

Substancialismo ou procedimentalismo constitucional: o (des)velamento a partir da cultura dos modelos tradicionais racionalistas da jurisdição processual civil

*Substantial or constitutional proceduralism:
the (des) velimiento from the culture of traditional models
rationalists of the civil processual jurisdiction*

Cristiano Becker Isaia*

Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria – RS, Brasil.

Cleiton Lixieski Sell**

Universidade de Burgos, Burgos, Espanha.

1. Introdução

Com as fortes tendências que permeiam a sociedade, estima-se, a voltar ao tempo em que as regras da sociedade eram as forças míticas em que os povos acreditavam que somente era correto e permitido aquilo que a vontade

* Doutor e Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale dos Sinos – Unisinos. Professor-adjunto no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) e no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Professor-adjunto no curso de Direito do Centro Franciscano – Unifra. Coordenador do Neapro/UFSM (Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da UFSM – www.ufsm.br/neapro). Autor das obras “Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica” (Editora. Juruá, 2011) e “Processo civil e hermenêutica” (Editora. Juruá, 2012). Responsável pelo projeto Processo civil e(m) crise: O esgotamento do procedimento ordinário na satisfação dos direitos sociais, financiado pela Fapergs, registrado sob nº 12/0880-8. E-mail: cbisaia@terra.com.br.

** Doutorando em Direito pela Universidad de Burgos – UBU (Espanha), no Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas, Económicas e Sociales, en la área de concentración de Derecho Público. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM (Brasil), na área de concentração Direitos Emergentes da Sociedade Global. Graduado em Direito pela Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ (Brasil). Integrante dos Grupos de Pesquisas Ordenación Territorial y Urbanística, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (ORDITER) da UBU. E-mail: cleitonls.direito@gmail.com.

dos deuses não proibisse caso diferente não era reconhecido. No entanto, depois de tantos anos chega-se a uma realidade modificada pelas diversas formas de observar o processo judicial civil, em que as teses são redigidas por normas positivas as quais defendem a vontade e o bem-estar da sociedade, dando-lhes – em teoria do direito – condições básicas de proteção ao seu bem maior, que é o direito da vida.

A jurisdição processual civil está permeada por paradigmas que precisam ser desobstruídos frente às novas demandas que cotidianamente surgem no ambiente jurídico. Com base na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), estimula-se a discussão por uma alternativa entre as teorias substancialista que reforça a Constituição como uma norma relevante, bem como a procedimentalista que é trabalhada pelos autores como uma forma ou um modelo ideal para estabelecer a democracia no contexto amplo da sociedade em que as decisões se tornam universais.

Na perspectiva em que o direito para ação nasce embrionado desde o Direito Romano, essa tendência ainda é utilizada hoje em que se torna imprescindível analisar os fenômenos pela lente processual em relação ao caso concreto. Do mesmo modo, se obterá fidedignamente os caminhos que o processo tramita sem haver um protagonismo judicial que remete um dos elementos que reforçam negativamente nos desafios da jurisdição processual civil do século XXI.

Em busca de um percurso no avanço no desvelamento dos princípios constitucionais, faz-se necessário – em modo preliminar – compreender a origem histórica da filosofia racionalista, em que seu entendimento foi consolidado em meados do século XVI. Nessa linha de raciocínio, contemplavam autores como Hobbes, Leibniz e Spinoza, que foram os precursores do racionalismo a partir dessa perspectiva tradicional. Diante de tal embate sobre suas relações teórica-processuais, só é possível observar essa troca entre a justiça e direito no momento em que sua essência se personaliza, ou quando se trata do julgamento do caso que acompanhou até o presente feito, ou seja, a obediência processual.

Com a ocorrência desse caminho traçado investigativo no processo, percebe-se visivelmente na teoria como na prática que o âmbito da *praxis* jurídica ainda está embebido dessas raízes históricas. Fazendo uma análise vertical do direito, muitas vezes até mesmo pela influência da mídia global, a sociedade possui uma visão equivocada da verdadeira face do julgamento, distorcendo assim a base filosófica desse princípio. Ademais, o direito

foi primeiro visto pela sociedade como um fato social disponível e que depois passou a ser um remédio necessário para regular as relações sociais.

Seguindo nessa análise, há certo tempo que na medida em que se fala em direito, logo, por instinto – se pensa em normas positivadas que são chamadas de leis as quais regem todo o ordenamento jurídico e social. Porém, ao estudar a história do direito chega-se a conclusão de que este é um fato social a qual foi criada pela sociedade para não permitir que a mesma se corrompesse. Dessa forma, já no início de sua prática até os dias contemporâneos, esta ciência social evoluiu e mudou em muitos aspectos, em que a única coisa que o direito não irá mudar em sua fundamentação é seu objetivo único e principal que é a busca pela justiça para as partes e litígio.

A construção do trabalho está referenciada na teoria de base/abordagem, procedimento e técnica. Desse modo, se torna imprescindível uma análise hermenêutica para observar os fenômenos e desocultar dos fatos a partir de uma pré-compreensão da experiência da vida no mundo. Nesse embate histórico-filosófico, o procedimento consistirá a partir de uma análise bibliográfica e documental, física bem como acervo digital, em que a pesquisa se sustentou na consulta de livros sobre doutrinadores do âmbito constitucional, civil e processual civil.

O desenvolvimento do trabalho está alicerçado no aprofundamento do debate entre as teses substancialista e procedimentalista. Desse modo, a partir de um modelo processual jurisdicional se busca desmistificar os princípios constitucionais do processo civil brasileiro e que ainda estão presos ao modelo racionalista da decisão do processo. A partir de uma análise transversal a luz dos modelos que o juiz forma com sua decisão, insere-se um desafio que é a segunda parte analisada neste estudo, consistindo no encontro com o rompimento desses modelos decisórios racionais e buscando através dos limites e possibilidades uma interpretação processual judicial calcada no contexto da sociedade em rede.

Diante destas breves constatações e ao mesmo tempo provocações sobre as tendências do processo civil do século XXI, é oportuno destacar que os desafios jurídicos se tornam mais complexos na medida em que a sociedade se torna mais complexa. Uma vez compreendida esta realidade, há uma necessidade de interpretação fundada na Constituição, e não em simples achismos ou utilização do poder discricionárias ou máximas intenções do magistrado, bem como as repetitivas reproduções das convicções íntimas do Juiz em dar a resposta adequada ao processo e também ao direito pleiteado.

2. O modelo processual jurisdicional civil e a importância dos princípios constitucionais

A busca pela justiça no decorrer do processo não é apenas uma virtude ou objetivo, mas considerada um hábito natural do ser humano em qualquer processo. Não seria, portanto, apenas um desejo íntimo, mas uma necessidade habitual que incorpora nos indivíduos quando está em um dos polos no processo. Nessa perspectiva, desde criança ouve-se o que é certo e o que é errado, e depois de algum tempo passa-se a ter essa percepção através da prática e da experiência na sociedade. Do mesmo modo, quando se julga o que é certo e o que é errado diante um fato concreto, existe atrás da justiça a resposta e o hábito que é dado pela própria sociedade – ou seja – o indivíduo recorre juridicamente em busca do resultado sobre um fato.

Fazendo uma inversão do que seria acabou ser abordado, em um aspecto do modelo político liberal em que tange a capacidade de organizar uma sociedade marcada pelas diferenças sociais e atender às pressões e às contingências da sociedade industrial e pós-industrial, o Estado tem de abandonar posição passiva para passar a exercer uma função interventiva de promoção social¹. Tem-se, desse modo, o advento do Estado Social que passa a atentar para garantia de um conjunto de direitos voltados para a satisfação das necessidades coletivas.

O Estado passa a ser intervencionista nesse cenário, e que reformula os padrões legislativos e redefine o papel da atividade jurisdicional no século XX. Adentrando no aspecto decisionário, o magistrado deixou de ser visto como sustenta Lenio Luiz Streck como “boca da lei”, passando a ter uma atuação mais própria (discricionária) para atender à aplicação de um direito que o torna mais principiológico, bem como mais complexo. O direito é tido, assim, como um *plus* normativo em relação às fases anteriores (do Estado liberal e social), carregando – paralelamente – o ônus de se assumir como transformador e garantidor dos direitos de uma sociedade.

