FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NA CONSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA SOB A PERSPECTIVA DA TEORIA DA OBJETIVIDADE DE KARL POPPER

FOUNDATION OF THE DECISIONS BASED ON THE CONSTITUCIONAL IDEA OF DEMOCRACY CONSIDERING THE THEORY OF KARL POPPER

André Cordeiro Leal e

Vitor Germano Piscitelli Alvarenga Lanna

RESUMO: O texto busca apresentar os argumentos pelos quais a dogmática processual tradicional vem afirmando a necessidade da adoção de cláusulas gerais para a condução da atividade que leva à decisão judicial, inclusive o de que haveria um clamor social por uma maior efetividade do processo. Tais argumentos afirmam que seria imperioso pensar o processo como mero instrumento de um direito material, cujas origens e conceito, no entanto, permanecem irrevelados. Segundo tal perspectiva, para que o processo atinja a finalidade de servir ao direito material, resolvendo conflitos de interesses de maneira rápida e eficaz, deve ser concedido ao Estado-Juiz o papel de captar valores pressupostamente vigentes na comunidade ética – o que acaba, no entanto, impedindo qualquer controle do provimento, porque reduz a atividade de fundamentação a uma motivação subjetivista. O texto busca demonstrar como é possível, a partir da teoria da objetividade de Karl Popper e da teoria neoinstitucionalista do processo, compreender a atividade decisória e sua fundamentação, de forma a que o critério de demarcação popperiano possa servir de referente de legitimidade decisória no Estado Democrático de Direito, afastando-se, assim, a utilização de cláusulas gerais abertas.

PALAVRAS-CHAVES: Efetividade; Processo; Cláusulas gerais; Constitucionalidade democrática crítico-discursiva.

ABSTRACT: The text intents to present arguments for which the traditional process claims about the necessity of general clauses to conduct the judicial decision, including the idea that there is a wish from society for a greater process effectiveness. However, this point treats the process as a tool meant to fulfill the law only, missing the origin and the concept of the process. The process must serve to its original intent, which is

to impose the rule of the law; but to do so according to the idea of speedy trial, the right to apply valor that are in affect in the society is given to the Judge. This power granted, however, leaves impossible the effectiveness to be controlled by reducing the trace of the objectivity. The paper intents to show how is possible, from the works of Karl Popper and the 'neoinstitucionalista' theory of the process, understand the process behind the decision and its foundations. By doing so, through the criteria describe by Popper, allows us to, without the open clause, perceive the lawfulness of such decision considering the Rule of Law.

KEY WORDS: Effectiveness; Process; Open Clause; Democratic Constitutionality

1 ABERTURA TEMÁTICA

A dogmática processual majoritária brasileira, intitulando-se mais moderna e alinhada a leituras supostamente mais avançadas do direito processual debruça-se sobre a busca de uma solução que possa acelerar o *iter* do procedimento[1] até o seu deslinde final, mas com um afirmado desafio de compatibilizar este ideal com as garantias constitucionais do devido processo legal, conforme previsto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2011).

O pressuposto desse enfoque é, não raro, o de que as abordagens tradicionais do processo não mais se encontrariam adequados à realidade social contemporânea, posto que supõem uma profunda cisão entre as normas de direito substancial e as de direito formal, estabelecendo, assim, uma espécie de desvio de finalidades, já que desconecta o instrumento de seu real escopo.

Desta forma, constata-se que o direito processual retoma uma tentativa de indistinção entre direito material e processual que vigorou antes da sistematização deste último[2], porque o processo teria de voltar sua atenção para o direito material debatido entre as partes e de se afastar de uma concepção puramente formalista, na medida em que se entende que *"de nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem"* (BEDAQUE, 2006, p.26).

---

[1] Adota-se neste estudo o conceito desenvolvido por Fazzalari de que o "procedimento se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um 'ato final'". (2006, p. 96)

[2] Consoante se colhe das anotações de Ricardo Adriano Massara Brasileiro (2009), em que o autor, ao discorrer sobre a pandectística alemã dos séculos XVIII e XIX, demonstra como dela decorreu o esforço de sistematização e construção de uma ciência do processo.

Pode-se afirmar que a autonomia do direito processual passa a ser questionada em sua essência, na medida em que a sua orientação deve apenas fazer atuar o direito material que se debate entre as partes envolvidas na relação jurídica substancial – sem o direito processual seria inútil.

