estado.

Já em sua exposição de motivos, CPC de 1939 expunha sua matriz ideológica autoritária e de ampliação dos poderes diretivos, investigativos, instrutórios e decisórios do juiz. Tal perspectiva sobressai evidente no excerto que ora se transcreve:

O regime instituído em 10 de novembro de 1937 consistiu na restauração da autoridade e do caráter popular do Estado. [...] o Estado teve que reforçar a sua autoridade afim de intervir de maneira eficaz em todos os domínios que viessem a revestir-se de caráter público.

[...] se a justiça, em regime liberal, poderia continuar a ser, o campo neutro em que os interesses privados procurariam, sob a dissimulação das aparências públicas, obter pelo duelo judiciário as maiores vantagens compatíveis com a observância, formal de regras de caráter puramente técnico, no novo regime haveria de ser um dos primeiros domínios, revestidos de caráter público, a ser integrado na autoridade do Estado. [...]

A transformação social elevou, porém, a Justiça à categoria de um bem geral, e isso não apenas no sentido de que ela se acha à disposição de todos, mas no de que a comunidade inteira está interessada na sua boa distribuição, a ponto de tomar sobre si mesma, através dos seus órgãos de governo, o encargo de torná-la segura, pronta e acessível a cada um. Responsável pelos bens públicos, o Estado não poderá deixar de responder pelo maior deles, que é precisamente a Justiça. Na sua organização e no seu processo, não poderia deixar de imprimir os traços da sua autoridade (BRASIL, 1939)

A matriz centralista presente na codificação de 1939 impregnou igualmente o Código de Processo Civil de 1973 - no qual, aliás, alcançou seu ápice - cujo redator, Alfredo Buzaid, amplamente influenciado pelas ideias de Enrico Tulio Liebman e de Giuseppe Chiovenda (a quem dedicou nada menos do que 15 referências expressas na respectiva exposição legal de motivos), associou sua biografia a uma intensa participação em regimes ditatoriais (foi Ministro da Justiça no Governo Emílio Médici e atuou como co-redator na elaboração do ato institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968).

E no cenário atual, inobstante alguns esforços em prol de estabelecer uma maior sintonia entre a legislação processual brasileira e a Constituição de 1988, os fantasmas do autoritarismo, do protagonismo judicial, da relação jurídica e da instrumentalidade continuam, como se demonstrará adiante, a interferir e a orientar o modo como se pensa e como se faz o processo no Brasil, mesmo após a entrada em vigor do CPC de 2015.

3.2 A ADESÃO DO CPC DE 2015 AOS MARCOS TEÓRICOS DO RELACIONISMO E DO INSTRUMENTALISMO

O Código de Processo Civil de 2015, de saída, implicou uma novidade histórica. Ele foi o primeiro e único da espécie inteiramente pensado, refletido elaborado e posto em vigor no com texto de uma democracia formal. Os dois anteriores foram frutos, respectivamente, do Estado-Novo (Constituição de 1937) e da Ditadura Civil Militar inaugurada em 1964 e intensificada em razão do Ato Institucional nº 5/68.



Essa só constatação, desde antes de seu advento normativo, já inspirava bons ventos e acalentava bons prognósticos. Enfim, após quase um século de legislação autoritária estávamos bem próximos de alinhar *processo* e democracia em uma mesma realidade temporal e em um mesmo contexto jurídico. Não foi isso, contudo, que se assistiu na prática.

A despeito suas promessas e das expectativas que gerou, o novo CPC absorveu formulações obsoletas e reeditou alguns equívocos epistemológicos, reproduzindo padrões anacrônicos alicerçados na ideia de instrumentalização do processo à jurisdição e reforço das bases do protagonismo do juiz sobre as partes.

