

A “SENTENÇA LIMINAR DE MÉRITO” E A NECESSÁRIA (RE)ADEQUAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL AO RISCO E À COMPLEXIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

The “liminary sentence” and the (re)adequation of civil processual law to risk and to the complexity of contemporary society

CRISTIANO BECKER ISAIA

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Adjunto lotado no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) e no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Coordenador do NEAPRO/UFSM (Núcleo de Estudos Avançados em Processo Civil da Universidade Federal de Santa Maria - www.ufsm.br/neapro). Autor das obras “Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica” (Ed. Juruá, 2011) e “Processo civil e hermenêutica” (Ed. Juruá, 2012). O presente trabalho é também fruto das pesquisas do autor por ocasião do projeto intitulado *Processo civil e(m) crise: o esgotamento do procedimento ordinário na satisfação dos direitos sociais*, financiado pela FAPERGS, registrado sob n.º12/0880-8. E-mail: cbisaia@terra.com.br

FERNANDO HOFFMAM

Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Bolsista PROSUP/CAPES, Membro dos Grupos de Pesquisa Teoria Crítica do Processo e Delmas-Marty: Internacionalização do Direito e Emergência de Um Direito Mundial, vinculados à UNISINOS e ao CNPQ; Especializando em Direito: Temas Emergentes em Direito na Sociedade da Informação pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA); Membro do Grupo de Pesquisas Teoria Jurídica no Novo Milênio, vinculado à UNIFRA e ao CNPQ. E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br

RECEBIDO EM: 04.03.2013

APROVADO EM: 20.07.2013

RESUMO

O presente texto possui o escopo de investigar a necessidade de construção de um novo modelo de processo; um modelo democrático-constitucional(izado), que atenda aos desideratos político-sociais do Estado Democrático de Direito. Tal modelo surgirá a partir da ressignificação do direito material, bem como do reconhecimento do agir em processo como “estado de coisas” eminentemente hermenêutico. Assim, será possível se pensar em novos ambientes processuais, como a sentença liminar democrática de mérito, compatíveis não só com os novos direitos oriundos da nova modalidade estatal, como também condizente com as necessidades da sociedade neotecnológica.

PALAVRAS-CHAVE: PROCESSO. DIREITO MATERIAL. NOVAS TECNOLOGIAS. HERMENÊUTICA. CONSTITUIÇÃO.

ABSTRACT

This text aims to investigate the need of constructing a new process model; a democratic-constitutional(ized) model which meets the political and social needs of the Rule of the Law. Such models will appear from the resignification of substantive law as well as from the recognition of act process as “state of affairs” eminently hermeneutical. So, it will be possible to think of new procedural environments, such as a democratic judgment upon the merits, not only compatible with the new rights from the new state mode, but also consistent with the needs of the neotechnological society.

KEYWORDS: CIVIL LAW. SUBSTANTIAL LAW. NEW TECHNOLOGIES. HERMENEUTICS. CONSTITUTION.

SUMÁRIO: Introdução. 1. As jurisdições liberal e social e a conflituosidade moderna. 2. O processo civil desafiado pela conflituosidade oriunda da sociedade neo-tecnológica: a “sentença liminar de mérito” e a revalorização do direito material (constitucional). Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Na modernidade o Direito se apresentava limitado pelas construções teóricas do liberalismo, que eclodiram na Europa após a revolução burguesa. A partir desse momento construiu-se um modelo de Estado estruturado sobre uma lógica

individual e privatista, preocupada em proteger os sujeitos jurídicos dos abusos promovidos pelo próprio Estado. É marca do referido tempo o modelo de Estado mínimo, que visou apenas proteger as liberdades individuais, a propriedade privada e o contrato. Também a economia de mercado.

Registre-se que os conflitos produzidos nesse momento, ao menos no ambiente processual, envolviam direitos simplesmente individuais, exigindo soluções simplistas, que somente finalizavam a contenda após ver-se percorrido um procedimento alongado e universal, marcadamente ordinário, plenário e declaratório.

No entanto, passando-se a sociedade, e o processo, ao modelo de roupagem social de Estado, deste se exigiu um pouco mais do que a proposta absentéista. O Estado Social surgiria com a intenção de trazer o adjetivo social para o seio da sociedade, instaurando assim a questão social no Direito. Nesse caminho, o ente estatal deixou de ser meramente não interventor, passando a ser um viabilizador da questão social no âmago da comunidade.

Ao lado dos direitos e das prestações negativas do modelo Liberal adentraram na esfera política e jurídica alguns direitos e prestações positivas, fazendo com que o Direito passasse a ser também construtor da questão social, ocasionando assim um novo agir do Estado e da jurisdição, inclusive a processual, fator que se intensificou no Estado Democrático de Direito: um modelo estatal modificador das condições sociais, transformador da realidade.

A instituição de um Estado Democrático de Direito significou um *plus* normativo em relação aos modelos anteriores, trazendo em seu bojo, como marca indelével, a preocupação com uma substancialidade constitucional. Ademais, as constituições do pós-guerra afloraram uma série de direitos não existentes anteriormente, que mais do que positivados constitucionalmente deveriam ser garantidos e concretizados em sua materialidade.

Tais modificações, como o surgimento de novos direitos – transindividuais, individuais homogêneos, difusos, coletivos –, não poderiam deixar de gerar contingência⁸⁵, bem como o aumento significativo da conflituosidade, o que não foi previsto. Aliado a isso, o mundo contemporâneo penetrou numa nova era tecnológica e científica, rompendo com os paradigmas tecnológicos advindos da modernidade, exsurgindo daí um novo estado de coisas da sociedade contemporânea.

Veja-se que os influxos neo-tecnológicos são também geradores de novos

85 Aqui é preciso que se diga que o contingente – a contingência – deve ser visto como o novo, como o que vem de fora para dentro da sociedade aumentando assim as possibilidades. O aumento da contingência resulta em um maior “abandonar” de algo possível a partir de uma escolha, ou seja, o contingente é tudo que é possível alternativamente ao que já estava posto na sociedade. Na atual modernidade, pode-se ter o contingente como simplesmente o novo, “o contingente representa pura e simplesmente a dimensão positiva mesma da comunicação social”. In: CLAM, Jean. *Questões fundamentais de uma teoria da sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução: Nélcio Schneider. São Leopoldo: UNISINOS, 2006, pp. 19-27.

espaços para o Direito habitar. Sendo criadores de novos espaços de convívio social, a partir das novas tecnologias da informação e comunicação, são fomentadores de uma reviravolta nos estudos genéticos, necessitando-se de um novo paradigma ético-moral, entre outras coisas. São estas mudanças que vem ainda mais desassossegar o Direito e, para este estudo, o processo civil, ainda fulcrado em concepções tradicionais, de vínculo (procedimental) ordinário e individualista.

