

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Acerca da segurança jurídica e da uniformidade das decisões a partir do novo código de processo civil à luz do modelo constitucional do processo brasileiro

On legal certainty and uniformity decisions in the new civil procedure code in the light of brazilian constitutional process model

Cintia Garabini Lages

Lúcio Antônio Chamon Junior

Sumário

I. DOSSIÊ TEMÁTICO	13
METODOLOGIA DO DIREITO, TEORIAS DA POSSE E A POSSE NA NOVA LEI DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA	15
Helton Junio Da Silva, Raphael Frattari Bonito e Renata Aparecida de Oliveira Dias	
A PROTEÇÃO POSITIVA DO DOMÍNIO PÚBLICO	33
Maria Edelvacy Pinto Marinho	
A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA E RURAL: NECESSIDADE DE MARCOS TEÓRICOS E DE POLÍTICAS PÚBLICAS DISTINTOS	42
Émilien Vilas Boas Reis e Márcio Luís de Oliveira	
PERSPECTIVAS SOBRE A RELAÇÃO URBANO-RURAL: REPERCUSSÕES JURÍDICAS NO IMÓVEL AGRÁRIO APÓS A EDIÇÃO DA LEI N. 13.465/2017	55
Luana Nunes Bandeira Alves e Luly Rodrigues da Cunha Fischer	
A FUNÇÃO URBANÍSTICA DO REGISTRO DE IMÓVEIS NA INSCRIÇÃO DE CONSTRUÇÕES	81
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Fernanda Loures de Oliveira	
DIREITOS DE PROPRIEDADE E INSTRUMENTOS ECONÔMICOS DE REGULAÇÃO AMBIENTAL: UMA ANÁLISE DAS ATRIBUIÇÕES IMPLÍCITAS	98
Laura Meneghel dos Santos, Antônio José Maristrello Porto e Rômulo Silveira da Rocha Sampaio	
ASPECTOS URBANÍSTICOS, CIVIS E REGISTRAIS DO DIREITO REAL DE LAJE	122
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Fernanda Loures de Oliveira	
INTERAÇÃO ENTRE A ACESSIBILIDADE URBANÍSTICA E O DIREITO À CIDADE: POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	148
Daniella Maria dos Santos Dias, Domingos do Nascimento Nonato e Raimundo Wilson Gama Raiol	

LONGEVIDADE E CIDADE: DO DANO URBANÍSTICO À GARANTIA DO DIREITO À MORADIA ADEQUADA PARA IDOSOS DE BAIXA RENDA..... 169

Luzia Cristina Antoniossi Monteiro, Nayara Mendes Silva e Vania Aparecida Gurian Varoto

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E POLÍTICA AMBIENTAL: INCONGRUÊNCIAS DO CADASTRO AMBIENTAL RURAL NO ESTADO DO PARÁ 188

Lise Tupiassu, Jean-Raphael Gros-Desormaux e Gisleno Augusto Costa da Cruz

A REGULARIZAÇÃO DO PARCELAMENTO DO SOLO DE LOTEAMENTOS PÚBLICOS: UM ESTUDO BASEADO NO PROJETO DO LOTEAMENTO DE INTERESSE SOCIAL VILA BETINHO EM CHAPECÓ/ SC.....204

Reginaldo Pereira e Karen Bissani

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA – NOVA LEI – VELHAS PRÁTICAS: CASO DE ARAGUAÍNA – AMAZÔNIA LEGAL 216

João Aparecido Bazolli, Olívia Campos Maia Pereirae e Mariela Cristina Ayres Oliveira

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE COMUNIDADES QUILOMBOLAS EM MATO GROSSO DO SUL/BRASIL232

Antonio Hilario Aguilera Urquiza e Lourival dos Santos

POLÍTICAS PÚBLICAS E ESCOLHA RACIONAL: O CASO DO CENTRO URBANO DE CULTURA, ARTE, CIÊNCIA E ESPORTE DE FORTALEZA, ESTADO DO CEARÁ249

Mariana Dionísio de Andrade e Rodrigo Ferraz de Castro Remígio

O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL COMO PARCELA DO MÍNIMO EXISTENCIAL: REFLEXÕES SOBRE A INTERRUPÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POR INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO266

Augusto César Leite de Resende

II. OUTROS TEMAS284

ACERCA DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA UNIFORMIDADE DAS DECISÕES A PARTIR DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO BRASILEIRO286

Cintia Garabini Lages e Lúcio Antônio Chamon Junior

O IMPACTO DO FEDERALISMO SANITÁRIO BRASILEIRO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE ...303

Renato Braz Mehanna Khamis e Ivan Ricardo Garisio Sartori

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA E SOCIAL AO RECONHECIMENTO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS..... 314

Renata Mantovani de Lima, Leonardo Macedo Poli e Fernanda São José

A INTERVENÇÃO DIRETA E INDIRETA NA ATIVIDADE ECONÔMICA EM FACE DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA 331

Antônio Francisco Frota Neves e Hector Valverde Santana

CONFLITOS AGRÁRIOS: DESOBEDIÊNCIA CIVIL OU CRIME?.....350

Edilene Lôbo e Paulo Henrique de Oliveira Brant

O PODER POLÍTICO E A MÍDIA DE MASSA: A PERSPECTIVA DA FISCALIZAÇÃO DE CONCESSÕES E OUTORGAS DE RADIODIFUSÃO NO BRASIL.....369

Bruno Mello Correa de Barros e Rafael Santos de Oliveira

OS IMIGRANTES NO BRASIL, SUA VULNERABILIDADE E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE385

Leda Maria Messias da Silva e Sarah Somensi Lima

Acerca da segurança jurídica e da uniformidade das decisões a partir do novo código de processo civil à luz do modelo constitucional do processo brasileiro*

On legal certainty and uniformity decisions in the new civil procedure code in the light of brazilian constitutional process model

Cintia Garabini Lages**

Lúcio Antônio Chamon Junior***

RESUMO

O presente estudo pretende analisar os pressupostos teóricos subjacentes à compreensão da nova codificação processual brasileira, a Lei 13.105/15, a partir da reconstrução dos argumentos centrais presentes na sua Exposição de Motivos, objetivando confrontar referidos pressupostos em face das exigências democráticas estabelecidas pela CF/1988, adotando como referencial teórico as Teorias Discursiva do Direito, de Jürgen Habermas, do Modelo Constitucional do Processo, de Andolina e Vignera, e a do Processo de Elio Fazzalari. A pesquisa, do tipo qualitativa, adotou como procedimento a análise documental e a revisão bibliográfica, e como método de inferência, o indutivo. Com relação aos resultados, a reconstrução dos argumentos centrais da Exposição de Motivos possibilitou identificar uma assimilação entre os conceitos de segurança jurídica e uniformidade de decisões, e seu emprego como forma de justificar as alterações introduzidas pela legislação novel. No entanto, tal entendimento apresenta-se destoante dos requisitos democráticos relativos ao exercício da jurisdição, segundo o Modelo Constitucional Processual brasileiro. Segundo este, a jurisdição não deve ser compreendida de forma meramente instrumental, mas como função estatal garantidora de direitos fundamentais, inclusive com relação ao procedimento que viabiliza o seu exercício, devendo ser capaz de assegurar decisões adequadas à singularidade de cada caso, e ao mesmo tempo coerentes com as decisões proferidas pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Conclui-se que a pretensão de substituir a lógica da coerência subjacente a uma racionalidade discursiva pela lógica da eficiência-celeridade-segurança importa na desconsideração do caráter democrático-participativo conformador do Modelo Constitucional Processual brasileiro.

