

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

ZIEL FERREIRA LOPES

**JURISDIÇÃO E MÉTODO:
limites processuais e possibilidades hermenêuticas de controle das
decisões**

**SÃO LEOPOLDO
2015**

ZIEL FERREIRA LOPES

JURISDIÇÃO E MÉTODO:

limites processuais e possibilidades hermenêuticas de controle das decisões

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

SÃO LEOPOLDO

2015

L864m Lopes, Ziel Ferreira.
Jurisdição e método : limites processuais e possibilidades hermenêuticas de controle das decisões / Ziel Ferreira Lopes. – 2015.
156 f. : il. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.
"Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck".

1. Direito processual. 2. Método. 3. Hermenêutica.
4. Teoria do discurso. I. Título.

CDU 34

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**JURISDIÇÃO E MÉTODO: limites processuais e possibilidades hermenêuticas de controle das decisões**” foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 11 de dezembro de 2015.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

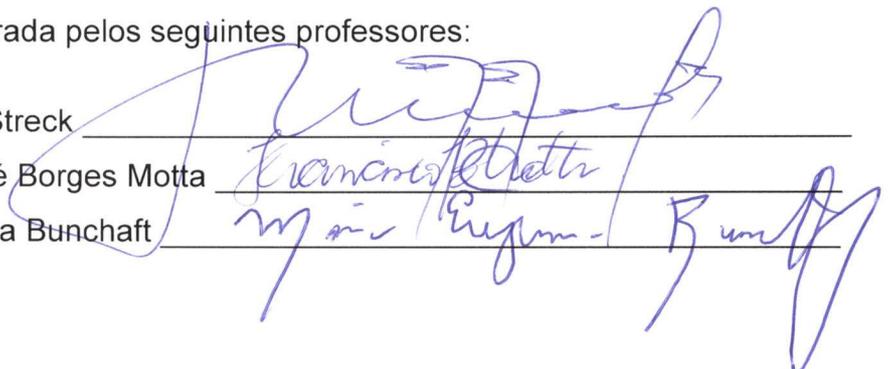
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Francisco José Borges Motta

Membro: Dra. Maria Eugênia Bunchaft



Em memória de Milton Rozeno da Silva e Alvina Barbosa Lopes.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Lenio Luis Streck, pela orientação, pela amizade e por criar esse espaço que é o *Dasein*. Devo-lhe um agradecimento especial pela Crítica Hermenêutica do Direito, pela esperança que ela me traz. E outros agradecimentos por cada “cabra bom” que ouvi quando tinha a felicidade de contribuir, um pouquinho que fosse, nesta sua peleia em defesa da Democracia.

Agradeço aos demais Professores que contribuíram diretamente para este trabalho: a Darci Ribeiro Guimarães, pela amizade, pela fé em meu trabalho, pela ajuda; a Maria Eugênia Bunchaft, que tanto me ajudou, pela verdadeira “situação ideal de fala” que cria para todos em sua aula; e a Francisco Borges Motta, cujo trabalho tanto admiro, agradeço pela generosidade, por ensinar a ler “sob a melhor luz”.

Aos Professores Anderson Vishinkeski Teixeira, Leonel Severo Rocha, José Bolzan de Moraes e Taysa Schiocchet, agradeço pelo muito que me ensinaram, pelo rigor acadêmico, pela troca de ideias e, acima de tudo, pela paciência com este estudante...

À equipe da Unisinos, pela excelente acolhida que recebi. A Vera Regina Schwade Loebens e Ronaldo Cezar Rodrigues.

A todos do *Dasein*. À primeira entre nós, a querida Clarissa Tassinari, pelo exemplo. Que faríamos sem seus conselhos (da ABNT à vida)? Ainda, agradeço à tropa toda: Adriano Obach Lepper, Daniel Ortiz Matos, Deivid Amaral da Luz, Fabiano Müller, Guilherme Augusto deVargas Soares, Julio César Maggio Stumer, Leonardo Zehuri Tovar, Lúcio Delfino, Luís Felipe Saccol, Rafael Giorgio Dalla Barba, Ricardo Augusto Herzl e Roger Khalil Lovatto. Devo-lhes muito pela amizade, pelas discussões enriquecedoras, pela oportunidade de trabalhar com pessoas tão competentes. Foi uma honra fazer parte desse grupo! Um agradecimento especial a Danilo Pereira Lima e Lanaira da Silva (meus irmãos paulistas), além de tudo isso, pela convivência diária.

