

FUNDAMENTAÇÃO E TÉCNICA NORMATIVA ESTRUTURAL NAS DECISÕES JURISDICIONAIS

RATIONALE AND STRUCTURAL NORMATIVE TECHNIQUE IN JUDICIAL DECISIONS

*EDSON VIEIRA DA SILVA FILHO¹
FABRÍCIO ADRIANO ALVES²*

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo refletir a técnica normativa estrutural das decisões jurídicas, sua função no processo decisório e seu lugar no direito processual Brasileiro atual. O método analítico é utilizado. Conclui-se que a técnica estrutural normativa das decisões jurisdicionais proposta pela corrente instrumentalista do processo não pode prosperar. Só será possível admitir uma técnica estrutural normativa das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, se os órgãos jurisdicionais se submeterem aos princípios da supremacia da constituição, prevalência da lei, fundamentação das decisões e determinabilidade das normas jurídicas, sob fiscalização permanente dos destinatários das decisões.

ABSTRACT: This paper reflects on the structural normative technique in judicial decisions, its function in the decision making process and place in the current Brazilian procedural system. The analytical method is used. It is concluded that the structural normative technique in the current instrumentalist view of the process can't prosper. It is only possible to admit a structural normative technique in the Democratic State of Law if the judicial branches submit themselves to the constitutional supremacy principle, prevalence of the law, justification of decisions and determinability of the legal norms, under permanent oversight of the recipients of the decisions.

Palavras-chave: Processo; Técnica Normativa; Decisão Judicial

Keywords: Process; Normative Technique; Judicial Decision

Sumário: Introdução - 1 Aspectos relevantes da técnica e da ciência no estudo do Direito processual - 2 O Direito processual como complexo de normas - 3 Poder e função jurisdicional do Estado - 4 Decisão jurisdicional - 4.1 A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais - 4.2 Decisão fundamentada e estado democrático de direito - 5. Técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais - 5.1 Técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais pela ótica da teoria do processo como relação jurídica - 5.2 Técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais pela ótica da teoria estruturalista do processo - 5.3 Técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais no estado democrático de Direito - 6. Conclusão - 7. Referências.

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Pós Doutor pela UNISISNOS; Doutor em Direito pela UNESA; Mestre pela Universidade São Francisco; Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela PUC Belo Horizonte, MG. Delegado de Polícia Classe Geral, aposentado – Polícia Civil do Estado de Minas Gerais. Gestor do Núcleo de Atividades Complementares da Faculdade de Direito do Sul de Minas, professor auxiliar da Faculdade de Direito do Sul de Minas e membro do Núcleo Docente Estruturante. E-mail: evsilvaf@globo.com.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas com MBA Executivo Internacional pela FGV em convênio com a Ohio University-EUA(FGV). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Direito Civil na Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas. E-mail: fabricioadriano@uol.com.br.

INTRODUÇÃO

A técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito é assunto de extrema relevância, não só para os pesquisadores da comunidade científica que se dedicam ao tema, mas também para todos aqueles que, diariamente, no curso da atividade profissional na atuação como Advogado ou na atuação como Juiz necessitam dos meios utilizados pela técnica processual, de modo que suas atividades estejam concatenadas com os pilares do Estado Democrático de Direito. A observância das técnicas estruturais normativas constitui um dos objetos da Ciência do Direito Processual com repercussão direta e imediata na atuação dos responsáveis pela produção do ato imperativo decisório estatal final, ou seja, o Estado-Juiz. Busca-se, neste ensaio, uma reflexão sobre a técnica processual, reportando-se à Técnica e a Ciência aplicada ao direito processual, passando pela técnica normativa estrutural na teoria do processo como relação jurídica em cotejo com a técnica estrutural na teoria estruturalista do Processo. Pretende-se fazer uma análise da função dos órgãos jurisdicionais atrelados a uma estrutura normativa que permita, ao longo do desenvolvimento, a oportunidade de participação das partes em contraditório para a construção de decisões fundamentadas.

Busca-se, ao final, que o leitor possa reanalisar a Função Estatal Jurisdicional nos pilares do Estado Democrático de Direito e para tanto, as construções técnicas, normativas e estruturais das decisões, de cunho democrático, deverão estar associadas a esta nova análise.

Destarte, a participação dos interessados em contraditório, a observância ao devido processo legal e a garantia ao devido processo constitucional deverão estar latentes ao longo do desenvolvimento do processo.

