

Legitimação da decisão pelo processo. Considerações em torno da estrutura do novo CPC



Tercio Sampaio Ferraz Junior

Graduado em Filosofia Letras e Ciências Humanas pela Universidade de São Paulo (1964). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de São Paulo (1964). Doutor em Filosofia - Johannes Gutenberg Universitat de Mainz (1968). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (1970). Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. Professor titular da Faculdade Autônoma de Direito. Professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor aposentado da Universidade de São Paulo.

Na tradição jurídica que nos vem do Século XIX, processos judiciais não tinham, propriamente, uma finalidade legitimadora, mas uma função mais de ordem instrumental (*due process of law*), objetivando a proteção de direitos ou a elaboração de decisões vinculantes e corretas. A legitimidade do direito reconhecido e afirmado aparecia como um resultado externo e posterior ao processo.

Na exposição de motivos do CPC de 1973, Alfredo Buzaid reconhecia ser o processo civil “um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça”. Nesse sentido, dizia ele, se a aspiração de cada uma das partes em conflito era a de ter razão, a finalidade do processo era a de dar razão a quem efetivamente a tem. O que se traduzia, na verdade, não em um interesse privado, mas no interesse público de toda a sociedade. Assim, o processo deveria ser preordenado a assegurar a observância da lei, devendo ser dotado exclusivamente de meios racionais,

tendentes a atender a duas exigências: a rapidez e a justiça. Por tudo isso, a reforma de 1973 propunha um plano estritamente técnico, em atenção à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar.

Essa concepção pressupunha o processo judicial como constituído estritamente para determinar e assegurar a aplicação das leis que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais. No exercício dessa missão, decisões judiciais são *programadas* e não *programantes*, isto é, decide-se com base na lei, na Constituição, nos princípios gerais de direito, nos costumes, e valem para o caso para o qual o Judiciário foi provocado, não podendo ser estendidas para os demais casos.

A legitimidade das decisões assim preferidas em atendimento às regras processuais exige, do ângulo político, a configuração do Poder Judiciário como politicamente neutro nos quadros do Estado de Direito burguês regido pelo princípio da tripartição dos poderes e, do ângulo sociológico, pressupõe uma

congruência entre as funções instrumentais e as funções expressivas do processo judicial.¹

Explico-me. Os efeitos imediatos de um processo (uma condenação, uma absolvição, uma declaração de um direito) devem ser atingidos por meio de uma ação com função *expressiva*: atendimento de uma necessidade a ser satisfeita por uma decisão *in casu*. Mas a busca dessa decisão depende de um cálculo instrumental (função *instrumental* do processo): a decisão deve satisfazer também necessidades decorrentes de finalidades distantes (não imediatas). Ou seja, a realização da justiça, da paz social, o asseguramento dos direitos individuais reconhecidos constitucionalmente, donde a segurança jurídica.

Por isso, para a legitimidade das decisões, exigiam-se, de um lado, normas pre-estabelecidas na lei abstratamente (função instrumental); de outro, por meio de subsunção, chegar-se à satisfação das necessidades concretas (função expressiva). O grande problema da legitimidade das decisões processuais estava na congruência entre as duas funções.

Essa congruência, aliás, seria crucial para a legitimidade da atividade jurisdicional, entendendo-se por *legitimidade* uma prontidão generalizada para aceitar decisões independentemente da convicção pessoal sobre o conteúdo valorativo de cada decisão.

Em tese (liberal e burguesa), a combinação das duas funções seria garantida pelo papel instrumental do juiz que, configurado mediante regras neutralizadoras de sua atividade (distância das partes, imparcialidade, serenidade, posição dominante, mas apartidária), tornar-se-ia o instrumento capaz de realizar a divisão dos poderes. Nesse sentido, o processo judicial, para ser legítimo, deveria ser funcional: procedimentos jurisdicionais que permitissem que os atingidos por decisões vivenciassem um futuro incerto (a realização abstrata da segurança jurídica), mas sentin-

do-se seguros, desde o presente, por força dos procedimentos nos quais se engajam.