Com o marco histórico da CRFB/1988, inaugura no Brasil um Estado Democrático de Direito (e social) de direito, que refletiu na alteração do perfil da agência judiciária que passa a ter de se entender como os conflitos que até então não pertenciam ao seu cotidiano a partir de uma compre-

1 LUCAS, 2005, p. 39.

ensão do sentido da Constituição². Nessa linha de raciocínio, o fenômeno da “Constitucionalização” do direito ocorre com a nova configuração das Constituições de outros países que surgem após a segunda Grande Guerra, quando elas deixam de ter um papel apenas inspirativo, passaram a conter um extenso catálogo de direitos fundamentais que reclamam a atuação do Estado de forma mais rígida.

Conforme sustenta o jurista alemão Peter Häberle³, devido à sociedade ser formada por indivíduos que possuem pensamentos distintos assim como a própria complexidade que se forma com mudanças constantes, a CRFB/1988 precisa ter uma compreensão por uma sociedade aberta – que significa dizer em outras palavras – todos os indivíduos que usufruem do texto Constitucional possuem o direito intrínseco de interpretá-la. Esse modo amplo de interpretar a Constituição na teoria se diferencia pelo modo fechado de interpretação, ou seja, não pode uma pequena parte de intérpretes da Constituição que fazem parte de corporações ou vínculos afins participar de decisões que refletem toda sociedade. Do mesmo modo, o que se pretende introduzir com essa teoria é que quanto maior for a diversidade da sociedade, maior deve ser a abertura Constitucional para se tornar mais adequada no contexto.

Nesse contexto, existem três características do modelo constitucional de processo, sendo elas: a expansividade, a variabilidade e a perfectibilidade, que a partir desse ponto se conclui que o modelo constitucional de processo impõe que a criação e a reforma e a interpretação do sistema processual ocorra de acordo com os princípios e regras dimensionados pelo texto constitucional.⁴ Nesse âmbito, a construção de um processo civil comprometido com o ideal do Estado Democrático de Direito, e consequentemente com a concretização de direitos e o respeito aos princípios processuais constitucionais – necessita – impreterivelmente – superar os traços do paradigma racionalista, subvertendo os valores liberais individualistas que acabam contaminando o processo sem haver uma decisão livre de convicções pessoais ou distintas do direito.

Alinhavado com esse tema, em um primeiro momento se faz necessário fazer referência de que a tutela no âmbito processual se torna efetiva

2 MOTTA, 2010, p. 19.

3 HÄBERLE, 2002, p. 13-14.

4 ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14-15.

quando seu reconhecimento dos princípios Constitucionais é exercido. Do mesmo modo, esses princípios devem ser compreendidos como condição de existência do processo – ou seja – deve haver premissas que pressupõem um processo como garantias como: a lei deve alinhar-se como forma instruir o processo, as disposições sobre as leis não podem iludir o sentido contemplado pela Constituição, a lei não pode se tornar seletiva em relação à oportunidade de buscar ou fazer valer o direito.⁵ Ademais, essas questões também refletem no acesso e igualdade na oportunidade para expor seus direitos ou de terceiro dependendo de cada caso.

No contexto amplo de proteção dos direitos humanos na esfera da Constituição, destaca-se que o princípio da dignidade da pessoa humana se estendeu aos variados termos que envolvem os direitos fundamentais, e que é repetida em diversas Constituições Estaduais de todo Brasil. No entanto, no entendimento do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal (STF), “[...] é verdade que a invocação frequente do princípio da dignidade da pessoa humana pode levar a sua banalização”⁶, uma vez que a forma como se direcionou a tendência da sociedade complexa em relação a definição de dignidade humana representam um caminho delicado e conflituoso.

Esse aspecto se torna mais complexo com fatores como a crise do Estado do Bem-estar, aumento consideravelmente o cumprimento de boa parte dos programas previstos nas Constituições e crescendo a importância de atuação do Poder Judiciário, o que implica na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção.⁷ Para tanto, diante de tais questionamentos jurídico-filosóficos, impõe-se um (re)pensar da atividade jurisdicional em especial atenção no que se relaciona às decisões judiciais que precisam do apego às questões de cunho formal.⁸

Contribuindo nessa discussão emblemática na esfera Estatal, um dos doutrinadores brasileiros que conseguiu trazer essa questão da compreensão do tema em debate foi Lenio Streck, que justamente traz a impossibilidade de interpretar de qualquer forma o direito, uma vez que fundamenta seus estudos através da hermenêutica jurídica, e que aborda uma das questões

5 BARACHO, 2004, p. 69-70.

6 MENDES, 2016, p. 49.

7 SARMENTO, 2009, p. 63.

8 ISAIA, 2008, p. 273-274.

que é o julgamento no livre convencimento e apreciação das provas que foram produzidas durante o processo.⁹ Do mesmo modo, se

[...] é verdade que o direito é aquilo que os tribunais dizem que é e se é verdade que os juízes possuem livre apreciação da prova (*sic*) ou “livre convencimento” (*sic*), tão para que serve a doutrina? Ela só serve para “copiar” emendas e reproduzir alguns “*obiter dictum*”? Para que serve o “bordão” da “comunidade aberta dos intérpretes da Constituição”, tão propalada pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Nessa perspectiva, cabe uma reflexão sobre qual o papel da academia, ou reformulando a pergunta, qual a responsabilidade da doutrina nesse processo de crescente evolução jurisdicional? Esse tema faz aprofundar diversas questões, no entanto, historicamente a dogmática jurídica acompanhou uma demanda por resultados em que a decisão se torna mais importante do que os fundamentos que levaram a tal desdobramento jurídico. Mas isso tudo, onde e de que forma está baseado, de onde são trazidas essas inquietudes que na medida em que são questionadas não se tem uma resposta imediata e que não tem sustentação jurídica e muito menos filosófica?

Pois bem, o poder de decisão está se tornando cada vez mais banalizado, e esse fato – invariavelmente – se deve pela grande demanda dos processos que diariamente são protocolados nos fóruns. Se for pensar de modo contrário, é um problema que na visão do jurista trata-se de aumentar suas demandas. Entretanto, com essa grande demanda processual, não se consegue analisar todos os fatos envolvidos no caso concreto, tampouco o magistrado terá condições para subsidiar de forma aprofundada os processos e desvelar o que diz o direito naquele caso.

Avançando cientificamente no âmbito da motivação e da fundamentação no campo do direito, é preciso ter claro que ambos os conceitos se distinguem por sua essência e modos de interpretar. Desse modo, para que haja uma direção entre a demanda processual até a sentença, a motivação é justamente o campo que se encarregará dos fatos e do direito – também pode representar a *causa petendi*. A fundamentação possui estreita relação, no entanto, deve ser observada em relação à solução, ou seja, para que o

9 STRECK, 2012, p. 194.

10 STRECK, 2012, p. 196.

Magistrado possa decidir sobre o pedido da(s) parte(s), é imprescindível que haja fundamentação. Ademais, vale ressaltar que a fundamentação foi contemplada como princípio Constitucional em 1998, no tema que aborda o devido processo legal.¹¹

Conforme mencionado anteriormente, a fundamentação apresenta funções e características diferentes em relação à motivação. Desse mesmo modo, o princípio da fundamentação é a base ou exigência da solução da lide processual, que ao fim ao cabo é decidida pela sentença. Diante dessas questões, a fundamentação das decisões judiciais ocupou um espaço garantidor de acesso à justiça e irretroatividade da coisa julgada, bem como atribui fortes sentidos ao princípio da segurança jurídica que possui fortes influências nas decisões do STF.

Fazendo uma analogia da função dos legisladores e sua relação com os magistrados, estes, por sua vez, têm a obrigação de fundamentar todas as decisões com base em princípios e direitos, enquanto aqueles possuem a tarefa de fazer nascerem os embriões normativos. Para que se torne possível e adequada à interpretação do texto de lei, somente é possível se há tornar coerente de forma íntegra, evitando as diversas ramificações do direito¹². Desse modo, a partir de uma análise processual, os magistrados fundamentam suas decisões adequando a um princípio que seja coerente em relação ao direito e que passa a ser o balizador da constituição interna do processo.

Cabe ressaltar – portanto – que essa estrutura deverá manter a integridade essencialmente para o julgamento dos casos difíceis que consistem em analisar situações preliminares em que existe dúvida em relação à prevalência das interpretações do direito no caso concreto.¹³ Assim sendo, caberá ao magistrado optar não por livre e espontânea vontade, como por vezes são reproduzidos memoriais descritivos desconexos, no entanto, baseada na interpretação mais adequada da legislação e calcada nos preceitos do direito ou como nas situações de decisões da comunidade, que é o caso do júri popular no julgamento na esfera do processo penal.