1 ASPECTOS RELEVANTES DA TÉCNICA E DA CIÊNCIA NO ESTUDO DO DIREITO PROCESSUAL

O processualista Aroldo Plínio Gonçalves, nos estudos do Direito Processual, ao abordar em capítulo específico de sua obra sobre a Ciência e a Técnica, recorre-se às lições de Lalande que define a técnica como “o conjunto de procedimentos bem definidos e transmissíveis destinados a produzir certos resultados julgados

úteis” (GONÇALVES, 1992. p. 22). Não se pode afastar desta concepção a importância dos métodos que são organizados para a obtenção de resultados para se atingir a determinadas finalidades. Nesta esteira de pensamento defendida por Lalande encontrou o apoio da doutrina de Aroldo Plínio Gonçalves e de Rosemiro Pereira Leal que corroboram com este entendimento. Conclui-se que a técnica precede à ciência (Aroldo Plínio) e num segundo estágio de seu desenvolvimento, fornece base empírica para a formulação de teorias e objeto de conhecimento para a ciência (Rosemiro Pereira Leal).

Permite-se, após explicitar algumas noções básicas sobre a Técnica, abordar com mais pertinência sobre o tema Ciência. Na concepção de Aroldo Plínio Gonçalves, a ciência pode ser vista através de duas acepções de termos que se completam. As acepções trabalhadas pelo doutrinador são: a ciência enquanto atividade que produz conhecimento e a ciência como conjunto de conhecimentos fundamentados. Estas duas concepções não podem ser dissociadas, pois elas se completam para elucidar o significado do termo ciência. É oportuno colacionar, *ipsis literis*, os ensinamentos de Aroldo Plínio Gonçalves em relação à atividade criadora da ciência:

A atividade essencial da ciência é essa procura das semelhanças não aparentes, da unificação, no entendimento, do que se encontra fragmentado e disperso em algum plano da realidade. É no momento dessa unificação do real no conceito, que é classicamente definido como uma unidade mental pela qual se representa alguma parcela da realidade no intelecto, que a Ciência exerce sua atividade criadora. (GONÇALVES, 1992. p. 21)

Rosemiro Pereira Leal, a seu turno, afirma que a ciência busca a produção e o crescimento esclarecido do conhecimento pela dialetização dos enunciados técnico-teóricos, visto que, a atividade preponderante da ciência é esclarecer a técnica e de suas teorias e ideologias (LEAL, 2005). Eduardo García Máynez citado por Aroldo Plínio Gonçalves sustenta:

Toda técnica genuína deve encontrar-se iluminada pelas luzes da ciência, e, por isso, toda técnica é de índole científica, pois uma técnica não científica não é técnica, porque se torna incapaz de cumprir seu destino. (MÁYNEZ, 1992, p. 23)

Aroldo Plínio Gonçalves refuta as ideias de Eduardo García Máynez ao dizer que já existe base suficiente para se afirmar que “há técnicas produzidas antes da

ciência, e que os procedimentos mágicos primitivos eram dotados de admirável eficácia para a consecução das finalidades desejadas”.

Neste desiderato, a ciência do Direito Processual teve a sua fase de construção voltada para o desenvolvimento de técnicas e do estudo de investigação do seu objeto, sendo este constituído pelas normas que organizam e disciplinam a própria técnica de aplicação do Direito pelo Estado, através dos órgãos da jurisdição. (GONÇALVES, 1992, p. 46)

Conclui-se, portanto, que a técnica se difere da ciência. A técnica destaca-se por ser um conjunto de procedimentos adequados para se atingir determinadas finalidades. Ao transportar estes procedimentos utilizados pela técnica para uma concepção processual, pode-se concluir que o processo realizado como procedimento em contraditório, a de ser desenvolvido sob uma disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional) por meio de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal). (BRÊTAS, 2004, p. 143)

2 O DIREITO PROCESSUAL COMO COMPLEXO DE NORMAS

Importantes são algumas reflexões sobre o Direito Processual como complexo normativo, pois as normas processuais uma vez destinadas a aplicação do ordenamento jurídico, fixando competência e atribuindo sanções, hão de observar uma técnica normativa que norteará não só a sua elaboração como também a aplicação pelo Estado-Juiz.

A expressão Direito Processual pode designar duas concepções: primeiro, designa uma ciência, ou seja, uma atividade de conhecimento organizado; segundo, designa um complexo normativo que constitui o seu objeto.

