

<http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.13.300-312>

Jurisdição Constitucional e Processo Civil Democrático: Um Diálogo Necessário para a Construção de um Paradigma Decisório Comum¹

Alexandre de Castro Catharina

Graduação em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2003) e em Direito pelo Centro Universitário Augusto Motta (2000). Especialização em Direito Processual Civil e Mestrado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2007). Doutor em Sociologia pelo IUPERJ, com ênfase nos Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais no Brasil. Advogado e professor de Direito Processual Civil no âmbito da Graduação e da Pós-Graduação. Tem experiência na área de Direito Processual Civil e em Sociologia do Direito, com ênfase em acesso à justiça, atuando principalmente nos seguintes temas: cidadania, acesso à justiça, direitos coletivos e difusos, tutelas de urgências, direito processual coletivo, precedentes judiciais e teoria da decisão judicial. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (2011) e do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Membro da Comissão de Direito Processual Civil do Instituto dos Advogados Brasileiros. Pesquisador Produtividade da Unesa (2019). alexandre.catharina@hotmail.com.br

RESUMO

Ao completar 30 anos de vigência, a Constituição Federal de 1988 ainda estimula importantes reflexões e análises sobre sua efetividade e sua importância para a consolidação da democracia brasileira. Não há dúvidas no sentido de que o texto constitucional contribuiu para encaminhar o debate sobre a consolidação da democracia no Brasil. A ampliação dos direitos das minorias e o acesso aos direitos de cidadania são temas centrais tanto em importantes julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal quanto também na agenda política levada a efeito pelo parlamento. O escopo deste trabalho, entretanto, é voltado para o contexto da jurisdição constitucional. Pretende-se analisar as transformações ocorridas na jurisdição constitucional após a Constituição Federal de 1988 e os reflexos desta *práxis* no direito processual civil brasileiro. Entender estas interseções entre a jurisdição constitucional e a jurisdição civil é fundamental para a construção de um paradigma decisório comum. O trabalho utilizou, como metodologia, a pesquisa bibliográfica e a qualitativa-documental para análise de decisões judiciais.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional. Processo civil. Democracia.

CONSTITUTIONAL JURISDICTION AND DEMOCRATIC CIVIL PROCESS: A DIALOGUE NECESSARY TO CONSTRUCT A COMMON DECISION-MAKING PARADIGM

ABSTRACT

After completing its 30 years of existence, the Federal Constitution of 1988 still stimulates important reflections and analyzes on its effectiveness and its importance for the consolidation of Brazilian democracy. There is no doubt that the constitutional text contributed to the debate on the consolidation of democracy in Brazil. The expansion of minority rights and access to citizenship rights are central themes in important judgments by the Federal Supreme Court as well as the political agenda carried out by the parliament. However, the scope of this work is focused on the context of constitutional jurisdiction. The aim is to analyze the transformations that occurred in the constitutional jurisdiction after the Federal Constitution and the reflexes of this praxis in Brazilian civil procedural law. Understanding these intersections between constitutional jurisdiction and civil jurisdiction is critical to building a common decision-making paradigm. The work used, as methodology, the bibliographical and qualitative-documentary research for the analysis of judicial decisions.

Keywords: Constitutional jurisdiction. Civil procedure. Democracy.

SUMÁRIO

1 Introdução. 2 Transformações da jurisdição constitucional. 3 Jurisdição constitucional e legitimidade democrática. 4 Processo civil democrático. 4.1 Modelo cooperativo de processo. 4.2 Processo jurisdicional democrático. 4.3 Modelo democratizante de processo. 5 Por uma construção de um paradigma decisório comum. 6 Conclusão. 7 Referências.

Recebido em: 18/10/2018

Aceito em: 8/8/2019

¹ O trabalho retrata os resultados parciais da pesquisa em andamento no âmbito da Universidade Estácio de Sá em 2018/2019.

1 INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988, ao assegurar os direitos e as garantias individuais e coletivas de todos os cidadãos, contribuiu, amplamente, para o redimensionamento das ações coletivas da sociedade civil no sentido de deslocar parte significativa das lutas sociais e políticas para o campo jurídico. Esse deslocamento da atuação dos atores coletivos, de diversas matizes, teve como principal escopo tornar efetivo, na arena jurídica, os direitos de cidadania afirmados no texto constitucional. O reconhecimento jurídico e a própria titulação dos territórios das comunidades quilombolas, assim como o reconhecimento de uniões homoafetivas, são emblemáticos neste sentido.

