

“PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO”? CANTANDO ‘GO YANKEES’ NO FENWAY PARK

Gustavo Osna¹

Resumo: O presente artigo analisa um aspecto crítico da relação entre o mecanismo oficial de resolução de disputas e a sociedade: a noção de que estaríamos vivenciando a formação de um “processo civil democrático”. Para tanto, apresenta-se primeiramente essa questão e o seu aparente apogeu com o Código de 2015. Na sequência, investiga-se a coerência desse argumento, observando alguns dos aspectos problemáticos ligados à compreensão e à aplicação do ideal da “democracia”. Isso leva à constatação de que o nosso processo civil possui um pano de fundo cultural antidemocrático. Por fim, conclui-se que a disciplina não pode ser caracterizada como democrática sem que, com isso, esvazie-se a força normativa da própria ideia de “democracia”.

Palavras Chave: Processo civil; democracia; tecnicismo; participação; cultura.

INTRODUÇÃO



o cenário esportivo estadunidense, a rivalidade entre New York Yankees e Boston Red Sox assume protagonismo. Isso faz com que torcer por sua equipe em território adversário desperte imediata desaprovação. Seja gritando Yankees no Fenway

¹ Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Mestre em Direito das Relações Sociais e Bacharel em Direito pela UFPR. Membro do Núcleo de Processo Comparado - UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Advogado. Professor em cursos de pós-graduação e de especialização.

Park, seja cantando Sox no Yankee Stadium, o ato irá contrariar uma multidão.

O presente artigo parte desse paralelo para se opor a algo que, também, constitui um coro quase uníssono em nosso atual processo civil: a ideia de que estamos vivenciando uma *guinada democrática* da disciplina. Ao longo dos últimos anos, a assertiva se tornou usual. Ora se falando em *cooperação processual*, ora em *colaboração processual*, não raramente são trazidas variações suaves para se chegar a essa conclusão.

Não obstante, acreditamos que essa leitura depende de algumas indagações prévias. E é a elas que o presente ensaio se destina: o que faria com que o atual desenho do processo se mostrasse mais *democrático*? Essa afirmação confere a devida normatividade à ideia de *democracia*? Há uma real possibilidade de articulação dessas pontas?

Para enfrentar esses problemas, o estudo se divide em três itens. No primeiro, são expostas algumas das principais argumentações que sustentam o eventual enlace entre democracia e resolução de disputas. No segundo, essa questão é problematizada, colocando-se em cheque a própria vagueza aí atribuída ao modelo democrático. Por fim, no último, sustenta-se que há características atuais de nosso sistema processual que tornam essa conjugação (no mínimo) problemática.

1. O “PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO” E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

1.1. A PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS E O PODER ESTATAL

Para compreender o debate aqui proposto, é essencial ter como premissa que o processo civil não é uma *ilha*; que ele não se estrutura de forma desatenta ao seu ambiente e às necessidades existentes ao seu redor (MITIDIERO, 2011, p.55. CHASE,

2014. OSNA, 2017). Sua conformação é predominante *contextual*, sendo permeado por suas condições *culturais, legislativas e estruturais*. Com esse dado, forma-se um importante ponto para a compreensão da matéria e o exame de suas modificações (ARENHART e OSNA, 2014. p.199).

Afinal, por qual motivo países geograficamente próximos atribuem importância tão diversa a um mesmo aspecto procedimental? O que faz com que em algumas localidades a auto-composição possua aplicação mais próspera? É possível alterar a moldura processual sem levar em conta as condições materiais existentes?

Os problemas demonstram que analisar o mecanismo oficial de resolução de disputas exige uma leitura ampla e *proporcional* (ARENHART e OSNA, 2014. CAPONI, 2011, p.399). A perspectiva comparada já oferece exemplos recentes desse enfoque, como a reforma da *Rule of Discovery* estadunidense ou a reconstrução geral das *Civil Procedure Rules* inglesas (OSNA, 2017. p.98). Em resumo, é preciso desconstruir o castelo teórico da disciplina, aproximando-a da realidade.

Partindo desse suporte, em um ambiente marcado pelo monopólio jurisdicional, o processo inevitavelmente será também impactado pela *forma* adotada pelo poder público para interagir com a sociedade; haverá uma constante relação entre a *resolução de disputas* e a *gestão do poder*. Essa questão foi exposta com minúcia por Mirjan Damaska, levando-o a, didaticamente, contrapor dois tipos ideais de processo: de um lado, o sistema *hierárquico*; de outro, o modelo *coordenado* (DAMASKA, 1986. p.16). A partir dessa antípoda, seriam percebidas diferenças capazes de impactar o *design* estatal.

Iniciando a análise pelo processo *hierarquizado*, podemos afirmar que a sua guia mestra seria a *separação* entre *profissionais* e *leigos* – conferindo-se, na resolução do conflito, protagonismo apenas aos primeiros. Seja na adoção de parâmetros decisórios, seja na fixação de procedimentos, esse aspecto

ditaria o ritmo do jogo (DAMASKA, 1986. p.19). Além disso, a própria estrutura jurisdicional seria marcada por uma hierarquia verticalizada. Em cada um desses aspectos, haveria uma mesma preocupação de fundo: a obtenção de previsibilidade e de controle, levando uma (aparente) segurança.