Como o juiz não legisla, mas cumpre a lei, a congruência exigia uma aceitação da mutabilidade do direito por força de processos legislativos autônomos e independentes, admitindo-se, em consequência, a manipulação contraditória das estruturas: o que vale para um, não vale para outro, o que vale hoje, deixa de valer amanhã e pode voltar a valer depois; em nome da segurança abstrata, a variabilidade das decisões não perturba a impositividade: *lex prima facie valet*. Com isso, o direito não dependeria do saber e do sentir individuais e, ao mesmo tempo, continuaria sendo aceito por todos.

Só assim seria possível lidar-se, processualmente (nesse modelo do velho Estado de Direito burguês), com altos graus de insegurança concreta de uma forma suportável: a segurança abstrata, como valor jurídico, isto é, com certeza e isonomia, é diferida no tempo pela racionalização abstrata dos conteúdos normativos e pela generalização dos agentes, aparecendo a estrutura processual normativa (função instrumental do processo) como condição suficiente para a superação das decepções concretas que as decisões judiciais trazem para as partes (função expressiva).

Na prática, porém, o que se observou no correr dos anos era que a satisfação *racional* (Buzaid) das necessidades concretas (eficiência racional) exacerbava o formalismo e muitas vezes provocava ou exigia o diferimento, no tempo, da satisfação das necessidades instrumentais (Buzaid: a rapidez e a justiça). O que punha uma exigência para efeitos de legitimidade: a pressuposição de que as necessidades instrumentais, embora distantes, estariam sempre a caminho de serem atingidas.

Numa sociedade relativamente pouco complexa, essa pressuposição parecia confiável e assim se realizava uma congruência entre as duas funções.

Nesse sentido, aquela percepção do

1 Cf. Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983, p. 315 ss.

processo em 1973 visava a uma sociedade em transformação, mas estaticamente concebida como produtora de conflitos sociais como conflitos interindividuais. Em que a complexidade crescente das relações deveria ser enfrentada mediante formalidades cada vez mais estritas, enquanto instrumento apropriado para resolver qualquer tipo de conflito (medicinal, de engenharia, financeiro, econômico etc.). O que afinal conduziu, na prática, a uma espécie de formalismo exotérico, *impermeável* ao não especialista, carregado de conhecimentos estanques, donde a especialização de Varas e que, ao fim e ao cabo, acabava por tornar o processo um sistema *impermeável a si próprio*. O que foi se tornando visível pela incapacidade de se estabelecer a requerida congruência entre as funções expressivas e instrumentais do processo: nem tempo hábil nem justiça.

No ensejo de uma nova reforma há de se reconhecer quanto mudou a sociedade e como isso repercute na exigência e legitimidade das decisões processuais.

Na era presente, a percepção da *sociedade* como *sociedade econômica* como um todo abarcante que se concentra em produzir objetos de consumo, cujo consumo é, de novo, meio para o aumento da produção e assim por diante, tende a modificar as linhas distintivas entre política, economia e regulação jurídica, as quais se tornam confusas. Não se trata mais, por exemplo, do exercício político pelo detentor do poder econômico, na medida em que esse passa de uma esfera de atuação (atividade econômica) para outra (atividade política), mas de atividades com lógicas estruturalmente indiferenciadas, donde a estreita aproximação, no mundo atual, entre tecnocracia pública e privada. Do mesmo modo, o exercício da jurisdição, supostamente neutralizado politicamente pelo princípio da divisão dos poderes, ganha contornos políticos, mediante os quais a exigência de prognósticos na tomada de decisão torna o *veredicto* (enquanto um *veritas dicere*) uma antecipação política dos efeitos políticos, so-

ciais, econômicos.²

2 Numa sociedade pré-industrial, a ordem social/econômica assinalava o seu próprio *status* aos objetos: alguém era nobre ou não era, a nobreza não era um termo privilegiado de uma série social, mas algo que distinguia o sujeito absolutamente. O equivalente para os objetos era o que se pode chamar de “estilo”. O que marca os objetos de troca é essa singularidade de estilo (o artesão), que pode ser copiado, mas o estilo não passa para a cópia.