O presente trabalho, diante disso, num primeiro momento, traçará um panorama dos modelos de Estado e jurisdição liberal e social, buscando realçar os contornos da conflituosidade moderna e do papel – agir – da jurisdição processual neste cenário.

Num segundo, buscará (re)compreender o direito processual civil a partir destas modificações paradigmáticas oriundas da contemporaneidade, o fazendo também desde um *novo* paradigma estatal, que exige uma nova estrutura processual. Por isso ao final a ideia é apresentar esse novo modelo processual, invadido pela linguagem. Um processo hermenêutico-factual, emergido do caso concreto, do sentido de/da Constituição, do Direito – aqui levado a sério – da tradição decisória consolidada, etc.

Em termos processuais dogmáticos, um ambiente processual democrático-sumarizado, participativo, alicerçado sobre um contraditório substancialmente constitucional(izado).

1. AS JURISDIÇÕES LIBERAL E SOCIAL E A CONFLITUOSIDADE MODERNA

A ciência jurídica se encontra, atualmente, limitada pela dificuldade de superar velhos paradigmas e propor soluções aos institutos tradicionais, já desgastados com o passar do tempo. Não é diferente no direito processual civil, enraizado em um modelo de matrizes racionalistas, que ainda servem de pilar na estrutura jurisdicional processual. Está-se a referir a uma jurisdição processual alicerçada em uma dogmática normativo-positivista a-crítica, que não admite o processo de interpretação (hermenêutica) da lei (norma), mas somente sua aplicação na busca por verdades absolutas.⁸⁶ Em parte vem a reboque do Direito da modernidade, que é apresentado como um projeto sistematizado, de exatidão e confiabilidade. Atende a uma “calculabilidade”, tendo a pretensão de livrar o tráfego de mercadorias de incertezas.⁸⁷

Numa breve trajetória da figura estatal na modernidade é imperioso lembrar que no Estado Liberal o Direito (e também a jurisdição liberal) preocupava-se com os direitos do indivíduo. Em resolver conflitos individuais e manter e consolidar

86 LUCAS, Douglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *O Estado e suas crises*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pp. 179 - 180.

87 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 45.

o estado de liberalismo econômico. Era dever do judiciário a defesa da propriedade privada, da liberdade contratual, da garantia do livre comércio e do desenvolvimento industrial, pilares vitais para ascensão e consolidação burguesa.⁸⁸

Gize-se que o liberalismo – compreendido como uma concepção estatal balizada por pretensões oriundas do homem enquanto ser individualizado – tem como aspecto central de sua estrutura e ideário a figura do indivíduo, sujeito moderno, devendo a atividade estatal preocupar-se com um espectro mínimo da vida política em sociedade. Deveria garantir ordem e segurança aos indivíduos, salvaguardando assim as liberdades civis e a liberdade pessoal, bem como lhes assegurando a esfera econômica, consolidada no âmbito do livre mercado.⁸⁹

No entanto, para que seja possível falar do sistema processual moderno, bem como sua relação ao legado liberal, há também que se trabalhar a concepção positivista do direito enquanto sistema normativo fechado. Para a visão positivista, seria o direito nascido dele próprio, tendo sua validade determinada pela norma fundamental – Kelsen⁹⁰ – sendo assim concebido como um sistema de normas que decorrem daquela norma fundamental pressuposta, não guardando espaço para quaisquer fenômenos que não sejam jurídicos⁹¹.

Fica evidente que “a teoria positivista pretende apenas ser método, lógica, sistema, mantendo-se assim distante das valorações, dos efeitos míticos e políticos de sua própria prática social. Com isso a ciência jurídica imunizou-se contra a filosofia, a sociologia e a ciência política”.⁹² Com efeito:

Na modernidade, a fé no progresso foi acompanhada pela fé na razão, que seria o instrumento apropriado para o conhecimento certo da realidade. Valendo-se da razão o homem poderia aperfeiçoar-se como “artífice de seu próprio destino”. Poderia conquistar sua autonomia. No âmbito jurídico da modernidade, pois, o progresso consistiu em deixar de lado os costumes e leis que tinha por base o acontecer histórico das diversas sociedades, para elaborar um direito que tinha base em critérios estritamente racionais: o direito produzido pelo espírito da ilustração deveria atender unicamente

88 ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Crise Conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do Estado-Nação?. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *O Estado e suas crises. Op. Cit.*, pp. 46-47.

89 MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência política e teoria do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 61.

90 BARZOTTO, Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Passim.

91 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 79 – 85.

92 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 104.

às leis próprias da razão, pela qual se poderiam alcançar princípios fixos e imutáveis, cuja validade não estivesse sujeita às contingências espaço-temporais próprias do acontecer histórico.⁹³

Ainda no que tange ao Estado Liberal, insta salientar que os detentores do poder (a burguesia revolucionária) estavam preocupados em manter o que haviam conquistado a partir das revoluções burguesas. Nesse ambiente a jurisdição não podia ser entendida como tarefa interpretativa, haja vista a formação da magistratura no âmago da aristocracia. É assim que se engessaria a atividade da jurisdição processual, que acabou sendo tratada como uma mera atividade reveladora das vontades – verdades – da lei (Chiovenda).

Isso explica porque a teoria da jurisdição processual moderna está assentada na busca por “verdades”, que se materializam ao final do *iter* processual – em regra, ordinário. Tais “verdades” ganhariam o selo da certeza e da eternidade histórica por estarem baseadas na norma posta e serem a verdade do soberano, que deveria ser proclamada pelo juiz ao final do processo.⁹⁴ Daí forjou-se uma atividade jurisdicional pronta a jurisdicionalizar apenas o que está posto pelo Estado, a fim de ultimar segurança jurídica, elemento vital para o desenvolvimento do liberal-individualismo.⁹⁵

Desse modo, veja-se como a construção *juspositivista* descreve mal o sistema jurídico, como se fosse não mais que um conjunto de normas opacas, sem a possibilidade de ganhar cor no processo de interpretação político-social das mesmas normas (regras). Caberia ao magistrado apreendê-las e interpretá-las mediante o mero conhecimento técnico, o que levaria a uma aplicação modesta da norma posta, pronta e unívoca.⁹⁶ É o que se convencionou chamar de silogismo processual, sedimentado no método da subsunção (o que, diga-se de passagem, é bandeira da quase totalidade dos manuais de processo civil existentes em *terra brasilis*).

Veja-se que a partir dessa “mal acabada” construção positivista é que se constrói a jurisdição processual liberal, alicerçada para manter o *status quo*, não devendo preocupar-se com questões de cunho social. Destinou, com isso, a resolver – e não mais que isso – conflitos de índole basicamente individual.⁹⁷ Por isso é que

93 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil. Op. Cit.*, p. 43.