Por outro lado, o modelo *coordenado* seria insculpido a partir de bases diversas. Nele, o tecnicismo não assumiria a mesma relevância, admitindo-se e recomendando-se uma maior interação entre os atores do processo e a comunidade. De forma circular, também existiria uma modificação essencial quanto aos critérios de decisão: se no modelo *hierarquizado* o protagonismo seria dado a parâmetros pré-estabelecidos, o sistema *coordenado* priorizaria as necessidades do caso concreto (DAMASKA, 1986. p.24). Atuaria, enfim, de forma mais horizontal e flexível.

O que, porém, levaria à formação dessas duas perspectivas? Por qual motivo determinados sistemas processuais pendiam para algum dos lados da balança?

Articulando esses elementos, Damaska demonstra que os dois modelos ideais de processo seriam expressão de duas formas, também puras, de organização do próprio Estado. Assim, enquanto um sistema precipuamente *coordenado* refletiria um Estado mais propenso a atuar de forma *dialógica*, o modelo *hierarquizado* teria como referência um poder público de conduta *vertical* (DAMASKA, 1986). Em qualquer dos casos, a lógica processual refletiria a pintura mais ampla em que se insere.

Dando um passo adiante, reforçamos que essa ligação entre Estado e processo possui respaldo concreto. Em uma aproximação historiográfica, não é exagerado afirmar que a centralização da resolução de disputas pelo poder público *coincidiu* com a própria afirmação do Estado Liberal; que houve, entre os fatores, uma intrincada relação de *causalidade adequada*.

Realmente, ao reconhecermos que a concentração de poderes nas mãos do ente estatal não é uma construção *natural*, notamos que foi precisamente no liberalismo que esse

movimento se acentuou (WEBER, 2002, p.56). Caracterizou-se uma ruptura com o desenho *difuso* e *plural* então vigente: se até então a existência de órbitas paralelas de autoridade era plenamente aceitável, a ascensão da figura pública trouxe como corolários a concentração e a exclusão.

Direcionando os olhares especificamente ao campo jurídico, esse movimento levou à subsunção do *Direito à lei*; à crença de que apenas os comandos da esfera pública possuiriam juridicidade, configurando um *monismo estatal* (HESPANHA, 2012. GROSSI, 2005, p.30). Embora em termos materiais essa polarização seja questionável, dada a existência de fatos sociais também em outras esferas (DURKHEIM, 2007, p.02), ela representou peça chave do período.

Do mesmo modo, também foi aqui que se afirmou o já mencionado monopólio da jurisdição – estabelecendo-se que, além de *criar* o Direito, também incumbiria somente ao Estado *declará-lo*. Como exposto por Ovídio Baptista da Silva “*o crescimento avassalador do Estado moderno está intimamente ligado ao monopólio da produção e aplicação do direito, portanto à criação do direito, seja em nível legislativo, seja em nível jurisdicional*” (2009. p.23).

Por ter sido desenhado nesse contexto, nosso processo civil do último século também bebeu nas suas fontes. Isso refletiu tanto em sua função quanto em sua estrutura. Nos dois lados, aspectos como a *previsibilidade*, a *segurança* e a *calculabilidade* foram colocados como peças-centrais. Os discursos relacionados ao exercício jurisdicional emolduraram com perfeição esse quadro (MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, 2015, p.29). *Seeing like a state*, na expressão de James Scott (1998).

Essa adequação da disciplina também influenciou a sua geometria interna, levando-a a seguir um percurso fortemente *hierarquizado* – na acepção dada ao termo por Damaska. Além disso, em um Estado voltado a tratar *todos como formalmente iguais*, haveria embasamento para um distanciamento entre o

agente jurisdicional e os litigantes; a questão constituiria um postulado de *neutralidade*, sendo assim desejável.

O cenário desencadeou uma construção *assimétrica* do processo, na qual caberia ao magistrado o papel de protagonista. Em última análise, seria ele o responsável pela “*declaração da vontade da lei ao caso concreto*” (CHIOVENDA, 1922, p.349) – avaliando o material probatório, aferindo as alegações e adimplindo a “*promessa prevista na legislação*” (CARNELUTTI, 1958, p.40).

Embora essa carga ideológica tenha sofrido modificações funcionais ao longo do último século – levando à defesa de que incumbiria à jurisdição conferir uma *efetiva* proteção dos interesses materiais (DENTI, 1989, p.116. MARINONI, 1993) - o avanço instrumental não trouxe efeitos diretos no arranjo interno do processo. Pelo contrário, atribuindo ao magistrado a condição de sujeito constitucional e o obrigando a agir com firmeza nesse sentido, também seriam redimensionados seus poderes-deveres – em um caminho que poderia reforçar seu solipismo.