Aos amigos que nos acompanharam nessa jornada: Carlos Eduardo Reis Fortes do Rego, Bárbara Josana Costa, Mateus di Palma Back, Gabriel Baingo Fabris, Fabrício José Rodrigues de Lemos, Bruno Cozza Saraiva, Jéssica Cristianetti, Rafael Wagner Radke, Fernando Hoffman, Carlos Eduardo Pereira

Siqueira, Gilberto Guimarães Filho, Willame Parente Mazza, Cláudio Rogério Sousa Lira, Daiane Moura de Aguiar... Tive muita sorte ao vir pra cá e poder conhecê-los.

Ao povo lá da terrinha: Diego Bruno Sousa Pires, Ítalo Barbalho Ferraz, Paulo Tavares Matias de Tavares, Ana Raquel Barros Lopes, Priscilla Thereza Sousa Sena, Richard Wagner Freire, Fabiane Susi de Souza, Leonardo Lima Sousa, Gabriela Guimarães Cavalcanti, Lázaro Luiz Lopes Callou, Íris Gleiciane de Souza, Pablo Bruni... queridos amigos junto a quem aprendi, “por lições” e “pela pedra” (lembrando o poeta João Cabral de Mello Neto). A Fabricio Lima Borges (vulgo: “Petrolina”), grande irmão, a Walter Dantas Baía e Janaína Dantas Baía, sertanejos em terras gaúchas que tanto me ajudaram por aqui. E a Felipe Mello, o gaúcho mais forrozeiro que conhecemos.

Agradeço imensamente à minha família, por todo apoio. A meus pais, Zilma Ferreira Lopes e José Gabriel Barbosa Lopes; a meus irmãos, Amliz Ferreira Lopes e Alden Ferreira Lopes; e à minha sobrinha, Alice Sousa Lopes. Jamais teria coragem de uma aventura dessas se não fosse por vocês!

Por fim, a Samara Cavalcanti Santos, meu amor, agradeço por absolutamente tudo.

*Muito o ser humano experimentou,
nomeou muitos dos seres celestes
desde que somos um diálogo
e podemos ouvir uns aos outros*
(Johann Christian Friedrich Hölderlin)

RESUMO

Discute os métodos de controle das decisões judiciais. Coloca-se como tema a fundamentação dos enunciados sobre o processo judicial, atravessando os paradigmas filosóficos. Objetiva-se conciliar a crítica ao formalismo jurídico com a defesa de garantias processuais. Procede-se sistematizando os grandes esquemas metodológicos do processo; historiando a aplicação do direito pré-moderna e moderna, ligadas ao esquema sujeito-objeto (estado-da-questão); comparando as perspectivas contemporâneas, no paradigma da intersubjetividade (estado-da-arte); explorando, afinal, uma Ciência Processual capaz de rearticular as contribuições filosóficas da Teoria Discursiva do Direito e da Crítica Hermenêutica do Direito. O método de abordagem foi hermenêutico-fenomenológico: mais do que sintetizar as posições, interessou compreender o que ficou claro, a identidade que se manifesta em meio a essas diferenças. Como resultado, chegou-se à seguinte sistematização: método monológico (processo inquisitorial), método dialógico (Teoria discursiva do Processo Judicial) e um controle das decisões judiciais para além do método (Crítica Hermenêutica do Direito). Na história do direito processual, viu-se a transição dos ordálios para o processo racionalista como uma mudança do objetivismo para o subjetivismo, sendo o processo um método moderno de aplicação do direito pelo juiz. Na análise comparativa, viu-se a relação de “totalidades complementares” entre o controle judicial enfatizado pela Teoria do Discurso e o enfatizado pela Crítica Hermenêutica do Direito. Puderam rearticular-se nos seguintes termos: Teoria da Decisão sem Teoria do Processo é cega; Teoria do Processo sem Teoria da Decisão é vazia.

Palavras-chave: Direito processual. Método. Hermenêutica. Teoria do discurso.

