

**XXVII CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA  
JUSTIÇA II**

**CLEIDE CALGARO**

**HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente **Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente **Sudeste** - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente **Nordeste** - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente **Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

**Representante Discente – FEPODI**

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

**Secretarias:**

**Relações Institucionais**

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

**Relações Internacionais para o Continente Americano**

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes**

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

**Eventos:**

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch UFSM – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho Unifor – Ceará

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta Fumec – Minas Gerais

**Comunicação:**

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro UNOESC – Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Cleide Calgareo; Heron José de Santana Gordilho. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-754-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34



# **XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II**

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalho de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, foi realizado durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI em Porto Alegre - RS, entre os dias 14 a 16 de novembro de 2018. O evento foi promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, havendo como tema central “TECNOLOGIA, COMUNICAÇÃO E INOVAÇÃO NO DIREITO”.

Os artigos apresentados comprovaram o empenho em discutir questões processuais, de jurisdição e de efetivação da justiça através de um viés multidisciplinar onde se obteve o desenvolvimento de debates acadêmicos e a discussões e a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas atualmente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Nesse sentido, o GT de Processo, jurisdição e efetividade da justiça II, possui temas importantes para o conhecimento de questões relacionadas a área, tais como:

- 1) O trabalho intitulado UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA dos autores Thiago Alves Feio e Alyne Azevedo Marchiori analisando se os princípios do processo do trabalho continuam sendo requisitos de compatibilidade para a aplicação do Código de Processo Civil, tendo em vista a reforma trabalhista.
- 2) O trabalho com o título PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO SOB A ÓTICA DA TEORIA DAS AÇÕES COLETIVAS COMO AÇÕES TEMÁTICAS: UM ESTUDO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA DO CIDADÃO PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA de Fabrício Veiga Costa e Natielli Efigênia Mucelli Rezende Veloso demonstra que o modelo de processo coletivo vigente brasileiro se funda no sistema representativo, é autocrático, além de contrariar o sistema participativo, que autoriza constitucionalmente o direito de todos os sujeitos afetados pelo provimento final participar de sua construção.
- 3) O trabalho NOTAS PRELIMINARES ACERCA DA PROBLEMÁTICA DO PARADIGMA RACIONALISTA E DA UTILIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL COMO NORMA SUPLEMENTAR NA PROTEÇÃO DO DIREITO AMBIENTAL das autoras

Cleide Calgaro e Graciele Dalla Libera objetiva aprofunda-se na problemática da proteção ambiental através da via jurisdicional, estudada sob a perspectiva do processo civil brasileiro, nas relações envolvendo o privado, o Estado e o meio ambiente.

4) Já o trabalho RECURSOS NAS AÇÕES COLETIVAS: IMPACTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL dos autores Lorrane Queiroz e Paulo Ricardo Braga Maciel busca compreender quais foram as principais inovações ocorridas no novo Código de Processo Civil que impactaram os recursos dentro da sistemática do processo coletivo.

5) O artigo OS LIMITES DO JUIZ NA PRODUÇÃO DA PROVA DE OFÍCIO COM BASE NO ARTIGO 370 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 tendo como autores Francieli Micheletto e Felipe de Poli de Siqueira estuda os limites do magistrado na produção probatória de ofício diante do novo viés processual do CPC/2015.

6) No artigo OS DESAFIOS DA JURISDIÇÃO NO SÉCULO XXI A PARTIR DA PERSPECTIVA DO E-COMMERCE E DAS DINÂMICAS DA SOCIEDADE EM REDE dos autores Bruno Mello Corrêa de Barros e Karina Schuch Brunet questiona se as ações sumárias contribuem para a constitucionalização e a eficiência da jurisdição no século XXI em relação às demandas do consumidor provenientes do comércio eletrônico, especialmente aquelas que decorrem do uso da internet.

7) O trabalho INSTRUMENTOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO: MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO E JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS dos autores Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes e Alberto Magalhaes de Oliveira objetiva verificar as diferenças entre o processo coletivo e o IRDR, como também a potencialidade de se tornar a prestação jurisdicional efetiva seu intermédio.

8) Já o trabalho NULIDADES PROCESSUAIS E NÃO-SURPRESA RECURSAL: (IM) POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO EX OFFICIO EM GRAU RECURSAL dos autores Júlia Alves Almeida Machado e Davi De Paula Alves tem por objetivo verificar se, em grau recursal, é possível a aplicação do princípio da não surpresa de ofício, pelo Tribunal.

9) O trabalho A APLICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS DO ARTIGO 139, IV, DO CPC/15: REFLEXÕES PARA A EFETIVIDADE DO PROCESSO DE EXECUÇÃO dos autores Caroline Pastro Pinto Reinas e Elias Marques De Medeiros Neto cujo o presente artigo advém de um projeto que busca analisar a aplicabilidade do CPC/15 nas cortes brasileira. Especialmente este artigo, um dos muitos “braços” do projeto, busca analisar qual o

posicionamento do TJSP no que tange à aplicação das medidas atípicas do art. 139, IV, CPC no processo de execução, especialmente no que tange aos pedidos comumente pleiteados pelo exequente, tais quais, apreensão de CNH e passaporte e bloqueio de cartão de crédito.

10) O trabalho intitulado DA (SUPOSTA) ADOÇÃO DE UM SISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES NO DIREITO BRASILEIRO E O STARE DECISIS ANGLO-SAXÃO do autor Gilberto Morbach Junior demonstra a incompatibilidade do suposto precedente obrigatório brasileiro com o genuíno stare decisis no common law.

11) Já o trabalho A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO BRASILEIRO do autor Luiz Claudio Campos Machado evidencia a aplicação do sistema de precedentes judiciais no Processo do Trabalho, a partir das alterações legislativas, principalmente a partir da EC 45/2004, bem como os impactos da Reforma Trabalhista sobre o tema.

12) No trabalho AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO PROCESSO DO TRABALHO. DE ACORDO COM A REFORMA TRABALHISTA (LEI N. 13.467/2017) do autor Rafael Dias Medeiros entende que a jurisdição, uma as funções inerentes ao Estado Democrático de Direito, é exercida pelo Poder Judiciário, por meio do processo judicial, que serve de instrumento para tutelar o direito material envolvido no conflito. O tempo de duração do processo é um tema fundamental para o acesso das partes à ordem jurídica justa e efetiva.