1.2. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O SEU MODELO “DEMOCRÁTICO”

Ao longo dos anos, porém, essa disparidade passou a ser gradativamente posta em debate. A crítica possuiu como ponto central a ideia de que, atualmente, um modelo em que o magistrado atuasse de forma *isolada e estranha* às partes não seria desejável. Caberia ao processo civil zelar também por esse aspecto; diante do inevitável pêndulo entre os seus *meios* e os seus *resultados* (BONE, 2003, p.189. DINAMARCO, 2005, p.160.), seria preciso atribuir maior importância aos primeiros. Foi nessa jornada que a menção à “*democracia*”, como possível baliza de adequação, tornou-se comum.

Diferentes argumentos, situados em perspectivas

também diversas, contribuíram para essa jornada. Sob o prisma filosófico, por exemplo, as principais peças inseridas no quebra-cabeça foram a problematização da própria noção de *verdade* e o reconhecimento de que um mesmo texto legal admite diferentes *interpretações* (SCHAUER, 2009, p.190). Nas duas pontas, surgiria um novo leque de dúvidas para a matéria.

Afinal, se um mesmo enunciado oportuniza diferentes conclusões, seria adequado que o magistrado agisse em *isolamento* para impor sua própria leitura? Dada a dificuldade (ou a real impossibilidade) de reconstrução dos fatos pretéritos, seria adequado que pudesse atuar sem *considerar seriamente* as alegações e as provas expostas pelos litigantes?

Por qualquer das vias, o modelo tradicional de processo é posto na linha de tiro. Defende-se a aproximação entre os seus atores, procurando atribuir ao autor e ao réu da disputa uma maior capacidade de influência e de debate.

Além disso, e com especial importância para as atuais finalidades, também se passou a argumentar que uma estrutura *de-sequilibrada* da resolução de conflitos não seria compatível com os novos cânones de legitimidade da esfera pública. Sendo assim, e considerando a natureza contextual do processo, seria imprescindível sua reconstrução.

Embora essa percepção não tenha sido exclusividade da realidade brasileira, ela repercutiu na nossa doutrina. Primeiramente, sob a ideia de *formalismo-valorativo* (ALVARO DE OLIVEIRA, 1997). Na sequência, com discursos acadêmicos de viés mais *cooperativo* ou *colaborativo* (DIDIER JR, 2010, p.77). Em qualquer dos casos, procurou-se alterar o *desenho* do processo, em uma orientação mais simétrica; avizinhar os seus sujeitos, conferindo maior relevância aos litigantes.

Cristalizando essa ideia, chega-se a afirmar que, nesse sistema, os atores processuais (autor, réu e juiz) comporiam uma verdadeira *comunidade de trabalho*. Embora o litígio se pausasse em interesses contrapostos, deveria haver um interesse

comum em garantir a devida atuação jurisdicional. Como consequência, seriam necessárias condutas mais leais e com maior coordenação.

Em termos normativos, essa ideia chegou ao seu apogeu na realidade brasileira com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque vários dos seus postulados foram encampados pela legislação.

Um primeiro item que simboliza essa questão é o fato de o novo Código, de maneira inovadora em nosso ordenamento, ter estabelecido em seu art.190 uma *permissão geral* para a celebração de negócios jurídicos processuais. Em termos breves, trata-se de acordos por meios dos quais as partes modificam, alteram ou derrogam regras procedimentais inerentes à sua disputa (ARENHART e OSNA, 2015, p.145). A ideia já recebeu importantes análises no âmbito comparado (CADIET, 2008, p.7. CAPONI, 2008, p.99). Por meio dela, procura-se *empoderar* as partes da disputa.

Da mesma forma, também poderia ser mencionada a exigência *rigorosa* de contraditório prévio trazida no art. 10 do Código. Refletindo uma preocupação com as ditas “decisões-surpresas”, a disposição impõe um constante *dever de consulta* às partes para que se decida a respeito de qualquer questão (mesmo que cognoscível de ofício). Reconhece-se a *primazia* do diálogo: embora incumba ao julgador o acerto do conflito, é defeso que o faça sem ouvir de maneira criteriosa as suas diferentes perspectivas (MITIDIERO, 2011. p.102).

Enfim, foi a partir desse arranjo que, desde o início de tramitação do novo diploma, costumou-se colocar a *democracia* como sua pedra-angular. Com viés de legitimação, salientou-se usualmente que o texto possuiria a virtude de ser a primeira legislação brasileira ligada à matéria aprovada em um contexto *democrático*. A aproximação entre os sujeitos do litígio refletiria essa questão, mostrando-se poderosa para esse fim.

Em nossa visão, contudo, essa afirmação não pode ser

aceita sem passar por algumas questões cruciais. Com elas, encerramos o presente capítulo.

Afinal, esse modelo de processo efetivamente se mostra mais *democrático*? Que atributos inerentes a uma democracia corroboram essa questão? Essa relação não encontra gargalos ou pontos-cegos?

2. O “PROBLEMA” DA DEMOCRACIA

2.1. “DEMOCRACIA”: UM CONCEITO E MUITAS VISÕES

As provocações acima levam a um primeiro desafio, de precedência necessária: compreender o que se pode entender, hoje, por *democracia*. Assim como só é possível determinar se uma música é ou não *samba* caso se defina o que é *samba*, só é viável cravar se o processo é ou não *democrático* caso se estabeleça o que é *democracia*. Em resumo, o teste de adequação não pode ser aplicado sem que se estabeleça seu conteúdo.

