



QUESTÕES INTERCULTURAIS NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA: O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO PARA A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA.

Zayda Torres Lustosa Coelho¹
Fernanda Estanislau Alves Pereira²

RESUMO

O trabalho objetiva examinar o papel da jurisdição brasileira na resolução de conflitos sociais interculturais, a partir do modelo cooperativo de processo, bem como avaliar se houve atuação legítima e democrática do STF, nos julgamentos da PET 3388 e ADI 3239, que envolveram, respectivamente, questões de reconhecimento de identidade indígena e quilombola. A metodologia utilizada foi a de expor, teoricamente, o cooperativismo processual, enfatizando a nova feição do contraditório, relacionando-o com o dever de fundamentação das decisões judiciais, analisando-se, ainda, a questão identitária e a forma como foi percebida pelo STF nas PET 3388 e ADI 3239.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Jurisdição – processo cooperativo – interculturalidade.

INTERCULTURAL ISSUES IN BRAZILIAN JURISDICTION: THE COOPERATIVE MODEL OF PROCESS FOR THE EFFECTIVENESS OF JUSTICE

ABSTRACT

The paper aims to examine the role of the Brazilian jurisdiction in the resolution of intercultural social conflicts, based on the cooperative process model, evaluating if there was a legitimate and democratic action of the STF in the judgment of PET 3388 and ADI 3239 involving, respectively, matters of recognition of indigenous and quilombola identities. The methodology used was to, theoretically expose, a procedural cooperativism, emphasizing the new feature of the contradictory, and the duty of justification of judicial decisions, within the identity issue applied by the STF in PET 3388 and ADI 3239.

Key words: Constitutionalism - Jurisdiction - cooperative process - interculturality.

INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira é caracterizada pelo pluralismo étnico e cultural (art. 215 e 216, CF/88) aspirando à realização do projeto constitucional de Estado de ser igualitária, justa e solidária (art. 3º, CF/88). O direito, enquanto instrumento mediador entre o Estado e a sociedade, com a missão de tratar os conflitos gerados no meio social concretiza-se através do exercício da jurisdição, que se materializa, instrumentalmente, através do processo judicial.

¹ Mestranda em Direito (PPGD/UFC). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (Universidade Anhanguera-Uniderp). Bacharel em Direito (UFC). Analista Judiciário (TRT/ 7ª Região). E-mail: zaydatorres@gmail.com

² Mestranda em Direito (PPGD/UFC). Advogada. E-mail: fernandaeap@gmail.com





A Constituição brasileira de 1988 cuidou de positivizar em seu texto importantes princípios e garantias que devem orientar o processo judicial, destacam-se a efetividade da tutela jurisdicional, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o dever de motivação das decisões judiciais, dentre outros.

Com efeito, a constitucionalização do direito processual introduziu um novo paradigma nesse ramo do direito. O modelo cooperativo de processo, baseado no diálogo ético e efetivo entre os sujeitos processuais, reformulou vários princípios e garantias fundamentais, dentre eles, o contraditório e o dever de fundamentação das decisões judiciais. A racionalidade operante no processo cooperativo é a relação dialética entre estes princípios, de modo a conferir às partes do processo (e eventuais terceiros) o direito de participar da construção, pela via hermenêutica, da decisão judicial que lhes afetem. Prestigia-se, assim, a legitimidade democrática do direito no Estado constitucional vigente.

Em se tratando de demandas judiciais que envolvam questões interculturais, a exemplo da concretização de direitos relativos aos povos e comunidades indígenas e quilombolas, o Judiciário tem um desafio de primar por um modelo cooperativo de processo, porque adequado a tratar conflitos sociais num cenário inexoravelmente intercultural. Neste sentido, o Judiciário não deve olvidar, na aplicação da norma jurídica, materializada na decisão judicial do caso concreto, a análise de aspectos que vão além do normativo, mas elementos outros (culturais, históricos, sociológicos, antropológicos, etc.) que, efetivamente, busquem a concretização dos direitos em discussão.