13) E, o trabalho A SUBSTANCIALIZAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA A CONVIVÊNCIA CULTURAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO dos autores Cristiano Becker Isaia e Andréia Momolli estuda a substancialização à luz da Crítica Hermenêutica, como condição de efetivação do ditame constitucional convivência cultural no processo civil brasileiro.

14) Por fim, o trabalho O NOVO MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO dos autores Heron José de Santana Gordilho e Marco Antonio Chaves da Silva analisando a atuação resolutiva do Ministério Público na resolução concreta dos conflitos sociais.

Desejamos boa leitura a todos.

Profa. Dra. Cleide Calgaro – UCS

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho – UFBA

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.  
Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

## **A SUBSTANCIALIZAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE SOBREVIEVAR A CONVIVÊNCIA CULTURAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

### **THE SUBSTANTIALIZATION AS THE POSSIBILITY OF TREASURES INTERCULTURAL COEXISTENCE IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE**

**Cristiano Becker Isaia <sup>1</sup>**

**Andréia Momolli <sup>2</sup>**

#### **Resumo**

O artigo propõe um estudo da substancialização, à luz da Crítica Hermenêutica, como condição de efetivação do ditame constitucional convivência cultural no processo civil do Brasil. Associa a sociedade em rede e a convivência cultural, esta condição da paz naquela. Esclarece a normatividade constitucional da convivência cultural. Trata da necessária superação do positivismo e da discricionariedade que lhe acompanha e das teorias procedimentalistas e substancialistas. Alça o substancialismo aliado à crítica hermenêutica como indispensáveis ao sobrelevo da convivência cultural. A estratégia metodológica tem caráter hermenêutico-fenomenológico.

**Palavras-chave:** Crítica hermenêutica, Convivência cultural, Substancialismo

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The article proposes a study on the substantialization, in the light of the Hermeneutics Criticism, as a condition of realization of constitutional norm intercultural coexistence in the Brazilian civil procedure. It attaches network society to intercultural coexistence, this condition for peace on that. It clarifies the constitutional normativity of cultural coexistence. It addresses the essential overcoming of positivism and the immanent discretion and the procedural and substantialist theories. It lifts the substantialization in combination with the Hermeneutics Criticism as crucial to treasure intercultural coexistence. The methodological strategy has hermeneutical-phenomenological character.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Hermeneutics criticism, Intercultural coexistence, Substantialization

---

<sup>1</sup> Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor universitário. Advogado.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Juíza Federal Substituta lotada na 1ª Vara Federal de Santa Maria.

## INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento das novas tecnologias de informação e suas conseqüências na compreensão do espaço e do tempo, houve profundas mudanças sociais, as quais caracterizam a sociedade em rede<sup>1</sup> (CASTELLS, 2016, p. 12). Nela, as aproximações foram facilitadas e as relações com o diferente acentuadas, o que implicou, paradoxalmente, num movimento de apego à memória histórica. A convivência cultural passou a ser condição da paz e é normativa da Constituição brasileira, mesmo que não expressa, revelada ao se conjugar pluralismo, solidariedade e dignidade humana.

Nesse viés, a substancialização é a teoria que, à luz da Crítica Hermenêutica, possibilita a concretização do conteúdo material da Constituição, pela busca da resposta adequada, a partir da história do direito e da integridade, que deve ser confirmada constitucionalmente. O controle judicial dá-se diante do déficit constitucional, inclusive em face de descumprimento da Carta pelos demais poderes. A convivência cultural é inserida na pré-compreensão do intérprete pela tese substancialista associada à hermenêutica pós-positivista, e sobrelevada, dessa forma, na decisão proferida no processo judicial brasileiro. É o *modus* disso que se passa a investigar.

Para tanto, utilizou-se como teoria de base (“metodologia”) a ontologia hermenêutica. O retorno ao desvelamento. A recondução do olhar do ente para o ser, incompatível, portanto, em tese, com a caracterização de “método”. A matriz teórica (“método” de abordagem) adotada foi a fenomenológico-hermenêutica, que constitui um “deixar ver” que o fenômeno é essencial para o desvelamento, para que o jurista (que desde-já-sempre tem experiência de mundo antecipada pela pré-compreensão) possa então compreender a realidade abnegada pelo positivismo jurídico e pela filosofia da consciência a partir da tradição em que está inserido e da finitude de seu conhecimento. A referida matriz aproxima-se da constatação de que o ser dos entes só se dá na *applicatio*, o que será possível diante da condição de ser-no-mundo do intérprete e de sua consciência histórica. Já os “métodos” de procedimento adotados foram o histórico e o monográfico.

## 1 A CONVIVÊNCIA CULTURAL NA SOCIEDADE EM REDE

---

<sup>1</sup> Termo proposto por Manuel Castells, em razão da nova estrutura social ser constituída por redes em todas as dimensões fundamentais da organização e da prática social.

No mundo do século XXI há uma reconfiguração de tempo e espaço na experiência humana. Com as novas tecnologias de informação, o suporte material da simultaneidade na prática social<sup>2</sup> (CASTELLS, 2016, p. 24) não se restringe mais ao espaço de lugares: o espaço de fluxos<sup>3</sup> (CASTELLS, 2016, p. 24) e a conexão do local com o global caracterizam a sociedade em rede. A possibilidade de interconexão permanente e simultânea propõe uma nova etapa da mundialização, que não é apenas política e econômica, mas cultural. Para Wolton (2004, p. 89), “el desafío es preservar una convivencia cultural que acepte la heterogeneidad social y que refleje lo que hemos llamado la identidad cultural coletiva”. Sobre o tema, Ieciona Sem (2015, p. 11) que

A esperança de harmonia no mundo contemporâneo reside, em grande parte, em um entendimento mais claro das pluralidades da identidade humana e no reconhecimento de que elas se interconectam e atuam contra uma nítida separação ao longo de uma única linha solidificada impenetrável de divisão.