Ocorre que, respeitosamente, já aqui a noção de *democratização* do processo civil parece encontrar um nó. E isso porque acreditamos que ela *subestima* um problema profundo e espinhoso; toma como *genérico* algo que está longe de possuir esse grau de vagueza.

De fato, um exame criterioso demonstra que a que a noção de *democracia* vem sendo essencialmente debatida - em um processo marcado por disparidades ideológicas e por leituras mais ou menos amplas. O caminho é repleto de dilemas (SARTORI, 2017, p.23).

Que tipo de elemento seria determinante para a composição de um sistema democrático? Quais as peças essenciais para essa engrenagem? Seria possível descartar necessidades contextuais, defendendo a aplicação transnacional de um único modelo?

As dúvidas não admitem respostas simples. Na verdade,

sua análise leva a uma trilha repleta de possibilidades, exigindo escolhas e delimitações.

Nessa jornada, em determinado momento foi comum caracterizar a *democracia* como um sistema particularizado, essencialmente, por seu *processo eleitoral*. Sob esse prisma, os pontos determinantes para que um modelo fosse *democrático* seriam a possibilidade de ir às urnas e a higidez na agregação de votos; a existência de estruturas formais que transferissem legitimidade popular aos representantes.

Ocorre que já nesse primeiro aspecto há espaço frutífero para o debate. Ao longo das últimas décadas, tem-se sustentado que mesmo as *eleições*, para serem *democráticas*, exigiriam atributos que excedem o sufrágio. Conferindo maior complexidade ao problema, entrariam em cena aspectos ligados à *pluralidade* e à *paridade* da disputa (ELKIT e SVENSSON, 1997, p.32).

Em um cenário marcado por limitações excessivas à candidatura, haveria uma verdadeira possibilidade de representação? A idoneidade do fenômeno eleitoral não seria abalada por elementos como a discrepância de verbas para campanha? Qual o papel da mídia nesse jogo?

Em cada um dos pontos, o que se vê é que falar atualmente em *eleições democráticas* pode trazer desafios em diferentes trincheiras. Como consequência, torna-se incorreto encarar a questão com olhar de simplismo.

Além disso, o traçado do último século também fez com que passassem a ser inseridos no conceito de *democracia* aspectos que vão além do processo eleitoral. A partir desse movimento, tópicos como a participação, o *accountability* e a cultura democrática assumem posição de destaque no tabuleiro. A possibilidade de *interação* e de *controle* passa a ser usualmente inserida no *cerne* do sistema democrático, tornando-o ainda mais desafiador.

A conclusão é atingida no âmbito doutrinário a partir de diferentes caminhos, como a impossibilidade de que a

Administração se legitime apenas por seus *outputs* (OFFE, 1984, p.224) ou a vinculação implícita entre o seu capital e a sua responsividade (PUTNAM, 2001). Por qualquer deles, o que se vê é que o diálogo e o debate assumem uma nova função catalizadora; encampa-se a defesa de um modelo de esfera pública que não apenas impõe, mas que também ouve e compõe.

A esse caldo, soma-se ainda outro tempero especial: a *cultura democrática*. Conforme notado por teóricos como Bo Rothstein (2005), esse aspecto é elementar à própria possibilidade de participação; representa uma condição preliminar, impactando qualquer tipo de interação entre governantes e governados.

Em síntese, como alguém pode *controlar* a esfera administrativa sem possuir o devido *conhecimento* a respeito das suas atividades? É possível que a participação seja efetiva sem que esse elemento esteja presente? Nesse arranjo, qual o papel desempenhado pela *confiança* nas instituições?

Os aspectos demonstram que o pano de fundo *cultural* pode representar condição *sine qua non* para a afirmação de qualquer sistema democrático. É trazida mais uma curva para um percurso tortuoso e repleto de oscilações.

2.2. O DECLÍNIO DEMOCRÁTICO E O PROCESSO CIVIL

A indefinição descrita no tópico anterior, tornando opaco o que a democracia é, não tem se mostrado um complicador unicamente por motivos acadêmicos. Na verdade, sua principal consequência é concreta: o risco de que o debate *conceitual* obscureça os dilemas inerentes ao projeto *democrático*.

A preocupação com esse aspecto é reforçada ao recordarmos que o atual momento da democracia é usualmente descrito como de relativa *recessão* (SCHMITTER, 2015, p.33). Em poucas palavras, afirma-se que, ao mesmo tempo em que deixou de haver uma expansão de modelos concebidos como

democráticos, sistemas que já possuíam essa solidez foram colocados na linha de tiro. Acendeu-se uma luz amarela, exigindo cautela.

O cenário cotidiano não é modesto em exemplos desse movimento. Seja pelo avanço de discursos autoritários, seja pela dificuldade enfrentada em ambientes ditatoriais, verificam-se pontos de atenção. Mais que isso, as estratégias de *soft power* voltadas ao avanço autoritário parecem cada vez mais avançadas, exigindo uma postura ativa da própria sociedade civil (SHARP e JENKINS, 2015).