Palavras-chave: Novo CPC, Teoria do direito, segurança jurídica

ABSTRACT

The aim of the present study consists of the analyze of theoretical as-

* Artigo convidado

** Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora do Programa de Pós-graduação stricto sensu da Universidade de Itaúna. Professora de Direito Constitucional e Hermenêutica e Argumentação Jurídica da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Coordenadora de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito em Betim. Email: cintiagarabini@gmail.com

*** Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Email: chamonjr@gmail.com

sumptions present in the comprehension of the new Brazilian procedure code, Federal Law 13.105/15, from the reconstruction of the central arguments presents on its Statement of Purpose, with the intention to confront those assumptions with the democratic requirement established by Brazilian Constitution, adopting, therefore, as theoretical references, Jürgen Habermas's Discursive Theory, Andolina and Vignera's Constitution Model Procedural Theory, and Elio Fazzalari's Procedural Theory. The qualitative research adopted the documentary analysis and bibliographic review methods and, as an inference methodology, the inductive one. Regarding the results, the reconstruction of the main arguments present in the Statement of Purpose of the new Brazilian process code allowed the identification of the assimilation between the concepts of legal certainty and uniformity decisions, and its use as a justification for the procedural innovations introduced by the new legislation. However, this comprehension presents itself as incompatible with the democratic requirements settled down by the Brazilian Constitution Procedural Model. According to this model, the judicial exercise should not be comprehended in an instrumental way, but as state's power destined to secure fundamental rights, procedural rights included, and should be able to ensure appropriate decisions to the singularity of each case decided, as well should presents itself coherent with the decisions made by others courts. The study concludes that the intension to replace the logic of coherence presents in a discursive rationality by the logic of efficiency-celerity-certainty matters in disregarding the democratic-participative character that conforms the Brazilian Constitutional Model.

Keywords: New Procedural Code; Theory of Law; Brazilian Constitutional Procedural Model

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2009, o Senado Federal instituiu uma Comissão de Juristas à qual atribuiu a responsabilidade de elaborar o anteprojeto de um novo Código de Processo Civil. Segundo o Ato do Presidente no. 379/09, a elaboração de um novo Código de Processo Civil fazia-se necessária em razão do grande número de alterações legislativas sofrida pelo Código de Processo Civil de 1973, alterações essas que comprometeram sua sistematicidade e ao mesmo tempo foram insuficientes no que tange à sua atualização em face do “desenvolvimento teórico” experimentado pelo Direito Processual brasileiro na contemporaneidade. Também justificou a elaboração de um novo código, a necessidade de se conferir ao processo maior agilidade em face das novas concepções relativas ao acesso à justiça e à razoável duração do processo.¹

O Anteprojeto foi elaborado então por uma comissão composta por onze processualistas e apresentado pelo Senado Federal em 2010, quando teve início o processo legislativo que culminou com a publicação da Lei 13.105, em 16 de março de 2015. O novo Código de Processo Civil revelou uma fina sintonia com as razões que levaram à constituição da comissão, sobretudo no que tange à estruturação de um processo comprometido com a celeridade processual e a segurança jurídica, como se depreende da análise da Exposição de Motivos que acompanhou a nova lei. Segundo esta, o novo Código objetivou a busca por um processo célere, simplificado, rentável e coeso, convergindo em direção a uma lógica de uniformidade decisória, com fundamento na valorização de precedentes.²

Pode-se afirmar que a *busca obcecada pela celeridade processual*, expressão cunhada por Dinamarco³ e que tanto influenciou a elaboração do novo Código, não é fruto de uma preocupação recente quando se discute políticas de acesso à jurisdição. Ela esteve no centro das discussões quando da aprovação da Reforma do Poder Judiciário, realizada pela Emenda Constitucional 45/04, que promoveu, dentre outras relevantes al-

1 SENADO FEDERAL. *Ato da Presidência no. 379/2009*. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20N%20379.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

2 SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017.

3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 43.

terações, a criação do Conselho Nacional de Justiça, a introdução da súmula vinculante e a positivação do princípio da celeridade processual no inciso LXXVIII do artigo 5º. da Constituição Federal.

A aprovação de um novo Código de Processo Civil capaz de garantir a atuação da jurisdição de forma mais eficiente e célere, apresenta-se como o desdobramento natural de uma política pública cujo principal recurso restringiu-se à reformulação dos procedimentos jurisdicionais e à revisão do sentido da jurisdição a partir da lógica da coesão, entendida como uniformidade. Nesse sentido, afirmou o Presidente da Comissão de Juristas, Luiz Fux, que o desafio enfrentado pela referida comissão foi o de “resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”⁴ como forma de responder aos questionamentos postos pelo enorme volume de ações e recursos existentes, caracterizados por solenidades desnecessárias.

Entretanto, a efetivação de direitos processuais requer uma compreensão mais adequada da jurisdição no marco do Estado Democrático de Direito e dos requisitos necessários à sua atuação através do devido processo. O assegurar o direito fundamental de acesso à jurisdição não se resume a uma lógica de eficiência-celeridade-segurança, mas pressupõe a compatibilidade entre os procedimentos estruturados pelo legislador e o modelo processual constitucionalmente estabelecido. É a partir desse, do Modelo Constitucional do Processo, que o novo Código e seus institutos devem ser compreendidos.

O objetivo do presente artigo é o de reconstruir os pressupostos teóricos subjacentes à elaboração do novo código processual presentes na sua Exposição de Motivos e que servem de guias iniciais para a interpretação do seu conteúdo, e confrontá-los com os pressupostos teóricos constitucionalmente estabelecidos, de modo a possibilitar uma reflexão crítica acerca da função e dos objetivos postos por uma legislação processual no contexto de um Estado Democrático de Direito.

O trabalho é resultado de uma pesquisa qualitativa e adotou como procedimento a análise documental – a Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, e o procedimento de revisão bibliográfica. O primeiro tópico do trabalho tem por objeto de análise os pressupostos em torno da Exposição de Motivos no Código de Processo Civil de 2015. Em seguida, tem-se a reconstrução da compreensão procedimental do modelo constitucional processual brasileiro estruturado pela Constituição Federal de 1988, adotando-se como referencial teórico da discussão a Teoria do Processo como Procedimento realizado em Contraditório, de Elio Fazzalari, e a Teoria Discursiva do Direito, de Jürgen Habermas, e os desenvolvimentos por nós realizados em torno de uma Teoria da Argumentação Jurídica e de uma Teoria do Processo Legislativo. No terceiro tópico, as discussões realizadas nos dois primeiros são resgatadas e confrontadas, com a finalidade de se apresentar uma crítica à compreensão jurídico-principiológica subjacente à proposta apresentada pela Comissão, e ao mesmo tempo oferecer um resgate do sentido democrático que a Constituição da República está a exigir da prática jurisdicional.