A sociedade interconectada caracteriza-se pela fluidez e insegurança das relações interpessoais, pelo declínio da linearidade temporal, pela aproximação instantânea através da rede e concreta pelo esvaziamento das fronteiras, pela ascensão do capital financeiro e remodelo das relações de trabalho, flexíveis para as elites e desumanas para as massas. Nela se visualiza também a vigilância constante efetivada especialmente a partir do fornecimento de dados pelos próprios cidadãos, na ânsia do pertencimento às comunidades, e, ao mesmo tempo, a individualização exacerbada.

Para Castells (2016, p. 559), os processos de transformação social sintetizados no tipo ideal de sociedade em rede ultrapassam a esfera de relações sociais e técnicas de produção: afetam a cultura e o poder de forma profunda. Esse novo período é marcado pela autonomia da cultura em relação às bases materiais da sociedade. Ainda que a formação do costume ou do modo de vida tenha se dado num determinado local ou em relação a determinado grupo de indivíduos, diante das grandes possibilidades de deslocamento e conexões na sociedade em rede, pessoas e comunidades de outro local do mundo podem dele compartilhar ou absorver seus elementos, desvinculando-se da origem ou das condições que o fomentaram.

Da mesma forma que se vislumbra a perda da referência entre perto e distante, entre ontem, hoje e amanhã, dada a impossibilidade de controle do mundo pelos atores sociais, pois já se compreende para além de seu alcance, seja em razão da finitude da vida, seja quanto às condições materiais para tanto, há um movimento de localização, em que as pessoas se

---

<sup>2</sup> Conceito de espaço de Manuel Castells.

<sup>3</sup> Suporte material de práticas sociais simultâneas comunicadas à distância, que envolve a produção, transmissão e processamento de fluxos de informação. Conceito de Manuel Castells.

agarram a espaços físicos, recorrendo à sua memória histórica. A expansão do mundo conhecido inviabiliza o exercício do poder sobre o todo e gera medo, implicando em fechamento das comunidades. Leciã Castells (2016, p. 560) que

As funções dominantes são organizadas em redes próprias de um espaço de fluxos que as liga em todo o mundo, ao mesmo tempo que fragmenta funções subordinadas e pessoas no espaço de lugares múltiplos, feito de locais cada vez mais segregados e desconectados uns dos outros.

Paradoxalmente ao cenário de aproximações facilitadas na sociedade em rede, variados reclamos interculturais evidenciam uma reação das identidades, do local, ressaltando o debate acerca da convivência cultural e da alteridade. Ao mesmo tempo em que ficou possibilitado o conhecimento e a mobilidade dos diferentes, a percepção que era apenas antropológica de sua existência passou a ser sociológica e a indispensabilidade do diálogo relevou-se ainda mais presente, sendo elementar da vida pós-moderna. Para Bauman (2004, p. 138):

Como os estranhos são obrigados a levar suas vidas na companhia uns dos outros, independentemente das futuras guinadas da história urbana, a arte de viver em paz e feliz com a diferença, assim como de se beneficiar, serenamente, da variedade de estímulos e oportunidades, adquire enorme importância entre as habilidades que o morador da cidade deve adquirir e utilizar.

Trata-se de um risco constante. Se a identidade for considerada de forma predominante em relação a outras filiações, há grande probabilidade de se fabricar o ódio. Para Sen (2015, p. 14), “a crença implícita no poder abrangente de uma classificação singular pode tornar o mundo completamente inflamável”. A paz depende de se visualizar o outro como um todo, considerando não apenas uma identidade específica, mas um ser diverso, não apenas pertencente a determinada comunidade.

Acerca do tema, leciona Wolton (2004, p. 68) que a identidade refugio deve ceder à construção de uma “identidade cultural relacional”, que transcenda as diferentes problemáticas culturais e identitárias por meio da alteridade e da comunicação que promove uma relação dialética na transformação das identidades. O autor trata da necessidade de que se reveja identidade, cultura e comunicação (triângulo infernal) com a posição do receptor. Transmitir informação não é sinônimo de comunicar. Uma efetiva comunicação somente será estabelecida por meio de um diálogo intercultural fundado na alteridade. A compreensão depende da consideração, na transmissão da mensagem, do destinatário e de suas bases materiais. O olhar para o outro é indispensável à troca e assimilação da informação.

Comparato leciona acerca da solidariedade humana, distinguindo a de ordem técnica, que diz respeito à transformação dos meios e instrumentos de convivência, com a padronização de costumes e modos de vida, homogeneização das formas de trabalho, produção e troca de bens e globalização dos meios de transporte e de comunicação, mas não se preocupa com as suas conseqüências ou finalidades, e a de ordem ética, ligada à justiça social, fundada no respeito aos direitos humanos e que pretende construir uma cidadania mundial, sem dominação. Para o autor (2003, p. 38):

Ambas essas formas de solidariedade são, na verdade, complementares e indispensáveis para que o movimento de unificação da humanidade não sofra interrupção ou desvio. A concentração do gênero humano sobre si mesmo, como resultado da evolução tecnológica no limitado espaço terrestre, se não for completada pela harmonização ética, fundada nos direitos humanos, tende à desagregação social, em razão da fatal prevalência dos mais fortes sobre os mais fracos. Por sua vez, sem a contribuição constante do progresso técnico, não se criam as condições materiais indispensáveis ao fortalecimento universal da comunhão humana: os diferentes grupos sociais permanecem distantes uns dos outros, desenvolvendo mais os fomentos de divisão do que os laços de colaboração mútua.

Sen também ressalta a indispensabilidade da convivência cultural. O estudioso (2015, p. 58) trata da compartimentalização civilizacional, afirmando que se trata de fenômeno penetrantemente intrusivo na análise social, que sufoca outras maneiras – mais férteis – de ver as pessoas. Diz que uma compreensão singular das pessoas do mundo prejudica nossa humanidade compartilhada e nos coloca de forma segregada. Trata, portanto, do apego à memória histórica, às comunidades, como empecilho à paz. O autor (2015, p. 155) defende a promoção de complementaridade e de diálogo entre as culturas. Uma sociedade intercultural depende de os indivíduos se obrigarem mutuamente a participar de um projeto comum de responsabilidades. A indispensabilidade de uma harmônica convivência cultural tem destaque no cenário brasileiro e é um dos ditames da Constituição brasileira de 1988.