ABSTRACT

I discuss the methods of controlling the judicial decisions. My theme is the philosophical grounds of judicial statements about process. My objective is to reconcile the critique of legal formalism and the defense of procedural guarantees. To that matter, I proceed: systematizing the major methodological schemes of the process; studying the history of adjudication in the pre-modern and modern law, linked to the subject-object scheme (state of the question); comparing the contemporary perspectives on the paradigm of intersubjectivity (state of the art); exploring, after all, a Procedural Science able to reorganize the philosophical contributions of Discourse Theory of Law and Hermeneutical Critique of the Law. The method of approach was hermeneutic-phenomenological: more than synthesize the positions, my concern was to understand what became clear, the identity that manifests among these differences. As a result, I came to the following systematization: monological method (inquisitorial process), dialogical method (discursive Theory of Judicial Procedure) and a control of judgments beyond the method (Hermeneutical Critique of Law). In the history of procedural law, I saw the transition of the ordeals to the rationalist process as a shift from objectivism to subjectivism, and the process as modern method of adjudication. In the comparative analysis, I saw the relationship between the judicial control emphasized by Discourse Theory and the one emphasized by Hermeneutical Critique of Law as "complementary totalities". I was able to reorganize it all in the following manner: Theory of Decision without Theory of Process is blind; Theory of Process theory without Theory of Decision is empty.

Keywords: Procedural law. Method. Hermeneutics. Discourse theory

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - O direito pré-moderno e moderno em Weber	31
Tabela 2 - O direito contemporâneo na Teoria do Discurso e na Crítica Hermenêutica do Direito	84

LISTA DE SIGLAS

CHD	Crítica Hermenêutica do Direito
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
PCD	Processualismo Constitucional Democrático
TD	Teoria do Discurso

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 MÉTODO MONOLÓGICO E(M) CRISE: O PROCESSO JUDICIAL NO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO	19
2.1 AUTOCOMPREENSÃO METODOLÓGICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO.....	19
2.2 APLICAÇÃO DO DIREITO COMO RACIONALIZAÇÃO FORMAL	27
2.3 DESTRUINDO A HISTÓRIA DA PROCESSUALÍSTICA.....	32
2.4 PARADIGMA DA INTERSUBJETIVIDADE: NOVOS CAMINHOS PARA A JURISDIÇÃO.....	37
3 MÉTODO DIALÓGICO: DIREITO COMO ESTRUTURA COMUNICATIVA.....	43
3.1 A DIMENSÃO EPISTÊMICA DA REFORMA INSTITUCIONAL	43
3.2 TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO	46
3.2.1 Teoria Discursiva do Processo Judicial?.....	54
3.3 A ESCOLA MINEIRA E O PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO	60
4 PARA ALÉM DO MÉTODO: OS SENTIDOS DA ESTRUTURA JURÍDICA	70
4.1 CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO.....	70
4.2 TEORIA DA DECISÃO: DA POSSIBILIDADE À NECESSIDADE DA RESPOSTA CORRETA.....	76
4.3 “JUSTIÇA PARA GARÇONS”: COMO CONSTRANGER EPISTEMOLOGICAMENTE A DECISÃO JUDICIAL	84
5 HERMENÊUTICA E DIALÉTICA: REVISITANDO OS DEBATES	91
5.1 O DEBATE HABERMAS-GADAMER E SEUS DESDOBRAMENTOS NA CIÊNCIA JURÍDICA	91
5.2 APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS ENTRE PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO	103
5.2.1 Um episódio revelador: sobre a polêmica da cooperação processual ...	106
5.2.1.1 <i>A cooperação no Formalismo-Valorativo: entre o ornamento e o axiologismo</i>	106
5.2.1.2 <i>Aproximações e distanciamentos entre Processualismo Constitucional Democrático (teoria normativa da cooperação) e Formalismo-Valorativo.....</i>	113

5.2.1.3 <i>Com a participação contra a cooperação</i>	114
5.2.1.4 <i>Da ética discursiva ao ethos hermenêutico da relação jurisdicional</i>	120
5.2.1.5 <i>Conclusões parciais</i>	123
5.3 PROCESSO E DECISÃO JUDICIAIS: REARTICULAÇÃO TEÓRICA	124
6 EPÍLOGO: PERSPECTIVAS TRANSTEÓRICAS DO PROCESSO JUDICIAL ..	129
6.1 REPERCUSSÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	129
6.2 POR UMA CIÊNCIA PROCESSUAL PROCURADA	139
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS	143
REFERÊNCIAS	147

1 INTRODUÇÃO

Em 1973, editava-se no Brasil um Código de Direito Processual Civil. Era o auge da ditadura militar. Vigia o Ato Institucional n.º 5, suspendendo direitos e garantias fundamentais. Das 11 assinaturas da mesa prolatora no Senado Federal, 9 eram do partido governista. A mensagem que encaminha o Projeto de Código está endereçada ao “Senhor Presidente da República, General de Exército”. Na exposição de motivos, registrava-se a tentativa de fazer avançar cientificamente o direito processual, que seria eminentemente técnico, dotado de meios exclusivamente racionais à atuação do direito, diferentemente dos outros ramos jurídicos, que estão ligados às tradições e índole dos povos. O CPC/73 nasce em meio à técnica, à burocracia e ao autoritarismo.