A título de ilustrar essa realidade, registre-se o comentário Luiz Fux, então presidente da Comissão de Juristas encarregada da elaboração do anteprojeto do CPC de 2015, ao tratar do conceito de processo em obra recente:

É de sabença que a concepção procedimentalista de processo, de cunho francês, camuflou durante muito tempo a verdadeira natureza do processo como *relação jurídica*, esmiuçada por Bülow na sua célebre obra sobre as *exceções e pressupostos processuais*, traçando uma linha divisória decisiva a partir do ano de 1968. [...] A imanência do processo à jurisdição, por ser instrumental a essa função soberana, é o fundamento de seu agrupamento segundo os fins da tutela requerida; [...]. (2019, p. 203-204).

Embora presente, em certas passagens, narrativas legais que inspiram, de certo modo, um sistema de compartilhamento de funções, o CPC de 2015, na verdade, repetiu soluções normativas que deram certo e adotou os mesmos referenciais teóricos das legislações que substituiu, consagrando expedientes que simplificam (ou esvaziam) *o processo* em troca da ampliação dos poderes judiciais, e encarnando um notório *fetice* pela obtenção de soluções rápidas para os *conflitos* com inevitável e acentuado *déficit* de qualidade decisória. Nesse sentido:

[...] o Código de Processo Civil em vigor insistiu em um modelo centrado na figura do julgador; um modelo que, fiando-se na oralidade e no protagonismo judicial, sobretudo em matéria de direito probatório [...] para alguns poderia ser chamado de publicista, inquisitivo, ou autoritário, mas que, para nós, insiste no projeto instrumentalista (PEREIRA, 2018, p. 49-50).

No plano dogmático, a contaminação relacional e instrumentalista do CPC de 2015 é textualmente percebida e confessada em seu art. 238. Reza o dispositivo, a propósito, que “citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado, ou o interessado para integrar **a relação processual** (BRASIL, 2015, *online*).

Ou seja, a julgar pelo que deixou claro em sua definição legal de citação, para o legislador de 2015, *processo* é, conceitualmente, uma relação jurídica autônoma de direito público.

Ocorre que, acolher a ideia de que o processo é, senão, uma relação jurídica de direito público, o CPC de 2015 remeteu às cogitações de Oscar Bülow, o que, no mínimo, denota uma incoerência sob



o prisma democrático. Não faz sentido nenhum, de fato – isso, para dizer o menos – que uma norma feita no Brasil, no século XXI, e na plenitude de uma democracia, utilize como inspiração os aportes teóricos de um jurista alemão de meados do século XIX que escreveu no contexto da unificação do Império Germânico, e que tinha como pretensão teórica pavimentar rumos para a fundação de um Estado Social em seu país.

Nesse ponto, e ainda sobre o tema da adesão e da insistência do atual CPC nos marcos teóricos da relação jurídica e da instrumentalidade do processo, uma remissão ao pensamento de Calmon de Passos dá a medida do equívoco epistêmico no qual se enredou o legislador processual de 2015:

Se o direito é apenas depois de produzido, o produzir tem caráter integrativo antes que instrumental e faz-se tão essencial quanto o próprio dizer o direito, pois que o produto é aqui, indissociável do processo de produção, que sobre ele influi em termos de resultado. O produto também é processo, um permanente fazer, nunca um definitivamente feito. O processo, no âmbito jurídico, não é, portanto, algo que opera como simples meio, instrumento, sim um elemento que integra o próprio ser do Direito. A relação entre o chamado direito material e o processo não é uma relação meio/fim, instrumental, como se tem proclamado com tanta ênfase, ultimamente, por força do prestígio de seus arautos, sim uma relação integrativa, orgânica, substancial (PASSOS, 1999, p. 68)

Como se percebe, à luz de tais considerações, o Código de Processo Civil de 2015 perdeu uma oportunidade de absorver influxos democráticos e refleti-los em sua dogmática. Assoma, nesse sentido, uma flagrante dissonância entre o discurso político de justificação do atual código e suas verdadeiras escolhas normativas. Esse desconforto, no entanto, mobiliza a procura por novas categorias e novas estratégias que permitam a fixação de um conceito de processo na perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

4 PROCESSO COMO DEMOCRACIA:

Na ontologia universal, há realidades que existem por si só, independentemente da mediação de um sujeito pensante ou de um espectro de racionalidade que lhe atribua algum valor. As coisas da natureza, os animais, os alimentos, as plantas e objetos em geral, por exemplo, têm existência própria e objetiva, e não dependem de nenhuma razão externa, subjacente, ou suplementar para se reconhecerem em sua substância.