Nesse diapasão, ainda que a convivência cultural não tenha sido prevista textualmente, a Constituição do Brasil de 1988, dado seu caráter democrático, social e pluralista, assegura-a tanto no âmbito interno, quanto a promove na seara internacional. O preâmbulo da Carta já expressa o seu propósito de instituição de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício de direitos individuais e sociais com vista à construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social, que pretende a solução pacífica das controvérsias. Para José Afonso da Silva (2010, p. 41 e 42):

O Estado democrático de Direito assegura os valores de uma *sociedade pluralista* (Preâmbulo) e fundamenta-se no *pluralismo político* (art. 1º, V).

A Constituição opta, pois, pela *sociedade pluralista* que respeite a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma *sociedade monista* que mutila os seres e engendra as ortodoxias opressivas, consoantes já discorremos nos comentários ao Preâmbulo. Aqui, só resta acrescentar que a doutrina do pluralismo político despontou e se firmou em contraposição aos regimes coletivistas, monolíticos e de poder fechado. Quer realizar-se como princípio da democracia de poder aberto, estabelecendo-se o liame entre a liberdade e a multiplicidade dos meios de vida, não apenas como uma nova maneira de afirmar a liberdade de opinião ou de crença, mas como um sistema que enraíza essa liberdade na estrutura social. “Em lugar de separar o indivíduo da sociedade para que apareça a liberdade, o pluralismo o insere no contexto social, único capaz de assegurar-lhe uma liberdade real”. O pluralismo [*escreve J. Lacroix*] implica o direito inalienável para o homem de pertencer a todas as comunidades de ordem moral, cultural, intelectual e espiritual, únicas que permitem o desenvolvimento da pessoa.

É na conjunção, portanto, do pluralismo, que tem uma feição liberal e se refere às liberdades de opinião, reunião, associação e dos partidos políticos, com o solidarismo, fundado na igualdade, na busca de superação de conflitos, na fraternidade, e a dignidade humana que exsurge a convivência cultural como ditame da Carta Brasileira. Assegurando a liberdade cultural e buscando a integração entre os cidadãos e as comunidades, tudo isso sob o manto da dignidade humana, que é possível o diálogo intercultural e a conseqüente promoção da paz. Para Rocha (2009, p. 309):

O texto constitucional não veicula um conceito jurídico explícito ou implícito de comunidade, mas reconhece e apóia a diversidade cultural, histórica, de formas de organização social e familiar dos integrantes da sociedade brasileira, opção que indica marcante influência do multiculturalismo.

Barroso cita como conteúdos mínimos da dignidade humana o valor intrínseco da pessoa humana, associado à diferenciação do homem em relação aos demais seres vivos e coisas, independentemente das circunstâncias pessoais de cada um, a autonomia da vontade, elemento ético da dignidade, ligado à capacidade de autodeterminação, dimensão privada, e ao mínimo existencial na dimensão social, e o valor comunitário. É neste último, em que a dignidade é referida como heteronomia, que está a convivência cultural. Leciona o autor (2012, p. 312 e 313), acerca do terceiro elemento da dignidade:

Ela traduz uma concepção ligada a valores compartilhados pela comunidade, segundo seus padrões civilizatórios ou seus ideais de *vida boa*. O que está em questão não são escolhas individuais, mas as responsabilidades e deveres a elas associados. Como intuitivo, o conceito de dignidade humana como valor comunitário funciona muito mais como uma constrição externa à liberdade individual do que como um meio de promovê-la. Em outras palavras: a dignidade, por essa vertente, não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e o limite da liberdade. A dignidade como valor comunitário destina-se a promover objetivos diversos, entre os quais se destacam: a) a proteção do próprio indivíduo contra atos autorreferentes; b) a proteção dos direitos de terceiros; e c) a proteção de valores sociais, inclusive a solidariedade.

Prevê o artigo 1º da Constituição fundamentos da República Federativa do Brasil, dentre os quais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político. O artigo 3º trata dos seus objetivos fundamentais, e cita a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O artigo 4º diz respeito aos princípios que a regem nas suas relações internacionais, no que se destaca a prevalência dos direitos humanos, a autodeterminação dos povos e a defesa da paz. O parágrafo único deste artigo é específico quanto à busca da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina.

Evidencia que a Carta Política brasileira normatiza a convivência cultural, seja no âmbito das relações entre seus cidadãos, seja no que tange às relações internacionais. Garante a diversidade das identidades, incentivando o compartilhamento e o respeito ao outro, na busca da paz. A convivência cultural é assegurada no âmbito interno, em especial, através do pleno exercício da cidadania, entendida não mais apenas como exercício de direitos já descritos, mas como um modelo ideal de status que se deve reconhecer aos membros da sociedade política. No ponto, leciona José Afonso da Silva (2010, p. 38):

*Uma nova dimensão da cidadania – É aquela que decorre da idéia de Constituição dirigente, que não é apenas um repositório de programas vagos a serem cumpridos, mas constitui um sistema de previsão de direitos sociais, mais ou menos eficazes, em torno dos quais é que se vem construindo a nova idéia de cidadania (...) A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.*

Quanto às relações externas, na esteira dos objetivos citados, revela a República brasileira sua preocupação com a efetivação dos direitos humanos, sem descuidar do resguardo às diferenças entre os povos. A convivência cultural advém da combinação da necessária garantia dos direitos de todos com a autodeterminação de cada comunidade, o que é prezado pela Constituição de 1988. Piovesan (2004, p. 70 e 71) ensina que

*Para a implementação dos direitos humanos, emerge o desafio da construção de um novo paradigma, pautado por uma agenda de inclusão, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático, nos planos local, regional e global. A prevalência dos direitos humanos e do valor democrático há de constituir a tônica deste novo paradigma global, que demanda o enfoque das ordens local, regional e global a partir da dinâmica de sua interação e impacto.*

Explicita-se, por fim, ressaltando-se que cultura no sentido proposto no presente texto diz mais do que manifestação cultural, que cultura vinculada ao patrimônio, filiando-se às

concepções de identidade, comunidade e de dignidade humana, englobando todos os elementos do entorno tradicional ou contemporâneo de ser no mundo, que as expressões culturais também integram essa idéia, e são garantidas pela Carta brasileira, enquanto diversidade. Explica José Afonso da Silva (2010, p. 823 e 824) que