As tentativas de aferição empírica da democracia também corroboram esse problema. Como exemplo, na última avaliação trazida pela The Economist Intelligence Unit (por meio de seu Democracy Index) foi verificada uma estagnação no nível democrático. Também caminham nesse sentido os dados de outras entidades ligadas ao tema, como a Freedom House ou o Latinobarómetro. Em todos eles, a performance democrática é colocada em cheque.

Na mesma linha, o palco também tem sido marcado pelo avanço de outro elemento: os chamados regimes *híbridos* (ARCHETTI, 2016, p.17). Por mais que o tema seja complexo e enseje diferentes debates, amplia-se com isso o risco de que se valorizem *democracia de fachada*; de que a mera existência de mecanismos *formais* de participação ou de controle seja tida como suficiente, deixando-se de lado a possibilidade *concreta* de sua utilização.

Como, porém, é possível alterar esse percurso? De que forma a recessão democrática pode ser contornada?

Para enfrentar esses desafios, um primeiro ponto a ser lembrado é a advertência de Sartori: embora o debate conceitual relacionado à democracia seja contínuo, é necessário resgatar a sua *força normativa*; é preciso zelar pela sua concretização e evitar abusos retóricos (SARTORI, 2017, p.273).

Nesse processo, poderiam surgir ainda outras dúvidas. O

modelo democrático pode se impor de maneira homogênea em diferentes localidades? É possível defender sua importação de modo padronizado?

Aqui, embora o ideal democrático possa ser visto como um valor universal *per si* (DIAMOND, 2015, p.23), consideramos que sua aplicação deve passar por aspectos contextuais. Em resumo, defender a democracia parece exigir a fixação de um conteúdo mínimo necessário, a ser enriquecido por aspectos contingenciais. O caminho oposto esbarraria nas críticas já dirigidas por Trubek e Galanter à lógica de modernização, impactando todo o discurso do *law and development* (TRUBEK e GALANTER, 1974).

Por fim, há um último aspecto a ser aqui destacado. É que, de acordo com Diamond, a *crise* da democracia pode representar uma oportunidade valiosa para o seu *fortalecimento*. O momento de inflexão seria oportuno para articular uma contraofensiva, procurando alternativas atualizadas para a afirmação do modelo (DIAMOND, 2015, p.24).

Como, porém, o processo civil pode se inserir nesse jogo? De que modo ele dialoga com esses aspectos?

A partir desse tipo de indagação, notamos que utilizar a *democracia* para *legitimar* determinadas opções processuais, sem realizar um acoplamento entre as peças, pode constituir um caminho essencialmente retórico; sem esse ajuste, é inviável falar firmemente em *processo civil democrático*.

Afinal, as previsões procedimentais do Código de 2015 tidas como afirmações *democráticas* realmente possuem esse atributo? Questões como a necessidade radical de contraditório prévio apresentam por si só esse condão? É suficiente afirmar que a nova lógica (pretensamente) cooperativa aproxima a resolução de disputas e a *democracia*?

Resgatando a introdução do presente ensaio, é precisamente aqui que consideramos necessário cantar Yankees no Fenway Park. Isso porque parece existir em nossa academia o

senso comum de que as respostas seriam positivas; de que, verdadeiramente, o modelo processual estabelecido pela legislação de 2015 possuiria aptidão para a *democracia*.

Não obstante, argumentamos em sentido contrário. Em nossa visão, o sistema processual brasileiro possui uma *essência antidemocrática* - seja na vigência do atual diploma ou da legislação anterior. Sustentar o contrário parece flertar com a armadilha de ilusão diagnosticada por Bourdieu: por estar imerso no processo, seu estudioso é incapaz de notar o quão *excludente* o campo se tornou (BOURDIEU, 1989). Como visto por Chase, a percepção é tão limitada quanto a de um peixe tentando descrever o seu próprio aquário (CHASE, 2014, p.57).

Articulando esse argumento, não discordamos que o novo Código tenha procurado reajustar o *design interno* da resolução de disputas. Na verdade, esse parece ter sido o seu verdadeiro *leitmotiv*. Contudo, não acreditamos que isso permita que nosso modelo de resolução de disputas seja alcunhado de *democrático*. Atualmente, essa conjugação corresponde a *conciliar* o que é *inconciliável*, já que o problema é precedente e cultural.

É assim que, por inúmeros aspectos, empregar em nossa realidade o conceito de *processo civil democrático* é tentar unir as peças de quebra-cabeças diversos. É necessário superar a apatia e reconhecer essa premissa - compreendendo que, se a meta é efetivamente *democratizar* o processo, não serão modificações pontuais que a alcançarão. No capítulo seguinte, embasaremos com maior clareza essa afirmação.

3. O PROCESSO CIVIL NÃO É DEMOCRÁTICO

3.1. PROCESSO CIVIL, LINGUAGEM E RITUAIS: O TECNICISMO E A EXCLUSÃO

Se sustentar que o processo civil brasileiro *não é democrático* representa cantar Yankees no Fenway Park, é necessário

que existam fundamentos suficientes para isso. No presente tópico, destacamos os primeiros deles: a natureza *tecnicista* de nossa resolução de disputas e o seu conseqüente caráter *excludente*.