94 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Passim.

95 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil. Op. Cit.*, p. 91.

96 CAMPBELL, Tom. *El sentido del positivismo jurídico*. Disponível em: http://www.cer-vantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23584061091481851665679/doxa25_10.pdf. Acessado em: 3.03.2009. p. 304.

97 ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O

se fundou num modelo de tutela jurisdicional baseada no conflito entre particulares, ou entre particulares e o Estado, de modo a resolver tais conflitos aplicando a norma posta pela subsunção, como referido.

A jurisdição moderna atém-se às individualidades dos sujeitos de direito, procurando solução para os conflitos individuais oriundos da ordem sócio-econômica liberal, não sendo “aquela” jurisdição capaz de resolver os conflitos transindividuais da pós-modernidade. Também não se pode olvidar que a ordem jurídica liberal forjou-se a ferro nas bases do paradigma racionalista, sendo a jurisdição afastada da vida em sociedade, geradora de tantas angústias aos sujeitos sociais.

Isso foi um passo para a criação da ficção gerada em torno do fato de que o Direito moderno estaria livre de toda e qualquer insegurança e incerteza, pois a norma posta pelo legislador não deixaria margem a faltas ou lacunas legislativas, estando previsto normativamente todo e qualquer conflito, num procedimento necessário à resolução desse⁹⁸, o que até hoje, em certa medida, prevalece. Nesse diapasão

[...] o judiciário foi estruturado para operar por meio de uma lógica racional-legal que nega a complexidade, que valoriza exageradamente as formalidades e os procedimentos decisórios de tempo diferido e que mascara a substancialidade dos conflitos sociais e econômicos pela adoção de fórmulas e conceitos reducionistas afinados com uma cultura de conservação do projeto liberal-individualista.⁹⁹

A conflituosidade moderna, diante disso tudo, vem marcada pelas características principais do liberalismo, identificadas pelo individualismo, pela hipostasiação da norma, do contrato, da propriedade privada, da garantia do “mercado” e, sobretudo, da racionalização dos conflitos em mero caráter ressarcitório. Não há que se pensar aqui em garantia de qualquer direito que não o de contratar e ter propriedade.¹⁰⁰

Tal situação somente se alterou quando se passou do Estado Liberal ao Social, o que culminou na busca por uma maior sociabilidade do acontecer jurídico e político. A modalidade estatal social veio marcada por uma primeira ruptura com o modelo liberal; também pelo incremento das funções do Estado, que passou de um modelo meramente protetor e ingerente a um modelo que deveria gerenciar a imple-

Processo, os Direitos Fundamentais e a Transição do Estado Liberal Clássico Para o Estado Contemporâneo. *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 3, N. 1, janeiro-junho 2011, p.84-94.

98 HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Op. Cit., 2007. *Passim*.

99 LUCAS, Doglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *O Estado e suas crises*. Op. Cit., p. 178.

100 *Idem, ibidem*, p. 176.

mentação efetiva do social, através de um novo catálogo de direitos.

Nesse sentido agregou-se ao Direito um conteúdo social, onde foram recepcionados os valores jurídicos e políticos do modelo estatal liberal. A estes se atribuiu um novo significado, condizente com o presente social. Além de elaborados certos direitos para limitar a atividade do Estado, foram também concedidos aos sujeitos direitos a prestações estatais. Por isso

[...] o modelo de *welfare state* adjudica a idéia de uma comunidade solidária onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea. Nesta função de patrocínio da igualdade transfere-se ao Estado um novo atributo que contrasta com este poder ordenador, qual seja a solidariedade. O caráter solidário do poder estatal, para muitos, substitui a sua característica soberana para incorporá-lo na batalha cotidiana de superação das desigualdades e de promoção do bem-estar social, percebido como um benefício compartilhado pela humanidade toda.¹⁰¹

Veja-se que aqui transita o direito processual civil, saindo de um processualismo liberal determinado pelos direitos individuais das partes, eminentemente escrito, para um processualismo social(izado), que a partir da oralidade funda o juiz como um persecutor ativista dos anseios sociais.¹⁰² Institui-se uma forma de tutela jurisdicional interventivo-ativista, que surgiria com a função de qualificar socialmente o modelo de Estado. Este novo modelo tem por norte a busca pela implementação da questão social nos espaços político-jurídicos que antes estavam apartados de tais discussões.¹⁰³

Nesse caminho o juiz tornou-se o “intérprete” do Direito, cabendo-lhe a missão de, ao interpretar os textos legislativos, suprir as lacunas deixadas pelo legislador na tentativa de implementar a denominada *questão social*. O juiz simplesmente declarador de vontades transmudou-se a construtor do arcabouço político e social, ao que seguiria uma atividade jurisdicional marcadamente intensa, ativista.¹⁰⁴

101 MORAIS, José Luis Bolzan de. *Revisitando o estado da crise conceitual à crise institucional (constitucional)*. Disponível em: http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_08.pdf. Acessado em: 11.11.2011, pp. 7-8.

102 NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, *Passim*.

103 ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica: a metáfora do juiz instrutor e a busca por respostas corretas em direito. Faticidade e Oralidade*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 40.

104 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 21-22. Embora não seja escopo do presente trabalho, insta referir que há que se tomar muito cuidado como passagem do modelo processual liberal ao social. Porquanto não seja compatível com o paradigma do Estado Democrático de Direito

No quadro evolutivo do ente estatal, finalmente se chega ao paradigma democrático de direito, que não pode ser dissociado do novo constitucionalismo. Tampouco tratado como uma mera passagem de modelo. É nesse momento da história que o Direito ganha um caráter transformador das circunstâncias político e sociais.

A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito [...]. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através dos valores substantivos que apontam para uma mudança no status quo da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico.¹⁰⁵

O problema está em que o modelo jurisdicional moderno acabou sofrendo uma ruptura na pós-modernidade, atravessando uma crise de gigantescas proporções, já que não conseguiu resolver os conflitos transindividuais inerentes à modernidade líquida – Bauman –, não conseguindo dar vazão ao imenso número de processos que chegam ao judiciário. Consequentemente, não logrou êxito em concretizar os direitos garantidos constitucionalmente, e, sendo assim, não foi capaz de amortizar o “caos social” em que se encontra o mundo moderno.