Com a sociedade industrial ocorre uma difusão das técnicas artesanais e o aparecimento da fábrica torna a relação entre objeto genuíno e cópia diferente pela introdução do *MODELO*. Isso custa a ser percebido, mas com a difusão acelerada da produção em série, a situação se torna visível. O modelo se põe perante a série que dele se forma não como estilo, mas como um protótipo que se passa para a série: cada objeto da série contém o modelo, que, assim, se difunde continuamente. Não há distinção de valor entre o modelo e os objetos em série. O modelo *está* em cada objeto da série.

E aqui entra o consumo como objeto de consumo: como se escolhe o objeto feito em série? Como o modelo atravessa toda a série, o que especifica a escolha são diferenças marginais, como a cor, os acessórios, os detalhes. Ou seja, uma diferença marginal, *INESSENCIAL*. O que faz com que o objeto atenda à exigência de personalização mediante algo inessencial. Ou seja, a personalização não é mais um valor acrescido, mas se torna um valor *PARASITÁRIO*.

Ora, é esse novo jogo econômico, que muda o olhar da essência para o inessencial, que passa a promover o consumo em forma exponencial. Nesse novo jogo, o inessencial acelera o desenvolvimento dos modelos, pois toda a tática de venda está em tornar as inovações cada vez mais frágeis e mais efêmeras. Basta um modelo *sair de série* (isto é, alterar o acessório, o nome do modelo etc.) para depreciar toda a série de modelos antigos.

É essa transformação que anuncia a sociedade contemporânea de consumo, mais bem denominada como *sociedade consumista*.

Nela, uma nova aparência de igualdade é instituída pelo fato de que todos os objetos obedecem ao mesmo imperativo de “funcionalidade”. Não a *funcionalidade* temporal do exercício social de funções acessíveis a todos à moda do Estado liberal. Trata-se agora de uma espécie de “democratização funcional” que oculta as desigualdades que são escamoteadas pela mudança compulsiva de modelos. Como se tudo mudasse, tudo movesse, tudo se transformasse e, entretanto, nada mudasse.

Nessa nova funcionalização da sociedade consumista contemporânea altera-se a noção de acumulação patrimonial: antes, o homem trabalhava para adquirir algo; agora, o consumo precede o trabalho. Veja a extraordinária difusão do crediário: mediante crediário, qualquer um tem o objeto antes de completar o trabalho necessário para adquiri-lo. Ou o aparecimento de situações paradoxais em que os indivíduos “consomem” relações por meio de “redes sociais” (internet) e alimentam “gratuitamente” economias de bilhões de dólares.

Donde segue uma nova *MORAL SOCIAL*: *consumir antes de acumular*. Ou *VIVER PARA CONSUMIR*, isto é, *COMPRAR PARA QUE A SOCIEDADE CONTINUE A PRODUIR, PARA QUE CONTINUE A PODER TRABALHAR A FIM DE PAGAR O QUE JÁ SE CONSUMIU E PODER*

O que acabou por acontecer foi uma alteração do mundo dos fatos, a exigir da função jurisdicional uma forma nova de atuação. Antes ele se colocava como uma relação de império entre o juiz e o jurisdicionado, e como não havia ainda a premência da questão econômica e social, aquela relação era exterior, isto é, a administração da justiça (fazer justiça) era o objeto do exercício judicante, que era externo à política. Agora, surge uma situação em que o Poder Judiciário não se destaca, como um outro, da própria justiça administrada, da qual faz parte. E, em assim sendo, o poder jurisdicional (um dos poderes do Estado) se torna um problema de exercício interno dos atos de gestão: ato judicante como política, jurisdição como política social e econômica, tudo conforme uma lógica tecnocrática: a lógica da “*governamentalidade*” (na linha de Foucault). Em cujo cerne, aliás, acaba por se estabelecer um triângulo estrutural: império, ato judicante e gestão socioeconômica.