O giro que culmina com a dissolução do direito processual no direito material encontra-se pautado no movimento ampliação do papel da Constituição nos tecidos normativos a partir da segunda metade do século XX, na medida em que o texto constitucional *"atingiu o ápice do ordenamento jurídico, abarcando, comandando e coordenando todo o direito"* (ANDRADE, 2010, p. 3)

No entanto, tais premissas acabam por levar a uma compreensão (questionável do ponto de vista da normatividade da constituição) de efetividade processual que sustenta que a influência da constitucionalidade no campo da técnica[3] procedimental dá-se pela inserção das chamadas cláusulas gerais também nesse segmento do direito, de molde a tornar a legalidade permeável a aspectos axiológicos e hermenêuticos contemporâneos – o que conferiria maior dinamicidade e eficácia social ao direito e, consequentemente, ao processo.

Em outros termos, ao que tudo indica, esse enfoque, embora considere a Constituição e sua importância no estudo do direito processual, comete o equívoco de interpretar a constituição como ordem concreta de valores também no plano procedimental, de forma a que os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da isonomia sejam postos a serviço das preferências contingentes de uma sociedade pressuposta.

Entretanto, o estudo crítico desta técnica de abertura axiológico-valorativa acaba revelando vários problemas de ordem estrutural, exigindo um aprofundamento da reflexão acerca da ideia de ativismo judicial e sua atual compreensão no direito brasileiro, na medida em que a aplicabilidade de cláusulas gerais processuais acabam permitindo que sejam adotados, na prática decisória, escopos metajurídicos, os quais refletem, no entanto, não uma postura axiológica, mas um viés axiologizante (solipsista) da atividade judicial – o que coloca em xeque os fundamentos autocríticos da normatividade discursivo-democrática, como adiante se demonstra.

A reflexão aqui proposta busca verificar como é possível a adoção do critério de demarcação proposto por Karl Popper (1993) para distinguir o científico do metafísico, ou o objetivo do subjetivo, qual seja o da falseabilidade. Com base nessa perspectiva, reconstroem-

---

[3] Neste trabalho empregaremos o conceito de técnica empregado por Rosemiro Pereira Leal, no qual, ela é entendida como "procedimentos conjugados e bem orientados para produzir resultados úteis" (2001, p.54).

se os pressupostos da atividade de julgar e de fundamentar uma decisão, já que, pelo critério popperiano, o ato decisório tem de poder ser submetido à crítica, devendo ser refutável por argumentos jurídicos, jamais ancorados em subjetivismos autoritários.

Demonstra-se, com isso, que a adoção de cláusulas gerais no direito processual não pode implicar permissão ao juiz para decidir sobre a crise material posta em juízo, com supedâneo em afirmações autoritárias e incompatíveis com o paradigma jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito, propondo, para tanto, que a compreensão desenvolvida por Karl Popper e já assimilado pela teoria neoinstitucionalista do processo elaborada por Rosemiro Pereira Leal (2009), sirva de critério para se determinar o cumprimento efetivo da exigência constitucional da necessidade de fundamentação (crítico-racional) da decisão jurídica.

2 CLÁSULAS GERAIS E DIREITO PROCESSUAL: A INVASÃO DE ESCOPOS METAJURÍDICOS E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

A postura negativa do Estado tão cara aos liberais acabou por instalar um distanciamento abismal entre classes sociais, em que a elite burguesa se afastou ainda mais dos proletariados, fazendo emergir graves problemas estruturais na sociedade, em razão de uma intensa e desmedida urbanização e industrialização.

O novo cenário apresentado se caracteriza pela massificação das relações privadas em razão do grande contingente social que forma os grandes centros urbanos, imputando à sociedade do início do século XX uma complexidade nunca antes percebida na história.

Por esta razão, teria sido necessária a *"elaboração de uma legislação emergencial, capaz de atender às demandas dos 'desiguais' que se avolumavam na sociedade"* (ROSENVALD, 2005, p. 158), em que se "convoca" o Estado a abandonar sua posição de abstenção e participar ativamente da dinâmica da vida individual, desconstruindo, por completo, a concepção liberal de proteção máxima ao espaço do cidadão.