2. PRESSUPOSTOS INTERPRETATIVOS EM TORNO DA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A demanda por uma nova codificação processual com a finalidade de substituir a anterior, cujos identidade e sentido de unidade restaram comprometidos em função das várias alterações legislativas sofridas ao longo do tempo, intensificou-se com a necessidade de uma atualização capaz de promover a compatibilidade da sistemática processual jurisdicional com o caráter fundamental dos direitos processuais e a efetivação dos demais direitos fundamentais, culminando com a publicação da Lei 13.105, em 2015. A tentativa de

4 SENADO FEDERAL. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

conciliar direitos fundamentais com o exercício da jurisdição orientou a motivação da Comissão de Juristas encarregada de elaborar o novo código:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.⁵

Segundo se depreende da Exposição de Motivos que antecede o Código de Processo Civil de 2015, este buscou realizar cinco objetivos supostamente pretendidos com a sua “evidente redução da complexidade inerente ao processo de sua criação”, quais sejam: I) estabelecer uma sintonia com a Constituição Federal; II) “criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa”; III) “simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal”; IV) “dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado” e, finalmente, V) “imprimir maior grau de organicidade ao sistema, conferindo-lhe, assim, mais coesão”.⁶

Infere-se da leitura da Exposição de Motivos que a sistematicidade e coesão do “sistema” estão diretamente vinculados ao papel que se atribuiu aos Tribunais Superiores, sobretudo ao Supremo Tribunal Federal, de uniformizar a interpretação do Direito a ser aplicado, a adotar-se, assim, uma padronização decisória de caráter obrigatório para os Tribunais Estaduais, Regionais e juízos de primeira instância. Percebe-se, pois, a pretensa instrumentalização não só do processo em si, mas do exercício da jurisdição, substituindo a exigência de uma coerência discursiva por uma lógica da eficácia/generalização, demonstrando assim a tendência de uma compreensão preponderantemente funcional sobre uma interpretação discursivamente sustentável.⁷

Para ilustrar o que afirmamos, vejamos o trecho abaixo constante da Exposição de Motivos em questão:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.⁸

A conclusão a que se pode chegar a partir da leitura da Exposição de Motivos é que a pretensão do Código de Processo Civil seria a de “garantir o princípio constitucional da segurança jurídica”, “princípio” este que foi pretendido como coerente ao modelo constitucional do processo civil brasileiro. Referida pretensão far-se-ia transversalmente pelos cinco objetivos acima elencados (I a V), de maneira a permitir um conjunto de mudanças legislativas e de práticas jurisdicionais que fossem capazes de alicerçar pretendido intuito. E tal compreensão de “segurança jurídica” foi assumida, como dito anteriormente, de uma perspectiva funcionalizada, interpretando-a como a ser realizada através da *estabilização* da jurisprudência dos tribunais e da sua aplicação *uniforme*.

Tais questões estão presentes de maneira contundente na Exposição de Motivos porque a comissão de especialistas, designada para propor o então Projeto do CPC, partiu do entendimento segundo qual haveria

5 SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017, p. 24.

6 SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017, p. 26.

7 CHAMON JUNIOR, Lúcio. *Teoria da Argumentação: constitucionalismo e democracias em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

8 SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017, p. 28.

um problema a ser enfrentado pelo novo Código, qual seja, o fato de os juízes, no exercício da jurisdição, “desvirtuando da liberdade de que gozam de decidir com base em seu entendimento sobre o sentido real da norma”, extrapolariam o exercício do livre convencimento ao decidirem conforme uma convicção pessoal acerca do que é o Direito, desconsiderando as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.⁹

A partir da proposta deste falso problema, a comissão resolveu apresentar como solução a busca por uma “uniformização do Direito”, capaz de gerar não só a “segurança jurídica” como conseguiu-la através de uma previsibilidade decisória a partir da uniformização das decisões. Para tanto, pretendiam a adoção de decisões jurisdicionais de forma padronizada, assumindo como métrica as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores.

Com isto, estar-se-ia restringindo a interpretação do Direito aos Tribunais Superiores assumidos, implicitamente, como *mais especializados* e, portanto, dotados de um peso argumentativo mais valioso em razão da posição hierárquica e de autoridade sobre os demais. Em última análise, podemos concluir que, em matéria constitucional, estaríamos todos adstritos aos ditames do Supremo Tribunal Federal, sem que tenha havido uma melhor problematização do sistemática de controle de constitucionalidade no Brasil, sobretudo em seu viés difuso.

Por um outro ângulo, equivale a dizer que a preponderância de uma compreensão funcional do exercício da jurisdição leva, invariavelmente, a uma interpretação e prática positivistas do Direito, de maneira a validar argumentos de autoridade em detrimento de uma lógica a respeitar o sentido normativo e principiológico da própria Constituição¹⁰.

Para operacionalizar essa pretensão de uniformização, o Código de Processo Civil assumiu dois vieses: uma *a*) uniformização horizontal (no âmbito interno do próprio Tribunal) e uma *b*) uniformização vertical (a ser verificada na relação Tribunais Superiores e Tribunais inferiores).

A) Da uniformização horizontal. Estabelece o Código, em seu artigo 926, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Significa dizer que as decisões proferidas pelos tribunais devem se fazer refletir de maneira vinculante em todos os seus órgãos fracionários, isto é, em suas câmaras ou turmas, de maneira a permitir um posicionamento uníssono *daquele tribunal*.

Um dos procedimentos previstos no referido Código, e que permitiria a uniformização das decisões dos órgãos fracionários, isto é, a referida uniformização *interna corporis*, seria o incidente de assunção de competência. Tal procedimento veio a permitir que os processos de competência originária do tribunal, bem como os recursos, necessários ou não, possam ser conhecidos e julgados não pelo órgão fracionário originalmente competente, mas por órgão colegiado “maior”,¹¹ na hipótese de o procedimento suscitar “relevante questão de direito com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”, conforme disposto no artigo 947 do referido Código. O entendimento adotado no que se refere aos fundamentos da decisão proferida pelo órgão colegiado (pleno ou órgão especial) deverá ser observado por todos os órgãos fracionários deste mesmo tribunal em que se deu referido incidente de assunção de competência, gerando assim decisões pretensamente uniformes.

Outro mecanismo que serviria à uniformização horizontal seriam os embargos de divergência, previstos no artigo 1.043 e seguinte do texto codificado, e que segundo a Exposição de Motivos, haveriam que ser interpretados como um “poderoso instrumento, agora tornado ainda mais eficiente, cuja finalidade é [seria]

9 SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017, p. 29.

10 CHAMON JUNIOR, Lúcio. *Teoria da Argumentação: constitucionalismo e democracias em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 145 e ss.