Outras realidades, ao contrário, existem de igual sorte, mas tão somente porque são racionalmente pactuadas e intencionalmente constituídas. De modo figurativo, é caso das criações culturais, ou da importância, ou do valor agregado que se confere a certos símbolos ou representações. As instituições, com efeito, se inserem nesse campo. Elas se apresentam como *mitos* construídos pela intencionalidade da razão humana, mas que se realizam apenas nos estreitos lindes das regras que as constituem e das variáveis que informam e condicionam o seu regular funcionamento.



Em certa perspectiva, instituições configuram ficções políticas. Sua gênese está relacionada à necessidade humana de garantir a permanência e o respeito às normas que vigoram na sociedade. É com esse objetivo – de assegurar observância e efetividades aos padrões de comportamento e de governabilidade que os regem - é que os seres humanos estabelecem, se submetem, ou se organizam em instituições.

Em sentido figurativo, portanto, instituições são as verdadeiras “regras do jogo social” (ou construções sociais não naturais) orientadas a balizar, a condicionar, a enquadrar e a oferecer segurança e previsibilidade às interações e as ações subjetivas de seus participantes.

Traçado esse panorama, é possível vislumbrar, em primeira observação, e como chave para a compreensão das ideias aqui propostas, o ganho teórico-democrático que decorre da transposição do conceito de instituição para os domínios estruturais do processo.

Justamente na percepção de seu caráter instituinte, como agente linguístico do exercício da civilidade e do condicionamento do poder, é que o processo assume uma nova dimensão epistemológica, tornando-se apto a revisitar e a remodelar as bases de sua própria cientificidade.

Essa articulação entre processo e institucionalidade inspirou a formação de uma vertente crítica como alternativa teórica e conceitual às concepções dogmáticas do instrumentalismo e da relação jurídica, conforme será objeto de análise nas duas últimas secções.

4.1 (RE)FUNDAÇÃO DO PROCESSO COMO CIÊNCIA EM FAZZALLARI

Em perspectiva distinta de seus conterrâneos Chiovenda, Carnellutti, Liebman, Redenti, Cappelletti, dentre outros, Elio Fazzallari, de modo original, propõe um descolamento entre os conceitos de processo e de jurisdição a partir de uma valorização teórica do procedimento como estrutura operacional voltada à preparação de um ato específico.

A ideia de relação jurídica, em Fazzallari, não explica o fenômeno processual adequadamente, senão o reduz a concepção puramente sistemática e finalística. Sob tal enfoque, ele tematiza as ideias de processo e de procedimento que entre essas duas figuras guardam entre si um vínculo de inclusão do tipo gênero/espécie. Para Fazzallari, pois, o processo é, senão, espécie de procedimento, a saber, um procedimento em contraditório.

Nesses termos, constitui o processo não um instrumento da jurisdição, nem uma relação jurídica autônoma de direito público, mas, simplesmente, um procedimento qualificado pelo contraditório do qual aos seus sujeitos é dado participar em situação de simétrica paridade. Assim argumenta o próprio Fazzallari em oportuna transcrição:

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 de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e a impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa



exercitar em 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.

Veja-se, por exemplo, a fase que precede uma sentença civil de condenação e na qual se recolhem os elementos com base nos quais o juiz deverá emanar tal sentença ou não: dela participam os destinatários a serem beneficiados da condenação e os que são destinados a submeter-se a ela, em contraditório entre eles, isto é, desenvolvendo simétricas atividades entre eles, destinadas a fornecer ao juiz – que não poderá abster-se – elementos a favor e contrários àquela emanção.

Existe, em resumo, “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 de seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desantender, mas não ignorar. (2006, p. 119-120).

Por meio dessa afirmação Fazzallari oferece uma teoria do processo alternativa cujo alicerce concentra, portanto, na disjunção entre este e procedimento, afastando-se, com isso, da concepção de um poder judiciário legitimado *a priori*.