No presente estudo, pretende-se enfrentar as seguintes questões: qual o papel da jurisdição, no contexto do constitucionalismo democrático brasileiro, ao enfrentar conflitos sociais interculturais? Quais princípios constitucionais fundamentais se sobressaem na resolução pelo judiciário das demandas dentro dessa temática? A partir destas indagações, pretendemos demonstrar que, no modelo cooperativo de processo, no qual há a valorização e fomento do diálogo entre os sujeitos processuais (construção de um ambiente para o diálogo, dialético, “comunidade de trabalho”), ganharam novos contornos: o papel do contraditório, antes visto com função de bilateralidade de audiência e direito de reação, agora, como um poder de influência; e o exercício da jurisdição, a partir desse novo paradigma cooperativo, que vai ao encontro da concepção de democracia participativa e deliberativa, na qual a legitimidade do julgador se dá por meio do discurso construído a partir da efetiva participação e consideração dos sujeitos processuais. Ao fim, analisam-se dois julgados do STF, a PET 338





e a ADI 3239, oportunidades nas quais a Corte afirmou a identidade dos povos tradicionais indígenas e quilombolas, respectivamente. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com técnicas de pesquisa documental, bibliográfica, jurisprudencial, e de informações de sítios eletrônicos de forma qualitativa.

1. O novo modelo de processo no Estado constitucional democrático

Toda teoria do processo se correlaciona com a teoria do direito, e esta se refere a uma Teoria do Estado que, por sua vez, atrela-se a uma teoria da Constituição (BONAVIDES, 2016, p. 612). Considera-se e todas essas teorias se ligam, como um fio condutor, a um pensamento (paradigma) jurídico, historicamente situado. Neste sentido, nosso estudo inicia desvelando o pensamento jurídico atrelado ao atual modelo constitucional de processo, a partir das características elencadas por Fredie Didier Jr., no seu Curso de Direito Processual Civil/volume 1 (2015).

O jurista baiano preleciona que, após o fim da 2ª Guerra Mundial, ganha espaço a teoria do *reconhecimento da força normativa da Constituição*. Logo, o corpo normativo constitucional, a par de conferir unidade ao ordenamento jurídico, ostenta eficácia imediata, sem precisar de intermediação legislativa. Transcrevendo Daniel Sarmiento, Didier Jr (2015, p. 40) assinala que, com a possibilidade de aplicação direta e imediata das normas constitucionais pelo intérprete, restou ultrapassada a fase de *promessas grandiloquentes* cuja concretização normativa ficava ao alvedrio de legisladores e *governantes de plantão*.

Prossegue Didier Jr. (2015) reportando-se ao *desenvolvimento da teoria dos princípios*, em que consiste na transmutação do papel da Constituição, antes vista como *Carta Política* que enuncia programas/diretrizes a serem potencial e condicionalmente realizáveis (natureza de normas programáticas), passa a ostentar normatividade, que vincula a todos, incidindo diretamente sobre a realidade social.

Outra característica é o *reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade do juiz*, a partir da virada hermenêutica (tanto linguística quanto filosófica), que levou a ideia da distinção entre texto e norma. Rafael Giorgio Dalla Barba (2017, p. 37) preceitua que a distinção entre texto e norma deflagrou a crise e insuficiência do positivismo jurídico





(exegético)³.

Por derradeiro, elenca Didier Jr.(2015) a *expansão e consagração dos DF*, com a imposição ao direito positivo de um *conteúdo ético* mínimo que respeite a dignidade da pessoa humana. O somatório desses elementos forma a nova concepção jurídica que interseccionará os conceitos de Constituição, jurisdição e processo.

De outro lado, por constituir-se a República Federativa brasileira em Estado Democrático⁴, é pertinente o exame da teoria do processo constitucional que melhor adequue a atividade de jurisdição a este regime de poder, devendo-se, assim, investigar o papel e a relação entre os sujeitos no processo (partes, terceiros e juiz) no cenário democrático⁵. Sendo certo dizer que no Estado Democrático a legitimidade do direito é a pedra de toque da jurisdição, ou seja, jurisdição como instrumento do processo democrático (ANDRE LEAL, *apud* MOTA; HOMMERDING, *on line*, 2013, p. 194).

Para André Leal não há *jurisdição legitimada a priori*. O exame da legitimidade será aferido, procedimentalmente, no curso do processo judicial, a partir da observância dos princípios processuais hauridos da Constituição (dentre eles, o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, dever de fundamentação das decisões judiciais).

Para Lenio Streck (2014, p. 353), a jurisdição não é mais vista como um ato exclusivo do juiz, subjetivamente considerado, na simplória perspectiva de “dizer o direito”; o conceito daquela se expande para abarcar a atividade realizada pelo magistrado, sendo esta resultado da interpretação compartilhada do texto legal, pelo procedimento regido pela principiologia constitucional do processo (contraditório, ampla defesa, isonomia).