Sob este paradigma, qual seja, o do Estado Social, percebe-se que a construção democrática se orienta pelas virtudes dos cidadãos direcionadas ao indecifrável bem comum, entendido o Estado, como ensina André Cordeiro Leal, como fruto de uma "providência de seu povo" (LEAL, 2008, p. 21).

Esta concepção busca posicionar o Estado como condutor da busca da realização do bem-estar público e da justiça social, os quais se remetem à autocompreensão ética do povo,

culminando, destarte, com o deslocamento da legitimidade (aceitabilidade) do direito para referenciais externos ao direito escrito.

Habermas sustenta que a justificativa existencial do Estado, nesta trilha, reside em uma necessidade da garantia da realização e efetivação de um processo de inclusão da formação opinativa e volitiva, *"em que cidadãos livres e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e normas que correspondam ao interesse comum"* (2004, p. 281).

Com apoio nesta contribuição habermasiana, pode-se inferir que o papel do Estado Social se direciona para a promoção de perspectivas éticas compartilhadas por comunidades historicamente situadas. Entretanto, é de se ver que, nessa visão, a atividade legislativa não seria rápida o suficiente para absorver as mutações ético-morais dessa comunidade, porque, nesse caso, supõe-se um déficit incontornável de legitimidade da atividade legislativa derivado de sua incapacidade em ofertar ao cidadão um ordenamento jurídico justo, principalmente em razão do fato de que tal atividade estaria adstrita à regulação de matérias jurídicas afetas ao interesse de grupos particulares.

A solução eficaz para o problema da lentidão legislativa e para a insensibilidade do legislador quanto à autocompreensão ética (interesses e valores comuns sobre as concepções de vida boa) da comunidade estaria na reconstrução do papel do judiciário. Nesse quadro, abrir-se-ia o caminho para *"um autoentendimento do Judiciário segundo o qual ele deve produzir a síntese social, para além da querela partidária, e a unidade do direito, independentemente das leis conectadas a interesses"* (MAUS, 2010, p. 31).

Com isso, torna-se inevitável uma aproximação, como solução imediata, entre a atividade jurisdicional estatal e os critérios éticos de julgamento, depositando-se, para tanto, na figura do magistrado, a confiança de que do seu entendimento será suficientemente sensível para chegar à melhor e mais justa solução para o caso concreto levado até ele. Essa é a saída proposta para a crise do direito legal: é necessário afastar-se de uma perspectiva jurídico-positivista liberal em prol de um certo decisionismo judicial que poderá resgatar a capacidade do direito de manter a coesão social.

Para Ingeborg Maus, é possível sustentar que o judiciário, na lógica descrita, passa a buscar o fundamento de suas decisões em dito direito suprapositivo ou ético, que permite um perigoso afastamento das vinculações jurídico-constitucionais (2010, p. 25).

É exatamente dessa missão corretiva juriscional-estatal que nasce e a ideia de processo como mero instrumento de atuação do direito material, na medida em que se buscam soluções eticamente consistentes para os problemas levados ao judiciário. Crê-se na

capacidade especial e subjetivíssima do julgador na descoberta e escolha dos valores da comunidade ética que possam corrigir o direito escrito e resgatar a normatividade da ordem jurídica estatal.

Nesta senda, Bedaque afirma que o processo é um mecanismo *"dirigido por um agente estatal – o juiz – investido do poder de impor coercitivamente a observância daquelas normas não cumpridas espontaneamente"* (2006, p. 35).

É por isso que, nessa perspectiva, não se pode pensar em afastar o poder judicial, porque o juiz precisa dispor de mecanismos de condução da própria procedimentalidade que permitam a remoção de barreiras à realização da justiça no caso concreto, inclusive ignorando exigências legais de caráter formal, se isso for necessário para que essa justiça seja alcançada, conforme já destacado por Cândido Rangel Dinamarco (2009). Exatamente por isso é que o referido autor sugere que a técnica processual deve estar à disposição dos objetivos sociais e políticos da nação. Ressalta, ainda, apoiando-se na concepção carneluttiana do processo, que o Estado deve buscar a justa composição da lide, devendo ser entendidos os conflitos de interesses como um fenômeno sociológico e não jurídico.

Assim afirma-se que *"a jurisdição tem inegáveis implicações com a vida social, tanto que é que o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros da sociedade, que a legitima no contexto das instituições políticas da nação"* (DINAMARCO, 2009, P. 181).