11 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume III. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 810.

a de uniformizar a jurisprudência dos Tribunais superiores, *interna corporis*”.¹² E isto porque serviriam os embargos de divergência, portanto, para “uniformizar a jurisprudência interna das Cortes Superiores (...) porque seu cabimento se dá sempre que houver divergência de entendimento entre turmas ou outros órgão (*sic*) fracionários do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça”.¹³

B) *Uniformização vertical*. Por seu turno, a uniformização vertical seria aquela que ocorreria com a uniformização da jurisprudência desde os Tribunais para os órgãos jurisdicionais inferiores a estes, considerando sua estrutura organizacional interpretada, pois, em termos de submissão funcional. E tudo isso de maneira a alinhavar, em termos “materiais”, o entendimento do Judiciário acerca de uma determinada questão como forma, agora, não de permitir compreender o que se coloca como posição *daquele Tribunal*, mas como “a” posição do Poder Judiciário.

Assim, nos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil, serviriam de parâmetro decisório para a uniformização das decisões dos tribunais e juízos as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, a saber, as decisões proferidas em ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental (todas estas com eficácia vinculante), os enunciados de súmulas vinculantes e não vinculantes em matéria constitucional editados pelo Supremo Tribunal Federal, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou incidente de resolução de demanda repetitiva julgados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, as decisões proferidas em recursos especial repetitivo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e recurso extraordinário repetitivo julgado pelo Supremo Tribunal Federal, as súmulas editadas pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria não constitucional e, por fim, as orientações do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.¹⁴

A partir desses procedimentos, pretender-se-ia alcançar, com o novo Código de Processo, o “objetivo” de uma uniformização jurisprudencial de forma a mantê-la estável, íntegra e coerente conforme disposto no seu artigo 926.

Neste momento, faz-se relevante pontuar que não foi o Código de Processo Civil de 2015 aquele a introduzir no Direito Processual Brasileiro pós 1988, a previsão de que os juízes e tribunais deveriam assumir decisões proferidas por outros órgãos, sobretudo pelos Tribunais Superiores e pelo Supremo Tribunal Federal, de maneira vinculante. Tal previsão foi inaugurada quando da introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade institucionalizada por nosso ordenamento jurídico mediante a Emenda Constitucional 3/93. Referida Emenda veio a prever um novo procedimento de controle concentrado de constitucionalidade de competência originária do STF cujo objetivo era o de eliminar dúvidas ou *incertezas* acerca da validade de lei ou ato normativo federal em face da Constituição da República. A declaração de constitucionalidade tem, desde então, caráter geral e vinculante com relação a todos os órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo.¹⁵ Posteriormente, houve a expansão dessa vinculação aos efeitos decorrentes de provimentos proferidos em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁶ e Ação Direta de Incons-

12 SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017, p. 30.

13 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Volume III. Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 1.152.

14 SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017.

15 Nos termos do parágrafo 2º do artigo 102 da Constituição da República, com a redação conferida pela Emenda Constitucional 03/93: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.”

16 Nos termos do §2º. do art. 102 da Constituição Federal de 1988, com a redação atual conferida pela Emenda Constitucional 45/2004: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos

titucionalidade, com a promulgação da Emenda Constitucional 45/04, Emenda esta que também veio a introduzir o instituto da Súmula Vinculante, regulamentada no artigo 103-A da atual Constituição.

O Código de Processo Civil de 2015 inova apenas e tão somente ao criar *novos procedimentos* produtores de decisões *padronizadas*. Precedentes podem ser editados tanto a partir do julgamento de uma ação de controle concentrado de constitucionalidade, da edição de uma súmula vinculante, de um incidente de assunção de competência, de um incidente de resolução de demanda repetitiva, quanto também a partir do julgamento de recurso extraordinário repetitivo. Assim sendo, o Código de Processo Civil de 2015 amplia o rol de decisões vinculantes e, portanto, de observância obrigatória.

Entretanto, o que há que ser melhor problematizado é que a ampliação dessas possibilidades de “padronização decisória” para outros e novos procedimentos há que ser acompanhada de um entendimento capaz de permitir-nos compreender que, não obstante a existência de um determinado posicionamento cristalizado em uma súmula, por exemplo, a concretude do caso, o recorte argumentativo apresentado pelas partes, além da consideração da dimensão normativa dos princípios devem, todos, ser considerados como elementos centrais e determinantes das novas decisões, sob pena de se substituir o exercício da jurisdição por uma suposta atividade legislativa dos Tribunais superiores – e de forma absolutamente autoritária a se pretender fazer uma “lei” de aplicabilidade independentemente dos traços concretos de cada caso, como se a jurisdição inferior fosse mera chancelaria das decisões planejadas pelos órgãos superiores.

Essa pretensão de “uniformização de tratamento jurídico” subjacente às referidas inovações acima elencadas, e fortemente visível na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, quer se fazer conectar, invariavelmente, à forma jurídica moderna, sobretudo no que se refere à positividade do Direito que, ao assumir os textos legislativos convencionados como referência do desdobramento interpretativo do próprio Direito, utiliza de um procedimento a buscar uma *abstração* e *generalidade* condizentes com as conquistas funcionais e argumentativas do Direito da Modernidade.¹⁷ E isto no sentido de que a realização do ideal do Estado de Direito há que pressupor a legislação como norma geral e abstrata, aplicável indistintamente a todos, governantes e governados. Por consequência, tem-se construído um sistema de direitos a um só tempo capaz de garantir iguais direitos e deveres a todos os cidadãos, conquanto, também, sujeitos de direito.

Ou seja, a pretensão de “uniformização de tratamento jurídico”, da maneira como pensada e praticada por nossos Tribunais na atualidade, e a partir das inovações legislativas indicadas acima, vale-se, parasitariamente, de características formais do Direito típicas da legislação, mas absolutamente incompatíveis com o exercício de uma jurisdição entendida como *locus* de aplicação individualizada do Direito.

Por outro lado, mas no mesmo sentido, pode-se compreender que em uma democracia, sempre institucionalizada em um Estado de Direito, o princípio da separação de poderes possibilita maior controle da atuação dos órgãos estatais, vez que entendido como atribuição de funções especializadas a órgãos autônomos, capazes de controlarem-se, reciprocamente, no exercício de suas diferenciadas funções. Assim, as *funções* legislativa e jurisdicional não que ser assumidas por órgãos diferenciados e competentes, em cada caso, para o exercício de sua respectiva *função* constitucionalmente atribuída.