Ocorre, neste caso, uma resignificação da atividade jurisdicional, no Estado

³ O pensamento positivista (normativo) no sentido de que a discricionariedade é ínsita à interpretação judicial não se coaduna com o pensamento jurídico contemporâneo, no contexto de um constitucionalismo democrático, em que se privilegia o controle, pela via racional, da construção da decisão judicial. Friedrich Müller desenvolveu um método de interpretação de normas, a chamada metódica estruturante do direito, teoria que aproxima o direito da sociedade (*in* Métodos de trabalho no direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.). Paulo Bonavides defende ser a teoria de Müller adequada ao constitucionalismo democrático contemporâneo (*in* Curso de Direito Constitucional. 31ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.).

⁴ Vide preâmbulo da CF-88: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para *instituir um Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em 29.nov.2017.

⁵ Para uma análise histórica das principais correntes do processualismo, remete-se às lições de Dierle José Coelho Nunes e Nicola Picardi, *in* Processo Jurisdicional Democrático, Ed. Juruá. 2010.





constitucional democrático, sendo o processo uma arena e um instrumento de legitimação democrática do direito, a partir de um “procedimento que assegure as condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fiscalizá-las” (MOTA; HOMMERDING, *on line*, 2013, p. 195).

Norberto Bobbio assinala que

Quando se deseja saber se houve um desenvolvimento da democracia num dado país, o certo é procurar perceber se aumentou não o número dos que têm o direito de participar nas decisões que lhes dizem respeito, mas os espaços nos quais podem exercer esse direito [...] (*apud* JORGE NETO, 2016, p. 129)

Neste sentido, o Judiciário, ao promover a participação efetiva das partes na construção da decisão que lhes tocará resolvendo uma situação da vida, passa a ser considerado mais um espaço democrático. Nos dizeres de Carlos Marden Cabral Coutinho (*on line*, 2012, p. 32)

Uma concepção de processo compatível com o Estado Democrático de Direito deve concebê-lo como o âmbito jurídico que a Constituição pôs à disposição do cidadão, conferindo-lhe o direito fundamental ao processo, ou seja, a buscar junto ao Poder Judiciário a proteção dos outros direitos fundamentais que eventualmente sejam objeto de ameaça ou lesão.

Pode-se afirmar, desse modo, que o fenômeno da constitucionalização do processo trouxe uma nova racionalidade, de viés procedimental, democrático, ao buscar a concretização de direitos fundamentais, a partir da garantia aos cidadãos dos princípios constitucionais que regem o processo.

2. A nova feição do contraditório em cotejo com o dever de fundamentação das decisões judiciais no constitucionalismo democrático

Conforme assinalado, tendo em vista o modelo estatal desenhado pela Constituição brasileira de 1988, de viés democrático, ganham os princípios processuais novos contornos semânticos para melhor instrumentalizar a prestação da jurisdição. Nesta seção, buscaremos demonstrar que se sobressaem, no contexto da sociedade brasileira reconhecidamente plural étnica e culturalmente, a importância do contraditório e do dever de fundamentação das decisões judiciais, e sua necessária correlação, para se conferir legitimidade democrática à atividade jurisdicional.



2.1. O contraditório substancial

Como dito alhures, o paradigma do Estado Constitucional brasileiro é democrático. Para ser considerado com tal, mister a efetiva participação dos sujeitos no processo cuja decisão deverá ser por eles construída, guardar uma efetiva *ressonância* para a fundamentação do provimento⁶. O julgador, ao levar em consideração os argumentos e teses levantados pelas partes (e terceiros⁷), garante a legitimidade na atividade jurisdicional (THEODORO JR.; NUNES, *on line*, 2009, p. 108). Tal compreensão implica a correlação entre Constituição, Democracia, Jurisdição e processo.

No entanto, o contraditório nem sempre foi assim⁸, concebido pelo adágio *audiatur et altera parte*, sua função era reequilibrar as forças entre os litigantes, além da busca da verdade, oportunizando às partes, paritariamente, a informação e a produção da prova dos fatos que alega ou contesta (direito a bilateralidade de audiência). No período do movimento reformista (processo social), no final do séc. XIX, ganha espaço o ativismo judicial, mitigando ou desmerecendo o contraditório (THEODORO JR.; NUNES, *on line*, 2009, p. 112-113). Pós 2ª Guerra Mundial, a constitucionalização dos direitos e garantias fundamentais e a instituição de Estados Democráticos, novas acepções ganham o contraditório.