Passados mais de 40 anos, um novo Código Brasileiro de Direito Processual mobiliza intenso debate público. Uma das pautas principais tem sido a democratização do sistema de justiça brasileiro, ampliando e aprofundando o controle público das decisões judiciais, tudo isto sob forte reação de membros do *establishment*. Para além das questões técnicas ou burocráticas, o novo código já vem sendo chamado de “CPC cidadão”, num paralelo com a Constituição de 1988.

Obviamente, tais ideias não pairam no vazio, mas sustentam-se num determinado paradigma, com sua maneira de organizar a racionalidade. Assumindo criticamente a tarefa de pensar o processo judicial, coloca-se como tema a fundamentação dos enunciados jurídicos sobre o processo. Vai-se da “solução dos problemas” aos “problemas da solução”¹.

Pode-se supor que o dilema jurídico entre o substancial e processual sempre tenha existido em alguma medida, considerando que a norma pressupõe um atuar não-espontâneo e, nisso, alguma institucionalização do modo-de-fazer desta normação².

Seria temerário abarcar todas as variadas soluções assumidas no tempo e no espaço para esse problema numa narrativa linear. Contudo, no recorte desta

¹ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. 2. ed. Ijuí: Ulniují, 2005. p. 135-137.

² “Já aqui se vislumbra o nexa entre direito e processo. O próprio conceito de direito processual está vinculado de forma inseparável a fenômeno verificado no plano do direito material, consistente na sua não realização espontânea”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 14.

pesquisa, interessam algumas grandes mudanças paradigmáticas³: 1º) a passagem da normação fundamentada em raciocínios mágicos para o que se pode chamar de métodos jurídicos racionalmente estruturados. Num extremo está a revelação da decisão a partir dos ordálios e os rituais pautados por fórmulas sagradas; no outro, a crescente organização dos procedimentos no sentido de provar as alegações. Assim, à processualística atual nos chega o “processo de conhecimento”, sob fortes ligações com a maneira que se julgava conhecer o mundo à época, e não apenas os litígios. Contudo, do dogmatismo dos profetas, passa-se a um novo dogmatismo, do juiz, que tem acesso privilegiado à verdade através de um determinado método: o processo. 2º) a partir daí, tenta-se estabelecer um controle das decisões, sem cair nas ilusões de positividade de um método que encubra relações de subordinação, de assujeitamento do outro, em prol de uma interpretação autoritária. A ruptura com este privilégio cognitivo do juiz levará a pensar em métodos jurisdicionais mais participativos. Num passo de volta, também não se pode desconsiderar a possibilidade de controle das decisões judiciais para além do método.

Estas questões alcançam a dogmática jurídica, onde cotidianamente se esbarra no dilema entre a crítica ao formalismo jurídico alienante e a defesa de procedimentos como garantias jurídicas contra arbitrariedades. À falta de uma compreensão de fundo, este impasse será contornado por algum discurso ingênuo, entre o instrumentalismo e o formalismo processuais. Eis o problema que este trabalho pretende enfrentar.

Objetiva-se, então, elaborar o aspecto aplicativo do direito, a metodologia que conforma a práxis jurídica. Sabendo que, quando discutimos método nas ciências, focamos procedimentos, e quando alçamos à filosofia, entra em questão o próprio caminho do pensamento⁴. Fazer filosofia no direito processual, então, é pensar os procedimentos a partir de vetores de racionalidade.

Tendo em vista a lacuna teórica a ser preenchida, interessa recuperar para o Direito elementos de um debate que influenciou a autocompreensão metodológica das Ciências Sociais. Trata-se do debate entre os filósofos Jürgen Habermas e Hans-Georg Gadamer, sobre a liberação da verdade frente ao pensamento

³TARUFFO, Michelle. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 33.

⁴STEIN, Ernildo. Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia [anexo]. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987. p. 129.

epistemo-procedural. Pode-se dizer que Habermas enfatiza um método dialógico como novo caminho para o pensamento contemporâneo, enquanto Gadamer atentará para o valor de um diálogo que está além de qualquer método.