Essa postura abre uma fissura no ordenamento de forma a que nele penetrem valores permanente atualizados, os quais dariam suporte à existência de uma comunidade histórica.

Aqueles que adotam essa instrumentalidade processual, e por consequência, os que se ocupam em sustentar o resgate de uma efetividade do processo reduzida à sua capacidade (truculência realizante) de fazer valer um direito material (em que "material" equivale a conteúdo ético) reforçam, assim, a compreensão de que, como o extrajurídico deve exercer influencia determinante sobre a técnica procedimental, o processo, como instrumento da jurisdição estatal, também não pode deixar de ser ético, sem que, no entanto, nada expliquem sobre as origens da eticidade e sobre quais seriam os critérios de escolha do agir eticamente aceitável a ser introduzido no direito.

> [...] É preciso implantar um novo "método de pensamento", rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo. É indispensável colher do mundo político e do social a essência dos valores ali vigorantes, seja para interpretação das leis que temos postas, seja para com suficiente sensibilidade e espírito

> crítico chegar a novas soluções a propor [...] (DINAMARCO, 2009, p. 320/321)

Exatamente por esta razão é que Bedaque afirma a necessidade de que reconheçamos *"no julgador a capacidade para, com sensibilidade e bom senso, adequar o mecanismo às especificidades da situação, que não é sempre a mesma"* (2006, p. 45). Talvez seja de perspectivas como essa que advenha a afirmação de que é indispensável a adoção, pelos magistrados, de uma postura mais ativa e que permita maior flexibilidade na adaptação das normas processuais ao embate de direito material que se leva à sua decisão – daí a origem da interpretação das normas de direito processual também como meras cláusulas gerais.

2.1 CLÁUSULAS GERAIS COMO ABERTURA ÉTICA DO DIREITO PROCESSUAL E A EFETIVIDADE DO PROCESSO

Dentro da compreensão jurídica alinhada com a denominada efetividade do processo, identificou-se a existência da oposição entre um sistema jurídico fechado e outro aberto, apontando o fato de que o primeiro se sustenta em uma leitura direcionada pelo ideal de codificação, enquanto o segundo se pauta na jurisprudência. (ROSENVALD, 2005, p. 156).

A abertura à qual faz referência Canaris liga-se à incompletude do sistema, situação na qual ampliam-se as possibilidades de evolução do tecido normativo, de forma a que ele mantenha-se alinhado às supostas alterações que acontecem no seio da sociedade. Tal abertura, seguindo esta linha de compreensão, grosso modo, estreita a distância entre o texto legal e a dinâmica social.

Os autores que adotam esse raciocínio concluem pela necessidade de que o ordenamento jurídico se abra aos valores encontrados na sociedade, fazendo-o mediante a técnica das cláusulas gerais, cujo conceito adotado é aquele enunciado por Gustavo Tepedino:

> Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para aplicação das demais disposições normativas (2002, p. XIX)

Com escora neste conceito, pode-se entender que o direito deve buscar no campo da ética, da filosofia, ou seja, em elementos externos, as bases que permitam reconstruir a argumentação jurídica, não se isolando do campo social.

Tais espécies normativas não visam descrever ou determinar de maneira minuciosa ou específica as condutas em si, mas preocupam-se em trazer objetivos, princípios e finalidades para que se permita atribuir efeito útil ao tecido normativo.

Assim, é possível afirmar que a abertura do texto legal aos valores externos implica mesmo um maior espaço para que o magistrado decida a lide posta em juízo, de vez que ele não mais está adstrito à legalidade.

A atual concepção de um "justo processo" sustenta exatamente que deve haver ampliação dos poderes do juiz para que se possa aumentar a aptidão do processo em servir de instrumento para que o direito se abra à ética vigente na sociedade.

O que se entende por ampliação dos poderes do juiz é a concessão de autorização para proceder à adaptação das normas do processo à suposta e imperscrutável "realidade fática" (chamada de relação substancial) entre as partes – o que, segundo Comoglio[4], permite ao julgador encontrar, no campo prático, o meio mais idôneo a atingir o fim desejado, visando ao melhor resultado possível.