Ao interpretar o Direito Processual como complexo de normas, estas possuem a função de conferir significado jurídico a determinadas situações produzidas por fatos e atos que recebem valoração normativa.

Léon Duguit citado por Aroldo Plínio Gonçalves classifica as normas jurídicas em normativas, e, construtivas ou técnicas. As normativas são os imperativos que impõe uma abstenção ou uma ação, constituindo-se como condição de manutenção da vida em sociedade; as normas constitutivas ou técnicas organizam, fixam competência, criam as vias para a aplicação de sanções jurídicas, determinam o poder e o alcance das decisões (GONÇALVES, 1992, p. 49). Deve-se estabelecer

diálogos entre as normas jurídicas normativas e as construtivas, pois ambas se completam, possuem substância, conteúdo e matéria próprios e se inserem no mesmo ordenamento jurídico. Nas lições de Rosemiro Pereira Leal encontra-se uma concepção de norma processual que pode ser compreendida como sendo:

A norma processual compreende comandos de disciplinação da jurisdição e do procedimento como estrutura e instrumento jurídica de exame e debate dos direitos materiais e até processuais. As normas processuais estabelecem critérios de proceder para todos e especialmente para os que exerçam a jurisdição em nome do Estado. (LEAL, 2005, p. 127)

Necessário se faz uma abordagem sobre a concepção de Jurisdição, o que será feita no próximo tópico, mas desde já se evidencia que as normas processuais disciplinam o exercício da função jurisdicional.

3 PODER E FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

O doutrinador Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias traz à baila, em sua obra, com respaldo na doutrina de Karl Loewenstein que os estímulos fundamentais que regem as relações humanas são o amor, a fé e o poder, estando tais estímulos unidos e entrelaçados por elos misteriosos, sendo por tal motivo, denominados por Karl Loewenstein de “enigmática tríade”. O doutrinador faz considerações no sentido de compreender a sociedade como um sistema de relações de poder, que possui caráter variado e fundado no poder político, social, econômico, religioso, moral ou cultural. A noção de poder para o doutrinador é aquele compreendido como relação sociopsicológica, fundada no efeito recíproco das ações daqueles que o detêm e o exercem e das ações de seus destinatários, ou seja, daqueles perante os quais o poder é exercido. Os conteúdos do poder (político, social, econômico religioso, moral) são estudados pelo Direito político, que, segundo a doutrina de Ronaldo Brêtas, buscam estudar o equilíbrio harmonioso entre o exercício do poder político pelo Estado e a garantia das liberdades dos destinatários desse mesmo poder. (BRÊTAS, 2004, p. 62)

Nesta esteira de pensamento, ancorado também nas lições de Aroldo Plínio Gonçalves, o Estado enquanto representante de uma sociedade politicamente organizada pelo Direito assume o poder em nome da nação, pois legisla estatuidando deveres, garantindo direitos e exercendo a função jurisdicional, pelo qual reage

contra o ilícito e promove a tutela de Direitos implementando o ordenamento jurídico. (GONÇALVES, 1992, p. 50)

Não se pode chegar a uma outra conclusão senão a de que no Estado de Direito o poder legitimante constituído se exerce nos limites da lei e a função jurisdicional, que traz implicitamente o poder uno e indivisível do Estado, se exerce em conformidade com as normas que disciplinam a jurisdição.

Importante trazer as lições do Professor Ronaldo Brêtas sobre a noção de Jurisdição. Para o Professor a Jurisdição é

Atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e a fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico. (BRÊTAS, 2004, p. 83)

A função jurisdicional está estritamente ligada aos preceitos constitucionais que se apresentam no ordenamento jurídico como princípios. Esses preceitos constitucionais balizam o sistema normativo, impedem a sua projeção além das normas que com ela possam ser incompatíveis, em direção contrária aos fundamentos, e por último limitam a atuação do poder.

No desenvolvimento do processo realizado em contraditório, Teoria Estruturalista desenvolvida por Elio Fazzalari, o poder é exercido pelo Estado-Juiz e não pelas partes. As partes no processo exercem faculdades e uma vez não exercidas estas faculdades podem se converter em ônus. No desenvolvimento do processo o Juiz é quem exerce o poder. O juiz não assume a função de “super parte”, mas sim de um “diretor” dialogador e garantidor da participação das partes em simétrica paridade.