Com isto, está-se a dizer que uma compreensão convencionalista dos precedentes¹⁸ – como resultante de

do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” No mesmo sentido dispõe o §3º do artigo 10 da Lei 9.882/99, que regulamenta os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental. Já o parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.868/99, complementando o disposto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, estabelece que “A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

17 CHAMON JUNIOR, Lúcio. *Teoria da Argumentação: constitucionalismo e democracias em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008 e HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

18 Nesse sentido, os precedentes somar-se-iam-se às decisões políticas – provimentos legislativos, na medida em que definiriam o seu sentido de modo vinculante, sujeitando-se a uma aplicação do tipo definitivo. Por outro lado, assumir os precedentes como convenções significa também reconhecer aos juízes um poder decisório discricionário na hipótese de uma omissão convencional.

uma leitura e prática superficiais do CPC e da própria Constituição – permitir-nos-ia fazer crer que estes não se colocariam como *mais uma* interpretação da norma, ao lado de tantas outras possíveis a serem tomadas em consideração no caso a caso, diante da concretude argumentativa e probatória de cada processo. Do contrário, estaríamos assumindo os Tribunais Superiores como órgãos legislativo-estabilizadores, ao criar padrões interpretativos de aplicação inquestionável por parte dos órgãos jurisdicionais inferiores, desmoronando-se, assim, a distinção de funções e, portanto, do sentido constitucional do Estado de Direito.

A atuação da jurisdição caracteriza-se, não apenas pela necessária provocação do órgão judiciário através do exercício do direito constitucional de ação, mas sobretudo pela submissão de uma situação concreta conflituosa única, singular, a demandar, nesse sentido, uma decisão jurisdicional capaz de, ao assumir a singularidade do caso, assegurar concretamente direitos pressupostos em uma constelação de princípios, que pode ser desdobrada legislativamente (mediante a criação de normas e procedimentos gerais e abstratos) ou jurisdicionalmente (mediante o reconhecimento coerente de direitos e deveres aos afetados pela decisão, enquanto desdobramento da busca de iguais liberdades no caso concreto).

Entretanto, a prática de uma jurisdição concebida como reprodução de um padrão interpretativo previamente estabelecida por um Tribunal superior veio a substituir, em termos discursivos, a lógica do contraditório e da participação pela lógica da autoridade, assim como substitui a lógica da singularidade do caso concreto, objeto de análise a demandar decisões adequadas a essa singularidade, pela da lógica da generalidade uniformizadora pretensamente garantidora de uma “segurança jurídica”, sob o argumento de que esta se “hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito”.¹⁹ Desde uma perspectiva teórica, significa dizer que pretende, com essa proposta subjacente ao Código, perpetuar uma interpretação positivista e convencionalista a explicar a validade da decisão em virtude da autoridade que a prolata, e não em virtude da coerência de argumentos processuais e materiais ao conjunto do sistema de direitos.²⁰

A Comissão de Juristas responsável pelo esboço do Novo Código justificou seu posicionamento em torno da busca de uma “uniformização jurisprudencial” e criação de “novas figuras” para este fim, sob o argumento de que “a dispersão excessiva da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário”.²¹ Ou seja: não entendem a dimensão interpretativa do Direito, muito menos o fato de que os aspectos funcionais (eficiência do Poder Judiciário) estão invariavelmente atrelados a uma compreensão da Jurisdição a reconhecer no caso a caso, e não no atacado, as iguais liberdades aos afetados. Pretendem nos fazer crer que o problema do Poder Judiciário residir-se-ia na liberdade interpretativa dos juízes motivo pelo qual dever-se-ia restringi-la por meio de mecanismos a concentrar a competência interpretativa nas mãos dos Tribunais superiores.

Ainda de acordo com a Comissão de Juristas, tal expediente resolveria um segundo, mas não menos importante problema: o excessivo número de procedimentos que assoberbam o Poder Judiciário, a comprometer a “qualidade da prestação jurisdicional”.²²

Desta forma, pode-se concluir que a Comissão de Juristas acaba por assumir uma ideia equivocada de segurança jurídica como previsibilidade, repetitividade e controle das decisões jurisdicionais além de, inadvertidamente, assumir tal perspectiva pragmatista do processo em detrimento dos princípios constitucionais

Neste sentido, ver: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

19 SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017, p. 28.

20 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

21 SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017, p. 29.

22 SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017, p. 29.

que regem o modelo constitucional de processo no Brasil.

3. DA COMPREENSÃO PROCEDIMENTAL DO MODELO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO BRASILEIRO

As relações capazes de serem problematizadas entre Constituição e processo são objeto de análise tanto por parte de constitucionalistas²³ quanto de processualistas²⁴ há algum tempo e essa relação bastante próxima se dá por três fortes razões:

A primeira delas refere-se ao fato de a Constituição estabelece processos para a efetivação e proteção dos direitos fundamentais conhecidos como “garantias constitucionais”, como, por exemplo, o mandado de segurança, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, entre outros processos relevantes.²⁵

Outra razão refere-se ao fato de as constituições formais, caracterizadas assim por serem escritas e rígidas, estabelecerem, como forma de garantia da sua **hierarquia**, um sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. Tal sistema é definido constitucionalmente, pela atribuição a um ou a vários órgãos do Poder Judiciário, a garantia da supremacia da Constituição através do exercício do controle de constitucionalidade. A Constituição, destarte, estabelece para o desenvolvimento desta atribuição de controle constitucional procedimentos, legitimados para propor e participar de tais procedimentos, requisitos, condições, dentre outros elementos processualmente relevantes.

Finalmente, a terceira razão encontra-se no fato de que, com o paulatino avanço do constitucionalismo, também as constituições passaram a prever, de modo cada vez mais acentuado, direitos fundamentais processuais, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o princípio do juiz natural, o do acesso à jurisdição, dentre outros.²⁶

Esta última dimensão da relação entre a Constituição e o Direito Processual se torna, neste momento da nossa exposição – e em razão de se conectar profundamente com a dimensão discursivo-processual dos processos de entendimento na Modernidade e se fazer transversalmente indispensável a uma prática constitucional capaz de ser legitimamente assumida como tal –, o centro do interesse, pois nesta dimensão configura-se o modelo constitucional do processo brasileiro. E isto porque as teorias que buscam a compreensão do modelo constitucional do processo têm seu foco orientado à compreensão da dimensão constitucional do processo em detrimento a discussões que se refiram à natureza do processo. Tradicionalmente, a Teoria do Processo buscou explicitar a natureza deste a partir de categorias gerais da Teoria do Direito, o que possibilitou compreensões segundo as quais o processo poderia ser concebido como um “contrato”²⁷, “quase contrato”²⁸, instituição jurídica,²⁹ situação jurídica³⁰ e, por fim, uma relação.³¹ Naturalmente, essas concepções, advindas sobretudo da Teoria do Direito Privado, foram “adaptadas” com a finalidade de explicar uma atividade político-estatal, qual seja, a jurisdição, possibilitando, por exemplo, a compreensão do

23 Neste sentido, os trabalhos dos constitucionalistas José Alfredo de Oliveira Baracho (1984), Hector Fix-Zamudio, Mauro Cappelletti, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, entre outros.

24 Neste sentido, Eduardo Couture, Fazzalari, Andolina, Vignera, como se verá mais à frente.

25 Tais procedimentos formam o objeto do Direito Processual Constitucional, ao lado dos procedimentos de controle de constitucionalidade e das normas constitucionais concernentes à organização judiciária e tutela constitucional do processo, segundo Baracho, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125 e seguinte.