Para José Roberto dos Santos Bedaque (1998, p. 94)

Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo; reveladoras da existência de diálogo efetivo entre eles, visando à correta formação do provimento jurisdicional. A participação das partes é fundamental para conferir legitimidade à tutela, pois significa que a elas foi assegurado o poder de influir no convencimento do juiz [...].

Requalifica-se, pois, a relação entre os sujeitos processuais, com o primado do efetivo e ético diálogo e *comunidade de trabalho*, abrindo caminho para a *comparticipação na estrutural procedimental*, erigindo-se, portanto, a uma garantia constitucional na qual

⁶ Segundo Dierle José Coelho Nunes, na doutrina alemã, tal cooperação entre os sujeitos processuais é denominada “comunidade de trabalho”, *in* Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

⁷ Tereza Arruda Wambier recordar que esse contraditório não se dirige apenas às partes, mas também a terceiros que participem do processo, seja através de audiências públicas e/ou *amicus curia*). Wambier chama de contraditório institucional ou com a própria sociedade (*in* Primeiros comentários ao novo código de processo civil, 2015, p. 75).

⁸ Sobre a evolução da concepção do contraditório na legislação italiana, ver Eduardo Grasso, *La collaborazione nel processo civile*, Rivista de Diritto Processuale 21/599.





todos os sujeitos, ainda que potencialmente sejam atingidos, possam contribuir na construção da decisão que lhes afetem (THEODORO JR.; NUNES, *on line*, 2009, p. 114-115 e 123).

Sintetiza Augustino Lima Chaves (2016, p. 140-141)

O contraditório é o respeito ao outro⁹. O contraditório nos avisa dos nossos erros e das nossas incompletudes. O contraditório amplia. O contraditório torna melhor a síntese, e qualquer evolução passou pelo seu impulso e pelo seu crivo. [...]. O jogo, por excelência, do contraditório é o xadrez. Para cada lance das brancas, um lance das pretas. E a nota de partida pressupõe dois bons jogadores.

No CPC de 2015, a temática é tratada nos seguintes dispositivos

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

[...]

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

[...]

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

[...]

Art. 933. Se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias.

As partes, segundo o CPC, não podem ser surpreendidas com algum fundamento ou tese em que não lhes foi oportunizada a manifestação. Assim, a doutrina contemporânea vem afirmar que não basta a garantia formal do contraditório, é necessário uma garantia efetiva e substancial desta participação dos litigantes na resolução do embate. A releitura do princípio do contraditório, somada a esses novos deveres a dirigir a conduta do julgador, revelam o modelo processual *cooperativo* adotado pelo CPC de 2015, em que se fomenta o diálogo ético entre os sujeitos processuais, bem como revaloriza a fundamentação judicial, que passa a ser

⁹ Segundo afirma Lídia Reis de Almeida Prado, na obra *O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial*, “a alteridade constitui o arquétipo da democracia”. Alteridade: “do latim *alteritas* (‘outro’) é a concepção que parte do pressuposto básico de que todo o ser humano social interage e interdepende do outro. Assim, como muitos antropólogos e cientistas sociais afirmam, a existência do “eu-individual” só é permitida mediante um contato com o outro (que em uma visão expandida se torna o Outro, ou seja, a própria sociedade diferente do indivíduo). Assim, pode também se dizer que a Alteridade é a capacidade de se colocar no lugar do outro na relação interpessoal (...)”, disponível em: < <https://pt.wikipedia.org/wiki/Alteridade>>, acesso em 4 de abril de 2018.





considerada como a efetivação do diálogo entre os participantes no processo¹⁰ (PEIXOTO, 2013, p. 101).

O juiz não pode decidir sobre tese(s) que as partes foram impedidas de se manifestar (vedação à decisão surpresa), se agir de forma contrária, viola a democracia, o procedimento regular do processo, na perspectiva cooperativa.