Daí a tão falada crise da jurisdição. Do processo (aquí, civil) também. E o surgimento de uma nova conflituosidade, oriunda de novos direitos – coletivos, individuais homogêneos, difusos –, bem como a atribuição de capacidades atuantes a novos atores sociais, o que vem intensificando essa situação. Tais circunstâncias aumentam o déficit de uma jurisdicionalidade que não suporta a crescente litigiosidade.¹⁰⁶

E para completar o quadro, no contexto de reordenação das circunstâncias de mundo que permeiam a contemporaneidade, o surgimento das novas tecnologias, a partir da eclosão de um novo paradigma científico e tecnológico, agudiza ainda

um procesualismo inerte. Também não se coaduna com o novo paradigma um processualismo que erige à condição de oráculo da questão social a figura do juiz, passando esse a ser um interventor ativista sem limites, na persecução do implemento do social. In: STRECK, Lenio Luiz. *O Que é Isto – decido conforme a minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

105 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 40.

106 SPENGLER, Fabiana Marion. A Crise da Jurisdição e a Necessidade de Superação da Cultura Jurídica Atual: uma análise necessária. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion (Org). *Os(des)caminhos da jurisdição*. Florianópolis: Conceito, 2009, p. 65.

mais o estado de crise por qual passa o direito processual civil. Os novos meios de comunicação e informação – computador, celulares, *pager*, internet, etc – criaram novos espaços de convívio/conflito jurídico e social, trazendo a reboque uma nova conflituosidade às esferas jurisdicionais.

Os avanços, principalmente no que tange à biomedicina, biogenética, robótica etc., acabam fazendo com que seja necessário repensar os parâmetros éticos e morais anteriores, abrindo um novo leque de possibilidades ao Direito, trazendo consigo uma gama de questionamento, o que desemboca, em muito, no sistema processual civil. Logo, é justamente em meio a esse novo contexto jurídico e social que se intensifica a chamada à jurisdição processual civil, partindo da positivação de novos direitos e do surgimento de novos ambientes sócio-técnico-científicos, o que gera a necessidade de construção de um novo *locus* processual, foco central desse estudo. É o que se passa a tratar nas linhas que seguem.

2. O PROCESSO CIVIL DESAFIADO PELA CONFLITUOSIDADE ORIUNDA DA SOCIEDADE NEO-TECNOLÓGICA: A “SENTENÇA LIMINAR DE MÉRITO” E A REVALORIZAÇÃO DO DIREITO MATERIAL (CONSTITUCIONAL)

A partir principalmente do Estado Democrático de Direito busca-se um novo *modus operandi* processual, uma vez que o Direito está jogado à complexidade da sociedade de risco – Beck. Isso porque é fato que a sociedade moderna há algum tempo vê em xeque suas principais construções teóricas. Daí exsurgir em meio a este novo modo de ser-estar no mundo um emaranhado de estruturas técnicas, científicas e sociais, não imaginadas pelo homem moderno, o que provoca um desassossego quando se chega a esta pós-modernidade.¹⁰⁷

107 Faz-se necessário, nesse momento, alguns esclarecimentos sobre o termo pós-modernidade, bem como, sobre a condição do homem nesse dado momento. Lyotard compreende a pós-modernidade como uma época marcada pelo fim das grandes narrativas, ou seja, uma época de reordenação dos saberes, o que provoca um esfacelamento das instituições modernas, como, os Estados-nação que, não mais detém o “monopólio” do saber, o controle sobre os caminhos e descaminhos do político-social. *In: LYOTARD, Jean-François. A Condição Pós-Moderna*. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011, p. 3-7. Lipovetsky, no entanto, encara a pós-modernidade como um momento de transição, para o autor, a designação pós-modernidade tinha o mérito de indicar uma mudança de rumos nos caminhos da modernidade, a partir da rápida expansão do consumo e da comunicação de massa, exacerbação do individualismo, consagração do hedonismo, etc. No entanto, tratava-se também de uma expressão ambígua, porque não designava um período de mera superação da modernidade, mas sim de continuação daquela anterior. “No momento em que triunfam a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, o rotulo pós-moderno já ganhou rugas, tendo esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia”. Devido a esse esgotamento do termo pós-modernidade, a partir da potencialização de algumas características da modernidade, consubstancia-se a terminologia hipermodernidade, para designar uma época de hipercapitalismo, hiperclasse, hiperterrorismo, hiperindividualismo, etc. *In:*

No transcurso dessa “nova modernidade” – Giddens – já em sua origem modificadora do *status quo*, as instituições políticas, jurídicas e sociais tendem a ruir. A solidez social assentada na estratificação de classes; a solidez estatal consubstanciada em um Estado agigantado e claramente delimitado; a solidez jurídica garantida por um sistema normativo fechado: são todos exemplos disso. Exemplos que cedem à liquidez do constante jogo de ascensão e declínio social instaurado pelo capitalismo.¹⁰⁸

Trata-se de um novo cenário, multifacetado e globalizado, que desterritorializa e destemporaliza o acontecer político e social, onde as instituições vêm perdendo suas (“seguras”) bases, passando a trabalhar com o risco, com o caos, com a incerteza. Aliado a esse sem número de modificações no ser-estar-agir em sociedade, une-se uma estrondosa revolução tecnológica que ganha corpo volumoso, notadamente a partir do pós-segunda guerra. Doravante, ano após ano, década após década, origina-se e aperfeiçoa-se um novo aparato tecnológico, o que ganhou uma nova dimensão a partir das últimas décadas.

Está-se a viver em uma sociedade que vem experimentando a construção de novos tempos, onde o aparato sócio-técnico propicia um novo estado de coisas. A concepção de um futuro imprevisível que se modifica com o passar do tempo e a constante evolução tecnológica. Nesse bojo de evolução tecnológica, as novas tecnologias da informação e comunicação e as evoluções técnico-científicas ocorridas no âmbito da genética, da neurociência, da robótica, da biotecnologia como um todo, criam um novo modo de perceber o mundo e as “coisas do mundo”.¹⁰⁹

No campo das novas tecnologias da informação e comunicação originou-se um novo modo de convívio social, de inter-relação humana. Tais alterações necessariamente provocam uma re-estruturação dos modos e meios de produção capitalista, organizados em torno da produtividade e processamento de informação e conhecimentos, a partir de uma interação entre as novas fontes de conhecimento e o uso das mesmas, especialmente para gerar uma melhora na geração de novos co-

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. *Os Tempos Hipermodernos*. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004, p. 52-53. De outra banda, Dufour liga a pós-modernidade ao “sucesso” do regime capitalista em sua nova roupagem neoliberal, enquanto sistema político-econômico-social. Para tanto, o autor refere que esta pós-modernidade neoliberal deseja o fim do sujeito crítico kantiano, bem como, o fim do sujeito neurótico freudiano como símbolos da modernidade, substituindo essa concepção de sujeito, por um sujeito acrítico e psicotizante, aberto para todas as conexões e disponível ao mercado, tanto de produtos quanto de informações. In: DUFOUR, Dany-Robert. *A Arte de Reduzir As Cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal*. Tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005, pp. 117-119.

108 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Passim.