26 Ainda segundo Baracho, estes princípios formam o objeto do Direito Constitucional Processual. Neste sentido: Baracho, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125.

27 COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1946, p. 90.

28 COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1946, p. 92.

29 GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Editorial Civitas, 1998.

30 GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2003.

31 BÜLLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964; CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial REUS, 1.925.

processo como “relação jurídica de direito público”. Por sua vez, as teorias constitucionalistas do processo não buscam explicitar/discorrer/analisar a categoria jurídica à qual o processo pode ser conectado, como forma de melhor compreendê-lo. Buscam, na verdade, contribuir para uma compreensão do processo como forma juridicamente legítima de exercício de uma função estatal garantidora de direitos de participação.

Posto isto, devemos partir da explicitação de que a Teoria Constitucionalista do Processo foi primeiramente estruturada por Eduardo Couture³² e despertou interesse da doutrina internacional, encontrando grande aceitação entre os processualistas do mundo inteiro.³³ No Brasil, seu desenvolvimento decorreu, sobretudo, das pesquisas desenvolvidas pelo Professor José Alfredo de Oliveira Baracho, cuja obra *Processo Constitucional* tornou-se um marco no estudo do Direito Processual Constitucional brasileiro.³⁴

Diferentemente das demais teorias processuais, a teoria constitucionalista do processo não tem por objetivo analisar o processo de sua perspectiva interna, isto é, de sua natureza jurídica, como já explicitado, mas analisar as relações que o processo estabelece com a Constituição.

A relação existente entre Constituição e Processo é apontada por vários publicistas, desde que o texto fundamental traça as linhas essenciais do sistema processual consagrado pelo Estado. A Constituição determina muitos dos institutos básicos do processo, daí as conclusões que acentuam, cada vez mais, as ligações entre a Constituição e o Processo.³⁵

Esta colocação de Baracho se alinha ao que Couture prenunciava no sentido de que “a tutela do processo se realiza através do império das previsões constitucionais”.³⁶ Pois, de uma perspectiva constitucionalista, o processo, como instrumento de aplicação do Direito, está a depender da garantia efetiva dos princípios constitucionais processuais. É neste sentido que se deve compreender a afirmação de Baracho, ao citar Eduardo Couture, que a Constituição há que pressupor “a existência do processo como garantia da pessoa humana”.³⁷

Na mesma linha traçada por Couture, apresentam Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera³⁸ uma teoria processual centrada na relação do processo com a Constituição. Muito influenciados pelo então paradigma constitucional orientado em termos de um Estado Social, inaugurado em 1948 na Itália, os autores apresentam uma preocupação que se faz ainda extremamente atual: a necessidade de se afirmar um *fundamento constitucional para o processo*, não apenas desde uma justificativa processual/formal interna ao processo, aos moldes de uma teoria como a da relação jurídico-processual³⁹, mas sobretudo “material”, assumindo tal fundamento como consubstanciador de um verdadeiro modelo processual de observância obrigatória, porque constitucionalmente instituído e, pois, conectado à dimensão pragmático-universal da comunicação⁴⁰.

32 O pioneirismo de Couture é reconhecido por Hector Fix-Zamudio, que, como anota Baracho, “considera como obra clássica e iniciadora do Direito Constitucional Processual, o ensaio de Couture intitulado *Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil*. Registre-se que a teoria constitucional processual de Couture foi incorporada à sua obra *Fundamentos do Direito Processual Civil* por ocasião da 3ª edição, publicada em 1958. Baracho, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio: Forense, 1984, p. 127.

33 Acerca do desenvolvimento do Direito Processual Constitucional como ramo do Direito Processual ver: MAG-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. *Dikaion*. Vol. 22, nº. 17, 2008.

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

35 Baracho, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 122.

36 No original: “La tutela del proceso se realiza por imperio de las provisiones constitucionales” In: COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 120.

37 Baracho, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 125; COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2007, p. 122.

38 ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

39 A teoria do processo como relação jurídica, em linhas gerais, compreende o processo como uma relação jurídica de natureza pública e de caráter complexo, que estabelece entre o órgão jurisdicional e as partes e entre estas posições jurídicas ativas e passivas. Não inferem os teóricos da relação jurídica uma necessária relação de compatibilidade entre as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais processuais e o conjunto de poderes e faculdades, posições jurídicas ativas, sujeição e ônus, posições jurídicas passivas que compõem a complexa estrutura da relação jurídica processual. Neste sentido, ver: LAGES, Cíntia Garabini. *Direito-Garantia como abolição do vínculo da relação jurídica entre os sujeitos do processo*. In: LEAL, Rosemíro Pereira (org.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Vol. II. Porto Alegre: Síntese Editora, 2001.

40 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

A partir das características próprias da jurisdição como função que se desenvolve através de um procedimento e de sua institucionalização processual a partir da Constituição, duas questões são apresentadas pelos referidos autores. Uma, a possibilidade de identificação, na prática processual, de uma sequência procedimental capaz de ser assumida como “processo jurisdicional”. Outra, caso se verifique a primeira dimensão, tratar-se-ia da forma processual de atuação da jurisdição segundo princípios constitucionais.⁴¹

De acordo com o que os autores denominam de perspectiva “pós-constitucional”⁴², “o problema do processo não pode estar vinculado apenas ao seu *ser*, ou seja, à sua concreta organização segundo as leis processuais ordinárias vigentes”, como também não pode estar atrelado a uma concepção subjetivista da jurisdição, que a identifica a partir da competência do órgão que prolatou o provimento.⁴³ O processo deve ser analisado, segundo os autores, a partir do seu *dever ser*, isto é, a partir da dimensão normativa do conjunto de princípios constitucionais que regulam a atividade jurisdicional. Ou, de outra perspectiva, podemos afirmar que a dimensão da facticidade há que ser confrontada com a dimensão da validade.⁴⁴ E tudo isto, porque a jurisdição, ao ser instituída constitucionalmente, há que fundar, pois, sua atuação nos próprios princípios constitucionais instituidores.⁴⁵

Assim, os autores realizam uma distinção necessária de ser reconstruída entre jurisdicionalidade originária e jurisdicionalidade constitucionalmente derivada.

A jurisdicionalidade originária, que seria oriunda da conformação das normas e procedimentos positivados, tem, na visão dos autores, um forte componente fático, qual seja, a concreta forma de organização e funcionamento do Poder Judiciário, sobretudo no que se refere a uma dimensão institucional “pré-constitucional”, em certo sentido, recepcionada ou não pela nova Constituição.

Uma vez ocorrido o giro constitucionalista na Itália, ou a suplantação de qualquer Constituição por outra, devemos passar a interpretar a jurisdicionalidade em seu aspecto institucional-origenário, porém de maneira a torná-la compatível com as novas normas constitucionais, razão pela qual se poderia falar em uma jurisdicionalidade derivada da força constitucional imanente à nova ordem jurídico-política.