Superado alguns preceitos, fazendo uma radiografia do conceito de legalidade a partir de um Estado Democrático de Direito, identifica-se, pela busca da igualdade na sociedade, que perfaz por intermédio de uma vinculação

11 SOUZA, 2006, p. 373.

12 DWORKIN, 2014, p. 31.

13 DWORKIN, 2014, p. 38.

a uma nova ordem constitucional, que reordene de forma democrática e se utilize de direitos e garantias fundamentais para abranger os direitos individuais e coletivos. Desse modo, na medida em que não ocorre um processo democrático de direito – indiscutivelmente – na seara do direito não haverá um procedimento adequado que desaguará em uma sentença equivocada.

Nessa perspectiva, o processo civil brasileiro ocupa um importante lugar na estrutura de um Estado de Direito, em que busca transformar o modelo que está enraizado em formas de proceder no campo do direito. Diante disso, fruto de várias conquistas que ao longo dos anos destinaram traçar um modelo ou plataforma que se superasse e sem deixar de levar em consideração os direitos fundamentais, não raras vezes aparecem por intermédio de movimentos sociais ou casos extremos que são divulgados na mídia como forma de pressão exercida pela sociedade no Poder Judiciário.

Desse modo, esta questão mostra o perfil democrático de direito de uma sociedade complexa, e que passará a ser essencial na transformação da realidade processual. Nesse aspecto, parece mais do que necessário o momento de se pensar o processo e atuação do magistrado para além da letra fria da lei que é a simples reprodução do artigo que está escrito nos códigos, suprimindo quaisquer reflexões ou outros embates como o protagonismo judicial. Esse fator, portanto, leva em conta a cultura de se apreender somente a técnica e que reiteradamente é reproduzido na academia, tendo o enfoque puramente prático, técnico ou simplificado.

Fazendo uma análise aprofundada sobre esses quesitos, a questão interpretativa diz respeito às revisões judiciais com fundamento na interpretação da Constituição propriamente dita, e que fazem um parâmetro entre texto e intenção do constituinte. No tocante a teoria não interpretativa, pode ser considerada no exemplo de um tribunal que confronta decisões legislativas com modelos retirados de alguma fonte que não seja especificamente o texto constitucional, e que podem ser moralidade popular, teorias da justiça, bem com as concepções de democracia.

O último aspecto que deve ser ressaltado na teoria sobre as questões não interpretativas é que são rejeitadas por parcela considerável dos juristas, uma vez que se utilizam do fundamento que essa teoria advém de um fruto no qual estariam constituídos direitos naturais, e não propriamente direitos que possuem um regramento jurídico ou uma previsão normativa positivada, vindo a comprometer tal origem. Desse modo, no próximo tópico se adentrará no cerne dessa questão investigada.

Um ensinamento que se faz oportuno mencionar referente à teoria da Constituição é destacado pelo jurista mexicano Héctor Fiz-Zamudio, uma vez que sustenta que todas as divisões que ocorreram nas esferas do direito tais como direito constitucional, administrativo, civil, penal, familiar, ambiental, tributário entre outros, não podem ser vistas como setores impermeáveis, bem como isolados do contexto Constitucional. Do mesmo modo, deve se compreender que “[...] o direito é uma unidade, mas tão extensa que, exceto para o exame da teoria geral ou do ponto de vista filosófico, é necessário dividi-la quando se trata de setores do direito positivo, para poder aprofundar sua análise”.¹⁴

Cabe uma reflexão sobre as questões dos princípios Constitucionais em países Latino-americanos, uma vez que adotam basicamente dois sistemas de proteção da Constituição. Em um primeiro momento estão os controles de tutela rápidos como é o caso do *habeas corpus*, por outro lado existem mecanismos transversais que invalidam norma com amparo no texto Constitucional, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN). Do mesmo modo, deve ser ressaltado que “[...] a variedade de modelos de controle de constitucionalidade existentes na América latina dificulta a unificação de normas processuais”¹⁵.

3. Análise transversal sobre os modelos de decidibilidade processuais do substancialismo e do procedimentalismo

A dicotomia entre os modelos processuais substancialista e procedimentalista crescem de importância em razão de seus conceitos que se divergem em sua essência na esfera constitucional. Desse modo, tornam-se desafios mais intensos no campo da jurisdição processual, uma vez que é um embate que se encontra fundamentado do lado substancialista por uma abordagem materialista da Constituição. Em contrapartida, a teoria procedimentalista atua com fundamento de que com a visão substancialista, a Constituição Federal enfraqueceria ou até perderia sua legitimidade como norma.

14 Idioma original: “[...] el derecho es una unidad, pero tan extensa, que salvo el examen de la teoría general o desde punto de vista filosófico, es preciso dividirla cuando se trata de sectores del derecho positivo, para estar en aptitud de profundizar su análisis”. FIX-ZAMUDIO, 2011, p. 165.

15 Idioma original: “[...] que la variedad de modelos de control de constitucionalidad existentes em Latinoamérica nos dificulta la unificación de las normas procesales”. RICCI, 2011, p. 85.

Fazendo uma leitura mais aprofundada sobre esse tema, Jürgen Habermas foi considerado o grande mentor da teoria procedimental do direito, uma vez que aborda uma jurisdição Constitucional mais interventiva e tendo maior influência nas decisões, bem como para justificar as estruturas que compõem os desafios da sociedade¹⁶. Contudo, existem autores que defendem de forma mais efetiva o viés Constitucional, exigindo – portanto – uma atuação mais séria na prática processual, em que no caso contrário seria uma omissão do papel do Poder Legislativo.

Por outro lado, à tese procedimentalista ganhou um espaço considerável tendo em vista a discussão que surgiu em torno do ativismo judicial. Nesse âmbito de análise, algumas teses como a do Juan Carlos Bayón, traduzem a Constituição sob a ótica de ser débil, uma vez que tem o poder de limitar ao poder existente, não havendo, desse modo, espaço para uma defesa material propriamente dita¹⁷. Nesse sentido, existe uma crítica sustentada na qual a teoria procedimental procura impor o modo correto, sendo uma espécie de modelo ideal e adequado para operar o direito no contexto da democracia.

Ainda nas questões problemáticas abordadas nos processos, “[...] de fato, ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova”¹⁸. Diante dessa linha de pensamento, somente haverá um efetivo controle de constitucionalidade se houver um controle das decisões, bem como as respostas voltadas para Constituição e seus preceitos fundamentais.

Observa-se que nessa linha de raciocínio a decisão torna-se universal, sendo explicada na fenomenologia como diferença ontológica, afastando dessa forma qualquer possibilidade de intervenção. No mesmo modo de análise, para as sociedades complexas que hoje estão mais visíveis, a natureza das decisões deve ceder espaço para os procedimentos que consigam reconhecer essas decisões, uma vez que elas surgirem do processo legislativo judicial é que devem ter a aceitabilidade na sociedade.¹⁹

16 STRECK, 2011, p. 14.

17 STRECK, 2011, p. 15.

18 TASSINARI, 2013, p. 34.

19 LUHMANN, 2016, p. 46.

Sob a lente do aspecto central do trabalho que aborda sobre a divergência das teses substancialista e procedimentalista, a posição de grande parte da doutrina nacional é no sentido substancial da Constituição, trabalhando com a ideia de inserção de direitos e valores substantivos, configurando-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, bem como reforçam o conceito como norma jurídica suprema que recai na questão da legitimidade do poder judiciário – ou seja – o texto constitucional deve ser vista como balizador do direito.²⁰

Com suporte nesses argumentos, a tese processual-procedimental seguindo esta linha de raciocínio, mostra-se inviável na medida em que os direitos mínimos fundamentais se querem são cumpridos no Brasil. Desse modo, um dos exemplos é o que ocorre com o trabalho infantil, mesmo passando décadas combatendo essa espécie de exploração dos processos de trabalho, não se consegue combater essa realidade. Ademais, vale lembrar que o Brasil é um país que possui uma diversidade muito grande e que os problemas se tornam mais completos para resolver, desse modo, a análise das decisões judiciais é mais diversificada.