Ravi Peixoto (2017, p. 360/361) prescreve

A ideia de funcionamento cooperativo depende também da efetiva participação das partes na construção da decisão, argumentando sobre as questões fáticas e jurídicas, situação negada pela decisão surpresa. A proibição da decisão surpresa enseja, ainda, o aumento da confiança do cidadão no Poder Judiciário, na medida em que aquele espera, de forma legítima, que as decisões judiciais levem em consideração apenas proposições sobre as quais pode exercer o seu direito de influenciar o juízo.

Em síntese, o modelo cooperativo parte de um fomento, como dito alhures, do diálogo entre os sujeitos processuais (construção de um ambiente para o diálogo, dialético, “comunidade de trabalho”), sendo necessário atualizar o sentido do contraditório, antes visto como função de bilateralidade de audiência e direito de reação, agora, como um poder de influência na decisão judicial. O exercício da jurisdição nesses moldes atende à concepção de democracia, em que a legitimidade do julgador dar-se por meio do discurso construído a partir da efetiva participação dos sujeitos processuais (PASSO CABRAL, 2001, p. 197).

2.2. O dever de fundamentação preconizado pelo novo CPC

Já foi dito por Piero Calamandrei (1971, p. 143) que

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia de justiça, quando consegue reproduzir exatamente, como num levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois, se esta é errada, pode facilmente encontrar-se, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado desorientou.

Segundo Tereza Wambier (2016, p. 874), a motivação judicial é o que aparece na decisão; uma *espécie de fachada*, com a advertência de que as motivações de ordem subjetiva devem ser absorvidas pela *possível objetividade, racionalidade* dos fundamentos; caso contrário, a decisão será arbitrária.

Não se olvida, ainda, as lições de Portanova ao afirmar que:

¹⁰ Ver, ainda, acerca do novo papel do contraditório, Proto Pisani (Dell'esercizio dell'azione, v. I, p. 1085, *apud* Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, O juiz e o princípio do contraditório, RePro 71/36)





São muitas as motivações sentenciárias. É verdadeiramente impossível ao juiz indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. São tantas as influências que inspiram o juiz que dificilmente a explicação de como se convenceu, será plenamente satisfatória. No julgamento há premissas ocultas imperceptíveis. Podem-se distinguir três planos de motivações: probatórias, pessoais e ideológicas. São motivações que se ligam entre si e se influenciam dialeticamente. A motivação probatória diz respeito à maneira como o juiz interpreta fatos e provas no processo. É o resultado da experiência probatória que responde à questão de que se o fato está provado ou não e quais os motivos que levaram o julgador a tal solução. Em suma, é a relação do juiz com os meios de prova vindos aos autos. Esta temática tem seu ponto alto de indagação quando da avaliação da prova testemunhal. O problema começa com o depoimento. Como se sabe, não é correto o magistrado consignar em ata sua impressão pessoal valorativa sobre o relato testemunhal. Assim, temendo pela credibilidade do relato, a desconfiança do juiz deve tornar-se objetivada nos autos sob a forma de contradições, exageros ou omissões que denotam a falta de isenção da testemunha. Veja-se: apesar de já estar convencido o juiz ainda não está sentenciando, por isso precisa agir com arte para caracterizar seu convencimento no termo de audiência (mas repitamos, sem consignar impressão pessoal), pois ao sentenciar ele precisará de elementos concretos que embasem e comprovem sua impressão de descrédito no relato (PORTANOVA, 1994, p.15).

Inevitavelmente toda interpretação passa por valoração. Esse tema afigura-se espinhoso pois, ao ser propalado que o dever de fundamentação da decisão judicial corresponde a uma garantia do cidadão jurisdicionado, o conteúdo decisório, permeado também por elementos outros, passa pelo crivo subjetivo do julgador. Uma das preocupações do legislador infraconstitucional com o novo CPC foi a de afastar, ou mitigar o máximo possível, a discricionariedade, o subjetivismo do julgador. A proposta lançada pelo CPC de 2015¹¹ é: como legitimar democraticamente as decisões judiciais. O novo código de processo civil inova ao propor uma metodologia decisória¹² (art. 489, sem correspondência com o

¹¹ Para melhor compreensão do tema, ver o que a Comissão de elaboração do novo código elencou na *Exposição de Motivos* do novo código de processo. Para os autores, o processo deve servir como instrumento de realização de direitos. Ademais, a comissão responsável pelo novo diploma normativo esclareceu que os trabalhos eram orientados *precipualemente* por cinco objetivos, a saber, 1º) no estabelecimento de verdadeira *sintonia fina* com a Constituição Federal (ou seja, buscar compatibilizar a lei ordinária com a norma constitucional; 2º) na criação de condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais *rente à realidade fática* subjacente à causa (a comissão do novo CPC elucida que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas construída, e não imposta pelo juiz); 3º) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como por exemplo, o recursal; 4º) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e 5º) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.