Na verdade, observa-se que, na complexa sociedade tecnológica de nossos dias, as atividades de controle mudam de vetor, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A questão não está mais em controlar o desempenho comportamental tal como foi *realizado*, mas como ele se *realizará*. A civilização tecnológica, nesses termos, joga sua capacidade criativa em fórmulas de gestão, cujos máximos valores são a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. No campo jurídico, o tribunal, tradicionalmente uma instância de julgamento e responsabilização do homem por seus atos, pelo que ele *fez*, passa a ser chamado para

uma avaliação prospectiva e um “julgamento” do que ele *é* e *poderá fazer*. É nesse quadro de projeção do sentido do direito para o futuro, para a sua realizabilidade mais do que para a sua consistência pré-constituída, que se há de entender o advento, no campo jurídico, do chamado Estado pós-moderno.

Foi, na verdade o crescimento do Estado social (ou mais precisamente do Estado regulador) que reverteu alguns dos postulados básicos do Estado de direito liberal, a começar da separação entre Estado e sociedade, que propiciava uma correspondente liberação das estruturas jurídicas das estruturas sociais. Nessa concepção, a proteção da liberdade era sempre da liberdade individual enquanto liberdade negativa, de não-impedimento, do que a neutralização do Judiciário era uma exigência consequente. O Estado social trouxe o problema da liberdade positiva, participativa, que não é um princípio a ser defendido, mas a ser realizado. Com a liberdade positiva, o direito à igualdade se transforma num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania. Essa exigência, numa sociedade de massas, tem por consequência uma hipertrofia dos poderes constituídos. Os poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal. Em contrapartida, o Poder Judiciário aumenta seu grau de discricionariedade.

Com efeito, os direitos sociais, produto típico do Estado providência, que não são, conhecidamente, uma espécie *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocam-se como *exigência de implementação*. Isto altera o desempenho e a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de

INICIAR CONTINUAMENTE A SÉRIE.

Daí a lógica da PUBLICIDADE como resultado da reflexão do consumo sobre si mesmo, e cuja mensagem (discurso) não é propriamente persuadir e dissuadir denotativamente (comprar este e não aquele), mas um discurso puramente conotativo: não se vendem objetos denotados por sua especificidade essencial, mas CONOTAÇÕES numa lógica de puras IMAGENS e de FÁBULAS (o automóvel com um jovem elegante à direção, ou uma linda jovem olhando para ele, a cor vermelha como traço de paixão, a azul como sublimação etc. etc.).



certa forma, o repolitiza).

Enfim, a extensa massificação social, que transforma a sociedade numa sociedade de consumidores, faz da economia um processo de produção massificada, comercialização massificada e consumo massificado, reduzindo quase todas as atividades humanas, da arte ao lazer, da ciência à cultura, a objetos de consumo, isto é, a objetos descartáveis após o uso. Desse modo transforma-se a velha concepção dos direitos subjetivos como direitos individuais, ao exigirem-se proteções coletivas – direitos coletivos – e até proteções impossíveis de serem individual ou coletivamente identificadas: direitos difusos (meio ambiente, concorrência, consumo etc.) e também os chamados *direitos individuais homogêneos* (saúde pública, planos privados de saúde etc.).

Em consequência, os litígios judiciais passam a admitir e a exigir novas formas. Altera-se, do mesmo modo, a posição do juiz, cuja neutralidade política (“imparcialidade”) é afetada, ao ver-se posto diante de uma responsabilidade no sentido de uma exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Com isso, tal responsabilidade, que, pela clássica divisão dos poderes, cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.

Nesse sentido é que, hoje, com o advento da sociedade tecnologicamente massificada (internet, redes sociais) e do Estado providência tecnologicamente burocrático (burocracia computadorizada), parecem desenvolver-se exigências no sentido de uma *desneutralização política* do juiz, que é chamado, então, a exercer uma função sócio-terapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe (julgar fatos, julgar o passado em nome da lei dada), obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva, preocupa-

da com a consecução de finalidades políticas (julgar no sentido de prover o futuro). E disso ele não mais se exime em nome do princípio de uma legalidade formal (*dura lex sed lex*). Não se trata, nessa transformação, de uma simples correção da literalidade da lei no caso concreto por meio de equidade ou da obrigatoriedade de, na aplicação contenciosa da lei, olhar os fins sociais a que ela se destina. Isso já existia. A responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado providência. Ou seja, como o Legislativo e o Executivo, o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial.