Essa divergência que existe entre o paradigma procedimentalista e o substancialista tem o intuito de ir além da discussão que emerge a questão do Estado de direito, tendo uma interpretação diferente da política em relação ao direito, levando-se em consideração o discurso sustentado por ambas às teorias.²¹ Ademais, especificamente sobre a questão da aceitabilidade, que se permeia no discurso de justificação das teorias, bem como o da aplicação do discurso de aplicação da imparcialidade do Poder Executivo e do Magistrado nas decisões proferidas.²²

De tudo que foi abordado na perspectiva do processo, ressalta-se que o exercício dos institutos previstos constitucionalmente é realizado pela via procedimental, em que toda estrutura e metodologia devem obedecer e estar alinhavado com o processo. Do mesmo modo, para que a eficácia de institutos como o Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Popular possa se concretizar, a instrumentalização deve compor as normas de procedimento – ou seja – não se está referindo absolutamente das normas pro-

20 STRECK, 2011, p. 15.

21 STRECK, 2011, p. 16.

22 DWORKIN, 2005, p. 67.

cedimentais previstas unicamente na Constituição, mas sua interligação.²³

Existe, contudo, uma crítica persistente em relação à invasão da política no contexto jurídico, uma vez que a política pode influenciar nas decisões judiciais desde a fase processual.²⁴ Nesta senda, são inseridos subsistemas que tem em comum a padronização de procedimentos e que possuem a finalidade de atender à adoção coletiva. Assim, mesmo havendo essa crítica doutrinária, a tarefa da política no processo é reconhecida pela importância no sentido da aceitabilidade – vindo – portanto – a se tornar um requisito para que ocorra essa estruturação.

Avançando nessa perspectiva, o direito deve iniciar de uma pré-compreensão em que é construído um princípio no sentido de que as normas jurídicas possuem um conteúdo moral no caso especial, ou seja, deverá haver seguindo esse princípio a partir de uma adequabilidade das normas existentes no caso concreto. Do mesmo modo, para que haja uma unicidade ou irrepitibilidade da situação na aplicação dessa norma, não se deve levar em consideração exclusivamente o princípio da ponderação no processo, bem como se deve utilizar o equilíbrio de valores no julgamento.

Desse modo, a partir da discussão da filosofia da moral e alinhavado com os deveres dos indivíduos, deve ser mostrado o que realmente diz o direito, assim como entra nesse caminho a questão da justificação e da aplicação no caso concreto, uma vez que se mostra controverso na doutrina majoritária. Ainda nesse fio condutor, não se poderá sustentar pelo viés do solipsismo em que somente é possível acreditar na visão imposta, limitando as formas de interpretação e impressões sem existência própria.

A teoria do discurso pela divisão dos poderes exige que se tenha uma assimetria no cruzamento das funções exercidas, uma vez que o Poder Executivo, apenas como exemplo, não deverá dispor de bases da legislação e da justiça, posto que – permanece subordinado ao Poder Judiciário²⁵. Nessa forma de analisar essa questão, fica excluída a inversão dos poderes e suas funções atípicas, ou seja, não poderá ser prejudicada quando não há meios disponíveis de coerção nas decisões.

Contribuindo nessa questão a partir da teoria do discurso, quando se pensa em divisão de poderes em que o Legislativo seria independente do

23 LEAL, 2018, p. 82

24 HABERMAS, 1997, p. 34.

25 HABERMAS, 1997, p. 27.

Executivo ou do Judiciário, invariavelmente, essa tendência exigiria uma assimetria nos poderes²⁶. Ademais, na medida em que o Legislativo dispõe competência para as bases normativas, e que posteriormente será apreciada pelo Executivo, não haverá essa inversão, visto que, tanto o Legislativo quanto o Judiciário não serão atribuídas essas competências específicas de cada poder em sua função.

Quando se afirma que a CRFB/1988 se abstrai desse conceito de substancialismo, não precisa provar a sua importância como existência, no entanto, em virtude de sua essência, sua matéria é designada pela própria substância. Diante dessa colocação, o processo civil carece de uma interpretação mais efetiva e coesa em que somente desse modo estaria em direção aos preceitos da própria Constituição, mantendo-se alinhavado com os princípios implícitos que garantem o cumprimento do processo conforme se prescreve.

Cabe ressaltar nesse bojo, que o processo civil possui um passado marcado pelo positivismo em que está enraizado no processo devido ao racionalismo predominante. Esse fato teve origem desde o pensamento liberal em que não havia uma democracia plena que hoje é desempenhada ou pelo menos vista em um Estado democrático. Desse modo, fazendo uma visão crítica à tese procedimentalista, é preciso entender o sentido democrático do processo. Para tanto,

[...] chamo a crítica de Laurence Tribe aos fundamentos das teorias dos valores adjetivos ou procedimentalistas, para os quais a constituição somente garante o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema. Nesse sentido, afirma que o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos.²⁷

Contrapondo a questão substancialista no processo, vale lembrar às críticas contundentes de alguns autores devido a forte influência do Judiciário como um gigante que surgiu logo após a guerra.²⁸ Desse modo, com essas reflexões a cerca de uma preocupação com essa aproximação do direito com as teses substancialista e procedimentalista, torna-se fundamen-

26 HABERMAS, 1997, p. 36.

27 STRECK, 2011, p. 20.

28 HABERMAS, 1997, p. 33.

tal para os juristas observar por intermédio de uma reflexão hermenêutica, o sentido que direito está escrito, em outras palavras, é preciso interpretar o direito indo além do campo puramente teórico e emergir na prática do caso concreto.

Entrando na seara da decidibilidade do magistrado, as interpretações que se aplicam às normas jurídicas fazem conexão tanto para o passado quanto para o futuro e que na prática se desenvolve como uma política em processo para buscar o direito. Nessa tentativa de procurar a interpretação, é preciso lembrar que ocorre em três momentos distintos, que são a pré-interpretativa, que é aquela que identifica as regras e padrões; a interpretativa e pós-interpretativa, onde estão alinhavadas na interpretação do argumento jurídico.²⁹

Observando pela lente da fase interpretativa de Ronald Dworkin que diz respeito à identificação, bem como pode ser o ajuste da interpretação a uma prática social que entra na questão de descrever o ajuste com coerência a sociedade. No entanto, quando se fala em pós-interpretativa – portanto – descrita como dimensão da justificação, se está estabelecendo pelo nível da argumentação e que em outras palavras, não bastaria apenas à sociedade estar voltada para um sentido, tendo com isso a melhor interpretação assim como necessária uma justificação racional.³⁰

Nesse percurso, quando houver convergência na interpretação das normas jurídicas se devem buscar uma construção sobre o direito como argumento que justifique esse fato, caso não ocorra, não haverá coerência nas interpretações jurídicas para caso. Assim sendo, essa interpretação representa um sensível equilíbrio entre as convicções políticas que consistem em uma expectativa para responder as questões³¹. Em um viés mais crítico sobre esse tema amplamente sensível e desafiador, “[...] o problema, portanto, não reside no texto da Constituição; o problema está no espaço que a Constituição representa para aglutinar forças. Há, pois, uma fundamentação constitucional do político. Trata-se de uma legitimidade material”.³²

Um dos acontecimentos históricos que contribuíram para o ingresso da Constituição de forma dirigente foi o período de pós-guerras. Isso ocor-

29 DWORKIN, 2014, p. 77.

30 TASSINARI, 2013, p. 21.

31 DWORKIN, 2014, p. 54.

32 STRECK, 2011, p. 22.

re porque nesse período foram violados direitos das formas mais cruéis e inimagináveis que poderiam ser realizados. Diante desses acontecimentos históricos, foram positivados direitos fundamentais em que a justiça Constitucional passou a ter como missão a defesa desses direitos humanos, e que na realidade passaram a serem objetos de discussão em pleno século XXI.

Diante dos aspectos abordados, a insuficiência de levar a cabo que o Brasil é um país que possui uma modernidade tardia e que resulta, portanto, de uma maior diversidade normativa, uma vez que se necessita de uma presença mais efetiva na jurisdição constitucional, é um dos grandes desafios a ser superado em termos de justiça. Depois de compreendido objeto proposto referente às características dos modelos processuais, o estudo será conduzido para o viés jurisdicional, que em última análise, constituiu-se como elemento fundante para orientar as decisões.