¹² “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;





código de 1973), partindo de algumas premissas para aferição da validade da fundamentação aposta na decisão.

Como mencionado antes, o exercício da jurisdição deixa de ter foco em *quem* irá proferir a decisão, mas em *como* esta decisão será construída. O protagonismo do julgador (sujeito) cede espaço para a legitimidade da decisão (atividade), sendo esta a tônica e parâmetro para aferição da efetividade da jurisdição.

Hermes Zaneti Jr., discorrendo sobre a realidade jurídica pós-Constituição de 1988, assinala que a democracia pluralista e participativa deve ter ressonância no *locus* processual, e conseqüentemente no discurso judicial. Para ele, “para um discurso democrático, que relaciona autor, juiz e réu em colaboração, com viés problemático e argumentativo, fundado na participação das partes para a obtenção da melhor solução jurídica (ZANETI JR., 2007, p. 56/57).

A decisão construída a partir da contribuição das partes corresponde ao “outro lado da moeda” do contraditório, no viés substancial. A imbricação do contraditório renovado com o dever de fundamentação da decisão judicial é o mecanismo capaz de conferir racionalidade e controlabilidade (DIDIER, 2015, p. 316). A racionalidade no sentido de que as postulações, argumentos trazidos pelas partes não de ser levados em consideração, e são a partir delas que o sentido, a interpretação será realizada (o ato interpretativo não é algo dado, que é revelado, mas algo construído¹³). A racionalidade na fundamentação não se dá pela mera escolha ou adivinhação (DIDIER, 2015, p. 317), sendo certo afirmar que a metodologia proposta no art. 489, §1º, desafia a construção de uma decisão judicial que suprime ou controla o subjetivismo, a discricionariedade, impedindo uma “livre criação” da decisão pelo julgador¹⁴.

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador¹²;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.”

Art. 490. O juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.

¹³ Fortemente, identifica-se que o novo código trabalha com a filosofia hermenêutica Heidegger, passando ainda pela hermenêutica filosófica de Gadamer, pelo pensamento de Dworkin e Alexy.

¹⁴ Richard Posner preceitua que a interpretação “frequentemente é um disfarce para encobrir a discricionariedade do juiz, e não um guia para tomadas de decisões”. *in* Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins



3. A jurisdição em demandas interculturais: exame de casos do STF (PET 3388 e ADI 3239)

Partindo-se da premissa de que a pedra de toque do constitucionalismo democrático é o de promover efetividade aos direitos fundamentais catalogados na Constituição, impende afirmar que, em muitos casos, a possibilidade de concretização de alguns direitos, inclusive os fundamentais, somente ocorre por intermédio do judiciário.

Determinados segmentos da sociedade brasileira, a exemplo dos povos indígenas e comunidades quilombolas, apresentam uma esfera cultural intrínseca, evidenciando singularidades que lhes confere identidade própria. Logo, em se tratando de demandas judiciais que envolvam povos e comunidades tradicionais (a exemplo dos indígenas e quilombolas), o Judiciário tem o desafio de conceber um modelo cooperativo de processo que, adequadamente, instrumentalize o tratamento e resolução dos conflitos sociais, num cenário inexoravelmente intercultural. Neste sentido, o Judiciário não pode deixar de, na aplicação da norma jurídica, analisar aspectos que vão além do texto legal referente, mas elementos outros (históricos, culturais, antropológicos, sociológicos, etc.) que, de forma efetiva, concretizem os direitos fundamentais desses povos tradicionais, direitos esses que foram secularmente violados e negados.

Uma das questões cruciais para esses povos e comunidades tradicionais diz respeito à questão da ocupação/posse de terras. A questão do território para os povos tradicionais está intrinsecamente ligada com seus aspectos históricos, antropológicos e identitários, pois o reconhecimento da titulação da terra para essas comunidades tem contornos semânticos mais abrangentes que a mera ocupação espacial, física, de viés privatista-civil. A questão da territorialidade ganha um sentido muito peculiar, pois transcende a mera ocupação de um espaço físico de moradia para significar a condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral, econômica.