Com arrimo em tal estratégia, além de recolocar os conceitos em seus devidos lugares (chamando a atenção para o fato de que a jurisdição deve ser pensada e refletida em função do *processo*, e não o contrário) Fazzallari instituiu uma lógica sustentável para a interpelação do problema do protagonismo do Poder Judiciário, estabelecendo os alicerces teóricos necessários para a compreensão do fenômeno processual em termos estritamente científicos (LEAL, 2008).

É certo que a proposta de Fazzallari também incorreu em aporias. Ele, por exemplo, não trabalhou o contraditório como parâmetro de legitimação das decisões judiciais, mas apenas como elemento de diferenciação entre o processo e outras espécies de procedimento. Em razão disso, aliás, em que pese os avanços teóricos que ofereceu, Fazzallari não conseguiu se desvencilhar completamente do *paradoxo de Bülow*, enredando-se em numa compreensão da ordem jurídica, ao fim, como “produto espontâneo de uma sociedade pressuposta sujeita a permanente ajuste pela magistratura (LEAL, THIBAU, 2019, p. 90).

Sua concepção de processo, porém, e sua distinção metodológica entre processo e procedimento com a inserção mediadora do contraditório (participação paritária dos sujeitos processuais, em oposição à ideia de sujeição das partes ao juiz) evidenciou a inconsistência e a inadequação epistemológica da Teoria da Relação Jurídica (e da ideia de processo como tecnologia/instrumento da jurisdição) e construiu uma verdadeira ciência do processo, criando as condições devidas para a superação do marco processual autoritário e socializador.

4.2 A TEORIA (NEO)INSTITUCIONALISTA E A RESSEMANTIZAÇÃO DO PROCESSO: UMA NOVA PERSPECTIVA CONCEITUAL

A ideia de processo como instituição não traduz, em si, uma novidade. Tal perspectiva, que era já pensada e refletida em Eduardo Couture e em Maurice Hauriou, foi objeto das imersões teóricas de



Jaime Guasp Delgado, no final dos anos de 1950. Seria o processo, segundo o autor espanhol, um conjunto de procedimentos que permitem aos juízes uma visão ampla e privilegiada da ordem jurídica e que lhes incumbe de realizar os valores éticos da sociedade.

Embora, pois, sob uma leitura institucional – e não simplesmente compreendido como uma tecnologia a serviço de uma jurisdição dogmaticamente legitimada – o processo em Guasp não deixe de apresentar como uma instância de criação judicial do Direito e como um ambiente de disseminação do protagonismo dos juízes.

No Brasil, a introdução da lógica da institucionalidade ao processo coube aos estudos e cogitações de Rosemiro Pereira Leal. Sua empreitada colheu aportes na epistemologia e na filosofia da linguagem para estabelecer um contraponto crítico ao que ele próprio chamou de ciência dogmática do processo representada e difundida entre nós pelas seculares teorias da relação jurídica e do instrumentalismo.

Em seu argumento, Leal observa que, com redemocratização política do Brasil no pré-Constituinte de 1988 tornou-se incoerente e incompatível com o novo regime constitucional conceber o processo como uma ferramenta autoritária de sujeição das partes ao saber superior de um juiz plenipotente e subserviente aos interesses abstratos de um Estado Social.

Segundo o jurista mineiro, nenhuma racionalidade pública se contém no voluntarismo. É dizer, em uma democracia não existem *razões pressupostas*. Para ele, qualquer decisão jurídica que se pretenda democrática se obtém e se legitima pela via da linguagem, e não mediante um discurso adjudicativo de uma autoridade que se repute pressupostamente legitimada.