É interessante destacar que o reconhecimento dos direitos de cidadania de um determinado segmento social, mediante decisão judicial emanada da Suprema Corte, contribui para o revigoramento moral e político deste mesmo grupo, que retorna ao Judiciário com novas demandas com o propósito de ampliar ou mesmo aperfeiçoar o reconhecimento obtido anteriormente. Exemplifica-se: segmentos do movimento negro brasileiro atuou intensamente no processo decisório da ADPF nº 186, no Supremo Tribunal Federal, para assegurar o reconhecimento da constitucionalidade das cotas raciais nas universidades públicas. A resistência da própria sociedade e de algumas instituições acerca da tema culminou no ajuizamento da ADC nº 41, que estendeu a aplicação das cotas raciais, também, para os concursos públicos.

Neste sentido, a constitucionalidade das cotas raciais, tanto para as universidades públicas quanto para os concursos públicos, decorreu dos embates jurídicos e políticos realizados no campo da jurisdição constitucional no processamento da ADPF nº 186 e da ADC nº 41, que foram julgadas em momentos distintos e promovidas por autores diversos. Esta dinâmica de retroalimentação das lutas sociais no contexto da jurisdição constitucional pode ser identificada, também, nas questões de gênero, defesa do meio ambiente e mesmo no debate sobre o sacrifício de animais em rituais religiosos, retratado no Recurso Extraordinário nº 494601.

Essa dinâmica das lutas sociais no campo jurídico (CATHARINA, 2015) sugere, com efeito, que a Constituição Federal de 1988 provocou intensas transformações na jurisdição constitucional, tornando este espaço, que se consolidou historicamente como hermético, formal e hierarquizado, numa arena onde a sociedade civil e os movimentos sociais podem apresentar suas percepções e interpretações acerca do texto constitucional. Este constitucionalismo difuso (GOMES, 2016) tem sido essencial para o aprimoramento da democracia brasileira.

Por sua vez, a transformação da jurisdição constitucional foi fundamental para a estrutura processual desenhada no Código de Processo Civil de 2015, o que permite estabelecer as premissas para a construção de um paradigma democratizante de processo que se pretende mais inclusivo e socializante. É exatamente este profícuo diálogo entre a jurisdição constitucional contemporânea e o modelo democratizante de processo deflagrado pelo CPC/2015 que se pretende refletir neste trabalho. A principal hipótese deste trabalho, portanto, é que a confluência entre a jurisdição constitucional contemporânea e o processo civil permite estabelecer um paradigma decisório comum assentado numa dinâmica dialógica e democratizante do processo de formação da decisão judicial com ampla repercussão jurídica e social.

A epistemologia do processualismo civil brasileiro foi constituída a partir de um modelo elaborado para solucionar conflitos individuais, cujo principal objeto era o patrimônio. O Código de Processo Civil de 2015 rompe com este modelo tradicional e introduz um modelo democratizante de processo caracterizado pela expansão da atuação dos *amici curiae*, tanto nos processos judiciais com ampla repercussão jurídica e social, como tramitam na primeira instância, quanto também no incidente de resolução de demandas repetitivas. Em outra perspectiva, admite a participação de terceiros interessados na formação e revisão de precedentes judiciais.

O modelo processual deflagrado pelo CPC/2015 ressenete-se de uma epistemologia abrangente que o contemple num sentido democratizante. A teoria geral brasileira do processo, fortemente amparada no processualismo europeu, ainda tem como escopo a centralidade do julgador na condução do processo decisório e a atuação limitada dos sujeitos processuais. Partindo desta premissa, a experiência da jurisdição constitucional pode contribuir para a superação do modelo tradicional do processualismo brasileiro e edificar um paradigma decisório democratizante.

2 TRANSFORMAÇÕES DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A história da jurisdição constitucional brasileira confunde-se com a própria história política do Brasil. No período imperial, o constitucionalismo brasileiro aproximava-se do modelo europeu, quando a principal ênfase era na limitação do poder do monarca por meio do parlamento (STRECK, 2013). Não havia, neste período, por razões políticas, interesse em estabelecer no direito brasileiro formas de controle de constitucionalidade.

A proclamação da República, por sua vez, ensejou a extinção do Supremo Tribunal de Justiça, instituição essencial do período imperial, e, ato contínuo, criou o Supremo Tribunal Federal. Há, neste contexto, uma forte ruptura com o modelo anterior por meio da instituição do modelo estadunidense de controle difuso de constitucionalidade, forjado na cultura jurídica do *common law*, na cultura jurídica brasileira. Para Streck (2013), esta inserção do modelo norte-americano de controle de constitucionalidade e o manejo deste modelo por ministros do antigo Supremo Tribunal de Justiça, que desconheciam a própria dinâmica desta forma de controle, contribuíram para enfraquecer a jurisdição constitucional ante as pressões exercidos pela elite dominante.

Nesta linha de análise, a jurisdição constitucional brasileira, na primeira república, era voltada para realizar o controle difuso da constitucionalidade das decisões emanadas pela justiça dos Estados. O principal escopo era o controle político dos Estados federados. Tal conclusão é sugerida pela interpretação literal do artigo 59 da Constituição de 1891.