É complexa e multifacetada a temática da terra para as comunidades indígenas e dos quilombos. Garantir a efetividade dos direitos territoriais das comunidades tradicionais desafia a abertura ao “outro”, a compreensão da existência de outras racionalidades, cosmovisões, o reconhecimento da identidade de grupos socioculturais com *modus vivendi*

Fontes, 2007, p. 43.)





distintos, além da consideração de critérios históricos e sociais de hostilidade e negação de seus direitos.

O diálogo intercultural é, portanto, a chave para a convivência harmoniosa da pluralidade na diversidade social. A interculturalidade pressupõe a coexistência de culturas em um plano de igualdade, reconhecendo o outro como sujeito de direitos, inclusive com capacidade de *levantar pretensões de validade*, como diz Manfredo de Oliveira (2008, p. 191), trazendo, pela via argumentativa, deduções racionais razoáveis e passíveis de consideração na resolução de lides.

3.1. O caso da delimitação de terras indígenas “Raposa Serra do Sol” (PET 3388)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da PET 3388, que decidiu a demarcação das terras indígenas Raposo Serra do Sol, afirmou a pluralidade cultural da sociedade brasileira, a partir do reconhecimento da distinção étnica indígena em relação aos demais membros da sociedade, nos seguintes termos do acórdão

[...] 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.

[...]

9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui *no* convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica.”

O julgado afirma que a etnia indígena integra a sociedade brasileira, e diz mais: reconhece a pluralidades de etnias, cada uma em si considerada em sua singularidade, seja pela cosmovisão, formas de expressão, símbolos adotados, modos de viver, criar e fazer, tudo



isso em consonância com a ordem constitucional vigente (art. 216, I, II, e art. 231, ambos da CF/88). Esta decisão é o *leading case* em matéria de reconhecimento da diferença cultural vigorante na sociedade contemporânea, cada vez mais complexa e multifacetada (NEVES¹⁵, 2014, p. 162). Neste aspecto, acertada e legítima, à luz da ordem constitucional vigente, a atuação do Supremo Tribunal Federal.

3.2. O caso da titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas, nos termos do Decreto 4.887/2003 (ADI 3239)

Ilustra-se, também, o recente julgamento da ADI 3239¹⁶ (8/2/2018), em que se discutiu a validade do Decreto presidencial nº. 4.887¹⁷, de 20 de novembro de 2003, que, além de definir *os remanescentes das comunidades dos quilombos*, regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos (art. 68 do ADCT). O STF, por maioria de votos, julgou improcedente a ação judicial para declarar a validade do Decreto presidencial em referência.

É interessante notar que, dentre outros, um dos questionamentos de inconstitucionalidade trazido pela ADI 3239 diz respeito ao critério de autoatribuição fixado no regulamento executivo quanto a estas comunidades tradicionais. Nos termos do Decreto impugnado

¹⁵ Marcelo Neves, na obra *Entre Hidra e Hércules*, defende um transconstitucionalismo transversal, apontando a necessidade de se desenvolverem diálogos entre a ordem jurídica estatal e ordens jurídicas locais das comunidades indígenas (2014, p. 166)

¹⁶ O acórdão não foi publicado ainda. As informações utilizadas no artigo foram retiradas do sítio eletrônico do STF, na aba de notícias; disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369187>>. Acesso em 3 de abril de 2018.

¹⁷ “Art. 1º. Os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão procedidos de acordo com o estabelecido neste Decreto.

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. Vide ADIN nº 3.239

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental. (omissis)”.





Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Ressalte-se que o critério de autoidentificação do grupo étnico é igualmente previsto no Decreto 6.040, de 7 de fevereiro de 2007,

[...] Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

II – Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações; e III - Desenvolvimento Sustentável: o uso equilibrado dos recursos naturais, voltado para a melhoria da qualidade de vida da presente geração, garantindo as mesmas possibilidades para as gerações futuras. [...].

Questionar o fundamento da autoatribuição de um grupo étnico culturalmente diferenciado é negar-lhe a existência, é não reconhecer os quilombolas como sujeitos portadores dos mesmos direitos de sustentar, pela via argumentativa, pretensões de validade (OLIVEIRA, 2008, p. 190), pretensões estas relacionadas à sua cosmovisão, ao seu modo de agir no mundo, à sua típica condição histórica de esbulho e negação de direitos.