Entretanto, a adoção da compreensão pela qual se confere ao julgador (Estado-Juiz) o lugar de guardião dos valores sociais pode desaguar, conforme nos ensina Ingeborg Maus, em uma situação de supervalorização do Judiciário, na qual se identificam "fortes elementos do domínio patriarcal e da decisão autônoma situacional ao relativizar matérias de leis individuais envolvendo convenções morais e 'valores'". (2010, p. 37).

Neste ponto, deve-se ficar atento à maneira como está sendo realizada, na prática judiciária, esta abertura normativa, a qual, no fim das contas apenas aponta para um deslocamento de arbitrariedade: abandona-se a perspectiva liberal da autonomia do legislador e adota-se o enfoque da arbitrariedade do julgador-juiz. Claro que uma ciência processual alinhada à constitucionalidade democrático-discursiva não pode aceitar subjetivismos autoritários salvacionistas, inclusive porque a modernidade constrói-se exatamente pelo afastamento da tradição e da autoridade.

Note-se que nem todos os defensores de um justo processo deslembram-se da importância dos princípios constitucionais do processo. No entanto, no fim das contas, a aplicabilidade de tais princípios acaba sendo verificada pelo próprio juiz.

---

[4] Comoglio, *Il principio di economia processuale nell'esperienza di ordinamenti stranieri*, *Rivista di Diritto Processuale* 4-XXXVII/665

Érico Andrade, por exemplo, aduz que o respeito aos princípios constitucionais processuais teriam o condão de afastar o risco descrito:

> Nesse contexto, o aumento do poder de atuação judicial no processo, aí incluído o do poder instrutório, não implica, por si só, atentado ao regime democrático, ou eventual concessão a inspiração autoritária no âmbito do processo, exatamente porque o exercício de tais poderes será sempre parametrizado e balizado pelos princípios processuais, ou seja, pela síntese do princípio do justo processo como todo. (2010, p. 128)

Não obstante, no fim das contas, o que muitas vezes se vê é que ao próprio julgador incumbe determinar os limites da aplicação dos limites a que esse julgador deveria estar submetido – um paradoxo incontornável, conforme, aliás, discorre André Cordeiro Leal, quando se refere ao paradoxo que a ciência processual bülowiana ao tentar criar limites à atuação judicial (2008).

3 A FALSEABILIDADE POPPERIANA COMO PARÂMETRO PARA A FUNDAMENTAÇÃO RACIONAL DA DECISÃO JUDICIAL

Vê-se que a aproximação entre a perspectiva das cláusulas gerais e os escopos metajurídicos do processo (abertura àquelas cláusulas) na busca pela efetividade permite que decisões judiciais partam de argumentos ético-morais imunes à crítica - irracionais no sentido popperiano, já que as afirmações judiciais sobre o que é correto ou justo remetem-se a valores apenas supostamente vigentes (pela autoridade) na sociedade.

É de se lembrar que Ingeborg Maus adverte que, ao contrário do que se costuma entender, o judiciário nazista não se orientava por uma suposta neutralidade em relação às atrocidades que eram praticadas pelo regime, ou seja, ficava adstrito à legalidade. Segundo Maus, *"os juízes alemães buscavam defender os valores do povo e não, por exemplo, se servir 'de forma escrava das muletas da lei"* (MAUS, 2010b, p. 50/51). Completa Maus:

> [...] A mesma instrumentária metodológica, com cujo auxílio o judiciário ampliara, antes de 1933, suas margens de ação contra o legislador, foi-lhe imposta após 1933 e empregada com meio de destruição de sua independência. Se, anteriormente a 1933, o judiciário usara de forma cada vez mais generosa as cláusulas gerais existentes no direito para, por meio delas, fazer prevalecer suas próprias concepções de valor, preponderantemente conservadoras,

> contra leis da República de Weimar, agora ela é instruída a aplicar essas e recém-criadas cláusulas gerais para fazer destes pontos de acesso de um sistema de valores política (sic) e previamente decidido. A via, na qual o judiciário no sistema nazista degenera-se como um auxiliar de realização de aparatos políticos, evidencia, ao mesmo tempo, que existe um nexo de interno entre vinculação legal e independência da justiça. O qual o próprio judiciário desarticulara. (2010, p. 51)

Dispiciendo remontar todas as atrocidades que foram perpetradas pelo domínio nazista na Alemanha. Entretanto, essa proposta de leitura do papel do judiciário nazista tem que ser levada em conta, ainda que como mera hipótese histórica, porque pode indicar que a adoção indiscriminada das cláusulas gerais pode, evidentemente, pretender legitimar uma arbitrariedade judicial que não mesmo poderá oferecer respostas consistentes ao problema da decidibilidade jurídica, que deve passar por reflexões mais profundas e, portanto, por uma teoria processual da decisão jurídica, conforme anota Rosemiro Pereira Leal, em obra específica (2002).