109 VAZ, Paulo. Tempo e Tecnologia. In: DOCTORS, Marcio (Org). *Tempo dos Tempos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, pp. 69-92.

nhcimentos.¹¹⁰

As fronteiras da informação e da comunicação caíram a partir de um novo paradigma relacional. A vida em rede – a rede digital –, o ciberespaço¹¹¹, a cibercultura¹¹², surgem como instituições imaginárias dissolvidas no tempo e no espaço, liquefeitas em sua origem, em seu porvir. Não há começo nem fim para a rede, não há espaço – fronteiras – para o ciberespaço, não há referencial concreto para a cibercultura. O ser humano neste mundo é um ser infinito, não identificável e sem identidade, desprotegido em meio ao contexto complexo desta cibersociedade desregulada e desreguladora.¹¹³ Uma coisa é certa: vivemos hoje em uma dessas épocas limítrofes na qual toda a antiga ordem das representações e dos saberes oscila para dar lugar a imaginários, modos de conhecimento e estilos de regulação social ainda pouco estabilizados. Vivemos um destes raros momentos em que, a partir de uma nova configuração técnica, quer dizer, de uma nova relação com o cosmos, um novo estilo de humanidade é inventado.¹¹⁴

A sociedade contemporânea, nesse espectro, vem se tornando uma sociedade de simulacros e relações imaginárias, onde novas complexidades perpassam todo o tecido vivo social. As noções de tempo e espaço estão jogadas à incerteza, bem como as inter-relações humanas estão desterradas e jogadas em um mundo

110 CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em rede – a era da informação*: economia, sociedade e cultura. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 53-54.

111 Como ciberespaço há que se entender o espaço da rede, ou seja, a própria configuração da sociedade em rede é no ciberespaço. É o espaço – território – oriundo da interconexão informática, do estar ligado á internet, do estar na rede. Pierre Levy, ainda compreende o ciberespaço como um espaço comunicacional por excelência, de produção global do conhecimento, onde a interconexão humana em escala planetária gera um organismo vivo lingüística e culturalmente. In: LEVY, Pierre. *O ciberespaço como um passo metaevolutivo*. Revista FAMECOS, N. 13, dez/2010, pp. 59-67).

112 Entende-se por cibercultura: “o conjunto tecnocultural emergente no final do século XX impulsionado pela sociabilidade pós-moderna em sinergia com a microinformática e o surgimento das redes telemáticas mundiais; uma forma sociocultural que modifica hábitos sociais, práticas de consumo cultural, ritmos de produção e distribuição da informação, criando novas relações no trabalho e no lazer, novas formas de sociabilidade e de comunicação social. Esse conjunto de tecnologias e processos sociais ditam hoje o ritmo das transformações sociais, culturais políticas nesse início de século”. In: LEMOS, André; LEVY, Pierre. *O Futuro da internet*: em direção a uma ciberdemocracia planetária. São Paulo: Paulus, 2010, p. 21-22.

113 LEVY, Pierre. *As tecnologias da inteligência*: o futuro do pensamento na era da informática. Tradução: Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: 34, 1998, p. 113.

114 *Idem, ibidem*, p. 17.

“imaginário”.¹¹⁵ Não há mais lugar para o que é fixo e imutável. Está-se a viver um tempo de resignificações em que os significados reais das coisas – da modernidade – estão perdidos, pelo que urge ser reencontrados por um novo mundo institucional.

Dentro desse contexto que apresenta novas condições de mundo, há que se construir um novo Direito e, ademais, repensar também o direito processual civil, principalmente a partir dos novos direitos surgidos no âmago de uma verdadeira reviravolta científica. Para além de se exigir um processo democrático e constitucional(izado), exige-se um direito processual também capaz de atender a uma nova materialidade jurídica.

Não se pode abandonar a perspectiva de se construir um (novo) modelo de processo que, democrático-constitucional(izado), tenha por norte a efetivação do texto constitucional, bem como a possibilidade de participação cidadã no acontecer da democracia, dando voz aos sujeitos sociais e implementando os direitos garantidos constitucionalmente em toda a sua materialidade.¹¹⁶ Por isso é que cumpre no momento atual relacionar *Processo Civil e Constituição*, materializando os princípios constitucionais através do processo. O direito processual deve passar por uma materialização através da constitucionalização de suas diretrizes basilares, ao mesmo tempo em que o direito constitucional reconhecerá a importância do processo/procedimento para a materialização/concretização desses novos direitos, advindos com a nova roupagem constitucional.¹¹⁷

Nessa perspectiva de constitucionalizar-se o processo faz-se necessário fundar uma “jurisdição constitucional(izada)”¹¹⁸. Essa jurisdição, levando em conta a materialidade constitucional, deve ter potencialidade para refundar o Direito no

115 MATTELART, Armand. A Era da Informação: gênese de uma denominação descontrolada. Tradução: Francisco Rüdiger. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org). *A Genealogia do virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário*. Porto Alegre: Sulina, 2008, pp. 81-107.

116 NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Org). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*, Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 352-353.

117 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: RCS, 2007, p. 16.

118 A partir deste momento, usar-se-á o termo “jurisdição constitucionalizada” em detrimento do termo “jurisdição constitucional”. Tal opção, dá-se pela possibilidade de se entender o termo “jurisdição constitucional” como um modelo jurisdicional face a uma jurisdição não-constitucional, estando-se assim aprisionados a uma concepção metafísico-dualista. Já, ao empregar-se o termo “jurisdição constitucionalizada” tem-se o sentimento de que todo o espaço jurisdicional foi constitucionalizado, ou seja, que a Constituição passou a habitar as entranhas do sistema jurídico e, assim, também, do Direito Processual, não cabendo em meio ao novo paradigma operar-se sob uma concepção dualista que cindi a atividade jurisdicional em constitucional e ordinária (HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Op. Cit., 2007, p. 81.

passo do novo paradigma, instituindo um modo-de-ser processual democrático e constitucional capaz de dar vida ao texto da Constituição. Preocupado, por isso, com sua substancialização.