A nova situação, na verdade, acaba por atingir profundamente dois princípios tradicionais da cultura jurídica clássica: o princípio da imunidade do Estado (*the king can do no wrong*) e o princípio da coisa julgada (*res judicata*), ambos fundados, no Estado de direito liberal burguês, na atividade jurisdicional. Antes, no Estado liberal, o Estado, como pessoa jurídica, seus funcionários e seus agentes, eram responsáveis civil e administrativamente pelas violações dos

direitos subjetivos do cidadão, cabendo ao Poder Judiciário o julgamento final dos atos ilícitos. A condição básica de funcionamento dessa já antiga estrutura de responsabilização era, no Estado de direito liberal, a imunidade do juiz pelos seus atos jurisdicionais em face das partes. Esta imunidade, por sua vez, tinha por correlato o princípio da coisa julgada. *Res judicata facit jus* era uma exigência da própria atividade jurisdicional. Ela era uma decorrência da imparcialidade do juiz como um terceiro em face de litígios concretos (*tertius super partes*). Afinal, sem ela, a segurança jurídica estaria ameaçada, posto que a exigência de que litígios tenham um fim, pela impossibilidade da sua permanente retomada (*ne lites aeternae fiant*), não se realizaria.

Ora, a *desneutralização* política do juiz na atualidade, ao expor o Judiciário à crítica pública, sobretudo e especialmente através dos meios de comunicação de massa, cria uma série de tensões entre sua responsabilidade e sua independência, cuja expressão mais contundente está na tese do controle externo do Judiciário. Essa tese põe a descoberto o fato de que tanto a imunidade da judicatura quanto o princípio da coisa julgada, ao invés de decorrências “lógicas” da divisão dos poderes, estão na verdade a serviço de valores, finalidades socialmente relativas que o sistema legal, de vários modos, procura realizar.³ Como se, de repente, por exemplo, ganhasse relevo – suspeito – o fato de que o processo de nomeação dos juízes de tribunais superiores esteja em estreita dependência da vontade política do Executivo e do Legislativo (caso, no Brasil, da nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal ou dos juízes nomeados dentre advogados ou membros do Ministério Público, indicados pelas respectivas corporações).

Mais do que isso, torna-se perceptível que a vinculação do juiz à lei, base da sua neutralização, acaba por gerar, para o homem

comum, um tipo de insegurança até então insuspeitada: a insegurança gerada pelo próprio direito! Compare-se, nesse sentido, a segurança garantida pela Justiça contra o ato ilícito de um cidadão contra o outro, com a *insegurança* social do homem comum em face da suspensão de uma decisão liminar concedida por força da presença dos requisitos legais em nome dos riscos que ela possa causar à economia do país, concordata lícita de uma instituição financeira rigorosamente processada no tribunal conforme os ditames da lei, alterada em razão dos riscos “sistêmicos” (mercado financeiro) que ela possa provocar, ou a despedida (legal) do trabalhador, reconvertida em nome do dano social que possa causar, ou a responsabilização da empresa por empregados que não são seus e cujos serviços foram contratados por terceiros em razão da *função social* da propriedade constitucionalmente declarada.

E como responde o Judiciário a essa perda de sua neutralidade institucional? Como enfrentar ainda com segurança a “politização” dos litígios?