A Constituição de 1934 inovou ao dispor sobre a intervenção federal e, principalmente, ao estabelecer um viés centralizador do governo federal. Essa perspectiva centralizadora e intervencionista foi fundamental para a introdução do modelo de controle de constitu-

lidade da Europa continental, profundamente influenciado pelo modelo proposto por Hans Kelsen.² Pode-se afirmar, com efeito, que o modelo misto de controle da constitucionalidade, que prevalece no Brasil contemporâneo (difuso e concentrado), foi concebido neste período.

No período de vigência da Constituição de 1937, outorgado por Getúlio Vargas, não houve transformação na jurisdição constitucional no que se refere ao controle de constitucionalidade. A centralização do poder político nas mãos do presidente esvaziou, por completo, a necessidade de exercer controle da constitucionalidade das leis.

As Constituições de 1946, 1965 e 1967, ressalvadas as peculiaridades e os respectivos momentos políticos, reproduziram, em certa medida, o modelo de controle de constitucionalidade da Constituição de 1934. Destaca-se o fato de que nestas Constituições a principal característica, no que diz respeito ao controle da constitucionalidade, era a legitimidade exclusiva do Procurador-Geral da República para representar contra a inconstitucionalidade de lei federal ou estadual.

Diante desta perspectiva histórica, apresentada de forma panorâmica neste trabalho, pode-se afirmar que a jurisdição constitucional no período anterior à Constituição Federal de 1988 tinha como principal característica, no que se refere ao controle da constitucionalidade, o julgamento de questões jurídicas trazidas ao debate exclusivamente pelo Procurador Geral da República. Este modelo era muito distante da sociedade civil e sua dinâmica interessava exclusivamente a grupos específicos do campo jurídico.

A Constituição Federal de 1988 promove uma ruptura com este modelo ao assegurar os direitos de cidadania e, sobretudo, ao ampliar o rol dos legitimados para o controle concentrado da constitucionalidade das leis. O artigo 103 da Constituição Federal, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, atribuiu legitimidade ao presidente da República, às Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados, ao procurador-geral da República, ao governador de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso, à confederação sindical e às entidades de classe.

Além da ampliação do rol do artigo 103 do texto constitucional, a possibilidade de participação da sociedade civil no âmbito da jurisdição constitucional, por meio da atuação como *amicus curiae* e nas audiências públicas, conforme disposto nas leis nº 9.868/1999 e nº 9.882/1999, que tratam, respectivamente, do controle concentrado e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, foi fundamental para a transformação da dinâmica da jurisdição constitucional.

Os principais julgamentos da Suprema Corte são acompanhados diariamente por parte significativa dos cidadãos, e os ministros que a integram são conhecidos por toda a sociedade. Este acompanhamento dos trabalhos do Poder Judiciário pela sociedade é inédito no Brasil.³ Por outro lado, a intensa participação da sociedade civil e dos movimentos sociais nos julga-

² Hans Kelsen, em famosa polêmica com Carl Schmitt sobre a criação do Tribunal Constitucional Europeu, defendeu que o Tribunal Constitucional deveria ser o guardião da Constituição.

³ Para Luis Roberto Barroso (2012), essa visibilidade pública, potencializada pela TV Justiça, contribui para a transparência, para o controle social e para a própria democracia.

mentos com forte repercussão jurídica, social e política, representa um aspecto importante da democratização do processo decisório levado a efeito pelo Supremo Tribunal Federal (CATHARINA, 2018).

Esse fenômeno distingue-se da judicialização ou mesmo do ativismo judicial.⁴ O nosso objeto de análise é a participação da sociedade civil na construção do processo decisório, o que representa outra dimensão da jurisdição constitucional. Esse fenômeno não somente possibilitou a ampliação do debate sobre interpretações do texto constitucional por atores sociais diversos, como também vem contribuindo para o estabelecimento de um novo modelo decisório no âmbito da Suprema Corte. Essa temática será abordada a seguir.

3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

A jurisdição constitucional tem, pelo menos, quatro principais funções (ABBOUD, 2016). A primeira função é limitar o Poder Público e evitar prática de abusos. A segunda é garantir a existência das minorias e assegurar a proteção dos direitos fundamentais previstos no texto constitucional e nos tratados internacionais em que o Brasil é signatário. A terceira função é corrigir os equívocos e omissões do Poder Legislativo e, por fim, conferir coerência e garantir a preservação da autonomia do Direito e da Constituição Federal por intermédio dos precedentes judiciais editados pela própria Corte.⁵

Essas funções, principalmente a de garantir a existência das minorias e a efetividade dos direitos fundamentais, colocam a jurisdição constitucional no centro do debate sobre o exercício da democracia e da própria consolidação do Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que a importância da jurisdição constitucional, na edição de precedentes judiciais acerca de questões sociais e morais, como a possibilidade de se interromper a gestação de feto anencefálico (ADPF nº 54), não decorre exclusivamente do protagonismo de algum ministro ou órgão da própria Corte, mas da atuação permanente dos diversos grupos sociais no processo decisório de julgamentos, subjetivos ou objetivos, de causas com forte repercussão social e jurídica.