Em relação à atuação da limitação do poder, José Alfredo de Oliveira Baracho, na esteira da doutrina de Bertrand de Jouvenel, que, buscando as lições em Montesquieu, afirma ser “experiência permanente, que todo homem que tem o poder é impulsionado a abusar do mesmo, chegando até onde encontra a barreira” (BARACHO, 1984, p. 29). Ciente desta acepção, Montesquieu deu início aos estudos sobre a manutenção do equilíbrio entre os poderes exercidos pelo Estado, tornando conhecida a célebre frase: “Para que não se possa abusar do poder, é

preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder”. (BRÊTAS, 2004, p. 68)

Faz-se importante salientar que a trilogia da divisão das funções do Estado referidas por Montesquieu não se confunde com a “separação dos poderes”, mesmo porque o poder é uno, soberano e inseparável e emana de uma única fonte: o povo. Em uma ordem jurídica contemporânea todo poder emana do povo e em nome do povo o poder é exercido. Quando se fala em “tripartição dos poderes”, na verdade, o que se pretende extrair desta expressão é a divisão das atividades estatais através da função legislativa, administrativa e jurisdicional e não simplesmente a separação dos poderes, pois como já foi dito o poder não se divide. A outorga das competências para o exercício das atividades estatais é estabelecida na Constituição Federal

O poder é elemento formal do Estado, sendo sempre exercido através do ordenamento jurídico, principalmente pelas normas constitucionais, pois estas são regras basilares e norteiam a organização, o exercício do poder político, os direitos e as liberdades individuais e coletivas.

4 DECISÃO JURISDICIONAL

Antes de investigar sobre a relevância das decisões jurisdicionais, faz-se necessário retomar a importância de se compreender a função estatal jurisdicional do Estado, como uma função que, uma vez provocada, culminará na prolação de uma decisão de caráter imperativo aos seus destinatários.

O doutrinador Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, sob a égide da melhor doutrina, condensa ideias relevantes sobre a função jurisdicional:

A função jurisdicional permite ao Estado, quando provocado, pronunciar o direito de forma imperativa e em posição imparcial, tendo por base um processo legal e previamente organizado, segundo o ordenamento jurídico constituído pelas normas que o Estado edita, nas situações concretas da vida social e em que essas normas são cumpridas. (BRÊTAS, 2004, p. 76)

O Estado, quando provocado pelos interessados (que ao final carecem de resposta para as suas pretensões) no exercício da função jurisdicional, deve observar durante os procedimentos que culminarão em uma decisão jurisdicional, uma técnica normativa que permita a participação das partes em contraditório e a observância ao devido processo legal.

Não são outros os ensinamentos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

A esse desiderato, está o processo plenamente ajustado à referida estrutura normativa (devido processo legal), como procedimento que se realiza em contraditório entre as partes, por exigência do devido processo constitucional, sem exceção de espécie alguma. Assim o é, porque o contraditório viabiliza a simétrica participação igualitária das partes destinatárias do pronunciamento jurisdicional decisório final (decisão, sentença, provimento) na fase procedimental da sua preparação, influenciando as mesmas partes na sua construção. (BRETAS, 2005, p. 68)

É de suma importância analisar o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais que deve estar inserido nesta estrutura normativa onde o processo será desenvolvido. A seguir, esboça-se, sucintamente, algumas considerações relevantes sobre a questão.

4.1 A GARANTIA DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS

A garantia da motivação das decisões jurisdicionais encontra-se amparo no art. 93, IX, da Constituição Federal e deve ser observado em todos os pronunciamentos de cunho decisório. A Constituição Federal ao afirmar que todos os julgamentos serão públicos e que todas as decisões serão fundamentadas sob pena de nulidade, revela uma importante garantia, em favor das partes, contra eventuais excessos do Estado-Juiz, limitando dessa forma os poderes auferidos aos magistrados e tribunais. A previsão constitucional revela a recepção das disposições contidas nos art. 165 e 458 do Código de Processo Civil que impõem a obrigatoriedade aos agentes públicos responsáveis pelas decisões jurisdicionais de as fundamentarem.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias elucida que

A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão (“devido processo legal”), em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional com observância do ordenamento jurídico vigente e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos. (BRÊTAS (2), 2005, p. 147-161)