Tal preocupação com a substancialidade do Direito é eu torna possível o acontecer de um novo processo/procedimento apto a implementar e garantir toda esta gama de direitos nascida na contemporaneidade. A realização do direito em perspectiva material deve ocupar decisivamente a atividade jurisdicional – o agir em processo.¹¹⁹

Nesse sentido, a já falada crise do processo e da jurisdição toma corpo, devido ao descompasso entre um processo jurisdicional que ainda não assumiu os conteúdos constitucionais que lhes foram apresentados. Segue ele galgando uma concepção de processo que se basta enquanto procedimento e que se coloca em evidente descompasso com a roupagem dos direitos e conflitos erigidos na/da sociedade neo-tecnológica.¹²⁰

Daí que a atividade jurisdicional processual, nesse novo contexto histórico, deve assumir para si a condição de viabilizadora do aflorar de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. O que importa à jurisdição processual enquanto efetividade e eficácia é o oferecimento aos cidadãos de meios aptos a realizar o direito material. Os direitos materialmente albergados no texto constitucional. Se o processo contemporâneo permanecer ligado aos institutos tutelares imóveis da processualística moderna, e não se preocupar em alcançar aos sujeitos sociais meios de efetivar o direito material, manter-se-á à distância da atividade jurisdicional idealizada por um Estado que se proclama democrático de direito¹²¹. Com efeito:

[...] o processo judicial, se na sua origem, significava deslindar e interromper a incerteza, consistindo na fase terminal de um drama, amiúde individual, com vários personagens, muda de horizonte. Destina-se a promover a concretização dos valores constitucionais. Da finalidade de curto prazo – então a solução do caso individual – passa-se à finalidade de longo prazo

119 MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e Participação Cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org). *Constituição e Processo: A colaboração do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.120.

120 ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A paradoxal face “hipermoderna” do processo constitucional*. Revista Novos Estudos Jurídicos, Vol. 15, N. 1, jan-abr 2010, pp. 5-26.

121 ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. *O processo, os direitos fundamentais e a transição do estado liberal clássico para o estado contemporâneo*. Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito, Vol. 3, N. 1, jan-jun 2011, pp. 84-94.

– consolidação dos valores democráticos e a paz pública.¹²²

Na revalorização do direito material está o mais importante passo para a retomada do processo e da jurisdição, elementos fundamentais à concretização da própria Constituição. No horizonte lançado pelo Estado Democrático de Direito, permeado por um novo paradigma científico, o processo civil que se exige é um processo preocupado com o acontecer do direito material e da Constituição.¹²³

Torna-se imprescindível, por isso, que se reconheça a força modificadora característica do direito material, como força motriz do processo. Trata-se de compreender o processo civil como algo para além de mera técnica (da ritualização), capaz de fazer acontecer o direito materialmente nos ditames exigidos pela Constituição. Assim é possível construir um processo que reconheça a força do direito material na imposição de seu conteúdo, e que ocupa o seu lugar na satisfação do direito a partir da construção de sentido do direito, de um novo direito característico da sociedade neo-tecnológica.¹²⁴

Processo se faz no mundo, no tempo, buscando sentidos através da compreensão hermenêutica – circular hermenêutica – dos fatos trazidos ao mundo processual que, embora seja dimensão diversa, por óbvio se perfaz em determinado momento histórico e temporalizado.¹²⁵ Nesses novos tempos, deve então a relação jurídica-processual passar a ser, para além dela mesma, uma relação hermenêutico-processual; de desvelamento do significado constitucional dos fatos, do ser constitucional do próprio processo.

Esse modo de se compreender/fazer processo permite seu encontro com a Constituição no momento da satisfação do direito material, o que será desvelado no seio da decisão, enquanto resposta constitucional e materialmente adequada. A resposta deverá exsurgir de um ambiente processual constitucionalizado e democrático diante de uma conduta íntegra e coerente com o direito institucionalizado, capaz de garantir e concretizar o direito material posto em conflito.

É nesse ambiente que se mostra possível instituir um novo processo, aqui

122 SALDANHA, Jânia Maria Lopes Saldanha. A jurisdição partida ao meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS – N. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 79.

123 ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica*: a metáfora do juiz instrutor e a busca por respostas corretas em direito. Faticidade e Oralidade. Curitiba: Juruá, 2010. Passim.

124 HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação Entre Direito Material e Processo Uma Compreensão Hermenêutica*: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 164.

125 ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Paradoxal Face “Hipermóderna” do Processo Constitucional. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 15, N. 1, jan-abr 2010, pp. 5-26.

tratado como um igualmente “novo” *locus* processual de satisfação do direito material. Está-se a trabalhar com a construção liminar (já que realizado em sede de cognição sumária) de um provimento jurisdicional democrático, compartilhado, autônomo, anti-arbitrário e anti-positivista. Um ambiente processual que tem como principal objetivo a valorização da Constituição, rompendo definitivamente com o processo de conhecimento de índole ordinário. Avista-se esse novo *locus* a partir da ressignificação dos interditos¹²⁶ – do Direito Romano Clássico – como temporalidades processuais diferenciadas/diferidas.

Esse novo ambiente processual instituído hermeneuticamente em meio ao paradigma do Estado Democrático de Direito foi denominado por Cristiano Becker Isaia de “sentença liminar de mérito”, que a percebe como o atendimento – garantindo ou concretizando – aos direitos humanos-fundamentais-sociais. Com ele abre-se espaço a um processo jurisdicional pluralista, tanto quanto aos envolvidos (as partes) quanto ao procedimento, que não estará mais limitado ao processo de conhecimento ordinarizado, pautado em cognição exauriente.¹²⁷

Um novo espaço-tempo processual que tem como pressuposto o ressignificar da verossimilhança em processo civil, pensando a decisão jurídica para além da chegada em “verdades absolutas”, sejam elas de índole formal ou material. Parte-se

126 Leciona Ovídio Baptista que enquanto o juiz privado (*iudex*) do procedimento formulário e depois os magistrados do processo extraordinário limitavam-se a produzir sentenças declaratórias, o *praetor* romano, através dos interditos, exercia atividade imperativa, seja promovendo atos executórios, seja ordenando a prática ou abstenção de certos atos ou de determinados comportamentos. In: SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 9. A estrutura de processamento dos interditos se constitui numa das bases que sustentam a tese da sentença liminar de mérito. Obviamente, essa prática carece de uma releitura democrático-constitucional. A concessão de ordens ao cumprimento ou abstenção de determinadas prestações ou atos remonta ao período clássico do direito romano, o qual, notadamente na fase *in iure* do fracionado procedimento formulário, tornava possível a emissão de um mandado que sobrelevava o interesse (o fato em si) do litigante que se dispunha a se socorrer da jurisdição. Era notável a efetividade do interdito, que a partir do poder de império do pretor protegia pessoas e coisas a partir de cognição unicamente sumária, sem, contudo, desconsiderar o mérito da causa, exame sempre necessário. Disso se extraem as principais características dos interditos: rapidez e sumariedade, sobrelevando-se o caráter fático (de fundo, de mérito) da contenda. Todavia, a romanística não recebeu a prática dos interditos como ensejadora de clássica atividade jurisdicional, o fazendo somente em relação à fase *apud iudicium* do procedimento formulário romano. Isso porque – e a explicação é de Biscardi – a concessão dos interditos se fundava na prática de um “atto amministrativo perchè trascende gli scopi della funzione giurisdizionale romana”. O mesmo raciocínio pode ser utilizado para demonstrar porque a doutrina processualística moderna não aceita as sentenças mandamentais e executivas, o que há muito tempo já vem alertando Ovídio Baptista.