A Constituição emprega o plural ao referir-se às culturas particulares. O Estado tem que proteger as manifestações das “culturas populares”, não da “cultura popular”; das “culturas indígenas”, não apenas da “cultura indígena”; das “culturas afro-brasileiras”, não só da “cultura afro-brasileira”. Essa pluralização poderia multiplicar-se até a fragmentação: culturas indígenas, culturas negras, culturas mestiças, culturas brancas, culturas dos ricos, culturas dos pobres, culturas burguesas, culturas operárias etc. Pode-se admitir – com Alfredo Bosi – que não existe uma unidade que aglutine todas as manifestações materiais e espirituais do povo brasileiro; mas daí não se pode chegar a uma concepção fragmentada da cultura ou das culturas brasileiras. Hoje, *culturas populares*, mantido o plural constitucional, são manifestações culturais das várias camadas do povo.

Estabelecida a relevância e a normatividade da convivência cultural no Brasil, questiona-se acerca de sua efetivação no processo civil. É a partir da afirmação de superação dos positivismos e da adoção da teoria substancialista que se passa a tratar do tema nas linhas que seguem.

## **2 A SUBSTANCIALIZAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA A CONVIVÊNCIA CULTURAL NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO**

No pós-Guerra ficou ultrapassada a idéia de que a Constituição conteria predominantemente regras formais, acerca da divisão das competências e da separação dos poderes públicos. Conforme Nascimento (2011, p. 82), a previsão de direitos humanos na Carta política foi alargada, e ela passou a ser entendida como determinante do agir político estatal (Canotilho). Compreende-se a Constituição não apenas como a que estabelece as instituições básicas da sociedade, mas a que dirige, possuindo uma atividade interventiva permanente.

É amplamente denominado de neoconstitucionalismo este movimento, especialmente na Europa ibérica, e diz respeito ao acréscimo de normas substantivas nos textos constitucionais, ao entendimento da força normativa da Constituição e da aplicação direta pelo judiciário das normas constitucionais e às novas teorias de direito, com explicação dos fenômenos jurídicos a partir da Carta Política. No Brasil, entretanto, na esteira das lições de Streck, esse novo modelo chegou tardiamente e representou apenas a superação do

positivismo exegético, dando ensejo a discricionariedades judiciais. Para Streck (2017, p. 67), o termo “neoconstitucionalismo” gera ambigüidades.

Sob a bandeira do ‘neoconstitucionalismo’ defendem-se, ao mesmo tempo, um Direito constitucional da efetividade; um Direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, como *neoprocessualismo* e *neopositivismo* (STRECK, 2017, p. 67).

O neoconstitucionalismo implicaria em ultrapassar a idéia de uma constituição liberal em direção a um constitucionalismo compromissório, de efetivação dos direitos sociais, mas acabou servindo à jurisprudência da valoração e suas derivações axiologistas, incompatível com a concretização da democracia no País. A superação do liberalismo implicou arbitrariedades. Então, para se referir às conquistas do período posterior à Segunda Guerra Mundial na seara política e jurídica, sem aderir à prática de decisionismos e à subjetividade nas decisões do judiciário, Streck nomina de Constitucionalismo Contemporâneo. Para Streck (2017, p. 68 e 69):

Pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis política, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico por meio do qual se desenvolve o constitucionalismo. Como feito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.

A distinção tem especial importância no direito brasileiro. Não se pode confundir a judicialização da política, que faz parte das novas conquistas democráticas e diz respeito à atuação do poder judiciário quando os demais poderes não cumprem com as suas tarefas constitucionalmente determinadas, com o ativismo judicial. Se, por um lado, é indispensável à concretização da Constituição o controle pelo poder judiciário de políticas públicas, isso não significa uma decisão do poder judiciário destituída de controle pela comunidade política. É na superação dos positivismos, inclusive o normativo, que aceita a discricionariedade, que o ideal democrático no Brasil se faz possível, e não no decidir conforme a vontade do julgador. Daí não se poder mais falar em neoconstitucionalismo no País. Sobre o tema, revela Tassinari (2017, p. 155):

Tem-se uma concepção de ativismo que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. Portanto, e seguindo os posicionamentos dos autores acima referidos a respeito do tema que podem ser apresentados *apontamentos finais* sobre a forma de compreender a diferença entre ativismo judicial e a judicialização da política no Brasil, base para a construção dos próximos capítulos: *Primeiro*, não há como negar o elo existente entre Direito e Política; *Segundo*, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais; *Terceiro*, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno; E *quarto*, a judicialização da política é um “*fenômeno contingencial*”, isto é, que surge de determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais.

O positivismo surgiu como impossibilidade de interpretação do texto pelo juiz (positivismo exegético), que era tido como “boca da lei”. Inclusive as regras a respeito de antinomias e lacunas eram explicitamente previstas na era das codificações, não havendo qualquer margem para além da sintática. O Estado liberal foi palco de uma nítida subordinação (constitucionalizada) do poder de controle do Estado ao direito (o que fez do positivismo um modelo privilegiado), exigindo que a atuação estatal se mantivesse rigidamente adstrita à lei (ISAIA, 2012, p. 112). A subsunção é o método de aplicação do direito, competindo aos juízes seguir a letra da lei.

Diante da insuficiência do modelo, em razão de as questões sociais estarem nas mãos da governança e esta se revelar inefetiva, também diante do crescimento do poder regulatório do Estado, nas primeiras décadas do século passado desenvolve-se o positivismo normativo, que tem em Kelsen seu principal expoente. Neste, o ordenamento opera dentro de um sistema fechado de normas, em busca da segurança jurídica. Na lição de Dworkin (2010, p. 49 e 50), “os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu poder discricionário para decidi-lo mediante a criação de um novo item de legislação”. E nesse ponto se enfraquece a força normativa da Constituição e não se adéqua à realidade brasileira.