Somente por meio da declaração expressa dos motivos da decisão será possível reconstituir o caminho percorrido pelo magistrado, aferindo-se, assim, o atendimento às prescrições legais e o efetivo exame das questões suscitadas pelas partes no curso do procedimento. Associado ao princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais está o princípio da determinabilidade das normas jurídicas. Este princípio impõe a obrigatoriedade da indicação dos dispositivos legais em que se fundou a decisão proferida, não foi outro o entendimento de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias em seu artigo denominado “Técnica de arrazoar recursos”, no qual denomina a indicação dos dispositivos legais controvertidos (em se tratando de recursos) de “prequestionamento explícito”. (BRÊTAS, 1994, p. 79-87)

Ora se o Estado-Juiz deve avaliar o conjunto probatório levado aos autos pelas partes para a tomada das decisões, nota-se um inegável entrelaçamento do princípio da motivação com o princípio do contraditório que podem ser sintetizados nas palavras de André Cordeiro Leal:

Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve ser efetivamente entrelaçado com o princípio [...] da fundamentação das decisões, de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido, para a motivação das decisões”, concluindo, “decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no seu iter procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade. (LEAL, 2002)

Assim sendo, não pode ser outra a interpretação de que a fundamentação das decisões encontram-se inseparável do princípio do contraditório. A decisão a ser proferida há de ser um reflexo das questões discutidas e suscitadas pelas partes e consubstanciada no ordenamento jurídico.

4.2 DECISÃO FUNDAMENTADA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Em consulta aos ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal (2002, p.130) toda decisão democrática deve ser identificada dentro de uma estrutura do devido processo constitucional. Esta estrutura procedimental processualizada dispensa qualquer forma volitiva de tutela, porque é na estrutura processual que se legitima toda atividade estatal normativa.

Dizer que o Estado-Juiz assume uma função de proteção dos direitos de todos aqueles que buscam solucionar os litígios perante os órgãos julgadores é

distorcida. É inconcebível, no Estado Democrático de Direito, que o Juiz seja um “tutor” da Constituição ou do próprio sistema processual porque o devido processo constitucional não precisa de uma proteção solene, uma vez que o processo constitucional é uma metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais (BRÊTAS, 2007, p. 217-252), que possui um eixo principiológico-discursivo da operacionalização permanente de um controle de constitucionalidade difuso, total, abstrato, concreto, amplo e irrestrito. (LEAL, 2002, p.130)

São frequentes as referências nos textos doutrinários e nos artigos especializados, que o processo é o instrumento da jurisdição voltado à finalidade de resguardar direitos e garantias fundamentais tendo como objetivo final a pacificação social (são os chamados escopos metajurídicos do processo desenvolvidos por Cândido Rangel Dinamarco) (2005, p. 207). Esta concepção não se coaduna com o entendimento do processo como metodologia normativa (concepção defendida neste trabalho) porque o processo não é um instrumento técnico da jurisdição. O processo não é apenas um direito instrumental, mas uma metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais, em que suas instituições estruturais, que são, a jurisdição, a ação e o processo, remetem-nos à efetivação dos direitos essenciais (BARACHO, 1984). Nesta mesma linha de entendimento, Eduardo Couture ao tratar da tutela constitucional do processo, afirma ser o processo instrumento de proteção do direito que se efetiva pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais.

Por derradeiro, só será possível falar de tutela processual uma vez observado o império das previsões constitucionais que têm como suporte as garantias constitucionais.

5 TÉCNICA NORMATIVA ESTRUTURAL DAS DECISÕES JURISDICIONAIS

O procedimento jurisdicional é uma atividade disciplinada por uma estrutura normativa cuja finalidade é a preparação de um ato decisório estatal final com a participação, em contraditório, de seus destinatários. A essa estrutura normativa pode interpretá-la como a manifestação de uma técnica criada pelo ordenamento jurídico e lapidada pelos estudos da ciência do Direito Processual. A ciência processual formula conceitos, categorias e instituições pertinentes a toda a atividade

da jurisdição com o escopo em oferecer o melhor instrumental teórico para que o processo se torne a técnica mais idônea possível no cumprimento de sua finalidade.

A importância do processo como estrutura normativa que se deve revestir de técnicas no seu desenvolvimento não é pertinente apenas aos processos jurisdicionais. Seja no processo administrativo, no legislativo ou no jurisdicional a instrumentalidade técnica, em qualquer um dos três, é a mesma. Seja no processo de elaboração das leis, ou na produção de atos administrativos com repercussão na esfera dos administrados ou nas decisões jurisdicionais, o processo se revela como um modelo ideal de participação dos destinatários não só na elaboração, mas também na sua execução e na aplicação do direito.