127 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, pp. 236-239.

de uma “verdade do momento” hermenêutica e consubstanciada no caso concreto apresentado em juízo, o que possibilita ao intérprete dar uma primeira significação decisória a partir do que já está posto no caso em tela. A “verdade verossímil” vem mediada pela linguagem e pelo modo-de-ser-no-mundo do intérprete que opera com o caso concreto desde-já-sempre jogado no mundo, mundo que o circunda e pré-compreende algo anterior aqui, autenticamente, pois, com base no direito, no caso concreto, na Constituição, em uma tradição decisória, etc.¹²⁸

Pressuposto outro, nesse diapasão, é que a sentença liminar de mérito seja tratada como um *locus* participativo, orientado por uma oralidade democraticamente controlada e pela construção hermenêutica da decisão com fulcro na mediação feita pela linguagem. Não cabe ao juiz protagonista o desenlace do caso concreto, mas, sim, cabe ao juiz e às partes – e à sociedade quando for o caso – dialogalmente construir tal ambiente democraticamente, isso a partir de um contraditório efetivamente constitucional e dinamicizado pelo diálogo. Um novo *locus* de produção processual sem relação de dependência a outro procedimento. Autônomo em relação ao processo de conhecimento. Enfim, um *locus* processual democrático-sumarizado.¹²⁹

O modelo de processo democrático-constitucional aqui referido é um ambiente de contradição dialógica entre as partes. Configura-se em um espaço-tempo hermenêutico-discursivo de simetria participativa em que não há protagonista – o juiz – nem imobilidade do juiz perante as partes. Os atores do processo dialogam em posição de igualdade dentro do cenário processual, formando um contexto decisório hermenêutico e participativo, atravessado pela linguagem.¹³⁰

128 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*. *Op. Cit.*, pp. 245-255.

129 *Idem, ibidem*, p. 286-293. Cabe fazer referência, que a sumarização não implica um esvaziamento do princípio do contraditório e da ampla defesa, mas sim, o seu redimensionamento democrático e, sobretudo, substancialmente constitucionalizado. Opera-se nesse ambiente, para além do contraditório prévio, com outros tipos de contraditório como o diferido e o eventual, possibilitando uma efetiva participação em contraditório no processo de desvelamento do direito no caso concreto (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, p. 294-301). Como salienta Francisco José Borges Motta, agir democraticamente em processo – jurisdição – significa permitir aos contraditores tomar parte da construção do provimento, não necessariamente um ajudando mutuamente o outro – opinião nossa –, mas sim, ambos buscando dialogicamente a produção de uma resposta adequada ao caso – ao seu caso – e, ao deslinde da controvérsia. “Essa “participação” de que falamos transcende a tradicional “bilateralidade da audiência” para se concretizar na efetiva garantia de influência da argumentação das partes na formação do conteúdo das decisões judiciais...”. In: MOTTA, Francisco José Borges. *Levando O Direito A Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 177.

130 NUNES, Dierle José Coelho. *Processualismo Jurisdicional Democrático: uma análise*

Esse modelo processual decisório sumário traz em si próprio a legitimidade, consubstanciada na comparticipação democrática das partes em processo e da sociedade como um todo, principalmente em matérias de repercussão e interesse da comunidade. Assim, não se coloca a legitimidade da decisão distante do caso concreto, em detrimento de estar próxima das abstrações mortas da modernidade – segurança jurídica, pacificação social, certeza, etc – presentes até hoje no ideal de coisa julgada, de sentença final de mérito, etc.

Igualmente, não se trabalha nesse novo *locus* processual com uma legitimidade artificial, mas sim com uma legitimidade mundano-existencial, construída hermeneuticamente a partir do caso concreto e do diálogo entre as partes num ambiente processual atravessado pela linguagem, de modo a melhor atender aos direitos sociais, para além dos individuais. Daí ser possível falar num processo/jurisdição que caminhe ao encontro do direito constitucionalmente considerado e da realização do direito material a partir do caso concreto, propiciando a construção de ambientes processuais diferenciados, de acordo com as necessidades de cada direito, atendendo a materialidade jurídica e dando ao processo caráter de caminho apto à realização do direito material.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade relegou-nos um sistema jurídico fechado em si próprio, em-si-mesmo para com as coisas do mundo. Em que somente era direito o que estava dado *a priori* pela codificação, pelo Estado, pelo soberano, não havendo espaço para os acontecimentos ocorridos fora do plano jurídico.

Também nos deixou como herança uma racionalidade burocrática no concernente ao manejo do direito. Tal racionalidade jurídica é o que serve de sustentáculo para um modelo processual forjado a partir das revoluções burguesas, o qual tinha por objetivo primeiro: sustentar um ambiente de mobilidade social e, conseqüentemente, a ascensão da burguesia ao poder.

Este sistema processual oferece ao povo um modelo de tutela jurisdicional que somente tem a função e a capacidade de garantir o funcionamento da máquina estatal liberal num regime de não intervenção da esfera privada. Para a jurisdição liberal bastava garantir aos particulares um espaço para livre contratar, bem como garantir o contrato e proteger os sujeitos individuais contra possíveis excessos do Estado.

Construiu-se esta jurisdição processual a partir de um procedimento único e universalizado, denominado de procedimento ordinário, o qual se presumiu suficiente a atender a uma conflituosidade de cunho individual, ressarcitório e reparatório. Porém, tal situação modificou-se com a passagem ao Estado Social de Direito, fazendo exsurgir um processo também social(izado), que passou a ser responsável

crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 196.

pela instituição da questão social no âmbito político e jurídico. O modelo estatal social fez com que a máquina estatal rumasse para além da não intervenção, passando a conduzir o modo de agir jurídico para uma compreensão social do Direito. Fez com que se forjasse uma esfera de proteção ampliada, onde não bastava o simples proteger, mas sim o agir em busca do social.

Tal modificação acentuou-se ao adentrar no paradigma do Estado Democrático de Direito, que como dito anteriormente gerou como um *plus* normativo aos modelos anteriores, trazendo consigo um caráter modificador do *status quo*. Trouxe em sua conteudística os direitos humano-fundamentais, agora positivados e garantidos constitucionalmente.

Este corte paradigmático aliado à complexização científica e tecnológica vivida pela sociedade contemporânea gerou o surgimento de uma nova conflituosidade mais complexa, atinente a novos direitos não positivados anteriormente. Também provocou um aumento da litigiosidade, porquanto aos sujeitos sociais, agora, são alcançados direitos que devem ser garantidos e concretizados.