Aqui entra então, em discussão crítica, o que, nas mencionadas palavras de Buzaid (na esteira de Max Weber e, mais recentemente, de Habermas e Luhmann), pode ser chamado de “matriz de racionalização”, cujo cerne está na substituição do conceito de ação (e sua inserção na esfera jurídica da liberdade) pelo conceito de comunicação. Com isso, ganham-se condições para inserir questões da prática da regulação, expondo, de um lado (Habermas), sérios problemas de legitimação e, de outro (Luhmann), soluções supostamente mais apropriadas para o entendimento das transformações sofridas pela modernidade acossada pela sociedade tecnológica, na qual o direito perde suas características de uma ordem escalonada, para transformar-se numa estrutura sem um centro organizador, por força da circularidade das relações comunicativas.⁴

3 Cf. Mauro Cappelletti, “Who watches the watchmen?”, in *General Report on “Judicial responsibility” for the 11th International Congress of the International Academy of Comparative Law*, Caracas, 1982.

4 Cf. Orlando Villas Bôas Filho, *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*, São Paulo, 2009.

Como lidar processualmente com isso?

Na verdade, nessa nova situação percebe-se a relevância da busca de um modo de lidar com os critérios “comuns” (“princípios”), cujo problema está na percepção de critérios legitimadores como uma espécie de código de conduta reconhecível.

Nesse quadro adquire o tema da legitimidade das decisões judiciais um novo perfil.

Veja-se, por exemplo, que o novo CPC, ao invés de iniciar-se mediante distribuição organizada de técnicas processuais (em atenção à função jurisdicional de conhecimento, de execução e cautelar), começa por estabelecer um elenco de princípios:⁵

5 TÍTULO ÚNICO

DAS NORMAS FUNDAMENTAIS E DA APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS

CAPÍTULO I

DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 2º. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

§ 1º. A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.

§ 2º. Estão excluídos da regra do *caput*:

I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;

II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;

III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;

IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;

V - o julgamento de embargos de declaração;

VI - o julgamento de agravo interno;

VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;

VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;

IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

§ 3º. Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.

§ 4º. Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.

§ 5º. Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.

§ 6º. Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:

I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;

II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

Chama a atenção a presença de alguns dispositivos:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

(...)

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Enquanto um comando significativo, princípios resultam de uma lógica peculiar, que parte do texto preceptivo e finda com a formulação do preceito regulador, ou seja, que começa com a decisão e culmina com a interpretação. É essa lógica que preside a chamada ponderação de princípios.

De modo geral, pode-se dizer, pois, que a ponderação de princípios tem uma vinculação a procedimentos que tem muito a ver com uma *teoria da argumentação e de raciocínio*, que, dispostos num CÓDIGO, admitem uma *acepção estrita* e uma *acepção ampla*.

Na primeira, como se vê na elaboração

da PARTE GERAL do Código Civil, *princípios* aparecem como um conjunto intencionalmente organizado de categorias gerais, que regulam a *ars inveniendi* do intérprete e do aplicador (pensar apodítico): um conjunto de cânones para orientar a adequação de preceitos especiais, o que faz deles critérios para selecionar hipóteses normativas para os casos concretos.

No segundo caso, revelava-se como uma técnica de racionalização, que trabalha como um modo de pensar *não apodítico*.

Quando se fala, assim, em um Código, de NORMAS FUNDAMENTAIS (e não em PARTE GERAL) pensa-se em um procedimento não verificável rigorosamente que nos permite abordar questões jurídicas com caráter problemático visto que jamais perdem sua qualidade de tentativa, pois não fecham nem concluem, embora criem a possibilidade de tomar decisões em uma amplitude muito maior que decisões com base em regras.

Os princípios adquirem, assim, a condição de *instrumentos organizadores de séries normativas*, em que a razoabilidade das decisões parece fortalecida a despeito da enorme contingência gerada.

Por exemplo:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

Mas

§ 1º. É permitida a arbitragem, na forma da lei.

Ou

Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Mas

Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Como se trata de *séries* normativas, os princípios assim utilizados não pressupõem nem objetivam uma totalidade sistematizada. Isto é, não pressupõem uma hierarquia principiológica dotada de unidade sistemática.

Veja-se, nesse sentido, o disposto no art. 1º:

Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Aqui se fala de VALORES E NORMAS FUNDAMENTAIS estabelecidos na Constituição.