4. O papel da jurisdição processual civil no século XXI: o rompimento do protagonismo judicial e do racionalismo histórico

Na perspectiva da função da jurisdição ressalta-se que se leva em consideração um julgado que tem como objetivo finalizar um litígio. Nesse mesmo sentido, são repercutidos elementos como o papel da Constituição, no entanto, em países em fase de desenvolvimento como é o caso do Brasil, se torna fundamental observar os preceitos com maior atenção em relação ao aspecto gestor que baliza os direitos fundamentais – havendo – ademais – uma necessidade de superar as generalidades que a própria teoria geral do processo traz em suas entrelinhas que se tornam barreiras.

Diante dessa realidade brasileira, quando se refere ao Estado democrático, traduz-se uma superação de um Estado meramente formal para um Estado que manifesta e concretiza a justiça social e que perfaz a partir da consolidação dos valores e respeito às regras da sociedade e suas formas de convivência.³³ Assim, o estímulo de alcançar e abranger as especificidades de um país que ainda mergulha em problemas como a miséria, desemprego, corrupção e tantos outros impasses que dificultam o pleno exercício dos direitos individuais, é preciso que seja garantida a estrutura de uma democracia, e que somente desse modo se manterá a consciência mais humanitária.

33 REALI, 1998, p. 28.

Essa proposta de modalidade estatal consolidada vai além da formulação liberal e social propriamente do direito, constituindo-se como um argumento em relação ao Estado democrático. Desse modo, se a partir do modelo liberal se constituiu o Estado de direito, tendo como balizador a lei no aspecto social de direito, foi incorporado ao Estado uma modalidade de prestação interventiva em que a lei passa ser o instrumento de incorporações das promessas no perfil democrático, vindo, portanto, a vestir uma nova roupagem a partir dos novos fatos inseridos na sociedade em rede.

Nesse contexto da jurisdição civil, outra questão precípua é a influência racionalista na jurisdição processual traz a ideia de que a principal consequência do racionalismo para a esfera processual traduz-se fazendo em uma análise hermenêutica, e que a substituição da argumentação pelas certezas que as ciências exatas trazem como é o caso da matemática nas ciências exatas, ainda está presentes no direito.³⁴ Com essa abordagem e a partir da premissa das certezas que é onde o racionalismo pretendeu submeter o pensamento jurídico, pode ser considerada como uma metodologia superficial e que ainda está inadequada para o direito.

Nessa linha de raciocínio, a origem de uma ciência processual civil teve como pano de fundo o fenômeno do racionalismo, a verdade deverá permanecer sobre a justiça nos casos concretos. Dessa forma, foi criada a concepção de que com a ação ordinária estaria assegurada a neutralidade do magistrado e que desse modo obrigava a julgar somente após analisada todas as possibilidades, tendo com isso o convencimento definitivo que é obtido em última análise com a busca pela prova ao processo até o seu limite jurídico possível.³⁵

Esse rompimento do paradigma racionalista perpassa pela neutralidade do magistrado que é obtida pela ação ordinária, tornando-se um dos grandes obstáculos quando se trata de procedimento judicial sumário. Vale lembrar, nesse caso específico, que esse fato ocorre principalmente nas formas de tutela preventiva que por sua vez a decisão é fundamentada em juízos em que se aplica a verossimilhança processual, havendo somente a ligação através de fatos.

O racionalismo possui em suas raízes a finalidade de atender o direito que está perfeitamente disponível nas legislações, vindo, portanto, a impe-

34 SILVA, 2004, p. 74.

35 ISAIA, 2012, p. 39.

dir qualquer outra interpretação baseada na lei em concreto. Desse modo, esse racionalismo defende que a função jurisdicional seria unicamente a de reproduzir a letra fria ou o sentido da lei, suprimindo o compromisso de manter uma conduta condizente com a moral e a ética no processo. Ademais, um dos exemplos mais claros dessa realidade persiste em tese de execução e jurisdição.

A doutrina moderna, guardando absoluta fidelidade aos princípios do direito privado romano, particularmente universalizando as ações, em detrimento dos interditos, com a conseqüente e necessária universalização do procedimento ordinário, resultante da instituição do processo de conhecimento – sem executividade simultânea, na mesma relação processual -, [...].³⁶

O racionalismo possui em suas vertentes a finalidade de atender o direito que está perfeitamente disponível nas legislações. Do mesmo modo, impede qualquer outra interpretação baseada na lei, uma vez que esse racionalismo defende que a função jurisdicional seria unicamente a de reproduzir o texto escrito. No entanto, o racionalismo no âmbito do processo pode ser observado a partir de dois pressupostos em que existe, primeiramente, um valor absoluto ou uma tendência em relação à palavra segurança e em relação ao valor de justiça.

Havendo essa tendência legislativa como ocorre na Europa, estimula-se à codificação, tornando-os assim acessíveis e compreensíveis. Um segundo plano matricial que pode ser destacado e o que se tem travado discussões é a respeito da neutralidade do juiz, que tendo como consequência a aplicação mecânica e fielmente da lei. Esse mesmo racionalismo baseada em uma teoria da separação dos poderes, estabelece a via Judiciária uma posição de subordinação em que sua missão tem a finalidade de não exceder a lei – ou seja – o julgador não pode ir além do que está previsto.

Nesse modo de ver, a jurisdição que adotasse esse modelo seria meramente declaratória e somente seria expresso o sentido da lei pura, e que não haveria espaço para interpretações. Portanto, seu objetivo único e principal seria estabelecer a vontade do legislador. Os paradigmas do racionalismo tiveram início no direito Moderno no século XVII, em que se criou uma perspectiva que era preferida o valor da segurança e nessa visão era fundamental para construção de um Estado industrial.

36 SILVA, 1997, p. 38.

Em meio a esse tema que invoca discussões, cabe destacar a contribuição que traz a ideia de que é preciso pensar o processo civil para além do simples reducionismo, e que cada caso necessita de uma resposta individualizada, uma vez que nenhum caso será exatamente igual, portanto, não poderá ser fruto de decisões repetidas.³⁷ Diante de tais questionamentos, alguns termos como a verdade real no processo precisam ser revistos e compreendidos de outra forma, tendo como alicerce os preceitos da hermenêutica filosófica que é um caminho para desvelar a Constituição.³⁸

É imprescindível deixar de observar o caminho que “[...] o vínculo entre ordinariade e racionalismo pode ser visto de várias perspectivas. Uma delas situa-se na estrutura do procedimento, ao impor que o juiz somente possa julgar a lide ao encerrar-se a relação processual, depois do amplo debate probatório [...]”.³⁹ Nessa perspectiva, o processo civil passou e ainda está passando por um paradigma em que se busca atender as novas demandas, cujos interesses fundamentais estão sob o prisma de conceitos atuais como a sociedade em rede, e que necessita estar adaptada a nova realidade dos casos concretos.

Em uma perspectiva do processo propriamente dito, estabelece-se uma crise no processo na medida em que se está afastando os preceitos da Constituição Federal. Nessa visão, quando são utilizados institutos para comportar aqueles direitos que ainda carecem de uma interpretação mais aprofundada, deve se ter o cuidado para não mascarar essa interpretação, pois, se não houver espaço para debater o direito pleiteado, obriga-se a buscar no judiciário como única e derradeira alternativa uma resposta para os litigantes⁴⁰.

Nesse tema abre espaço para questão do protagonismo judicial que é uma seara que está diretamente envolvida como um dos elementos da jurisdição. No entanto, deve ser recordado que “[...] o que ocorre é uma mixagem teórica que se espalha no seio da comunidade jurídica. O ponto central é sempre o protagonismo judicial. Este acontece das mais variadas maneiras. Um deles é a repristinção em terras brasileiras do velho

37 ISAIA, 2012, p. 84.

38 ISAIA, 2012, p. 88.

39 SILVA, 2004, p. 142.

40 ISAIA, 2013, p. 76.

realismo jurídico ou de sua vulgata”.⁴¹ Ademais, percebem-se os efeitos que estão intrínsecos ao processo, ou seja, cada caso representa uma forma compreendida pelo direito.

Nessa linha de raciocínio, a ordinariedade de uma ação conforme já abordado durante esse capítulo, em tese, indica que existe um afastamento da hermenêutica do direito, uma vez que na medida em que exista uma ordem ou uma cronologia, fragilizará a sua consequente aplicação no caso concreto. Do mesmo modo, esse fator acaba velando as especificidades de cada caso quando são analisadas e que contribuem na formulação da decisão do magistrado.