Acompanham-se os desenvolvimentos desses referenciais, respectivamente, pelas escolas jurídicas do Processualismo Constitucional Democrático (PCD) e a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD).

De linhagem heideggeriana-gadameriana, a Crítica Hermenêutica do Direito ataca a discricionariedade judicial a partir da indisponibilidade histórica dos sentidos. Fala-se no constrangimento epistemológico do juiz a partir do “mínimo é”, uma compreensão minimamente compartilhada que já trazemos conosco, como comunidade de intérpretes. A isto tudo vem ligada uma suspeita contra o método nas humanidades, como transposição de artifícios técnicos para uma área em que servem mais para despistar subjetividades do que para permitir que a compreensão aconteça. Assim, entra em choque com visões procedimentalistas do direito.

De outra parte, se fortalece a matriz habermasiana pela Escola Mineira de Direito, mais especificamente na vertente denominada Processualismo Constitucional Democrático. Ataca o privilégio cognitivo do juiz, canalizando institucionalmente os impulsos comunicativos das partes. A tese da “comparticipação” trabalha a legitimação das decisões, na medida em que se garanta a simétrica paridade entre os atores processuais. Contudo, traz em suas raízes uma suspeita contra a tradição, que poderia ter sido sempre forjada em contextos de dominação. A suspeita se estende a tudo aquilo que não tenha passado pelo crivo de um procedimento discursivo. Assim, entra em choque com visões substancialistas do direito.

Apesar desta tensão de fundo, houve uma aproximação entre PCD e CHD, por ambas rejeitarem o modelo jurisdicional autoritário. Da academia, essa aproximação alçou ao debate público, culminando numa “aliança programática” durante a elaboração do novo Código de Processo Civil brasileiro. Convergiaram na positivação de institutos para o controle público das decisões. Contudo, divergências eventualmente se esgarçam à medida que os objetivos comuns vão sendo alcançados. Estabelecido o platô do debate, os detalhes podem ganhar relevância, enriquecendo cada vez mais a Teoria do Direito no país. No caso, conforme venha sendo alcançada a democratização do processo, ganha importância a questão da procedimentalização da democracia.

Como as teses da “comparticipação”⁵ e do “mínimo é”⁶ podem ser costuradas? Como dar conta da tensão entre a defesa de etapas discursivo-procedimentais na aplicação do direito do processo e a crítica ao paradigma epistemo-procedural?

Mais especificamente, objetiva-se:

- a) sistematizar os grandes esquemas metodológicos do processo;
- b) historiar os métodos monológicos da Processualística ligada ao esquema sujeito-objeto (estado-da-questão);
- c) analisar crítico-comparativamente o método dialógico e o “para-além-do-método” (estado-da-arte);
- d) explorar uma Processualística capaz de rearticular essas contribuições filosóficas do paradigma da intersubjetividade.

Trabalha-se sob a hipótese de que PCD e CHD podem se comensurar mutuamente, estabelecidos os limites processuais, a partir de onde se visualizam as possibilidades hermenêuticas de controle das decisões.

Para sua discussão, procede-se da seguinte maneira: no Capítulo 2 se expõe o estado da questão, com o processo judicial refém do esquema sujeito-objeto, funcionando como um método monológico de aplicação do direito. Tendo em vista sua crise, descerram-se de novos caminhos para a jurisdição pela ascensão do paradigma da intersubjetividade; no Capítulo 3, começa a exposição do estado-da-arte, com a Teoria do Discurso, que reconstrói o processo como método dialógico de aplicação do direito; no Capítulo 4, segue o estado da arte, com a Crítica Hermenêutica do Direito e seu controle das decisões judiciais para além do método; no Capítulo 5, recupera-se o debate Habermas-Gadamer, com suas repercussões jurídicas, partindo daí para uma análise comparativa entre PCD e CHD e encerrando com uma tentativa de rearticulação teórica entre a Teoria do Processo e Teoria da Decisão; e, por fim, no Capítulo 6, discutem-se as relações da PCD e CHD com o novo CPC, além das perspectivas que abrem para que o processo siga se democratizando.

⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Belo Horizonte, 2008. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf. Acesso em: 06 mar. 2015.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 368.

Quanto ao “método” desta pesquisa, adota-se uma abordagem fenomenológico-hermenêutica: mais do que sintetizar as posições, interessa compreender o que ficou claro⁷, a identidade que se manifesta em meio a essas diferenças. Afinal, trazendo à tona as estruturas do sistema de justiça e correlacionando-as aos vetores de racionalidade hermenêutico e dialético, espera-se aclarar o estatuto metodológico do processo judicial.