Esse pilar pode ser facilmente identificado na realidade brasileira. É que, por meio de sua visão panorâmica, notamos com clareza que o processo civil assumiu *linguagens, rituais e práticas* bastante específicas; tornou-se um campo com idiosincrasias incompreensíveis para o a maior parcela da comunidade. Como conseqüência, alcunhá-lo como *democrático* se torna (no mínimo) questionável.

Afinal, o que são “embargos infringentes”? Quais os sentidos de termos como “*data venia*” ou “*a quo*”? Em que consiste a possibilidade de “agravo regimental”? O que representa “preclusão”, e qual o seu impacto no direito de produzir provas? Como e quando é viável pleitear a reforma de determinada decisão judicial? Por qual motivo alguns recursos são interpostos diretamente no Tribunal?

Verificando uma a uma as indagações, assume nitidez que as suas respostas estão fora do nosso léxico cotidiano. Em síntese, a linguagem e o modo de agir inerentes à resolução de disputas encontram-se afastados da realidade geral – razão pela qual, para a maior parte da população são vistos com estranhamento.

Diante disso, considerando a importância do viés *cultural* para um ecossistema democrático, como nossa atual resolução de disputas poderia se adequar a esse contexto? Os seus rituais e as suas peculiaridades são facilmente cognoscíveis? Há as premissas necessárias para uma efetiva participação?

Em síntese, a complexidade dada ao processo, repleta de ritualismos, forma um quadro *excludente* e levanta uma parede intransponível entre o *leigo* e o *técnico*. O campo jurídico assume capital próprio, fazendo com que esse afastamento seja diariamente endossado: o jurista *apreende* o Direito dessa forma,

e a *reforça* em sua atuação.

Percebendo esse problema, Bourdieu assim destaca: “*a instituição de um <espaço judicial> implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele se acham lançados, permanecem de facto dele excluídos, por não poderem operar a conversão de todo o espaço mental – e, em particular, de toda a postura linguística – que supõe a entrada neste espaço social.*” E, na compreensão do autor, o fenômeno em nada seria acidental – constituindo uma estratégia social de poder. Isso porque “*o desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar num <justiciável>, quer dizer, num cliente, e a visão científica (...) é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões do mundo*” (BOURDIEU, 1989. p.225-226).

Como decorrência, o processo se converte em um desenho incompreensível para a maior parte da comunidade. Conforme notado por Hespánha, “*o direito aparece como uma esfera relativamente autónoma (...) isto é frequentemente realçado, tanto quando se refere o modo como os juristas resistem a adotar conceitos estranhos à sua própria maneira de pensar e de falar, como quando se sublinha como eles cultivam um espírito corporativo*”. Dessa forma, seria possível exercer o “*monopólio de um saber decisivo sobre a vida quotidiana*” (HESPANHA, 2012, p. 306-307).

Para exemplificar esse aspecto, vale lembrar brevemente um caso que assumiu relativa notoriedade em nossos Tribunais: a ação civil pública, proposta pela Associação Paranaense de Defesa dos Consumidores, que questionou o empréstimo compulsório de valores de combustível praticado durante algum período pela União Federal. Naquela ocasião, a medida foi julgada procedente, proferindo-se condenação genérica contrária ao ente público e permitindo o manejo das subseqüentes execuções individuais.

Ocorre que, após o seu trânsito em julgado, a União ingressou com ação rescisória voltada à desconstituição da sentença coletiva. Para tanto, argumentou que a associação responsável pelo seu manejo não possuiria legitimidade *ad causam* para o feito, diante de seu objeto de atuação. E essa tese prosperou no âmbito do Supremo Tribunal Federal, após passar por um exaustivo percurso.

Considerando esse cenário, a visão trazida no presente tópico acaba transparecendo de forma cristalina. É que, por mais que o debate processual em questão possuísse relevância para um número amplo de sujeitos, o seu deslinde e o seu vocabulário certamente são *ininteligíveis* para a maioria. A decisão final do litígio, segundo a qual são “*incabíveis embargos infringentes de acórdão não unânime em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento (...) que tão-somente dá provimento ao recurso extraordinário para julgar procedente a ação rescisória*”, é ilustrativa dessa questão.

Enfim, essas considerações demonstram que, caso não proponha uma ruptura profunda, qualquer discurso que queira conceber o *processo civil* como um campo *democrático* estará ontologicamente limitado. Trata-se de consequência direta da sua natureza *profissionalizada*, retroalimentada pela sua própria atuação; de uma escolha que não pode ser concebida como *correta* ou *natural*, mas que impõe um preço inevitável.

3.2. AGÊNCIA E REPRESENTAÇÃO OBRIGATÓRIA: A INACESSIBILIDADE AO PROCESSO

Se o item anterior já demonstra a inidoneidade de se falar em *processo civil democrático* – tendo em vista o *déficit cognitivo* originado pelo tecnicismo da disciplina – há também outro ponto a ser acrescido a esse caldo: o *limite formal* imposto em nossa resolução de disputas à própria participação. Isso porque, como regra, ao ingressar no processo o indivíduo deverá ser

obrigatoriamente representado por um *profissional*. E, para agravar esse quadro, *nada* assegura que essa representação será desempenhada de maneira fiel (RESNIK, 2004. p.7).