Nessa perspectiva da recepção do caráter declaratório das decisões judiciais, obrigam que os julgadores, no caso os juízes, deixem de exercer sua atividade fim que é efetivamente julgar o caso fundamentadamente. Como uma forma de exemplificar a questão da ordinariedade, identifica-se que em relação ao procedimento sumário, as ações ou demandas judiciais sucumbiram frente ao tradicional modelo racionalista de jurisdição, visto que, o indivíduo que exerce a função de decidir irá buscar as respostas certas que são reconhecidas como adequadas, fazendo com isso, que o ato jurisdicional se afaste das decisões.

Resta claro, portanto, uma fragilização da jurisdição processual, uma vez que a tendência cada vez mais presente como é o caso dos processos da sociedade em rede, em que cada vez mais se precisa trabalhar com a ideia de pré-compreensão da norma jurídica para então adequar ao fato. No entanto, ao trazer essa questão para o debate da construção histórica e filosófica do que está mais presente do que nunca.

Com a aprovação do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC/15), por intermédio da Lei nº 13.105/2015⁴², alguns aspectos se mostraram positivos em relação a intenção de harmonizar assim como o sentido de cooperação do sistema processual com as garantias processuais e direitos fundamentais previstos na Constituição. Do mesmo modo, a mudança que foi proposta pela comissão de juristas foi de haver melhor coesão em relação à sociedade contemporânea, uma vez que é preciso reconhecer que o processo deve estar alinhado com as novas tendências que integram uma sociedade conflituosa e com a necessidade de garantia dos direitos fundamentais nesse início de século XXI⁴³.

41 STRECK, 2012, p. 192.

42 BRASIL, 2015.

43 BRÊTAS, 2012, p. 84.

Com essas alterações profundas no processo, cabe ao modelo de jurisdição o poder decisório para dizer o direito a partir de respostas adequadas. Insta salientar, uma crítica através dos princípios em que possam ser constatadas fragilidades sob a ótica do direito, e que nos casos em que exige um grau de complexidade maior, devem ser possíveis de serem resolvidas pela forma de interpretação. Nessa busca pelo desvelamento da jurisdição adequada, traz em questão o desafio dos novos direitos que surgem a partir de novas perspectivas da sociedade complexa.

Do mesmo modo, cresce de importância analisar o direito sob a ótica processual-constitucional adequando à realidade. Esta visão da *práxis* jurídica dentro do processo civil é necessária para ter um olhar sobre o direito para resolver problemas que estão inseridos na raiz dos casos, uma vez que se for observado somente à técnica, se estará omitindo o sentido que o legislador fez ao construir esses regramentos que passam a ser despercebidas nas decisões.

Houve aspectos inovadores e ao mesmo tempo desafiadores que foram plantados no NCPC/2015, ocorrendo algumas deficiências técnicas e terminológicas na redação e divisão do texto normativo. Um dos aspectos é a confusão entre a definição dos termos de ação (previsto constitucionalmente como direito de petição) e procedimento, uma vez que no título geral a expressão procedimento foi adequada, o que não ocorreu nos capítulos – posto que – a pretensão da parte ocorre com o procedimento e não com a ação propriamente dita.⁴⁴

Nesse contexto contemplado pelo processo civil, princípios começaram a aparecer no caso da integridade, coerência e cooperação. Desse modo, “[...] isso é fundamental lembrar, a luta contra a arbitrariedade judicial não pode ser compreendida como uma luta contra o processo interpretativo, inexorável à prestação jurisdicional”.⁴⁵ Nessa linha de raciocínio, para que um caso possa ser fundamentado sem precedentes, não haverá maneira diversa a não ser pela coerência.⁴⁶ Assim sendo, quando não ocorre à coerência no processo o direito não é discutido. Vale lembrar que a coerência é trabalhada para justificar uma comunidade que segue princípios em que os indivíduos não teriam esses princípios definidos de forma comum e sem haver uma uniformidade.

44 BRÊTAS; SOARES, 2010, p. 93-94.

45 ISAIA, 2011, p. 53.

46 DWORKIN, 2010, p. 147.

Nessa mesma análise, se faz oportuno lembrar que “[...] no âmbito do Direito Processual Civil essa questão também assume uma posição de destaque, principalmente porque quando se está a tratar de processo também se está a tratar de como as decisões devem ser tomadas”.⁴⁷ Por outro lado, no decorrer do processo devem ser observadas diversidades que cabe ao intérprete adequar, e que são o alicerce na fundamentação da decisão do magistrado.

De modo contrário, manter uma produção jurídica a partir de decisões que tomam o juiz como protagonista, torna-se desfavorável à própria autonomia do direito, visto que, na medida em que se admitem constantemente tais práticas jurídicas, eleva-se a figura do magistrado com único elemento no processo. Desse modo, para que ocorra uma jurisdição processual adequada, torna-se imprescindível justificar a hermenêutica filosófica por intermédio da decisão mais coerente e íntegra, que foram os dois princípios contemplados no NCPC/2015.

Todos esses embates jurídicos e filosóficos levaram o Poder Judiciário a certo descrédito perante a sociedade. No entanto, a origem desse fenômeno não pode ser considerada no próprio sistema jurídico, uma vez que esse não levou a tal questionamento de normas jurídicas. Ademais, cumpre observar que as leis são positivadas em tese, portanto, não caberiam interpretações extensivas sobre tensões políticas e sociais relevantes ou formas de justificar determinado posicionamento jurídico.

Nessa perspectiva, vale lembrar a importância que deve ser dada para pergunta sobre o direito, uma vez que a partir desta é que se trilhará a busca pelo sentido da lei⁴⁸. Nesse árduo emblema da resposta mais correta ou as respostas corretas que é aquela que diz o direito, a proposta deste texto é justamente desvendar o que não está explícito e que serve como subsídio a partir de uma pré-compreensão dos fatos com fulcro nos princípios constitucionais, e desse modo se entenderá que o direito não vem do nada.

Nesse mesmo raciocínio, muito se discute sobre a jurisdição processual ou forma de decisão. No entanto, trazendo para o caso dos advogados, promotores, defensores e juízes, como pode ser definido o direito? Como pode definir no caso concreto ou será que os juristas sabem o que é direito? São perguntas inquietantes em um primeiro momento, no entanto, levam

47 ISAIA, 2013, p. 101.

48 MOTA, 2010, p. 90.

a uma profunda reflexão sobre pensar a finalidade do direito – ou seja – qual a razão de fazer assim e não daquela outra forma, por que adoto essa perspectiva e não outra.

Nessas questões abordadas, existe a crítica de os juízes criarem novos direitos quando decidem um caso de extrema relevância. Entretanto, o que deve ficar claro é que não se podem transpassar os limites da lei, independentemente do processo. Portanto, reforça-se sobre esse sentido que “[...] alegam, em outras palavras, que a nova formulação se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, ainda que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou sido, inclusive, negado”.⁴⁹

5. A interpretação judicial: desafios da jurisdição no contexto da sociedade em rede

Diante de uma visão de interpretação judicial, o jurista alemão Peter Häberle traz uma contribuição referente ao atual entendimento sobre o que vem a ser um Estado alinhavado com o âmbito Constitucional, ou seja, o Estado não pode ser visto para si, no entanto, deve se estender para outros Estados de uma mesma comunidade.⁵⁰ No mesmo modo de analisar, esse contexto reflete no papel dos direitos humanos fundamentais como condição de efetividade perante o texto Constitucional, bem como sistematiza a coordenação no âmbito internacional, uma vez que sua ausência enfraquece sua força normativa.

Na mesma linha de pensamento recai uma pergunta estruturante do contexto da interpretação da norma. Veja, conforme aborda Häberle, todo indivíduo que vive direta ou indiretamente sob o âmbito da Constituição, se torna um intérprete⁵¹. Desse modo, não precisa dizer que mesmo aquele que não faz parte dos intérpretes jurídicos da Constituição vivencia a aplicação da norma – ou seja – esse sentido deve refletir de forma horizontal na perspectiva da sociedade complexa de direitos e deveres.