Nesse sentido, diversamente de outras abordagens, Leal compreende a instituição processual como uma reunião de princípios jurídicos articulados entre si por uma Constituição essencialmente democrática e necessariamente garantidora de direitos fundamentais. Sob essas considerações, Leal configurou de sua Teoria Neoinstitucionalista, evidenciando suas justificativas logo no início do respectivo texto de apresentação:

A teoria neoinstitucionalista do processo é uma resposta que elaborei (e venho elaborando!) ao holocausto a que fui submetido pelo aprendizado museológico de um direito fincado na ideologia secular da Ciência Dogmática do Direito. Com o advento da Constituição brasileira de 1988, encerrando-se o ciclo autoritário de 1964, entendi que seu art. 1º abolira o republicanismo (modelo comunitarista de Estado Social que, a seu turno, preserva veladamente a tradição do Estado Liberal) com expressa implantação do Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma de Estado, a meu ver, porque protossignificativo e constitucionalizado (sistematizado) por uma teoria lingüístico-autocrítico-jurídica denominada processo, núcleo gestativo sistêmico da própria Lei Constitucional, é que iria, por uma de suas vertentes que cognominei neoinstitucionalista, reclamar compreensões pela ciência não dogmática, logo, democrática de direito [...] (2013, nota do autor).

Não obstante sua complexidade – e é inegável que se trata de uma concepção teórica sofisticada - é possível, para fins didáticos, resumir a Teoria Neoinstitucionalista do Processo em três ideias



fundamentais: a) em uma democracia, cidadão e Estado devem se posicionar em um mesmo plano de igualdade sob a regência de uma instituição maior que ambos, que é a *jurisdição constitucional pelo processo*; b) a Constituição democrática não é instrumento político de legitimação do voluntarismo do Estado, daí porque o processo não se presta à obtenção de decisões justas, mas que assegurem a integração de todos os sujeitos processuais “[...] na construção de provimentos, sem que o impreciso e idiossincrático conceito de *justiça* decorra da clarividência do julgador, de sua ideologia e magnanimidade” (LEAL, 2018, p. 100); c) a relação subordinante entre jurisdição e processo idealizada nas teorias seculares deve ser invertida. Em verdade, não é o processo instrumento da jurisdição, e sim o contrário. O processo, desse modo, é um bloco de condições para o exercício da Jurisdição cuja atividade, portanto, não se dá pela onipotente liberdade do juiz presunçosamente justo e salvador, mas se constrói na linguagem e na participação discursiva e dialética [...] dos referentes normativos da estrutura institucional constitucionalizada [...]” (LEAL, 2018, p. 59).

No que tange ao problema da legitimação das decisões jurídicas em particular, Leal o enfrenta sob os matizes e aportes da epistemologia crítica (ou falibilista) de Karl Popper. Tal aproveitamento lhe permite inferir que, tal como se dá em termos de construção da verdade, o melhor argumento, em um Estado Democrático de Direito, é o que desponta, ao menos aparentemente, como a melhor solução *provisória* para um determinado problema concreto.

Supondo-se, assim, que, no ambiente da decisão judicial, o juiz tenda a legitimar seu discurso de modo pressuposto, a partir de uma posição de autoridade autoimune, o processo, como paradigma jurídico-linguístico, viabiliza o contraponto crítico de eliminação de erros, operando não como um instrumento facilitador da escolha arbitrária de qualquer teoria, mediante o uso desmedido do poder, mas como um agente de controle de moderação dos níveis de violência que o exercício desse poder encaminha.

Nesse panorama, ao definir o processo com instituição constitucionalizante e democratizante da Jurisdição, Leal não apenas desconstrói os elementos estruturantes das teorias tradicionais. Ele reposiciona os fundamentos e elementos da teoria processual, identificando o processo como o próprio e mais adequado referencial de fiscalização e de legitimação das decisões jurídicas.

Não por outro motivo, assim, é que a Teoria Neoinstitucionalista do Processo é a construção apta a e a estruturar um conceito de processo compatível com o Estado Democrático de Direito, demarcando um espaço civilizatório para o exercício de direitos fundamentais e assegurando aos cidadãos *poderes* de ampla, permanente e incessante fiscalidade das decisões estatais “[...] em igualdade interpretativa com o Estado, perante a lei (GRETA, 2004, p. 200).