A resolução de questões polêmicas e com forte repercussão, como os conflitos fundiários na Raposa Serra do Sol, as questões raciais e de gênero, os conflitos sobre meio ambiente, entre tantos outros julgados pelo Supremo Tribunal Federal, são evidências contundentes neste contexto. Essa dimensão democratizante da jurisdição constitucional é reflexo do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade (BARROSO, 2012) e da ampliação do rol dos legitimados para ajuizamento de processos objetivos, por um lado, e pela atuação da sociedade civil e dos movimentos sociais nos processos decisórios encaminhados pela Corte, por

⁴ Barroso (2012) apresenta interessante distinção ente judicialização e ativismo judicial. Para este autor, judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário. O ativismo judicial, embora se aproxime da judicialização, em razão do protagonismo do Judiciário, dela se distingue por estar associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Embora a nossa reflexão seja um desdobramento destes fenômenos, com eles não se confunde. O eixo de análise deste trabalho tem como escopo a democratização do processo decisório e da formação da decisão judicial.

⁵ No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2017) destaca que a principal função dos Tribunais Superiores, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, principalmente do Supremo Tribunal Federal, é atuar como Corte de Precedentes Judiciais obrigatórios, de modo a assegurar mais estabilidade e coerência ao ordenamento jurídico.

outro. A mudança na dinâmica de julgamento da jurisdição constitucional repercutiu na própria legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal. Na medida em que a jurisdição constitucional expandiu seu espectro para além do julgamento exclusivo de questões jurídicas herméticas e passou a decidir sobre a vida de grupos sociais vulneráveis ou mesmo excluídos, que não foram contemplados de algum modo pelo parlamento, se fez necessário assegurar legitimidade de suas decisões por meio da participação da sociedade no processo decisório.

É exatamente neste sentido que se debate a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Para a teoria constitucional contemporânea (PEREIRA NETO; SARMENTO, 2013), a possibilidade de uma decisão da Suprema Corte, integrada por ministros que não foram eleitos pelo povo, se sobrepor às decisões do presidente da República ou mesmo do Congresso Nacional, dá ensejo à denominada dificuldade contramajoritária, o que fragiliza a própria legitimidade democrática da jurisdição constitucional.

Ao abordar a questão, Barroso (2012, p. 28) acentua que um dos papéis da Constituição é proteger valores e direitos fundamentais, ainda que seja contra a vontade circunstancial de quem tem mais votos ou de quem tenha sido eleito pelo povo. Neste sentido, a jurisdição constitucional, exercida a partir destas premissas, assegura a própria democracia. E em outra dimensão, o modelo precedental proposto pelo CPC reforça a função do Supremo Tribunal Federal como Corte de Precedentes Judiciais (MARINONI, 2017), proferindo decisões com conteúdo normativo, instituindo, pelo menos em tese, um ordenamento jurídico híbrido, no qual tanto a lei quanto provimentos judiciais vinculativos são fontes primárias do direito. Neste cenário, a edição de precedentes judiciais que “criam” direitos não pode prescindir da participação da sociedade civil e das coletividades que serão afetadas pela decisão judicial.

Com efeito, não mais se admite, do ponto de vista da legitimidade democrática, o julgamento de temas com ampla repercussão social pelo Supremo Tribunal Federal sem que as coletividades que serão afetadas pela decisão tenham tido a oportunidade de apresentar sua própria interpretação do texto constitucional. Esse é o modelo participativo de direito processual constitucional que está em desenvolvimento no Brasil.⁶

A decisão judicial proferida pela Corte, admitida a tese supramencionada, deve representar as tensões sociais manifestadas no processo decisório levado a efeito até a sua formação. Trata-se de premissa inescusável da decisão judicial no direito processual constitucional democratizante. Esse debate irradiou-se para o direito processual civil a partir do CPC/2015.

4 PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO

O Código de Processo Civil de 2015 inaugura, em nossa percepção, uma nova fase da teoria geral do processo. Uma fase voltada para a construção de um novo paradigma democrático do processo jurisdicional que, em certa perspectiva, é caudatária das transformações ocorridas na jurisdição constitucional.

⁶ Esse modelo participativo de processo constitucional vem sendo construído de baixo para cima, ou seja, a partir da intensa participação da sociedade civil e dos movimentos sociais na jurisdição constitucional.