No momento que um direito de um indivíduo é violado, a balança que regula os direitos de ambas as partes é desregulada, vindo, portanto, a pen-

49 DWORKIN, 2014, p. 9.

50 HÄBERLE, 2003, p. 76.

51 HÄBERLE, 2014, p. 28.

der para um lado e ocasionando desarmonia. Nesse momento é que surge a interpretação do jurista ao caso concreto, fazendo essa balança voltar ao equilíbrio a partir da aplicação dos meios jurídicos. Nessa perspectiva, em regra, a justiça é associada com igualdade, ou seja, tratar de forma igual os indivíduos, em que se resume como a “[...] justiça é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade”.⁵²

Na ideia de interpretação judicial se deve estar ciente de que nem sempre o que é justo é igualmente reconhecido por outros. Desse modo, quando o magistrado julga um acontecimento não deve buscar a justiça para uma das partes envolvidas, no entanto, deve buscar a justiça para ambos – ou seja – garantir um julgamento adequado para o bem coletivo da sociedade, uma vez que o maior compromisso intrínseco se trata em buscar esse direito.

O conceito de justiça é bastante amplo e dependendo de qual ponto de vista poderá ser interpretado de diversas formas. Desse modo, segundo o dicionário brasileiro, o conceito de justiça é “[...] conformidade com o direito; Atitude que faz dar a cada o que é seu; Faculdade de julgar com equidade”.⁵³ Essa é a teoria pura sobre a justiça, que ao fim ao cabo quer representar o objetivo ou o papel do advogado quando defende seu cliente de um fato imputado ou não observado.

Em outras palavras, falar de justiça trata-se de trazer à tona uma espécie de impressão de igualdade a todos, uma vez que se está em um país com uma diversidade cultural imensa, percebido pela impossibilidade de estabelecer um padrão religioso, literário, musical, etc. Um dos exemplos que pode ser colocado está no momento que o judiciário julga um caso interpretando determinada questão e leva em consideração por preferir outra direção sem observar os fatos para a resolução do processo. Nesse caso, se estará aplicando o direito em outro caminho e o julgador tomará uma direção de princípios políticos ou convicções não relacionadas com o processo.⁵⁴

No âmbito do direito busca-se do processo a própria justiça. Desse modo, o direito atua para a igualdade e também para o bem-comum, uma vez que se trata do bem-estar da sociedade em que os direitos são adquiri-

52 ARISTÓTELES, 384 a. C. - 322 a.C.

53 DICIONÁRIO, 2019.

54 DWORKIN, 2014, 97.

dos, as diferenças respeitadas e os atos ilícitos que de alguma forma ferem o direito individual ou o direito de uma comunidade são impedidos. A partir dessa visão na relação entre direito e justiça no que diz respeito ao ato de julgar fatos como justos ou injustos, existem – ademais – doutrinas baseadas nas sagradas escrituras e que possuem influência Aristotélica, trata-se da justiça como uma virtude⁵⁵.

A partir de uma abordagem sobre o campo das decisões, devem ser primados os direitos a igualdade em todos os membros que possuem o mesmo direito. Nesse aspecto, percebe que “[...] as decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo que remete à doutrina da responsabilidade política”.⁵⁶ Esta tese entende que as decisões judiciais sendo fundamentadas na política, não possuem sustentação, uma vez que os juízes poderiam dizer qual seria então uma política adequada para o caso em tela, ou pior, como poderia ser (in)justificada tal situação perante uma posição firmada pelo Tribunal.

Diante dessas constatações na análise processual, é abordada a importância em analisar que não se reconhece o solipsismo judicial, que na verdade se trata em reduzir toda realidade ao ser pensante e que fazendo uma leitura sob a lente processual, traduz o juiz como a figura de maior relevância. Nesse sentido, esta tendência não se aproxima do realismo jurídico, ignorando preceitos como a moral, a justiça e as normas jurídicas, e que acaba descrendo essa concepção.⁵⁷

Neste vasto campo da interpretação, a preocupação reside no propósito da questão em vez da causa como muitos autores reforçam.⁵⁸ No entanto, quando se fala em propósitos, refere-se ao intérprete da lei, e não do autor em que passa a ser uma interpretação construtiva, que a partir de uma imposição de um objeto ou na própria prática com a finalidade de tornar um exemplo mais adequado ao gênero⁵⁹. Nessa questão de interpretar de forma adequada, parte do princípio de que se trata de tentar compreender, que em um segundo plano fica no ocultamento do intérprete. No entanto, existe uma diferença fundamental entre o que seria o mais adequado do

55 AQUINO, 1980.

56 DWORKIN, 2014, p. 138.

57 HABERMAS, 1997, p. 22.

58 DWORKIN, 2014, p. 140.

59 DWORKIN, 2014, p. 146.

que realmente significa. Para tal, será necessário recuperar o sentido que o legislador trouxe para o ordenamento jurídico para não adentrar na interpretação equivocada ou controversa sobre a intensão proposta.

Uma questão bastante discutida no campo jurídico foi a chamada neutralidade do juiz. Na medida em que uma decisão é construída, são questionadas posições para uma decisão sem se prender a concepções pessoais. Nesse aspecto, “[...] na verdade, a neutralidade do juiz é mais uma consequência, ou um reflexo, da neutralidade do Estado, como um dispositivo técnico capaz de servir a todas as possíveis ideologias e, em virtude da tolerância que tal concepção pressupunha, [...]”.⁶⁰

Na seara da decisão processual que tem como pano de fundo os princípios constitucionais, são elencados a partir de uma perspectiva da atuação do poder decisório. Estes princípios – por sua vez – são elencados como imprescindíveis para decisão que é a de que qualquer decisão política deverá reconhecer todos os cidadãos iguais, exceto quando se tratar de casos extremos em que a situação exigir; a segunda premissa principiológica nesse contexto está calcada na condição de equidade em sujeitar-se a compromissos abertos e que são considerados justos quando adotados a respeito às regras estabelecidas.⁶¹

Os princípios supracitados asseguram que a condenação deliberada de algum processo não caminhe no campo da subjetividade, uma vez que na medida em que se não existirem elementos suficientes para condenar, se sabe ser inocente sobre um fato, não poderá manter uma condenação equivocada ou que não houve a observância de algum requisito. Nesse sentido, incriminar alguém ou acusar sobre um fato falsamente é um caso de decisão política nova e que não haverá espaço para um tratamento igualitário. Diante destes questionamentos como forma de explicar as decisões políticas, é trazida nessa questão as revisões judiciais “interpretativas” e “não interpretativas”.⁶²

No entanto, quando se fala em Estado como um soberano na aplicação das leis foi um passo para um caminho obscuro – posto que – esta atitude limitou a possibilidade de interpretar o texto de lei. Isso, portanto, se torna mais claro fazendo uma construção histórica em que uma sociedade

60 SILVA, 1997, p.111.

61 DWORKIN, 2005, p. 19.

62 DWORKIN, 2005, p. 31.

enxerga o juiz como um ente divino que responde pelo Estado, sendo esse Estado considerado pelo povo como uma entidade intocável. Desse modo, veste uma finalidade de estabelecer a segurança, entretanto, estará sendo mascarada a ação do juiz perante a sua função específica que é tornar uma decisão adequada com o direito.

Para que se busque uma interpretação judicial balizada na Constituição e que reserva espaço para o fundamental conceito de democracia, faz se necessário mencionar que “[...] não julgue conforme o que você acha ou pensa. Julgue conforme o direito. Julgue a partir de princípios, e não de políticas. Aceitar que as decisões são fruto de uma consciência individual é retroceder mais de 100 anos. E é antidemocrático”.⁶³ Do mesmo modo, vale ressaltar que, no momento em que o magistrado adota uma postura sem a visão do direito, muito longe estará a justiça – ao contrário – está utilizando o direito contra o direito.

Resta claro, portanto, para que haja a aplicação adequada do direito ao caso concreto deve-se buscar desvincular do âmbito político que alienam para um caminho. Desse modo, não serão observados os princípios para subsidiar uma decisão adequada. Na decisão surge à questão da discricionariedade, que é o local em que não há espaço para temas como “livre convencimento”, “realismo jurídico”, ou “livre apreciação da prova”⁶⁴, que nada mais é do que uma estrutura histórica que acompanhou e acompanha a jurisdição processual, e que se torna uma realidade que é reproduzida nas decisões.