Isso porque a Constituição no Brasil não serve apenas à limitação do poder do Estado, mas também às exigências das maiorias. A decisão conforme a consciência do julgador representa uma afronta ao Estado Democrático de Direito, na medida em que não há qualquer preocupação com sua legitimidade. E essa noção inclui aquelas fundadas na ponderação ou outros axiologismos, que, em última instância, não prescindem da discricionariedade judicial. A democracia brasileira não significa consenso, diante da impossibilidade de situações ideais de fala, antes mais diz respeito a assegurar a dignidade humana em face de anseios

majoritários, seja na concretização de direitos prestacionais, seja na proibição de retrocesso social. Explica Hommerding (2007, p. 146 e 147):

Contemporaneamente, a jurisdição deve ser vista como jurisdição constitucional(izada), isto é, como verdadeira “jurisdição de Estado Democrático de Direito”. Isso implica uma nova compreensão da jurisdição, uma vez que, no Estado Democrático de Direito, há um vínculo indissociável entre Constituição e justiça constitucional. [...]

A jurisdição, no entanto, seja ela a do juiz de primeiro grau ou a dos tribunais superiores, está comprometida com a idéia de uma jurisdição constitucional(izada) e, portanto, com a idéia de que todo o processo hermenêutico leva em consideração a faticidade do intérprete, que desde-já-sempre está no mundo, e de que a Constituição, além de um texto, é um existencial, que desde-já-sempre está (deve estar ) com ele. Qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional.

Esse ponto também diz respeito às teses da substancialização e da procedimentalização, fervoroso debate no processualismo civil brasileiro, que define o papel da jurisdição constitucional. Os defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição elegem a regra contramajoritária como mais relevante, reforçam a normatividade da Carta e legitimam o Poder Judiciário, na inércia dos demais, a implementar os direitos fundamentais nela previstos. Conforme Streck (2017, p. 118), para os procedimentalistas, a Constituição tem a função de “somente limitar o poder existente, sem prever especificamente uma defesa material dos direitos fundamentais”, sendo o procedimento o que há de importante para a efetivação da Constituição, preocupados com o ativismo judicial e com a invasão de subsistemas.

Explica Streck (2017, p. 118), acerca da teoria de Habermas, artífice proeminente do procedimentalismo, que, na sua visão, a lógica da divisão de Poderes exige uma assimetria entre os Poderes do Estado: o Executivo está submetido ao controle dos poderes legislativo e judiciário, e não o inverso. Entende que o controle abstrato de normas é função do legislador, exclusivamente. Leciona Streck (2017, p. 118):

Além dessa quase aversão à justiça constitucional – afinal, a contundente crítica ao controle abstrato de normas parece não deixar dúvidas a esse respeito – Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, *nem em conteúdos substantivos*, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”.

A distinção realizada por Habermas entre discursos de justificação e discursos de aplicação revela uma independência do contexto. O consenso justificador é alcançado numa situação ideal de fala e representa uma universalização, já que concordância argumentativa, e, na tese habermasiana, tem mais importância que a aplicação, sendo o caso dependente desse

discurso. Dessa forma, a Constituição não é necessariamente considerada, uma vez que o discurso justificador é formado majoritariamente, prescindindo da substância constitucional. Também, o caso concreto somente aparece num segundo momento, secundário, que é o da aplicação. A pretensa diferenciação, inclusive, não considera a dupla estrutura da linguagem, cindindo metafisicamente o apofântico e o hermenêutico, desconsiderando o giro lingüístico que rompeu com a filosofia da consciência no século XX.

O procedimentalismo, dessa forma, não é suficiente à superação do déficit constitucional brasileiro, nem do positivismo normativo e suas possibilidades de discricionariedade. Neste último ponto, revela-se, inclusive, na própria crítica que realiza à tese substancialista, de que ensejaria ativismo judicial, quando esta, à luz da Crítica Hermenêutica do Direito, que enseja uma resposta confirmada pela própria Constituição, na constituição mesma, a partir de uma simbiose entre as teorias de Gadamer e Dworfin feita por Streck, é a possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais com resguardo contramajoritário a partir da tradição jurídica da comunidade brasileira.

A tese da substancialização pretende que o poder judiciário efetive os direitos fundamentais, mesmo que enquanto controle de política pública. Para Motta (2017, p. 56 e 57), “as posturas substancialistas valorizam a Constituição como um instrumento vinculante e programático, e, ainda que com diferentes enfoques, reconhecem a autoridade do Poder Judiciário para interpretá-la, tornando concretas as suas disposições”. Ensina Streck (2017, p. 119):

Alinho-me, pois, aos defensores das teorias materiais-substanciais da Constituição, porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais (substantivados no texto democrático da Constituição) afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une política e Direito.

A democracia brasileira impescinde da limitação contramajoritária, sob pena de não se garantirem os ditames constitucionais. As maiorias (os consensos) eventuais devem ser freadas quando contrapõem o consubstanciado na Carta Política, cuja normatividade, dado seu extenso conteúdo consagrador dos direitos fundamentais, é imperativa num País em que boa parte dele continua não cumprida. Não há condição ideal de fala nesse momento: leciona Streck (2017, p. 127) que “a desjuridificação, no Brasil, não amplia espaço da cidadania, uma vez que, enquanto a Constituição não é concretizada, não há nem um espaço da cidadania”.

O Direito passa a ser considerado um instrumento de transformação social, na medida em que faz valer os ditames da Carta Política brasileira, que se pretende democrática e constituinte de uma sociedade livre, justa e solidária, reduzidas as desigualdades sociais, e

rejeita as opiniões pessoais dos operadores jurídicos. Ressalte-se que essa decisão jurídica somente tem resguardo constitucional efetivamente se ultrapassada a filosofia da consciência e suas repercussões no processo civil brasileiro. Indispensável que se busque a resposta adequada, fundada num compromisso que reconstrua a história institucional do direito e coloque o caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito, e que seja ainda confirmada constitucionalmente. Para Streck (2017, p. 134):