O que se observa é que, entre a proclamação formal dos direitos (vida – saúde – liberdade – igualdade – propriedade) e a *ordenação conforme valores e normas fundamentais* o real estatuto organizacional do CPC, estende-se um vasto espaço ocupado por formas de tensão política, a exigir do saber jurídico uma espécie de função legitimadora e não, propriamente, de reconhecimento validador (no sentido mais tradicional de controle da constitucionalidade e da legalidade). Por extensão, pode-se dizer que o elenco de NORMAS FUNDAMENTAIS do processo visa menos à sistematização e interpretação, e mais a busca e uma legitimação social propiciada pela real efetivação da proteção dos direitos *em vista de uma consecução prospectiva*. Não se olha *normas fundamentais* como um passado inaugurador do sistema, mas como um ponto jogado no futuro, como meta a ser atingida:

Art. 3º. (...)

§ 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Por isso:

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Essa técnica, num primeiro momento, com base na institucionalização de mecanismos normativos de efetivação (“Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”), adquire, num segundo momento, com base num prognóstico social, um estatuto de legitimação transformadora constante.

Com isso abre-se espaço para partir-se de conjuntos preceptivos regionalizados, entendidos como alternativas para problemas para os quais se buscam soluções sem compromissos holísticos.

Nessa organização principiológica, *normas fundamentais* (princípios) são assumidos como um *dado*, como algo que dirige e orienta a APLICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS, mas antes no sentido de propiciar uma decisão legitimadora de possíveis consequências futuras (uma decisão *possível entre outras*).

Com isso, o PROCESSO *passa a exercer* uma função menos pura e simplesmente validadora (recurso à regra válida) e mais *legitimadora de decisões jurídicas*, controlando a contingência dos resultados (consequências futuras) não por sua adequação àquilo que ocorreu (relação norma preestabelecida e fato), mas àquilo que poderá ocorrer (prognóstico do que poderá vir a suceder).

Desenvolve-se, assim, uma estrutura codificada que diz respeito muito mais à con-

sequencialidade das decisões, uma antecipação da legitimidade do que irá suceder e cuja força está menos numa validade pregressa, e mais num prognóstico legitimado com base em exigências comportamentais do tipo *boa-fé, atitude cooperativa, promoção de solução consensual dos conflitos*.

É fato que, porém, um problema costuma surgir para a chamada redundância do sistema (sua qualidade de estabilidade), quando, presumidamente, das decisões se exige que olhem para a eficiência baseada em consequências futuras. Afinal, isso pode levar a um imenso crescimento do sistema de contingências (variações possíveis). Onde, aliás, a previsão de que:

Art. 1.069. O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código.

Afinal, num sistema estrutural aberto, desde que uma decisão tem de ser tomada num momento presente, mas com a preocupação de uma eficiência futura, a exigência de motivação acaba por se mover em meio ao provável mais que ao certo.

Esse dilema, em termos de legitimidade das decisões, traduz-se, afinal, de um lado, numa escolha nem sempre manifesta, dentro de um conflito fundamental entre fazer aquilo

que é *correto* e aquilo que é *bom*, que dentro da filosofia moral se expressa, por exemplo, na divisão entre teorias deontológicas e teleológicas. As teorias deontológicas correspondem ao ideal de vida humana consistente em agir corretamente segundo as regras e princípios morais, nas quais as ideias de dever e correção (justiça formal) são os temas centrais. As teorias teleológicas correspondem ao ideal de vida humana, consistente na tentativa de satisfação de determinados fins considerados bons, nas quais a ideia de justo constitui o tema central.

Como, porém, de outro lado, essas são escolhas nas quais um estrito código do tipo *justo/injusto* falha como um guia orientador, o processo acaba por exigir rotas de escape.

Art. 8º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

E o papel desse preceito deixa de ser usado primordialmente para aumentar uma certeza (a normalidade), e mais para aumentar a variedade de pontos de vista surgidos do caso a decidir, legitimando o balanço de benefícios, interesses em vista de suas consequências.