A jurisdicionalidade, que pode ser melhor compreendida como o qualitativo da função de jurisdizer, quando assumida como *derivada* da Constituição, isto é, como *instituída constitucionalmente*, perfazeria o que os autores denominam com muita precisão de “modelo constitucional do processo”: conjunto de normas constitucionais referentes ao exercício da função jurisdicional e que se apresenta como um verdadeiro esquema geral de processo, capaz de se fazer entender como “objeto de uma exposição unitária”.⁴⁶

O modelo constitucional do processo, assumido pelos autores a partir de uma visão do Processo Civil, caracteriza-se pela sua expansividade, variabilidade e perfectibilidade.

A característica da *expansividade* importa o reconhecimento, a partir da primazia hierárquica de que gozam as normas constitucionais em face das demais normas do ordenamento jurídico, da potência do modelo constitucional do processo de constituir diretamente a plasticidade dos procedimentos jurisdicionais singulares estabelecidos pelo legislador ordinário, possibilitando a contínua expansão e desenvolvimento dos

41 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 05.

42 Por pós-constitucional referem-se os autores a uma nova compreensão do processo que se impõe em razão de uma nova ordem constitucional, inaugurada a partir de 1948 e que, em termos generalistas, poderia referir-se a toda e qualquer ordem constitucional democrática instituidora, pois, do Estado de Direito.

43 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 05.

44 No sentido habermasiano, ou seja, entendida aqui como legitimidade (HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001, p. 200 e seguintes).

45 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 05.

46 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 07.

procedimentos jurídicos.

Por seu turno, o traço característico da *variabilidade* significa a aptidão que o modelo constitucional apresenta de os procedimentos institucionalizados legislativamente assumirem formas diversas na busca de específicas finalidades previamente pretendidas, demonstrando, assim, não somente o aspecto fático de determinado processo legislativo a decidir por uma e não por outra forma procedimental, como também, e exatamente por isso, demonstra a própria contingência imanente do Direito.

Por fim, a característica da *perfectibilidade* possibilita que o modelo constitucional processual possa ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional através da introdução de novas garantias e novos instrumentos não constantes do modelo constitucional original⁴⁷, como maneira de continuamente levar adiante aquilo que Dworkin permite-nos concluir como sendo o processo de autoaprendizagem do Direito, ou, em outro sentido, o processo de autopurificação do Direito⁴⁸.

A essência da teoria do modelo constitucional do processo reside no reconhecimento da Constituição como configuradora de um “modelo único e de uma tipologia plúrima”, expressão cunhada por Andolina e Vignera⁴⁹ e que exprime a ideia de que existe um único modelo constitucional do processo a partir do qual surge uma pluralidade de decisões fático-legislativa acerca de procedimentos jurídicos, decisões essas que ao mesmo tempo em que reduzem a complexidade do sistema do Direito, denunciam a contingência de seu próprio funcionamento.

A esta configuração do modelo constitucional como sendo “único”, podemos ainda, e agora a partir de uma interpretação devedora à Teoria do Discurso de Habermas, entender também que tal modelo se apresentaria como unitário no que se refere ao seu aspecto de potencialidade de coerência interpretativa.⁵⁰

A teoria do modelo constitucional do processo foi originalmente concebida como uma teoria do processo *jurisdicional e civil*, o que não impede a sua ampliação para a criação de um verdadeiro modelo geral de processo: não apenas civil, mas também penal e trabalhista, não apenas público, mas também privado, não apenas jurisdicional, mas também legislativo, administrativo e arbitral. E isto porque partimos da perspectiva teórico-processual de Fazzalari, ao compreendermos que procedimento há que ser melhor interpretado como uma concatenação sequencial de atos processuais rumo a um provimento final.⁵¹

Neste sentido, podemos reconhecer como procedimentos, não somente o procedimento jurisdicional, cujo ato final, via de regra, será a sentença, mas também o procedimento legislativo, que desagua na aprovação de diferentes espécies legislativas ou ainda o procedimento administrativo, que pode tanto se referir a atividades de fiscalização, de regulamentação, de poder de polícia, dentre outras várias formas de atuação da Administração Pública. Processo, por seu turno, há que ser, dentro desta perspectiva, assumido como o procedimento realizado em contraditório, sendo este o reconhecimento recíproco de iguais armas e possibilidades argumentativas no procedimento.⁵²

Dessa forma, podemos estabelecer uma mediação entre as perspectivas defendidas, por um lado, por Andolina e Vignera e, por outro, por Fazzalari, ambas mediadas pela Teoria do Discurso de Habermas. Assim, podemos não só, expandir a ideia de que o modelo constitucional do processo há que se referir somente ao Processo Civil, como também compreender que os procedimentos (sejam legislativos, jurisdicionais ou administrativos) devem ser assumidos como interpretativamente derivados da Constituição. Nessa linha, podemos defender mais claramente que a partir de uma compreensão adequada do caráter procedimental

47 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 09.

48 Dworkin, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 477.

49 ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 11.

50 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

51 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

52 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

da Constituição e da potência legitimadora do Direito conferida ao processo, entende-se que o modelo constitucional processual estabelecido pela Constituição da República de 1988 conforma não apenas a configuração de novos procedimentos jurisdicionais, mas todos os procedimentos adotados pelo Estado para a realização de suas funções e em todos os procedimentos privados juridicamente relevantes. Assim, não há que se falar apenas em modelo constitucional do processo jurisdicional e civil, mas em *modelo constitucional do processo e do procedimento*, apenas.

4. TRAÇOS RECONSTRUTIVOS DO MODELO CONSTITUCIONAL PROCESSUAL BRASILEIRO

Acreditamos não ser mais necessário realizar uma reconstrução sobre o caráter democrático e participativo da Constituição de 1988. Ao longo de quase trinta anos, os estudos jurídicos no Brasil não se colocam em sentido contrário à compreensão de que a um só tempo a Constituição da República instituiu procedimentos democráticos conjuntamente com um rol de direitos fundamentais capazes de reconhecer os sujeitos de direito simultaneamente como cidadãos. A questão central que ora se coloca é como se dá a compreensão entre esses elementos e a indissociabilidade entre os mesmos.

A legitimidade do Direito somente pode ser levada adiante se compreendermos que o Direito retira sua legitimidade de processos discursivo-comunicacionais travados politicamente no âmbito de um processo democrático e se igualmente compreendermos que tal legitimidade, no âmbito de aplicação do Direito (seja jurisdicional, administrativo e legislativo em casos excepcionais) está igualmente atrelada a essa condição comunicacional que se nos faz inexorável e portanto, não-dispensável.

Dessa forma, o caráter democrático da Constituição de 1988 não estará plenamente satisfeito se somente assumido ou compreendido como referente a processos políticos de participação política e de tomada de decisões legislativas. O caráter democrático do Direito exige-nos uma compreensão aprofundada do que significa uma prática jurisdicional sustentável em termos argumentativos e decisórios, portanto, a variabilidade do modelo constitucional do processo brasileiro não se pode dar sem se tomar em consideração as outras duas características indissociáveis, quais sejam, a expansividade (“material”, inclusive) e a perfectibilidade – todas essas noções comprometidas com o desenvolvimento e o aprofundamento do caráter constitucional do Direito brasileiro. Decisões legislativas em torno de novos procedimentos, por mais que se coloquem como capazes de permitir um “alívio” ou ganho de eficiência, todos geradores de uma suposta segurança não são capazes de serem enquadrados como coerentes ao modelo constitucional do processo se efetivamente não se verificar a construção capaz de aprofundar o próprio sentido democrático, e portanto, garantidor da condição comunicacional e participativa.