Percebemos (compreendemos) a Constituição “como” Constituição quando (*etwas als etwas*) quando: *primeiro*, a confrontamos com a sociedade para a qual é dirigida; *segundo*, examinamos os dispositivos que determinaram o resgate da modernidade e por nossa consciência acerca dos efeitos que a história tem sobre nós (*Wirkungsgeschichtliches Bewußstein*), damos-nos conta da ausência de justiça social (cujo comando de resgate está no texto constitucional); *terceiro*, constatamos que os direitos fundamentais sociais somente foram integrados ao texto constitucional pela exata razão de que a imensa maioria da população não os têm; *quarto*, compreendemos que a Constituição é, também, desse modo, a própria ineficácia da expressiva maioria dos seus dispositivos (que é, finalmente, o retrato da própria realidade social); *quinto*, percebemos que a Constituição não é somente um documento que estabelece direitos, mas, mais do que isto, ao estabelecê-los, a Constituição coloca a lume e expõe dramaticamente a sua ausência, desnudando as mazelas da sociedade; *sexto*, percebemos que a Constituição não é uma mera Lei Fundamental (texto) que “toma” lugar no mundo social-jurídico, estabelecendo um novo “dever-ser”, até porque antes dela havia uma outra “Constituição”; e, antes desta, outras quatro na era republicana..., mas, sim, é da Constituição, nascida do processo constituinte, como algo que constitui, que deve exsurgir uma nova sociedade, não evidentemente rebocando a política, *mas permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição*.

Urge ressaltar, dessa forma, que a substancialização, à luz da Hermenêutica Crítica do Direito, é indispensável à atual realidade brasileira, o que deve ser pensado no contexto do processo judicial. Na mesma toada, enquanto conteúdo da Constituição a interculturalidade, garantida pela cidadania e como objetivo externo da República, gera sérias conexões entre o direito processual civil e o universo decisório.

Veja-se que a pré-compreensão constitucional brasileira inclui a convivência cultural, que diz respeito tanto à ordem interna, quanto às relações internacionais. Por isso a efetivação dos direitos fundamentais pelo poder judiciário deve ocorrer à vista da harmonia da diferença cultural. A cidadania não é mais apenas considerada na perspectiva individual, mas também na perspectiva do outro. O respeito às demais comunidades tem amparo na ordem constitucional. Para Hommerding (2007, p. 136):

O caminho percorrido tem na hermenêutica filosófica, como modo-de-ser-no-mundo, a condição de possibilidade para “ontologizar” (no sentido da diferença ontológica de que fala Martin Heidegger) a jurisdição e o Direito Processual, que, necessariamente, já podem ser compreendidos como jurisdição constitucional(izada) e Direito Processual Constitucional(izado), a partir da noção de Estado Democrático de Direito e da Constituição do Brasil como pauta

axiológico-interpretativa e conformadora de toda e qualquer norma jurídica. Significa dizer que a lei processual e seus institutos não podem ser vistos “apartados” do sentido de Constituição, e nem esta pode ser entendida como “ser sem o ente”, categoria ou hipótese. A norma jurídica só é válida se estiver em conformidade com a Constituição. A aferição dessa conformidade exige uma pré-compreensão do sentido de (e da) Constituição.

A convivência cultural está inserida no mundo a partir do qual o intérprete compreende. A substancialização aliada à Crítica Hermenêutica, ao determinar que o judiciário busque a resposta adequada à Constituição, que deve ser por ela confirmada, nela mesma, e torna relevante o conteúdo material da Carta de 1988, com o sentido projetado pela comunidade política, sobreleva o diálogo intercultural, normativa da Constituição.

Nesse contexto a Constituição não pode ser mero instrumento, mas condição de possibilidade. Autorizar que a decisão no processo civil possa ser tomada afastada da substância constitucional, apenas vinculada aos procedimentos por ela disciplinados, possibilita que ela seja conforme pretensões que desrespeitem minorias ou ensejem homogeneização arbitrária. A limitação contramajoritária, aqui entendida como pluralismo solidário, é indispensável à concretização da convivência cultural e não ocorre na tese procedimentalista, que tem espaço para a discricionariedade. Leciona Streck (2014, p. 392 e 393):

Quero, pois, afirmar a hermenêutica como modo de deixar o fenômeno constitucional *tornar-se visível, deixando-o vir à presença*, ao contrário da dogmática jurídica, que vê a Constituição como uma (mera) ferramenta jurídica a ser confirmada (ou não) pela técnica interpretativa, por muitos denominada de hermenêutica constitucional. Dizendo de um modo mais simples, temos que *desobjetificar* a Constituição, *tarifa que somente será possível com a superação do paradigma metafísico que (pré)domina o imaginário dos juristas*. Essa superação, na linguagem hermenêutica, significa um *questionar originário da pergunta pelo sentido da Constituição*, isto é, pelo âmbito do projeto constitucionalizador e, conseqüentemente, pela verdade do ser da Constituição (*e do próprio Direito, razão de ser de nossa atividade de ser jurista!*). Afinal de contas, não são os objetos que explicam o mundo, e, sim, *é o mundo que é condição de possibilidade do acontecer da explicitação dos objetos!*

Abrir uma clareira no Direito, des-ocultar caminhos, descobrir as sendas encobertas... *É este o desafio!* É a partir dessa clareira que aquilo que circunscreve a Constituição poderá vir à tona, *buscando o aparecer no coração da presença*: o Estado Democrático de Direito, a função social do jurista, o resgate das promessas da modernidade (direitos humanos, sociais e fundamentais), a superação da crise de paradigmas que obstaculiza essa *surgência constitucionalizante* em toda a sua principiologia. É dessa clareira, desse espaço livre devidamente desbastado, que poderemos construir a *resistência constitucional*, denunciando aquilo que foi (e é) acobertado/entulhado pelo senso comum da dogmática jurídica.

A substancialização à luz da Crítica Hermenêutica, portanto, ao garantir que o conteúdo da Carta Constitucional seja efetivado no processo civil, afastando decisionismos ou maiorias de ocasião, eleva a convivência cultural, inserida na pré-compreensão do intérprete,

que, ao realizar a confirmação da resposta na Constituição, impescinde do diálogo cultural na reconstrução da história institucional do direito. Para Saldanha (2012, p. 408), “a democracia, como o espaço da diferença, torna-se mais forte se a jurisdição se responsabilizar democraticamente e não burocraticamente”.

Doutra banda, ofende a convivência cultural a limitação à indicação, reprodução ou à paráfrase de ato normativo. O emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem a explicitação do motivo concreto de sua incidência no caso. A invocação de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão. O fato de se deixar de enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo. Isso porque, ao fim e ao cabo, tais ocorrências também reduzem a democratização do direito e do processo judicial.