4 A TEORIA NEOINSTITUCIONALISTA DO PROCESSO E A OBJETIVIDADE POPPERIANA

Karl Raimund Popper fornece (1993), em seu estudo acerca da pesquisa científica, critérios de objetividade que podem ser aproveitados para pensar como fundamentar racionalmente uma decisão. Popper afirma que o critério de demarcação, que permite identificar como científica determinada teoria é o da falseabilidade, método pelo qual se busca refutá-la por meio da crítica racional. (1993, p. 42), senão vejamos:

> [...] Essas considerações sugerem que deve ser tomado como critério de demarcação não a verificabilidade, mas a falseabilidade de um sistema. Em outras palavras, não exigirei que um sistema científico seja suscetível de ser dado como válido, de uma vez por todas, em sentido positivo; exigirei, porém, que sua forma lógica seja tal que se torne possível validá-lo através de recurso a provas empíricas, em sentido negativo: deve ser possível refutar, pela experiência, um sistema científico empírico.

Portanto, a teoria, para ser tida como científica, racional e objetiva, deve ter a possibilidade de ser submetida à crítica fundada em argumentos objetivos e não valorativos ou subjetivos, ou seja, ela deve ser apta a ser objeto de questionamentos que visem refutá-la.

Para Popper, conforme se nota, a racionalidade de determinado enunciado se encontra na capacidade que ele possui de resistir à crítica calcada em argumentos objetivos (ou até mesmo de ser apenas passível de ser falseada), o que significa dizer que a mera possibilidade de ser "atacada" objetivamente já lhe confere o *status* da racional ou científica.

Popper define a objetividade como a possibilidade de justificação que independa "de capricho pessoal" (1993, p. 46), já que se deve permitir que esta justificação seja colocada à prova e que seja compreendida pela comunidade que a estuda. Em suma, o autor entende que a objetividade reside na possibilidade de um enunciado ser intersubjetivamente submetido a teste.

Embora Popper não tenha se debruçado sobre o problema dos enunciados jurídico-normativos, sua proposta pode ser aproveitada e reconstruída pela ciência do direito, tal como se fez pela teoria neoinstitucionalista do processo. Segundo seu autor, Rosemiro Pereira Leal,

> A instituição constitucionalizada do processo, por sua eidética principiológica, há de ser referencial de decibilidade desde a criação da lei até sua incidência, aplicação, extinção e transformação. A teoria neo-institucionalista do processo é uma teoria da processualização testificante da validade normativo-democrática, porque propõe e atua um pensar jurídico na racionalidade sempre problematizável, por falibilidades revisíveis, da produção e aplicação do direito. Essa teoria torna o sistema jurídico uma instância de problematização dos enunciados resolutivos dos conflitos acessíveis a todos. (LEAL, 2009, p. 90)

Claro que isso também se aplica igualmente à fundamentação da decisão, eis que esta, ao ser prolatada, deve poder ser refutável com base em críticas objetivas de argumentação jurídica.

Cumpre destacar, sob esta ótica, que deve se dar às partes a possibilidade de refutar objetivamente a argumentação lançada na decisão judicial, a qual não pode se tornar um espaço de exteriorização dos desejos e vontades do julgador, na medida em que este espaço não permitiria a refutabilidade objetivante. A parte, ao atacar a conteúdo decisório, não pode ser forçada a discutir suscetibilidades do sujeito, até mesmo porque estas são infensas à crítica racional.

Assim, um direito processual submetido a cláusulas gerais pode reduzir-se mesmo a instrumento judicial para decisão de conflitos com supedâneo em argumentos que Popper e a

teoria neoinstitucionalista chamaria de metafísicos, porque referidos a um subjetivismo inaceitável da perspectiva jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito.