É de se ressaltar que em toda instauração de um processo pretende-se a obtenção de um ato decisório final que se revestirá de caráter imperativo. Para tanto, a preocupação com o desenvolvimento da técnica deve se dar de modo democrático (para que ela não deixe de ser observada por omissão dos interessados, ou, seja violada quando da elaboração das decisões) em toda a estrutura normativa, sem olvidar que esta deva ser adequada e ágil. Nesta ótica, cabe uma colocação de cunho altamente elementar. Não se pode violar direitos e garantias processuais, que não de ser observados no desenvolvimento do processo, em nome da “celeridade das decisões”. Em busca de decisões rápidas e céleres não serão possíveis a admissão da violação dos direitos e garantias fundamentais e tampouco o desrespeito às técnicas ou ao modo de aplica-las no desenrolar dos procedimentos.

5.1 TÉCNICA NORMATIVA ESTRUTURAL DAS DECISÕES JURISDICIONAIS PELA ÓTICA DA TEORIA DO PROCESSO COMO RELAÇÃO JURÍDICA

A teoria do processo como relação jurídica foi desenvolvida por Bülow em 1868. Esta teoria foi o marco da autonomia do Processo ante o conteúdo do direito material; os pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação Juiz, Autor e Réu foram desenvolvidos ao longo das pesquisas feitas pelo referido processualista.

Para a validade e a legítima constituição do processo, seriam necessários requisitos que Juiz, o Autor e o Réu deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto que o direito disputado pelas partes se situava em um plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de

direito material, criadora do bem da vida que define a matéria de mérito e as normas de direito processual.

A escola instrumentalista fundada por Liebman em São Paulo nos idos de 1940 trabalham com a concepção de processo nas bases nitidamente bülowianas, “a noção do processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional)”. Os seguidores da Teoria Instrumentalista do Processo, capitaneados por Cândido Rangel Dinamarco chegam a conceber escopos metajurídicos ao processo. Todos os argumentos se desenvolvem em torno da “justiça social”. Candido Rangel Dinamarco em sua obra expõe: “os fins da jurisdição não são apenas jurídicos, mas também sociais compreendendo a pacificação com justiça, e também fins políticos”. Prossegue o processualista: “os escopos metajurídicos não são os mesmos porque estes variam com os momentos sociais que são distintos e os sistemas políticos diferentes” (DINAMARCO, 2005, p. 206-219). Em contraposição às ideias de Cândido Dinamarco, Aroldo Plínio Gonçalves entende que estes escopos seriam pré-jurídicos, pois estes momentos de transformação preparam o advento de uma nova ordem jurídica e isso escapa ao objeto do direito processual civil como ciência que estuda a norma que disciplina a jurisdição. A ordem política e a ordem social têm o seu fundamento na ordem jurídica, existem dentro do ordenamento jurídico e sofrem a sua regulamentação. (GONÇALVES, 1992. p.183)

Diante do exposto, não é admissível no Estado Democrático de Direito, que a técnica normativa estrutural das decisões jurisdicionais concebida pelos decisores que se “alimentam” dos escopos metajurídicos do processo, que sejam as decisões antidemocráticas, uma vez que o juiz aparece como centro gravitacional do processo exercendo poderes e faculdades como se fosse um Juiz-Hércules que pode aplicar o direito da forma que lhe parece mais justa.

Ressalta-se, neste momento, a prejudicial aplicação da patologia do Complexo de Magnaud (BRÊTAS, 2004, p.134) na técnica estrutural normativa desenvolvida pelos juízes. Essa técnica coloca a decisão jurisdicional como produto da criação solitária do Juiz que se apoia em noções inconsistentes de justiça e equidade. A sociedade precisa de bons juízes, mas não transfere para a consciência do julgador a medida de seus direitos.

Pelo exposto, conclui-se que aderir a essa linha de pensamento defendida pelos doutrinadores da corrente instrumentalista do processo com escopos

metajurídicos é um retrocesso em prejuízo da técnica nas decisões judiciais. Além de serem as decisões antidemocráticas elas colocam nas mãos do Estado-Juiz toda a responsabilidade pela aplicação do direito o que se torna um grande perigo, pois os juízes em muitos casos se tornam verdadeiros legisladores.