Diante deste quadro, faz-se necessário empreender uma revolução paradigmática (KUHN, 2017) considerando que a construção teórica elaborada na vigência do CPC/1973 teve como objeto de reflexão o monopólio do juiz na condução do processo decisório e pelo hermetismo jurídico refletido nas decisões judiciais, que dificulta, em linhas gerais, a participação da sociedade civil (CATHARINA, 2015). Esse paradigma processual não atende às exigências epistemológicas da processualística brasileira contemporânea.

O CPC/2015, ao generalizar a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, inclusive nos processos que tramitam na primeira instância, trouxe para o debate acadêmico o tema da democratização do processo decisório sem precedentes na processualística brasileira. Por outro lado, a possibilidade de coletivizar demandas originariamente individuais, por meio de incidentes processuais, como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), exige uma epistemologia abrangente que contemple o modelo processual complexo proposto pelo CPC/2015.

Neste contexto, compreender as propostas teóricas dos processualistas brasileiros sobre o tema é fundamental para que se possa contribuir para a construção de um paradigma democratizante de processo civil. Fredie Didier e Dierle Nunes são representantes do segmento da literatura processual que refletiram sobre o tema, e suas abordagens propiciam uma outra perspectiva acerca da temática. O cooperativismo processual de Didier e o processualismo democrático de Dierle são abordagens teóricas inovadoras, em certo sentido, e contribuem para o aprofundamento de uma perspectiva democratizante do direito processual civil.

4.1 Modelo cooperativo de processo

Fredie Didier aponta, em seu texto *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, um terceiro modelo de processo assentado no princípio da cooperação. Para este autor, o modelo cooperativo tem como principal premissa o redimensionamento do princípio do contraditório, incluindo o órgão jurisdicional como um dos sujeitos do diálogo processual.⁷ Este modelo, segundo o autor, supera o modelo inquisitivo, centrado na atuação do juiz, e o modelo dispositivo, com ênfase na atuação das partes, pois não dá destaque a nenhum sujeito processual e estimula a construção dialógica da decisão judicial. Esse modelo de diálogo processual simétrico é ideal para uma democracia processual.⁸ O Código de Processo Civil de 2015, em certa medida, adotou o modelo cooperativo em diversos dispositivos jurídicos, conforme se depreende do artigo 6º, estabelecendo o princípio como norma fundamental do processo civil brasileiro, e das normas dispostas nos artigos 190 (negócio processual), 357, §3 (saneamento e organização cooperativa do processo) e no dever de cooperação regulamentado pelo artigo 378 do código, apenas para exemplificar.

⁷ O referido texto foi elaborado antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, mas a tese do autor não foi infirmada pelo novo código; ao contrário, foi reforçada com a adoção expressa do princípio da cooperação disposto no artigo 6º. Por outro lado, o próprio autor incorporou o texto em seu curso, atualizando os respectivos dispositivos jurídicos, mantendo a fundamentação teórica levada a efeito. Por essa razão o texto permanece válido mesmo tendo sido elaborado antes da vigência do CPC/2015.

⁸ Esse conceito será mais bem desenvolvido a seguir.

Não restam dúvidas de que o modelo cooperativo de processo representa um avanço em relação aos modelos estabelecidos em nossa processualística. O modelo cooperativo, contudo, possui limitações, sobretudo no que diz respeito à democratização do processo decisório. O modelo cooperativo tem o mérito de superar a dualidade até então existente acerca dos modelos processuais e permitir a construção de um modelo dialógico de construção do processo decisório e, como consequência, da decisão judicial.

O modelo cooperativo, entretanto, propõe um rearranjo na direção do processo estabelecendo um diálogo entre os sujeitos processuais, excluindo da análise a intervenção dos *amici curiae* e suas respectivas atuações no processo decisório. A ampliação do diálogo processual entre os sujeitos processuais não contempla, de forma abrangente, a atuação dos amigos da corte ao longo do processo decisório e da construção da decisão judicial.

O modelo cooperativo, neste sentido, representa um avanço no modelo tradicional de processo, centrado na solução individual de conflitos. Representa, sem sombra de dúvidas, um avanço em relação aos modelos inquisitivos e dispositivo de processo mas não alcança, de forma satisfatória, as questões que decorrem dos processos judiciais com forte repercussão social, em que o debate judicial envolve sujeitos outros não contemplados pelos sujeitos processuais tradicionais (juiz, autor e réu).

Em uma primeira reflexão, o modelo cooperativo modifica a relação entre os sujeitos processuais, extraindo a ênfase de um determinado sujeito processual. O modelo, porém, não avança no sentido de se estabelecer um processo cuja dinâmica pressupõe a atuação das partes tradicionais (juiz, autor e réu), sem contemplar novos atores processuais, como a sociedade civil organizada e os movimentos sociais por meio do instituto do *amicus curiae*.