Neste sentido, o STF, no julgamento da ADI 3239, ao afirmar o aspecto identitário das comunidades quilombolas para garantir-lhes o direito às terras que ocupam, agiu de forma legítima, atuando em consonância com os valores e direitos consagrados na ordem pátria.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, analisar o papel do Judiciário no Brasil, no exercício da jurisdição, é examinar a atuação legítima dessa função, no contexto do modelo constitucional democrático de Estado. A jurisdição tem por escopo promover a efetivação/concretização da tutela de direitos, devendo-se primar, ao fim e ao cabo, pela realização do projeto constitucional, a partir do atendimento dos seus objetivos e valores lá propugnados.

A atuação do judiciário materializa-se, instrumentalmente, no processo judicial cujo





modelo proposto, neste estudo, foi o do cooperativismo. Neste paradigma processual se busca desencorajar o protagonismo judicial, fundado em razões subjetivas e particulares do julgador, para, em seu lugar, dar primazia à construção de uma decisão que, além de racional metodologicamente e coerente ao sistema jurídico, leve em conta a realidade circundante do caso posto à resolução.

Aqui, entra em cena as questões sociais interculturais postas ao deslinde pelo Judiciário, porque inerentes à complexa sociedade brasileira, reconhecidamente étnica e culturalmente plural. Assim, para cumprir tal mister, o Estado, pela face do Judiciário, deve respeitar e levar em consideração os aspectos do pluralismo étnico-cultural ínsito em nossa sociedade para garantir a adequada e efetiva proteção dos seus direitos.

Neste sentido, merece destaque a legítima atuação jurisdição do STF, por ocasião dos julgamentos das ações PET 3388 (2009) e ADI 3239 (2018), em relação ao reconhecimento identitário, respectivamente, dos povos indígenas e das comunidades quilombolas, nos quais afirma o caráter plural étnico e cultural da sociedade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 31^a ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição de 1988, de 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto n.º. 4.887, de 20 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3239&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

_____. Decreto n.º. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 14 mar. 2018.





_____. Lei nº. 13.105/2015. Código de Processo Civil.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3388-RR, Pleno, julgado em 19 mar. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>>. Acesso em: 14 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ADI nº 3239. Plenário, julgado em 8 fev. 2018; Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3239&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. Dicionário de princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011

CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados. Tradução dos Santos. 4. ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1971.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CHAVES, Augustino Lima. Os olhos do coração. Fortaleza: Edições UFC, 2016.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. Processo (constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Revista Opinião Jurídica. Fortaleza, ano 10, nº 14, jan/dez de 2012.

DALLA BARBA, Rafael Giorgio. Nas fronteiras da argumentação: a discricionariedade judicial na teoria discursiva de Robert Alexy. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. Leituras complementares de processo civil. Organizador: Fredie Didier Jr., 5ª ed. rev. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2007.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: objetividade, previsibilidade e determinação. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JORGE NETO, Nagibe de Mello. Uma teoria da decisão judicial: fundamentação,





legitimidade e justiça. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

_____. Abrindo a Caixa Preta: por que a Justiça não funciona no Brasil?.
Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

LUCAS, Marcus Vinicius Pereira. Breves considerações sobre a (crise de) fundamentação das decisões judiciais. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.2, 2º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O que é um modelo democrático de processo?. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nº. 73, jan a abr./2013. Porto Alegre.

NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 2ª edição, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Desafios éticos da globalização. 3ª edição. São Paulo: Paulinas, 2008.

PEIXOTO, Ravi. A vedação à decisão surpresa e a crônica de uma morte anunciada. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 25, n. 99, p. 359-365. jul./set 2017.

_____. Rumo à construção de um processo cooperativo. RePro ano 38, vol. 219, maio de 2013.

PINTO, Junior Alexandre Moreira. A causa petendi e o contraditório. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PORTANOVA, Rui. Motivações ideológicas da sentença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994

PRADO, Lídia Reis de Almeida. O juiz e a emoção: aspectos da lógica judicial. 4 ed. Campinas- SP: Millennium, 2008.

POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. RePro ano 34, nº. 168, fev/2009.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; DE MELLO, Rogerio Licastro Torres. Primeiros comentários ao novo código





de processo civil: artigo por artigo. Coordenação Tereza Arruda Alvim Wambier.. (et. al.), 2^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