Nesse sentido, prestigiar a uniformidade como forma de garantir-se a segurança jurídica significa substituir, em flagrante ruptura com o modelo constitucional, a participação e argumentação das partes nos mais variados e específicos processos concretos, por mecanismos que introjetam no Direito uma racionalidade instrumental devedora de um raciocínio tipicamente econômico. Todavia a discussão que merece ser feita a partir da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015 é no sentido de problematizar uma tese desde há muito já superada pela Teoria do Direito, qual seja, acerca da variabilidade do sistema e da pretensão da segurança jurídica como previsibilidade de resultado.

Da maneira assumida pela Comissão de Juristas do Código de Processo de 2015, a ideia de segurança jurídica, abertamente entendida como previsibilidade e redundância sistêmicas, é incapaz de compreender que cada caso é único, que os casos a serem decididos pela autoridade competente estão na dependência direta da reconstrução probatória e argumentativa das partes no processo, do sentido adequado dos princípios do contraditório⁵³ e da ampla defesa, além da incompreensão da atividade decisória como retroalimentada pelo

53 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

processo argumentativo concreto a exigir uma coerência e uma fundamentação consistente caso a caso.⁵⁴

Na medida em que a Constituição determina que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito ou a mera infração a deveres ainda que não haja quaisquer direitos subjetivos ameaçados ou lesados, garante-se a todos os sujeitos de direito o exercício do direito de ação, e consequentemente de defesa, para salvaguardar seus interesses enquanto partes argumentativas no processo.

Isso significa dizer que as garantias processuais não estarão satisfeitas com uma mera constatação formal de suas “ocorrências”, mas somente quando for assumida a dimensão hermenêutica e pragmático-universal imanescentes da condição comunicacional moderna.⁵⁵ Dessa forma, teremos concreta e efetivamente a garantia do contraditório e da ampla argumentação quando os argumentos trazidos pelas partes no bojo do processo, assim como as provas porventura realizadas neste, encontrarem ressonância não somente enquanto atos processuais mas igualmente no sentido material-discursivo dos atos e decisões no exercício da função jurisdicional. E tal ressonância há que se fazer demonstrada e explicitada na argumentação decisória da autoridade quando do seu exercício de fundamentação da decisão.

Assumimos, assim, a ideia central subjacente à obra de Ronald Dworkin⁵⁶, ideia essa acolhida em larga medida por Klaus Günther⁵⁷ e Habermas⁵⁸, no sentido de que os direitos hão de ser levados a sério, isto é, que o processo discursivo comunicacional decisório tem sua legitimidade intimamente relacionada à busca da coerência argumentativa como forma de se respeitar e reconhecer os participantes do processo como sujeitos de direitos e cidadãos com iguais liberdades reconhecidas.

Substituir essa lógica discursiva de busca pela coerência por um privilégio ao aspecto formal-processual de repetição, uniformização e pretensa segurança, não somente contraria a coerência e coesão do sentido constitucional que uma Constituição democrática está a nos exigir, como, a um só tempo, igualmente realiza a não consideração dos cidadãos e sujeitos de direito como realmente livres e iguais.

A instigação e favorecimento de uma lógica a pretender transformar o sentido de uniformidade como uma aquisição desejável de segurança jurídica, não somente demonstra uma não compreensão do sentido hermenêutico do Direito (a buscar um juízo de coerência entre os atos dos falantes que partem de um horizonte de sentido comum e compartilhado) como também apresenta um descaso com o sentido pragmático universal (que está a exigir que todos os participantes do processo discursivo-racional tenham igualmente reconhecidas iguais liberdades e possibilidades de participação e construção no processo comunicacional-decisório).

Isto porque a proposta de compreensão do Código levada adiante pela Comissão neutraliza, achata e abre a possibilidade para aniquilar com as garantias discursivo-processuais dos sujeitos de direito, por inseri-los numa compreensão e prática jurisdicionais extremamente funcionalizadas em que o argumento de uniformização/segurança pretende legitimidade de modo a substituir onipotentemente os argumentos e questionamentos particulares e particularizáveis levados ao juízo por seus afetados.

5. CONCLUSÃO

A variabilidade, a expansividade e a perfectibilidade não encontram-se asseguradas/garantidas pela forma legislativa empreendida em 2015, se assumirmos os pressupostos interpretativos oferecidos pela

54 CHAMON JUNIOR, Lúcio. *Teoria da Argumentação: constitucionalismo e democracias em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 154.

55 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

56 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

57 GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Translated by Jonh Farrell. Albany: State of New York Press, 1993.

58 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

Comissão de Juristas segundo os quais a segurança jurídica realiza-se através da uniformização das decisões judiciais.

O Modelo Constitucional Processual brasileiro impõe o reconhecimento dos direitos fundamentais de participação em simétrica paridade no processo por aqueles que serão afetados pelos efeitos do provimento⁵⁹, o que significa levar a sério a dimensão constitucional e argumentativo-constitutiva dos direitos processuais. E tudo isso há que ser assumido pelo ato decisório cuja linha argumentativa há que se fazer explícita na fundamentação da decisão, visto que referida fundamentação é a um só tempo dever da autoridade jurisdicional e direito das partes.

Pretender substituir a lógica da coerência subjacente a uma racionalidade discursiva pela lógica da eficiência-celeridade-segurança importa em desconhecer a dimensão democrática do processo, e portanto, contrariar o sentido ideal do constitucionalismo moderno ao mesmo tempo em que se coloca como uma flagrante violação ao texto constitucional vigente no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

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

BÜLLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CHAMON JUNIOR, Lúcio. *Teoria da Argumentação: constitucionalismo e democracias em uma reconstrução das fontes no Direito Moderno*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial REUS, 1.925.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1946.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2003.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Madrid, Editorial Civitas, 1998.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness. Application discourses in morality and law*. Translated by Jonh Farrell. Albany: State of New York Press, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

LAGES, Cintia Garabini. *Direito-Garantia como abolição do vínculo da relação jurídica entre os sujeitos do processo*. In: LEAL, Rosemiro Pereira (org.). *Estudos Continuados de Teoria do Processo*. Vol. II. Porto Alegre: Síntese Editora, 2001.

59 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª ed. Padova: CEDAM, 1996.

MAG-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Dikaion*. Vol. 22, nº. 17, 2008.

SENADO FEDERAL. *Ato da Presidência no. 379/2009*. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/ATO%20DO%20PRESIDENTE%20N%20379.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

SENADO FEDERAL. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 30 de junho de 2017.

SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas*. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/514048/CPC_8ed_2015.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de junho de 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume III. Rio de Janeiro, Forense, 2016.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.