Essa percepção acerca do referido modelo pode ser identificada na seguinte passagem do texto de Didier (2018):

A concretização do princípio da cooperação é, no caso, também uma concretização do princípio do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de influenciar na solução da controvérsia (p. 215).

O modelo cooperativo, embora tenha sido adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, não é abrangente o suficiente, do ponto de vista teórico, para contemplar a dinâmica processual que decorre da intervenção da sociedade civil e dos movimentos sociais por meio do instituto do *amicus curiae*. É neste sentido que se faz urgente se pensar num modelo estrutural de processo que contemple variáveis que não são apreendidas pela lógica dos sujeitos processuais tradicionais, centrada em atores tradicionais como autor (coletivo ou individual), réu e órgão julgador.

Embora o modelo cooperativo represente um avanço em relação aos modelos clássicos, ainda há limitações em relação à dinâmica democratizante da processualística brasileira que vêm se consolidando a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

4.2 Processo jurisdicional democrático

Dierle Nunes (2012) oferece importante contribuição ao debate ao propor um modelo de processualismo constitucional democrático.⁹ O autor é preciso ao identificar a reconfiguração levada a efeito pelo Poder Judiciário para contemplar demandas das minorias sociais que, em alguma medida, não foram atendidas pelo Poder Legislativo. Esse fenômeno, contudo, é verificado, com mais frequência, no âmbito da jurisdição constitucional.

Não obstante, perspectiva teórica do autor ilumina o debate em dois importantes aspectos. O primeiro diz respeito à abertura do direito processual aos novos conteúdos e dimensões. O segundo concerne à abordagem democrática do processo, que representa, em certo aspecto, uma ruptura com os modelos tradicionais de processo que prevaleceram por décadas no senso comum dos processualistas.

Na linha de reflexão do autor, o Poder Judiciário brasileiro vem se transformando num espaço institucional onde os indivíduos não conseguem ser ouvidos nas arenas majoritárias, ou seja, no parlamento e no Executivo. Neste contexto, as minorias buscam amparo no Poder Judiciário para evitar o descumprimento da Constituição Federal de 1988, principalmente no que respeita aos direitos fundamentais.

Esse diagnóstico foi identificado, também, por Catharina (2015). Mediante dados empíricos, constatou-se que a sociedade civil e os movimentos sociais deslocam para o campo jurídico, mais especificamente no Poder Judiciário, suas demandas com o objetivo principal, dentre outros, de assegurar a tutela dos direitos fundamentais sem eficácia no tecido social e na sociedade política. Tal aspecto foi decisivo no que diz respeito à abertura do direito processual para novos conteúdos e dimensões.

O objetivo do processo não é mais assegurar o patrimônio, característica basilar do processualismo liberal, mas tutelar direitos fundamentais das coletividades sem voz na arena política, o que constitui tarefa elementar em sociedades plurais e complexas como a brasileira.

É nesta toada que se faz necessário elaborar uma abordagem democrática do processo civil de modo a dar conta desta nova dinâmica social e jurídica. As reformas processuais, realizadas no período anterior ao CPC/2015, tinham como escopo tão somente a mudança legislativa. A preocupação central era adaptar o processo para a solução efetiva de conflitos individuais. Esta técnica legislativa não mais atende às necessidades de um modelo democrático de processo.

Segundo Nunes e Bahia (2010), os desafios do direito processual contemporâneo não mais admitem uma análise meramente legislativa. A citação a seguir nos permite compreender o diagnóstico apontado pelos autores sobre a temática:

Ademais, não se pode olvidar que o discurso mais corrente da processualística brasileira ainda está estagnado na década de 1970, quando da ocorrência do monumental projeto Firenze de acesso à justiça (presidido prioritariamente por Cappelletti – 1973-1978), que apesar de sua indiscutível importância naquela época, já se encontra defasado pelas décadas de avanço da ciência jurídica, gerencial e filosófica.

⁹ Adotamos a perspectiva teórica do autor para pensar um paradigma democrático do processo civil brasileiro.

Os desafios do direito processual, no entanto, não permitem mais uma análise meramente legislativa, no campo das reformas, mas exige um olhar panorâmico do sistema processual que abarque as leis processuais, mas também a infraestrutura do Poder Judiciário e seu gerenciamento, a utilização de uma litigância de interesse público para viabilizar a obtenção de direitos fundamentais pelos cidadãos, um processo democrático forjado no modelo constitucional, entre outras preocupações (p. 78).

A perspectiva de análise dos autores nos permite não somente romper com os modelos processuais clássicos, forjados a partir dos países da Europa, mas abre caminho para se pensar um modelo processual a partir de um paradigma latino-americano, incorporando o debate acerca das disputas que tenham como objeto o interesse público.