5 CONCLUSÃO

O tema da legitimidade das decisões judiciais é, por certo, dos mais relevantes e controvertidos da teoria do direito na contemporaneidade. Sua abordagem interpela, em termos metodológicos, se é possível articular conceitos como jurisdição e democracia, e, caso afirmativo, como explicar que um agente público sem representação majoritária tenha aptidão para rever deliberações tomadas em um Parlamento democraticamente eleito.

Reconhecendo que o argumento da democracia, ainda que em termos não adequadamente demarcados, se faz essencialmente presente no discurso constitucional hodierno, a análise da questão proposta se desenvolveu em três perspectivas.

Na primeira, examinou-se as origens do processualismo científico e sua articulação com a ideia ampliação dos poderes do juiz e de proeminência deste sobre as partes. Verificou-se que, segundo o pensamento secular predominante, processo é uma relação jurídica autônoma de direito público que se funda no protagonismo dos juízes como detentores de um saber superior e privilegiado e como agentes da igualdade e *da pacificação social com justiça*, mas a partir de seus próprios valores, preferências escolhas e visões de mundo.

Observou-se, a propósito, que a Teoria do Processo como relação jurídica, ao firmar-se em concepções metafísicas e tautológicas para justificar suas crenças, enredou-se em um paradoxo (*o paradoxo de Bülow*), uma vez que não se ateu à questão da legitimidade das decisões judiciais, eximindo-se de explicar como o processo poderia ser ao mesmo tempo, um instrumento de poder e um paradigma de controle desse mesmo poder.

Na segunda abordou-se a recepção da ideia de relação jurídica no Brasil e sua radicalização na Teoria Instrumentalista do Processo. Viu-se, sob esse enfoque que a ideia de processo entre nós assumiu uma feição teleológica, e finalística. Além de uma relação de poder e de dominação entre as partes e o juiz, o processo de cariz instrumental compreende um instrumento da jurisdição para realizar escopos metajurídicos do Estado.

Apontou-se, ainda, que a despeito do adensamento teórico sobre a matéria, a *ciência processual dogmática* de viés finalístico e autoritário impregnou o conteúdo normativo do CPC/2015, frustrando suas promessas democráticas e contrariando próprio argumento político de justificação.

Na terceira, por fim, introduziu-se o conceito de instituição no discurso do processo como estratégia para viabilizar sua aproximação ao escrutínio democrático. Partindo dessa lógica, trabalhou-se a proposta teórica de Elvio Fazzalari cuja ideia de processo como procedimento em contraditório redimensionou a própria marcação tradicional da noção de processo como ciência.

Por fim, apresentou-se a Teoria Processual Neoinstitucionalista do jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal, destacando-a, em razão de sua caracterização do processo como instituição constitucionalizante da jurisdição, uma alternativa teórica-metodológica satisfatória à resolução do



paradoxo da legitimidade das decisões judiciais e igualmente compatível com o Estado Democrático de Direito.

FINANCIAMENTO

Este artigo é resultado parcial da pesquisa desenvolvida no PPGD/UNIFOR com bolsa da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FUNCAP.



REFERÊNCIAS

BÜLOW, Oskar von. La Teoria das Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales. Buenos Aires: EJE, 1964.

CALAMANDREI, Piero. Processo e Democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Autônoma do México. tradução Mauro Fonseca Andrade, 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. A razoável duração do processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual. Curitiba: Juruá, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v.1.

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

FUX, Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRETA, Roberta Maia. Introdução aos Fundamentos da Processualidade Democrática. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

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

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. O Processo Como Instituição Regente da Processualidade Democrática. In: LEAL, André Cordeiro et al. (org.). Processo Como Democracia na Contemporaneidade. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 14 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MUNDIM, Luís Gustavo Reis. Precedentes: da vinculação à democratização. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

NUNES, Dierle. Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Direito Processo Poder e Justiça: Julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999.



PEREIRA, Mateus Costa. Sobre o Mito Autoritário do Livre Convencimento: em defesa da intersubjetividade na valoração da prova pelo homo sapiens-demens. In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lênio (org.). O Fim do Livre Convencimento Motivado. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018. p. 49-74.