A busca pela efetividade processual mediante cláusulas vagas, em que se visualiza uma maior mobilidade do julgador na adequação do procedimento à relação de direito material que envolve as partes, não pode fechar os olhos para o perigo da violação dos princípios constitucionais da fundamentação das decisões e, consequentemente, violar os princípios que devem balizar o devido processo legal, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia processual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode defender e adotar uma efetividade processual que não interrogue o que ela pretende ser, já que, no Estado Democrático de Direito, efetividade não pode significar aptidão para dar normatividade coercitiva (truculência realizante) a valores supostamente vigentes na sociedade que alguns delinquentes insistem em não reconhecer.

A visão formalista do processo que se encontrava escudada em uma orientação liberal de outrora passa a dar lugar a uma concepção que alarga o espaço normativo para o ingresso de valores éticos no ordenamento jurídico, atribuindo ao judiciário, no entanto, o papel de servir de canal de comunicação entre a ética e o direito – o que poderia resolver a crise de direito dito “material” que envolve as partes litigantes.

Assim, uma leitura axiológica (ou axiologizante) do direito passou a ser fundamento desta tão difundida efetividade processual, na medida em que se compreendeu a abertura do tecido normativo por meio da técnica das cláusulas gerais como a saída para permitir que o direito se desamarrasse do entorpecimento do formalismo exacerbado e encontrasse o ponto de contato com o problema jurídico que se apresenta em juízo.

Entretanto, a preocupação com a busca dos resultados supostamente úteis não pode desconsiderar a racionalidade e a objetividade exigidas pelo direito democrático. Não se pode perder de vista que a constitucionalidade democrática exige muito mais que julgadores sensíveis ou sapientes para sua operacionalização.

Restou evidenciada necessidade de se adequar a busca pela efetividade processual aos princípios constitucionais que orientam o processo, quais sejam, o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a necessidade de fundamentação racional das decisões, sob pena de se incorrer no também arbitrário campo do decisionismo judicial.

Assim, torna-se fundamental tornar objetivo o conteúdo decisório, permitindo que a parte a compreenda e possa, também de maneira objetiva, discordar de sua orientação e atacá-la.

O processo, sob pena de reprodução de experiências históricas absolutamente autoritárias, não pode se tornar um campo de discussão de suscetibilidades, em que o juiz decide por que é assim que ele pensa e nem a parte pode discordar por que ela simplesmente não concorda como que pensa aquele que decidiu.

O processo deve ser construído racionalmente, de modo que as subjetividades não interferiam em seu conteúdo de forma que torne a decisão inatingível sob o ponto de vista da racionalidade, ou seja, da normatividade objetiva. Por esse motivo, que a teoria neoinstitucionalista baseada na proposta popperiana pode ser utilizada para estabelecer uma maneira de se impedir a prevalência de uma decisão arbitrária que se prende apenas à vontade daquele que decide.

Portanto, sugere-se que o critério de demarcação da falseabilidade proposto por Popper no estudo da lógica da pesquisa científica e seu aproveitamento pela teoria neoinstitucionalista do processo seja adotado como parâmetro racional na efetivação de uma forma eficiente de controle judicial a partir da elaboração de uma ideia de fundamentação da decisão calcada nas bases sólidas da objetividade.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: A Busca da Verdadeira Especialidade*: (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 621 p.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 junho. 2011.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. *História do processo*: romanismo e pandectismo nas teorizações da ação. Belo Horizonte: Líder, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 400 p.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual.* tradução Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. 780 p.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade. tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 780 p.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro:* estudos de teoria política. tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2002. 404 p.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 111 p.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LOTUFO, Renan. Da oportunidade da codificação civil e a Constituição. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MAUS. Ingeborg. O judiciário como superego da sociedade: A jurisdição na "sociedade órfã de pai". *In* MAUS, Ingeborg (org.). *O judiciário como superego da sociedade*. tradução

Geraldo de Carvalho e Garcélia Batista de Oliveira Menes. Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2010. 234p.

MAUS. Ingeborg. Vinculação legal do Judiciário e a estrutura das normas jurídicas nazistas. *In* MAUS, Ingeborg (org.). *O judiciário como superego da sociedade*. tradução Geraldo de Carvalho e Garcélia Batista de Oliveira Menes. Rio de Janeiro: Lumen Juris , 2010b. 234p.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica.* ed. 9. São Paulo: Cultrix, 1993. 567p.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.* São Paulo: Saraiva, 2005. 222p.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: *A parte geral do novo Código Civil.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil.* 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 790 p.