O objetivo disso é qualificar as decisões judiciais. É fomentar a coerência e o respeito à integridade do direito nestas decisões, que passam então a ter justificações transtemporais, podendo assim representar o início da instituição de um processo realmente constitucionalizado. De um processo alicerçado na ideia de “romance em cadeia”, onde o vencedor é o próprio direito e, por consequência, a democracia. De um processo coadunado à percepção de continuidade de suas justificações. Um processo que está preocupado com o respeito à convivência cultural, à história, ao direito material e constitucional invocado no caso concreto, sempre único e particular.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A convivência cultural é ditame constitucional e impescindível à manutenção da paz. A harmonia na multiplicidade das identidades tem especial importância na sociedade em rede, em que os diferentes estão próximos e paradoxalmente cada vez mais arraigados à sua memória histórica, já que não controlam mais o mundo conhecido. A construção de uma cultura relacional liga-se à justiça social e previne o ódio, sendo indispensável à redução da conflituosidade global. A habilidade de levar a vida na companhia dos demais, feliz com a diferença, adquiriu grande importância. Transcender as problemáticas culturais por meio da alteridade e da comunicação sobreleva-se diante das novas configurações sociais ocorridas a partir do desenvolvimento das novas tecnologias de informação.

A perspectiva do outro tem especial relevo na mundialização cultural. O diálogo e o respeito entre os diferentes mostram-se como caminho para a paz. A solidariedade técnica homogeneiza as formas de trabalho, de produção, de troca de bens, aproxima, mas não gera comunhão, que depende da valorização de uma solidariedade ética, fundada no realce dos

direitos humanos e ligada à justiça social. A compartimentalização civilizacional prejudica o compartilhamento dos valores humanos e aumenta os riscos de conflitos. Há necessidade de os indivíduos participarem de um projeto comum de responsabilidades.

A Constituição de 1988, embora não textualmente, tem como normativa a convivência cultural. É a partir da associação do pluralismo com a solidariedade e a dignidade humana que ela se constrói, prevista para a ordem interna e para as relações internacionais. O pluralismo diz respeito à liberdade de pertencer a todas as comunidades, o que associado aos direitos sociais, ligados à fraternidade, e à dignidade humana enquanto valor comunitário que constrange a liberdade individual como modo de promovê-la, impõe o diálogo intercultural e assegura o respeito ao diferente. As expressões culturais também compõem o diálogo intercultural, explicitando diversidade de cultura, que já não é entendida apenas patrimônio, mas um todo tradicional e contemporâneo do entorno de ser no mundo.

No processo civil, a convivência cultural é efetivada a partir de uma leitura substancialista e de crítica hermenêutica, que ensejam transformação social ao sobrelevar o conteúdo da Constituição. A superação dos positivismos e da discricionariedade que lhe é imanente é condição dessa concretização, não havendo mais espaço à filosofia da consciência na teoria do direito. Exige-se que a resposta correta dê-se à luz da integridade e que seja confirmada pela própria Constituição, na Constituição mesma, não sendo satisfatórias arbitrariedades, veículo para maiorias de ocasião e desrespeito da normativa constitucional.

O procedimentalismo é insuficiente à limitação contramajoritária que garante a realização dos ditames constitucionais (dentre os quais a convivência cultural), imprescindível no Brasil, em que grande parte do conteúdo dos direitos fundamentais resta incumprida. Não há no País condição ideal de fala no atual contexto, elemento essencial da teoria. Inviável assegurar a democracia num país de modernidade tardia exclusivamente através da observância dos procedimentos, com a formação de maiorias ocasionais com poderes de superar o conteúdo constitucional.

É na adoção do substancialismo que se concretiza o conteúdo material da Constituição. Entendida como sentido projetado pela comunidade política, e não a partir da consciência do julgador, a convivência cultural, inserida na pré-compreensão do intérprete, é sobrelevada no processo civil brasileiro pela adoção da tese substancialista aliada à Crítica Hermenêutica. A Constituição não é mero instrumento, mas condicionante. O pluralismo solidário é garantido na limitação contramajoritária advinda do substancialismo, que refuta discricionariedades e impõe o respeito à substância constitucional.

Todo ato judicial no Brasil deve ser entendido como um ato de jurisdição constitucional, em que o intérprete insere na pré-compreensão os ditames da Constituição. A convivência cultural, enquanto normativa constitucional, é efetivada no processo civil brasileiro a partir da tese substancialista. A desobjetificação da Constituição ocorre na Hermenêutica Crítica aliada ao substancialismo, que possibilitam a sobrelevação da interculturalidade, condição para a paz e ditame da Carta Republicana, no processualismo pátrio.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- HOMMERDING, Adalberto Narciso. **Fundamentos para uma compreensão Hermenêutica do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2007.
- ISAIA, Cristiano Becker. **Processo Civil e Hermenêutica: a crise do procedimento ordinário e o redesenho da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito**. Curitiba: Juruá, 2012.
- MOTTA, Francisco José Borges. **Ronald Dworkin e a Decisão Jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2017.
- NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo das reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para uma cultura cosmopolita**. São Paulo: LTr, 2011.
- PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, fls. 45 a 71.
- ROCHA, João Carlos de Carvalho. Liberalismo político e comunitarismo na Constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, ano 46, n. 181. Trimestral. Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, janeiro/março 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Substancialização e efetividade do direito processual civil - a sumariedade material da jurisdição:** proposta de estabilização da tutela antecipada em relação ao projeto de novo CPC. Curitiba: Juruá, 2012.

SEN, Amartya. **Identidade e violência:** a ilusão do destino. Tradução: José Antônio Arantes. São Paulo: Iluminuras, Itaú Cultural, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso.** Constituição. Hermenêutica e Teorias Discursivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2010.

TASSINARI, Clarissa. A discricionariedade nos sistemas jurídicos contemporâneos. In: STRECK, Lenio Luiz (Org.) **Ensaio sobre as relações entre filosofia, teoria do direito e a atuação do judiciário.** Salvador: JusPodivm, 2017, fls. 139 a 159.

WOLTON, Dominique. **La otra mundialización:** los desafíos de la cohabitación cultural global. Barcelona: Gedisa, 2004.