Para exemplificar a questão, pensemos na seguinte hipótese: em demanda indenizatória envolvendo “P” e “E”, são constituídos como advogados, respectivamente, “A” e “L”. Nesse sentido, imaginemos que “A” e “L” celebram termo de acordo que lhes é amplamente favorável, mas que não atende *nem* ao interesse de “E” e *nem* ao interesse de “P”. Em tal circunstância, a prática seria aceitável? Como evitar esse tipo de situação?

É certo que o exemplo possui natureza extrema. Contudo, mesmo em hipóteses mais sutis a possibilidade de afastamento entre *representante* e *representado* estará *sempre* presente. Eis a importância de se notar que quem *atua* no processo *não* são as partes. Ao reconhecer essa essência, percebe-se que o risco de desalinhamento de interesses compõe a sua ordem do dia e que há aqui um *vínculo de agência* - recomendando a adoção de alternativas capazes de controlar essa situação.

Recuando um passo para elucidar o tema, a noção de “agência” encontrou uma de suas observações preliminares na obra de Berle e Means, servindo de suporte para a investigação da cisão entre “propriedade” e “poder de decisão” no âmbito societário (BERLE e MEANS, 1932). Mais recentemente, a questão recebeu operabilidade e contornos renovados no pensamento de Jensen e Meckling, reconhecendo-se que a delegação de poderes gerenciais entre dois indivíduos (“principal” e “agente”) tenderia a configurar uma relação de agência e a gerar riscos inerentes a essa estruturação (JENSEN e MECKLING, 1976, p.310).

De modo geral, o dilema residiria na potencialidade de que essa bipartição ocasionasse conflitos de interesse, impondo custos (*agency costs*) capazes de atenuar esses desvios. Em termos simples e exemplificativos: se “D” contrata “F” como administrador de sua empresa, há a expectativa de que esse

“agente” aja em favor do “principal” (*in casu*, o contratante). Porém, em termos materiais esse anseio pode não se confirmar, razão pela qual caberá a “D” despender esforços para maximizar a fidelidade do contratado.

Ainda que a teoria possua desdobramentos mais complexos, suas linhas centrais clarificam os riscos inerentes à agência. Em resumo, a cisão faz com que entrem em cena diferentes esferas de interesses, capazes de colidir (EISENHARDT, 1989. p.54-76). E é necessário reconhecer que esse hiato também se faz presente no processo (BONE, 2003, p.96).

Realmente, em nossa atual realidade se tornou trivial que, após a existência de algum conflito com impacto jurídico, o percurso “naturalmente” adotado seja o de um escritório de advocacia. É ali que os envolvidos se cercarão das informações necessárias sobre as vantagens e as desvantagens do litígio - sendo razoável que o próprio advogado guie essa tomada de decisão. Afinal, é ele quem conhece as regras do jogo, podendo antever as disposições aplicáveis ao caso e condicionar as expectativas dos envolvidos.

Essa conjuntura se acentuará ainda mais após a propositura da demanda. A partir desse momento, apenas o advogado conhecerá os próximos passos a serem tomados. Vigorará entre ele e o seu cliente um ambiente de absoluta assimetria e dependência, fazendo com que o *profissional* passe a ser o verdadeiro jogador.

É certo que, a princípio, essa situação poderia contribuir para a equiparação entre as partes da demanda, especialmente em situações que colocassem em lados opostos litigantes contumazes e litigantes eventuais. É que, como percebido por Galanter (1975, p.97-104), a disparidade entre as duas categorias faria com que os primeiros (“*repeat players*”) assumissem superioridade perante os segundos (“*one shooters*”): por estarem mais habituados ao processo, tenderiam a utilizar sua expertise para antecipar riscos, para criar aberturas institucionais e para

estabelecer melhores estratégias. E, em princípio, esse risco seria reduzido no momento em que houvesse representação profissional de ambos os lados - já que o advogado seria ele próprio um litigante habitual.

Ocorre que, conforme notado pelo próprio Galanter (1975. p.114), essa equiparação seria relativa – já que nem todos os advogados possuiriam o mesmo grau de aprimoramento, de influência e de especialização. Além disso, também não haveria uma necessária similitude entre o grau de fidelidade com que cada um perseguiria os interesses de seu cliente.

Não seria possível que determinado advogado deixasse de aceitar a celebração de certo acordo, pautando-se em seu próprio interesse? Da mesma forma, não seria razoável que, diante da hipótese de parcelamento voluntário, orientasse o cliente a assumir os riscos da demanda, vislumbrando com isso obter uma melhor contratação? Não seria crível que apresentasse eventual recurso, ainda que o seu cliente estivesse propenso a se conformar com a decisão?

Embora esse tipo de hipótese não seja desejável, o mundo dos fatos não permite que se exclua de forma imediata sua ocorrência. Cria-se, com isso, um novo complicador para toda tentativa de conceber o processo como “*democrático*”.