Daí a necessidade de um novo modelo processual, inspirado no paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Neste trabalho, um processo democrático-constitucionalizado atinente a participação democrática do cidadão, tanto enquanto parte como enquanto sociedade civil organizada. Um modelo processual invadido pela linguagem; um processo hermenêutico-factual, emergido do caso concreto, do sentido de/da Constituição, do Direito – aqui levado a sério – da tradição decisória consolidada, etc. Um ambiente processual democrático-sumarizado, participativo, alicerçado sobre um contraditório substancialmente constitucionalizado), autônomo em relação ao processo de conhecimento.

Esse novo *locus*, denominado de sentença liminar de mérito, como o próprio nome faz referência, na tentativa de reler, no século XXI, o procedimento romano das *interdictas*, pressupõe que a decisão de aparência tomada nesse *locus* sumário seja uma decisão sobre o mérito da causa, o que tem a muito a ver com a re-valorização da jurisdição de primeiro grau. Isso porque esta é quem exerceu a imediatidade com os elementos da causa, condição de possibilidade para o trato dos direitos sociais. Interessa, portanto, submeter esses direitos a um sistema de fracionamento de demandas a fim de que o direito material levado à jurisdição-processual seja eficazmente satisfeito. A questão central é que a primeira parte da demanda ocorra de forma oral, sumarizada e democrática. Na segunda, tem o prejudicado, querendo, a possibilidade de buscar seus interesses pela via da ordinary e da plenariedade, desde que superada a coisa julgada.

No seio da *sentença liminar de mérito* o contraditório é trabalhado de forma diferenciada, já que tanto a defesa quanto o debate em relação aos pontos centrais da causa, bem como o julgamento da demanda, devem dar-se na audiência liminar, que é única nesse local de proteção constitucional. Nela, portanto, se concentram o exercício do contraditório entre as partes, o debate sobre as teses da ação e da de-

fesa, o debate sobre a prova *prima facie*, a participação de integrantes da sociedade interessada, ultrapassando a visão liberal que vê o processo como instrumento entre juiz, autor e réu. Isso é capaz de gerar a construção de uma decisão sob os pilares da aparência, uma decisão participada (democratizada), com a efetiva contribuição de todos os envolvidos, desafiando uma sistemática recursal vinculada.¹³¹

Para finalizar, o referido ambiente guarda características de um provimento sobre o mérito da causa, especialmente por se mostrar compatível com a caracterização executiva ou mandamental, que não é tratada como uma consequência do ato jurisdicional, mas um elemento integrante do próprio ato. É parte de seu conteúdo, já que a decisão proferida no procedimento fracionado, cuja primeira fase é a da *sentença liminar de mérito*, tende a gerar efeitos práticos (o juiz não apenas *diz*, mas *faz*) no mundo dos fatos, o que guarda relação com a necessidade constitucional a um processo civil efetivo na satisfação dos direitos sociais-fundamentais. Uma decisão construída democraticamente em que se aproximem procedimento e substância, e em que as possibilidades de decisionismos (positivista) deverão ceder à percepção integrativa do direito (Dworkin), exigindo uma *applicatio* desvinculada a argumentos de política, mas a argumentos de princípios (constitucionais, evidentemente) e decisões judiciais pré-existentes, blindando a possibilidade da emissão de um provimento em conformidade à consciência do julgador.

REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Detzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CAMPBELL, Tom. *El Sentido Del Positivismo Jurídico*. Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/23584061091481851665679/doxa25_10.pdf. Acessado em: 3.03.2009.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legislaores?*. Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade Em Rede – A Era da Informação: economia, sociedade e cultura*. Tradução: Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CLAM, Jean. *Questões Fundamentais de Uma Teoria da Sociedade: contingência, paradoxo, só-efetuação*. Tradução: Nélcio Schneider. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

131 Consultar, para tanto: 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, pp. 250-255.

DUFOUR, Dany-Robert. *A Arte de Reduzir As Cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal*. Tradução: Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. A Refundação da Ciência Processual e a Defesa das Garantias Constitucionais: neoconstitucionalismo e o direito processual como um tempo e um lugar possíveis para a concretização dos direitos fundamentais. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS – N.7*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; CUNHA, Guilherme Cardoso Antunes da. O Processo, os Direitos Fundamentais e a Transição do Estado Liberal Clássico Para o Estado Contemporâneo. *Revista Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 3, N. 1, jan-jun 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. São Paulo: RCS, 2007.

HIDALGO, Daniela Boito Maurmann. *Relação Entre Direito Material e Processo Uma Compreensão Hermenêutica: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos Para Uma Compreensão Hermenêutica do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 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.

ISAIA, Cristiano Becker. *Processo Civil, Atuação Judicial e Hermenêutica Filosófica: a metáfora do juiz instrutor e a busca por respostas corretas em direito. Faticidade e Oralidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

ISAIA, Cristiano Becker; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A Paradoxal Face “Hipermoderna” do Processo Constitucional. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Vol. 15, N. 1, jan-abr 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LEMOS, André; LEVY, Pierre. *O Futuro da Internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulus, 2010.

LEVY, Pierre. *As Tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática*. Tradução: Carlos Irineu da Costa. Rio de Janeiro: 34, 1998.

LEVY, Pierre. O Ciberespaço Como Um Passo Metaevolutivo. *Revista FAMECOS*, N. 13, dez/2010.

LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sebastien. *Os Tempos Hipermodernos*. Tradução: Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LYOTARD, Jean-François. *A Condição Pós-Moderna*. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

LUCAS, Douglas César. A Crise Funcional do Estado e o Cenário da Jurisdição Desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *O Estado e Suas Crises*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005.

MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e Ações: sobre a renovada polemica em torno da ação de direito material. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org). *Polêmica Sobre A Ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MATTELART, Armand. A Era da Informação: gênese de uma denominação descontrolada. Tradução: Francisco Rüdiger. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (Org). *A Genealogia do Virtual: comunicação, cultura e tecnologias do imaginário*. Porto Alegre: Sulina, 2008.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Jurisdição Constitucional e Participação Cidadã: por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de e MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org). *Constituição e Processo: A colaboração do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Revisitando O Estado da Crise Conceitual À Crise Institucional (Constitucional)*. Disponível em: http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_08.pdf. Acesso em: 11 nov. 2011.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando O Direito A Sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processualismo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

RAMIRES, Maurício. *Crítica À Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

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, 2011.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes Saldanha. A Jurisdição Partida Ao Meio: a (in)visível tensão entre eficiência e efetividade. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS – N. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. A Crise da Jurisdição e a Necessidade de Superação da Cultura Jurídica Atual: uma análise necessária. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SPENGLER, Fabiana Marion (Org). *Os(Des)Caminhos da Jurisdição*. Florianópolis: Conceito, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *O Que É Isto – decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VAZ, Paulo. Tempo e Tecnologia. In: DOCTORS, Marcio (Org). *Tempo dos Tempos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.