Um dos argumentos que enfraquecem o entendimento de que a discricionariedade do magistrado pode ser aplicada é a forma inadequada com que se compreende o direito. Nesse sentido, “[...] esse uso acrítico tem representado um crescimento nas decisões arbitrárias. Na verdade, sob o manto da discricionariedade, pratica-se a arbitrariedade interpretativa”⁶⁵. Assim sendo, pensar o direito sob uma perspectiva discricionária, por mais que ela não tenha relação com uma determinada decisão, não se estará buscando o direito, pelo contrário, se estará remando contra a maré do que é o direito.

63 STRECK, 2012, p. 198.

64 STRECK, 2012, p. 190.

65 STRECK, 2012, p. 191.

Para entender como esses novos direitos foram criados deve ser contextualizado com as evoluções que ocorrem no direito e suas novas ramificações de uma sociedade complexa e com tendências cada vez mais desafiadoras. Vale mencionar que “[...] embora sejam conhecidos resultados alcançados pela Filosofia do Direito durante todo século XX, [...] e o conseqüente retorno da Hermenêutica, nossas instituições, tanto universitárias quanto legislativas, impõem que nos comportemos dogmaticamente”.⁶⁶

Os direitos que podem ser chamados contemporâneos levam a travar novos desafios que começam com a formulação do próprio direito. Nessa dimensão, em que os direitos da sociedade em rede foram incorporados através da própria sociedade, não se falava em crimes virtuais, crime sobre a divulgação dados de um servidor compra de produtos utilizando-se de sites de internet, entre outros. Desse modo, essa realidade tornou-se cada vez mais possível, assim como sua regulação jurídica.

Conforme a linha de investigação traçado no decorrer do texto, se faz imprescindível que se faça do processo uma leitura Constitucional, bem como para cumprir o papel do Estado Democrático de Direito. Desse modo, a forma como o processo deve ser visto por intermédio das balizas que a Constituição contemplou, e a partir desse aspecto de visão normativa deve regular a atividade jurisdicional.⁶⁷ Do mesmo modo de análise, pode ser dito que deve haver uma análise da dimensão dos fatos em relação aos aspectos da validade, tudo isso é incorporado no contexto da jurisdição, uma vez que está instituída nos princípios Constitucionais.

Após serem apresentados alguns indícios referentes as teses do substancialismo e do procedimentalismo, é necessário pensar o direito sob a lente constitucional em que o(as) juristas estejam cientes de sua responsabilidade com a sociedade⁶⁸. Ademais, o viés político deve estar afastado das decisões jurídicas, uma vez que o processo se torna refletido por um viés não democrático, em que os princípios como a integridade e a coerência estarão fulminadas, e o que é pior de tudo isso, o direito servirá para impor as injustiças nos julgamentos, contrariando tudo que o que foi abordado sobre os princípios e os direitos.

66 SILVA, 2004, p. 2.

67 ANDOLINA; VIGNERA, 2011, p. 5.

68 STRECK, 2012, p. 195.

6. Conclusão

Após as considerações realizadas sobre os aspectos das teorias substancialista e procedimentalista esperam-se do magistrado a imparcialidade dos seus sentimentos e razões pessoais para julgar conforme diz o direito. Desse modo, se deve buscar única e objetivamente a realização de um julgamento fidedigno, ou seja, deve ser realizada através das leis e da aplicação fundamentada que permeiam o caminho para alcançar a justiça sem prejudicar nenhuma das partes com relação à convicção intimamente pessoal.

Com esse olhar sob a lente do processo deve ser superado o paradigma racionalista que deixam sua reprodução genérica de textos de lei. Também, vale lembrar que a tese procedimentalista possui uma deficiência em discutir a padronização dos modelos universais, uma vez que as decisões são aplicadas coletivamente e sem haver um cuidado com o estudo do caso concreto. No mesmo sentido, se não houver uma compreensão apurada, incorre-se em erros crassos que criam margem para poluir o papel que o direito deve ocupar.

Devido ao fato de se estar inserido em uma sociedade em rede em que os direitos estão cada vez mais próximos dos indivíduos, necessita-se encontrar respostas mais adequadas e coerentes. Entretanto, estas respostas podem até não ser definitivas, no entanto, devem representar o direito naquele momento que é caracterizado pela aproximação na formulação de um processo íntegro e alinhado com a Constituição. Desse modo, atendendo a demanda processual, cabe ao jurista interpretar às normas pelos preceitos fundamentais, e para que isso ocorra em uma decisão judicial fundada na justiça, é preciso que sejam desvelados os princípios constitucionais em que se consiga sair do “modelo”, padrão de procedimento, uma vez que não se conseguirá sair de um sistema que retroalimenta um direito que está sufocado antes da sentença.

Na questão da jurisdição processual deverá atender aos desafios que já existem como o protagonismo judicial que possui as amarras de um racionalismo histórico, e que uma vez vinculado, persistirão os efeitos que foram abordados no texto. No entanto, existem fortes tensões políticas e econômicas que movem os diversos sistemas processuais e judiciais do Brasil, tornando-se um desafio romper essa cultura em busca do direito.

Com esse suporte teórico abordado ficam perguntas sobre qual rumo tomar ou será que existe somente uma resposta correta para se tornar um

processo mais próximo da justiça? Certamente, os caminhos que a atual sociedade em rede trouxe e ainda está por trazer é imprevisível e que não podem ser medidos por cifras, uma vez que caberá ao jurista trazer o direito que muitas vezes é atingido pelas raízes históricas sem levar em conta as novas tendências e desafios que a jurisdição processual no século XXI terá como enfrentamento.

Referências

- ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli. Itália: Turim, 1990.
- _____. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica*. Tradução de Alexandre Correia. 2^a ed. Rio Grande do Sul: Livraria Sulina Editora e Grafosul Indústria Gráfica, 1980.
- ARISTÓTELES. *O Pensador*. 384 a. C. - 322 a.C. Disponível em: <https://www.pensador.com/frase/MTQ1OTEwNw/>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. V. 90, 2004, p. 69-169, 2004. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3/>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 17. mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 1º nov. 2019.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- _____. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Coord.). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I – Volumen II. Bogotá, Colômbia: Editores Ltd, 2011.
- DICIONÁRIO. *Justiça*. Significado de justiça. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/justica/>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- _____. *O império do direito*. Tradução Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- _____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luis Carlos Borges. Revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios; Revisão da tradução Silvana Vieira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El derecho procesal Constitucional como un sector de la defensa de la Constitución*. Estudios del Derecho Procesal Constitucional. Bogotá: Editores Ltda, 2011.
- HÄBERLE, Peter. *A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- _____. *El Estado Constitucional*. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- _____. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. In: *Revista Direito Público – IDP*. V. 11, n. 60, 2014, p. 25-50. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353/1204>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. 2ª ed. Tradução Flávio Beno Siebeneicheler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- ISAIA, Cristiano Becker. O problema processual e o problema do decisionismo jurisdicional. Da subsunção à integridade do direito. In: *Revista Eletrônica e Política*. Programa de Pós-Graduação. Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí. Vol. 3. nº 3. 3º quadrimestre de 2008, p. 264-283.
- _____. Os desafios da jurisdição processual civil no século 21. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. (Orgs). *Direitos emergentes na sociedade global: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito na UFSM*. Ijuí: Unijuí, 2013, p. 75-119.
- _____. *Processo civil e hermenêutica jurídica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito*. Curitiba: Juruá, 2012.
- _____. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. Primeiros estudos. 14ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: *O Estado e suas crises*. MORAIS, José Luis Bolzan de. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução Saulo Krieger; Tradução das citações em latim Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. Um dossiê em homenagem a Peter Häberle. In: *Revista Estudos Institucionais*. V. 2, n. 1, 2016, p. 30-56. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/48/43>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Florianópolis: Conceito, 2010.
- REALI, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e os conflitos das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RICCI, Sergio Díaz. Principios básicos de una codificación procesal constitucional. In:
- CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Coord.). *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I – Volumen II. Bogotá, Colômbia: Editores Ltd, 2011, p. 81-91.
- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SOUZA, Carlos Aurelio Mota de. Motivação e fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica. In: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. V. 7, n. 2, 2006, p. 355-376. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/345/338>. Acesso em: 1º nov. 2019.
- STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Pro-*

grama de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: UNISINOS, 2012.

_____. Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: UNISINOS, 2012, p. 189-201.

_____. *Verdade e consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

Recebido em 03 de março de 2018.

Aprovado em 16 de outubro de 2019.