Resumindo esse ponto, o que se vê é que também por aqui o argumento não parece dispor da necessária concretude. Afinal, além de *incompreensível* para a maioria, o palco da resolução de disputas sequer é facilmente *acessível*. Nesses termos, defender a reestruturação do *design* interno do processo, em sentido mais horizontal, *não* representa atribuir maior poder às partes – mas aos seus representantes, mantendo uma lógica de exclusão.

CONCLUSÃO

O presente estudo procurou problematizar a ideia, hoje

corriqueira, de que vivenciamos um *avanço democrático* em nosso direito processual civil. Por mais que diferentes vozes venham se unindo nesse sentido, consideramos necessário bradar em sentido contrário; cantar Yankees, no Fenway Park.

Em síntese, o argumento não parece notar a complexidade que permeia a ideia de *democracia* – deixando de lado uma análise densa de adequação. A adjetivação, assim, acaba sendo genérica; não se investiga como o processo civil, em um momento de recessão do sistema *democrático*, pode ou deve verdadeiramente se amoldar.

Colocando essa problematização maior como pano de fundo, consideramos que nossa atual resolução de disputas é essencialmente *excludente*. Seja pelo seu discurso técnico, seja pela sua lógica de representação obrigatória, a disciplina não caminha em dimensões de *cognição* ou de *participação* compatíveis com algo que se proponha *democrático*. A incoerência salta aos olhos, exigindo ceticismo e atenção.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ARCHETTI, Fernando Belmonte. Regimes Autoritários e Regimes Híbridos: Velhos Fenômenos, Novas Dinâmicas. In. *Revista de Ciências do Estado*. n.2. Belo Horizonte: UFMG, 2016.
- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Complexity, proportionality and the ‘pan-procedural’ approach: some bases of contemporary civil litigation. In. *International Journal of Procedural Law*. n.4. Cambridge: Intersentia, 2014.

- ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no novo CPC: aproximações preliminares. In. RIBEIRO, Darci Guimarães. JOBIM, Marco Félix. (Orgs.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BERLE, Adolf A. MEANS, Gardiner C. *The modern corporation & private property*. New York: Harcourt, Brace & World, 1932.
- BONE, Robert G. *The Economics of Civil Procedure*. New York: Foundation Press, 2003.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.
- CADIET, Loic. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.
- CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil. In. *Revista de Processo*. n.192. Trad. Sérgio Cruz Arenhart. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- CAPONI, Remo. Autonomia private e processo civile: gli accordi processuali. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napole: Morano Editore, 1958.
- CHASE, Oscar G. *Direito, Cultura e Ritual*. Trad. Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Editora Marcial Pons, 2014.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal*. Trad. José Casais Y Santalo. Madrid: Editorial Réus, 1922.
- DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.
- DENTI, Vittorio. *La giustizia civile – Lezioni introduttive*. Bologna: Il Mulino, 1989.

- DIAMOND, Larry. *O Espírito da Democracia*. Curitiba: Instituto Atuação, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v.1. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DURKHEIM, Émile. *As Regras do Método Sociológico*. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.
- ELKLIT, Jørgen. SVENSSON, Palle. What Makes Elections Free and Fair?. In. *Journal of Democracy*. v.8. Baltimore: NED, 1997.
- EISENHARDT, Kathleen M. Agency Theory: an Assessment and Review. In. *The Academy of Management Review*. v.14. New York: Academy of Management, 1989.
- GALANTER, Marc. Why the 'Haves' come out ahead: speculations on the limits of legal change. In. *Law and Society Review*, v.9. Salt Lake City: Law and Society Association, 1975.
- GROSSI, Paolo. *Primeiras Lições sobre o Direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- HESPANHA, António Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. Lisboa: Almedina, 2012.
- JENSEN, Michael. MECKLING, William. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In. *Journal of financial economics*, v. 3, n.4. Amsterdam: North Holland Publishing Company, 1976.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil - Teoria do Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

- OFFE, Claus. Critérios de racionalidade e problemas funcionais da ação político-administrativa. In. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984
- OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual*. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- PUTNAM, Robert D. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. New York: Simon & Schuster, 2001.
- RESNIK, Judith. *Processes of the Law – Understanding Courts and Their Alternatives*. New York: Foundation Press, 2004.
- ROTHSTEIN, Bo. *Social Traps and the Problem of Trust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- SARTORI, Giovanni. *O que é democracia?*. Curitiba: Instituto Atuação, 2017.
- SCHAUER, Fredericks. *Thinking like a Lawyer – A new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SCHMITTER, P. Crisis and Transition, but Not Decline. In. *Journal of Democracy*. v.26. Baltimore: NED, 2015.
- SCOTT, James L. *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*. New Haven: Yale University Press, 1998.
- SHARP, Gene. JENKINS, Bruce. *The Anti-Coup*. Boston: The Albert Einstein Institution, 2015.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- TRUBEK, David. GALANTER, Mark. Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States. In. *Wisconsin Law Review*. n.4. Madison: Wisconsin University Press, 1974.

WEBER, Max. A política como vocação. In. GERTH, Hans H. MILLS, Charles Wright (org.) *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 2002.