⁷ “Acontecia-me como acontecia a Leibniz que assegurava estar de acordo com quase tudo que lia. Mas diferentemente do grande pensador, nessa experiência não me senti estimulado a esboçar uma ampla síntese. Perguntava, antes, se a filosofia tinha o direito de pleitear essa tarefa sintética e se não deveria, antes, manter-se aberta de modo radical ao progresso da experiência hermenêutica, acolhendo tudo que fosse esclarecedor e opondo-me na medida do possível a que aquilo que houvesse ganhado clareza voltasse ao obscurecimento... A filosofia é esclarecimento, mas esclarecimento inclusive contra o dogmatismo de si mesma” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ : Vozes, 2002. p. 561.

2 MÉTODO MONOLÓGICO E(M) CRISE: O PROCESSO JUDICIAL NO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO

Neste capítulo, apresenta-se o problema cuja solução mobilizará os referenciais discursivo e hermenêutico nos capítulos seguintes. Ou melhor: desvela-se o problema, “descascando” suas camadas de sentido. Parte-se de sua manifestação doutrinária (2.1), recuperando seu alcance sócio-institucional (2.2) para, então, arriscar uma leitura paradigmática (2.3). Ao fim, faz-se um balanço do que foi dito, mostrando os novos caminhos que se abrem para a Jurisdição a partir daí (2.4).

2.1 AUTOCOMPREENSÃO METODOLÓGICA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO

No desafio à autocompreensão metodológica das Ciências Sociais, destaca-se o problema do Direito. O saber jurídico tenderia historicamente ao dogmatismo, operando como um *corpus* de representações funcionalizadas à solução de conflitos⁸. Por aí começa a se entender que a aplicação do direito só há pouco tenha ascendido à disciplina autônoma, no moderno Direito Processual. Contudo, mesmo neste curto período de elaboração, o processo judicial não ficou totalmente despercebido como problema metodológico.

Na doutrina brasileira, fala-se em processo como método do Direito, do Poder, da Jurisdição, de resolução de conflitos, de eliminação de crises de direito material, de produção de normas jurídicas, metodologia de garantia de direitos fundamentais, princípios metodológicos do processo e etc⁹. Ocorre que a maioria

⁸ STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 629, jul./dez. 2011. Disponível em: < <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2165/1766>>.

⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 21 e 41; DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 17-44 e 149-150. DIDIER, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 63. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Disponível em: < http://mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2012. MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. p. 13-32. Disponível em: http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1. Acesso em: 10 ago. 2014. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2004. p. 1 e 26.

dessas referências se dá de forma pontual, o que fragmentaria a presente análise. Nesse sentido, chama atenção a sistematização da doutrina processualística sob chave metodológica. São as chamadas “fases metodológicas do Direito Processual”¹⁰. Cândido Rangel Dinamarco fala em três grandes fases: sincretismo, autonomismo e instrumentalismo¹¹. A isto, Daniel Mitidiero pretende acrescentar uma quarta fase: o formalismo-valorativo¹². Assim, trabalha-se a classificação de Mitidiero neste tópico, agregando-lhe outras leituras.

Sob a denominação de sincretismo (ou praxismo), refere-se à “pré-história” processualística. Não havia separação entre os planos processual e material: ação é o direito subjetivo, processo é o procedimento e etc. Interessa desdobrar as considerações de Cândido Rangel Dinamarco:

[...] no sincretismo inicial os conhecimentos eram puramente empíricos, sem qualquer consciência de princípios, sem conceitos próprios e sem a definição de um método. O processo mesmo, como realidade da experiência perante os juízos e tribunais, era vista apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos: confundiam-no com o mero procedimento quando o definiam como sucessão de atos, sem nada se dizerem sobre a relação jurídica que existe entre seus sujeitos (relação jurídica processual), nem sobre a **conveniência política de deixar caminho aberto para a participação dos litigantes** (contraditório)¹³. (grifo nosso).

A autonomia científica do direito processual seria produto da modernidade, mais especificamente com os pandectistas alemães do século XIX. A Ação ocupa o pólo metodológico do recém-surgido processualismo científico, reajustando o “sistema de direitos subjetivos” romano (de inclinação privatista) a um “sistema de ações” (de inclinação publicista). Chega-se a uma teoria dual do ordenamento jurídico, bem demarcados seus planos material e processual. No limite: o juiz declara

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo horizonte: Mandamentos, 2001. p. 17-19.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. p. 13-32. Disponível em: http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1. Acesso em: 10 ago. 2014.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I. p. 259-263.