É a partir dessa reflexão que os autores propõem um modelo denominado processualismo constitucional democrático, cujo escopo é estabelecer uma concepção teórica que almeja a democratização processual civil mediante a problematização das concepções de liberalismo, socialização e pseudossocialização processual (neoliberalismo processual) e da percepção do necessário resgate do papel constitucional do processo, como estrutura de formação das decisões judiciais, partindo do necessário aspecto participativo e policêntrico das estruturas formadoras das decisões.

É inquestionável a insuficiência dos modelos inquisitivo e dispositivo para contemplar as dimensões democratizantes do Código de Processo Civil de 2015. O modelo proposto,¹⁰ neste sentido, rompe com os modelos clássicos mencionados supra e inaugura uma reflexão importante e qualificada sobre a construção de um modelo democrático de processo no período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Inobstante, se faz necessário pensar o modelo democrático a partir do conteúdo normativo do Código de Processo Civil de 2015.

4.3 Modelo democratizante de processo

Como foi apontado anteriormente, o nosso foco, neste trabalho, é refletir sobre o processo civil democrático a partir dos aportes da jurisdição constitucional contemporânea. O diálogo entre a *práxis* da jurisdição constitucional e a cultura jurídica processual, pode fornecer elementos necessários para a consolidação de um paradigma democrático que dê sustentação e eficácia às inovações normativas do CPC/2015.

Não se pode negar que houve, ao longo dos anos, algumas transformações no objeto do direito processual. A jurisdição civil não se limita a tratar de temas como despejo ou ações de cunho meramente patrimonial. Atualmente é comum observarmos processos que tenham como objeto mudança de registro de transgêneros, reconhecimento de união estável entre homossexuais e conflitos fundiários deflagrados pelo MST.

¹⁰ Para melhor compreensão do tema, ver a obra de Dierle Nunes *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

Nesta linha de análise, o Código de Processo Civil de 2015 irradiou para o primeiro grau de jurisdição a pluralização do debate ao permitir o ingresso do *amicus curiae* nas causas com ampla repercussão social e jurídica que tramitam na primeira instância. O código também dispôs, em diversos dispositivos, sobre a participação de terceiros na formação de precedentes judiciais e provimentos judiciais vinculativos.

Um sistema de precedentes judiciais, com forte conteúdo normativo, não pode prescindir de um amplo debate com a sociedade civil e com os atores sociais que serão afetados pelo respectivo precedente judicial, sob pena de eivar de ilegitimidade o próprio sistema. Essa pluralização do debate, que está disposta nos artigos 138 e 983 do CPC, constitui fonte legitimante do próprio precedente judicial com forte impacto social. O julgamento do Recurso Extraordinário nº 845779 é emblemático neste sentido.

O referido recurso tratou da violação de direitos fundamentais de um transgênero que foi impedido de utilizar um banheiro em um determinado *shopping* no Sul. O recurso tratava, inicialmente, de uma indenização pelos constrangimentos sofridos do ponto de vista subjetivo, mas, considerando a repercussão geral e a pluralização do debate levada a efeito (participaram cinco entidades ligadas ao movimento LGBTQTT), o Supremo Tribunal Federal fixou a tese no sentido de que o transgênero possa usar o banheiro no qual se sentir à vontade.

A democratização do processo decisório, e como consequência do próprio processo civil, é incompatível com os paradigmas tradicionais de estruturação do processo. Essa tensão paradigmática prenuncia o surgimento de um novo paradigma no sentido proposto por Thomas Kuhn (2017). O paradigma processual que está em construção deve ser dual. De um lado deve preservar a atividade jurisdicional voltada para as questões cotidianas da vida de relação, ou seja, determinar a reparação por danos causados em acidente de trânsito ou mesmo promover a revisão de aposentadoria. De outro, deve tratar, mediante amplo debate público, de causas como conflitos coletivos fundiários, reconhecimento de territórios quilombolas urbanos ou mesmo questões de gênero. Esse modelo processual decorre da dialética entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional.

5 POR UMA CONSTRUÇÃO DE UM PARADIGMA DECISÓRIO COMUM

A jurisdição constitucional e o direito processual civil contemporâneo possuem dinâmicas democratizantes análogas. Embora a jurisdição constitucional seja estudada nas disciplinas vinculadas ao direito constitucional, certo é que há muitas interseções entre essas áreas, o que sugere a necessidade de um rearranjo epistemológico que permita pensar a jurisdição constitucional e a jurisdição civil como faces da mesma moeda. Essa perspectiva epistemológica contribuirá para a construção de um paradigma decisório comum.

A jurisdição constitucional teve de assimilar as dimensões democratizantes do processo constitucional, fomentada pelo incremento do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas para conferir legitimidade às suas decisões. Esse aprendizado institucional será fundamental para a jurisdição civil, que se consolidou historicamente como forma de resolução de conflitos majoritariamente individuais.