5.2 TÉCNICA NORMATIVA ESTRUTURAL DAS DECISÕES JURISDICIONAIS PELA ÓTICA DA TEORIA ESTRUTURALISTA DO PROCESSO

A teoria estruturalista foi desenvolvida por Elio Fazzalari em 1978 e esta negou a estruturação da sentença como ato de sensibilidade do juiz iniciando uma nova concepção de processo visto pela democratização do discurso processual. Esta teoria é chamada de estruturalista porque o procedimento é uma estrutura técnica e o processo é espécie de procedimento realizado em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, na preparação dos atos judiciais decisórios.

Nas lições de Elio Fazzalari:

O processo é uma estrutura técnico-jurídica de atos lógico-temporais realizada em contraditório; e o procedimento é uma estrutura técnica de atos jurídicos seqüenciais numa relação espaço-temporal, segundo o modelo legal, em que o ato inicial é sempre pressuposto (condição) do ato consequente este como extensão do ato antecedente e assim, sucessivamente, até o provimento final. (FAZZALARI, 2006, p. 109-115)

Para uma melhor compreensão sobre a técnica inserida no processo que vai se desenvolver em contraditório, necessário não olvidar que o processo que se põe como estudo do Direito Processual é o processo judicial, porque o Direito Processual civil tem como objeto de investigação a norma que regula o exercício da jurisdição. A principal finalidade do processo judicial é o seu correto desenvolvimento, e este correto desenvolvimento pressupõe o processo que se desenvolve em contraditório entre as partes, onde as questões controvertidas de direito material serão apreciadas e decididas. (GONÇALVES, 1992, p. 170)

A presença do contraditório no procedimento que preparará a decisão judicial possibilita que as partes construam, com o Estado-Juiz, o autor do ato estatal de caráter imperativo, o próprio processo, e que assim, participem da formação da sentença. Hodiernamente, a visão do contraditório não é simplesmente o dizer e o contradizer; ou dizer que o contraditório é uma ciência bilateral dos atos do processo também não mais se coaduna com os diversos procedimentos previstos no Código de Processo Civil. Estará o contraditório presente mesmo quando não há

divergência de interesses como p. exemplo na ação que pretende alienar bens de filhos menores, onde o Ministério Público será ouvido e não há conflito de interesses, ou, nas ações declaratórias de constitucionalidade em que será ouvido o Advogado Geral da União para a defesa do texto impugnado.

Diferente é a função do Juiz para os seguidores da teoria estruturalista para os da teoria do processo como relação jurídica. Para os estudiosos da teoria estruturalista o Juiz tem o dever de se ater ao pedido e às espécies de medidas jurisdicionais autorizadas pela norma (GONÇALVES, 1992, p. 173). O Juiz, nesta teoria, atua como órgão do Estado, que uma vez provocado (princípio do *nemo iudex sine actore*), estará atrelado ao pedido e às medidas jurisdicionais previstas no ordenamento jurídico. A imposição de medidas, pelo Estado-Juiz, que não se encontram previsão no ordenamento jurídico é a manifestação antidemocrática das decisões jurisdicionais. O Estado deve interferir na esfera dos direitos dos jurisdicionados através do exercício de sua função jurisdicional condicionada à provocação dos próprios interessados sejam nos processos contenciosos ou nos processos de jurisdição voluntária.

5.3 TÉCNICA NORMATIVA ESTRUTURAL DAS DECISÕES JURISDICIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, necessários alguns esclarecimentos sobre o que se entende sobre “Estado Democrático de Direito”. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias recorrendo-se às lições de José Alfredo de Oliveira Baracho entre outros, aponta os elementos configuradores do Estado Democrático de Direito, elencando-os como assentados nas seguintes bases: a) no império da lei, compreendido como vontade geral emanada da função legislativa exercida em nome do povo por seus representantes; b) separação das funções (e não dos poderes) do Estado em administrativa, legislativa e jurisdicional; c) vinculação da administração pública à legalidade estrita, significando atuação do Estado conforme a lei, sujeitando-se, inclusive ao controle jurisdicional; d) no enunciado dos direitos e liberdades fundamentais do povo, reconhecidos sob garantia jurídico-formal e efetiva realização material (BRÊTAS, 2004, p. 96). É de suma importância perquirir a fonte na qual o Estado Democrático de Direito busca seus alicerces jurídico-normativos, para que se possa cogitar acerca de seus princípios diretivos, aplicáveis à função jurisdicional e, portanto, necessários na concepção de uma técnica normativa estrutural.