¹² Marco Félix Jobim refere ainda outras postulantes à quarta fase, como as visões neoprocessualista e neoinstitucionalista. JOBIM, Marco Félix. **Culturas, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 126-131.

¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. I. p. 260.

o direito na lei para o caso concreto por meio do processo. Certas as premissas fáticas e jurídicas, o resultado do processo será um silogismo¹⁴. Degenera num direito tecnicista, sem referências materiais.

Falando em “paradigmas doutrinários”¹⁵, Ovídio Baptista da Silva tece importantes críticas a isto que denomina de processo racionalista¹⁶. Em suma, ataca o “dogma ordinário-plenário-declaratório”: rito unificado e pré-estabelecido, possibilidade de tematizar questões laterais no mesmo processo e exegetismo na decisão — valendo lembrar as consequências práticas da tipologia das sentenças, como eficácias, prazos e etc. Contrapõe-lhe o que se chamaria “corte de sumariedade material”, tese com implicações na sua defesa da antecipação de tutelas, da especialidade de procedimentos, dentre tantas outras reconfigurações de institutos processuais levadas a cabo por seus alunos com base no chamado “encurtamento hermenêutico” do processo¹⁷. Neste aporte da hermenêutica filosófica à processualística, anuncia-se a tensão inexorável entre verdade e método. Sua crítica ao formalismo põe a questão de alternativas democráticas a ele. Contudo, Ovídio dá encaminhamento diferente da Crítica Hermenêutica do Direito à questão da discricionariedade, admitindo-a, em um “sentido fraco” que seja.

Já o chamado instrumentalismo expressa a tentativa de reaproximação entre os planos material e processual¹⁸, pela subordinação deste último ao primeiro.

¹⁴ MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. p. 64. Disponível em: http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1. Acesso em: 10 ago. 2014.

¹⁵ Direito Material e Processo. In: MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51-83.

¹⁶ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

¹⁷ Veja-se: ISAIA, Cristiano Becker. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do Direito Processual Civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito**: a jurisdição processual herdada e a jurisdição processual a ser desenhada por uma filosofia no processo. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011. p. 125, 184 e 266. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/CristianoIsaiaDireito.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹⁸ A questão dos planos gerou um debate especial na processualística, chegando às gerações recentes com monismos compreensivos de dualismos e dualismo compreensivos de monismos. Veja-se, respectivamente: RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal e la tutela judicial efetiva** — Hacia una Teoría Procesal del Derecho. Barcelona: J. M. Bosch, 2004; e ZANETTI JR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005. Disponível em: < <http://www.lume.ufrgs.b>

Aposta no juiz (discricionariedade num sentido forte) para constituir o direito no caso concreto, adequando o procedimento para tanto. Esmacece a distinção entre garantias processuais e entraves burocráticos à jurisdição¹⁹. É em função desta que o processo deve ser visto como adequado ou inadequado. No dizer corrente: “o Processo é instrumento da Jurisdição”. A Jurisdição ascende a novo pólo metodológico do Direito Processual.

Repensa-se a procura por uma ponte ontológica entre a *actio* e a *klage alemã* do século XIX, em que Windscheid e Muther lograriam emancipar o conceito de ação do direito material. Mais do que isso: deram causa ao “mito fundador” da Processualística, cujo “pecado original” a purgar seria o sincretismo dos planos material e processual. Em sua repercussão nacional, essa distinção dos planos passa por uma leitura combinada com o movimento deflagrado por Oskar Von Büllow. Segundo José Roberto dos Santos Bedaque:

Tanto a polêmica Windscheid-Muther quanto a obra de Bulow tiveram também o mérito de chamar a atenção para a existência do binômio direito-processo, ou seja, para a distinção entre o plano material e o processual do ordenamento jurídico. Surgiram, então, as concepções unitária e dualista, cujos respectivos defensores divergem a respeito da natureza da atividade jurisdicional, isto é, se ela implica a criação de direitos ou se o resultado produzido corresponde à simples declaração de direitos pré-existentes. O desenvolvimento dos estudos de direito processual revelou tratar-se

r/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?...1 >. Acesso em: 08 set. 2014. Para uma análise hermenêutica da questão, veja-se: FERREIRA LOPES, Ziel. Direito material e processual: redimensionamento hermenêutico da polêmica dogmática. In: **Processo, jurisdição e efetividade da justiça**. COIMBRA SILVA, Paulo Roberto; MOREIRA GUIMARÃES PESSOA, Flávia; SAMPAIO SIQUEIRA, Natércia (Org.). Aracaju: CONPEDI, 2015 [sem paginação]. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2vbeg275/C6C90yfxz4_097R3g> Acesso em: 01 dez. 2015.