O paradigma decisório fundante da jurisdição civil ainda é fortemente influenciado pelo modelo europeu, em que o juiz tem o monopólio na condução do processo decisório e a decisão judicial reflete o trabalho intelectual produzido individualmente pelo juiz. É preciso superar este modelo. A confluência entre o processo decisório democratizante levado a efeito na jurisdição constitucional e a dinâmica solipsista da jurisdição civil, podem deflagrar um novo paradigma decisório comum, em que a decisão judicial, tanto num caso quanto no outro, reflete a participação e a cooperação das partes e dos sujeitos que serão afetados pelo precedente judicial editado. Essa é a reflexão que se pretendeu ampliar com este trabalho.

Eder Fernandes (2016), ao analisar as tensões entre direitos fundamentais e democracia, sob à ótica discursiva do direito de Habermas, aproxima-se da hipótese sustentada neste trabalho. Para este autor, a legitimidade, que decorre do princípio da democracia, empreende uma nova forma de perceber o processo de decisão judicial, não mais determinado pela aplicação rígida dos textos legais, mas estruturado com a finalidade de institucionalizar os discursos jurídicos que, em cada caso concreto, permite a cada cidadão sentir-se inserido em um sistema jurídico que permita a construção da sua própria argumentação em relação à sua forma de compreender seus próprios direitos (p. 215).

Nesta linha de análise, o processo civil deixa de ser um instrumento de efetivação do direito material e se trasmuda num método de resolução de conflitos de um lado, e de construção de direitos, mediante sua democratização, no modelo precedental proposto pelo CPC/2015, de outro. O considerável rol de provimentos jurisdicionais vinculativos disposto no artigo 927 do Código de Processo Civil, que possibilita a improcedência liminar de inúmeras demandas (artigo 332), exige um modelo democratizante de processo de modo a assegurar a participação da sociedade na formação destes mesmos provimentos vinculativos. Essa é a principal questão a ser enfrentada pelo processualismo contemporâneo.

6 CONCLUSÃO

A construção de um paradigma decisório comum aplicável tanto na jurisdição constitucional como na jurisdição comum, é tão necessário quanto premente. O Código de Processo Civil instituiu um modelo democratizante de processo. Se, entretanto, não houver uma adequada assimilação de suas premissas, a *práxis* judiciária, assentada numa cultura jurídica liberal, prevalecerá tornando inócua as dimensões democratizantes do código.

Neste sentido, a construção de um paradigma decisório comum entre a jurisdição constitucional e a jurisdição civil facilitará o estabelecimento de uma correia de transmissão que viabilizará a transmissão da experiência democratizante de uma para a *práxis* da outra. Não há diferença substancial no que se refere à consolidação de um processo decisório democratizante. A participação da sociedade civil nos processos com forte repercussão social é necessária tanto na jurisdição constitucional quanto na jurisdição civil. A decisão judicial deve, necessariamente, contemplar as interpretações constitucionais e jurídicas das coletividades, que serão afetadas pelo julgamento.

Um paradigma decisório comum entre a jurisdição constitucional e a jurisdição civil constitui importante passo para a construção de um direito processual público.

7 REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. In: *Revista [Syn]Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CATHARINA, Alexandre de Castro. *Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais*. Curitiba: Juruá, 2015.
- CATHARINA, Alexandre de Castro. Movimentos sociais, sociedade civil e a construção democrática do processo judicial no Supremo Tribunal Federal: premissas para um quadro conceitual. In: *Democracia e Poder Judiciário: reflexões sobre a eficácia dos movimentos sociais no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- DIDIER, Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*. Disponível em: https://www.academia.edu/1771108/Os_tr%C3%AAs_modelos_de_direito_processual. Acesso em: 11 out. 2018.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERNANDES, Eder. *Entre direitos fundamentais e democracia: superando a dicotomia no direito brasileiro*. Niterói: Eduff, 2016.
- GOMES, Juliana. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. Salvador: Podivm, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 2 v.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes judiciais: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.
- NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Processo, jurisdição e processualismo democrático na América Latina: alguns apontamentos. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 101, p. 61-96,
- PEREIRA NETO, Claudio de Souza; SARMENTO, Daniel. Notas sobre jurisdição constitucional e democracia: a questão da “última palavra” e alguns parâmetros de autocomposição judicial. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, RJ, v. 6, n. 2, p. 119-161, 2013.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 2006. p. 141-162.
- STRECK, Lenio. Democracia, jurisdição constitucional e presidencialismo de coalizão. *Revista Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, ano 6, v. 1, , maio 2013.
- TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014.
- THEODORO JUNIOR, Humberto *et al.* *Novo CPC – fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.