Nas lições de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

O Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais. (BRÊTAS, 2004, p. 150-163)

Portanto, a fonte das bases jurídico-normativas do Estado Democrático de Direito é a Constituição que influenciará de modo decisivo na concepção de uma técnica normativa estrutural das decisões judiciais.

Para discorrer sobre a normatividade técnica no Estado Democrático de Direito é fundamental a análise da legitimidade decisória. Existem duas ramificações para legitimar as decisões judiciais, são elas: primeiro, a legitimidade construtiva-estruturante da decisão (analisada pelo aspecto substancial); segundo, a legitimidade prolatória da decisão (analisada pelo aspecto formal). Nesta a legitimidade é exercida unicamente pelo agente público decisor sempre em nome do povo e naquela a legitimidade é exercida pelos destinatários normativos das decisões em conjunto com o agente público decisor, sendo por isso, uma legitimidade considerada democrática.

O eixo construtivo, antes desenvolvido por Büllow e pelos adeptos da teoria da relação jurídica, teve um novo mecanismo de estruturação, de cunho mais democrático, na teoria estruturalista de Fazzalari. No Estado Democrático de Direito a decisão judicial é construída no bojo do procedimento de modo que se atenda a própria finalidade do processo. As partes ao tomarem ciência das decisões judiciais compreendem que esta não é um ato unilateral de clarividência do julgador, não condicionada pela magnanimidade do fenômeno Magnaud, mas uma decisão que é fruto de sua participação recíproca e pelo recíproco controle dos atos do processo. Neste contexto, a legitimidade construtiva-estruturante da decisão pertence aos destinatários normativos da decisão juntamente ao Juiz (CATTONI, 2001, p. 153-154). Através desta estrutura legitimada permite-se uma fiscalização participativa entre os interessados que se dá através do contraditório.

Por meio desta estrutura legitimante atende-se à proposta de Friedrich Müller uma vez que esta estrutura é um ciclo permanente no sentido de que o destinatário da norma é também o seu autor e aplicador.

Consubstanciado nos estudos da obra de Ronaldo Brêtas permite-se a conclusão de que a técnica normativa estrutural das decisões no Estado

Democrático de Direito só poderá ser alcançada se integrar a técnica, que é normativa, aos demais subprincípios que vão concretizar o princípio do Estado Democrático de Direito: supremacia da constituição, legalidade, fundamentação e determinabilidade.

6 CONCLUSÃO

Das reflexões propostas neste trabalho, conclui-se que a técnica estrutural normativa das decisões jurisdicionais proposta pela corrente instrumentalista do processo não pode prosperar. A técnica não está inserida nos moldes de se estabelecer uma decisão de cunho democrático. Para essa concepção a decisão jurisdicional é fruto dos poderes atribuídos ao Estado-juiz para a construção de decisões solitárias e sentimentais.

Hodiernamente, só será possível admitir uma técnica estrutural normativa das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, se os órgãos jurisdicionais se submeterem aos princípios da supremacia da constituição, prevalência da lei, fundamentação das decisões e determinabilidade das normas jurídicas. Quando os órgãos jurisdicionais se submeterem aos aludidos princípios estará se respeitando o devido processo constitucional. As decisões jurisdicionais devem ser o resultado de uma técnica que observou uma construção estruturada em uma ordenação lógica em contraditório entre as partes com feição na Teoria Estruturalista de Élio Fazzalari. Deste modo, a fiscalização pelos destinatários das decisões será permanente, fechando assim o ciclo proposto por Friedrich Müller (o destinatário da norma é o seu autor e também o seu aplicador).

7 REFERÊNCIAS

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

BRÊTAS C. DIAS, Ronaldo. As reformas do Código de Processo civil e o processo Constitucional. In: Ronaldo Brêtas de Carvahô Dias e Luciana Diniz Nepomuceno (org.). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 8, n. 16, p. 147-161, 2º sem/2005.

_____. Técnica de arazoar recursos. **Boletim Técnico da Escola de Advocacia da OAB/MG**, v. 1, n.2, p.79-87, abr.1994.

_____. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo no Estado Democrático de Direito. In: Maecelo Campos Gallupo (org.). **O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006.

_____. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 7, ns. 13 e 14, p. 150-163, 1º e 2º sem/2004.

_____. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Capítulos II e III.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

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

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2005.

_____. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

Artigo recebido em: Julho/2016

Aceito em: Setembro/2016