¹⁹ Dierle José Coelho Nunes descreve bem o estado da questão: “Chega-se ao extremo de se visualizar o processo como entrave a um sistema jurídico que almeja alta produtividade judicial de decisões dentro do marco de um protagonismo da magistratura. Reduz-se o diálogo processual e geram-se decisões produzidas quase solitariamente pelos juízes; fator que potencializa a importância dos recursos e o aumento do tempo da tramitação processual. Resume-se o estudo do processo à sua aplicação jurisdicional e, muitas vezes, ao seu perfil infraconstitucional e técnico. Ou seja, esquece-se de que a efetividade normativa (Rechtsschutzeffectivität), lastreada na inafastabilidade do controle jurisdicional e no devido processo legal, deve garantir eficiência e legitimidade, com ampla possibilidade de influência de todos os sujeitos processuais”. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, Pouso Alegre, p. 21, 2008. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volumeespecial/02.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2014.. Seu trabalho será analisado em momento próprio (capítulo 3, item 3).

de ramo autônomo do Direito, não obstante manter com o direito substancial íntima relação, de instrumento para objeto²⁰

Na tese fundadora do instrumentalismo processual brasileiro (Escola Paulista), Cândido Rangel Dinamarco afirma que “o processo constitui o método estabelecido pelo direito para que a jurisdição seja exercida de modo correto adequado e seguro”²¹. Frisa pautar-se “pela garantia do contraditório” e que “a instrumentalidade de que se fala não é a do processo, como instituto de direito processual, a um outro instituto do próprio direito processual, que é a jurisdição”, mas “ao poder estatal, que é exercido sob a forma de jurisdição”.

Contudo, embora lamente as vulgatas de instrumentalidade, talvez não seja por acaso que estas sutilezas de sua concepção original se perdem. Para além de quaisquer ressalvas pontuais, sua tese é sistematicamente comprometida com a sensibilidade do juiz na persecução de “escopos sociais, políticos e jurídicos”. Isto fica mais visível no desenvolvimento que Bedaque lhe dá. Segundo ele, o processo ofereceria garantias de participação na atividade jurisdicional, mas direcionadas e flexibilizáveis pelo juiz²². Se comparada à fase anterior, o instrumentalismo não seria a negação do aspecto técnico do processo²³, mas um excedente. A instrumentalização, mais do que técnica, seria também ética (instrumento-ético)²⁴.

Não faltariam ataques da Crítica Hermenêutica do Direito²⁵ e do Processualismo Constitucional Democrático a esta escola, pela ingenuidade epistemológica de sua aposta no protagonismo judicial. Traçando as coordenadas dessa pesquisa, Marcelo Cattoni:

Como a aplicação jurídica não é questão meramente doutrinária, fez-se necessário interagir a teoria da interpretação jurídica e a teoria contemporânea do Direito Processual. Assim, nossas reflexões tiveram como pano de fundo as críticas ao formalismo jurídico liberal, advindas de autores como Cândido Rangel Dinamarco, bem como as críticas apresentadas à teoria dos escopos metajurídicos do

²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 34.

²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 265-266.

²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 21 e 41

²³ Que já embutiria alguma instrumentalidade.

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores. p. 26-32

²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 22, 42-63 e 96-97.

processo, por um autor especial que é Aroldo Plínio Gonçalves, com base em Elio Fazzalari. Pois se há algo tal como um “método” ou “metódica” próprios ao Direito, e não à Ciência Jurídica e à sua “metodologia”, esse método é o Direito Processual. Mas em que sentido? No sentido de que o Processo é o meio através do qual se descobriria a Verdade do Direito nas situações jurídicas concretas? Não. Tal idealização é incompatível não somente com o paradigma vigente de verdade (verdade intersubjetiva, consensual, datada...) mas também com a prática e com os princípios constitucionais de um Estado — o Democrático de Direito — que se assume como um projeto inacabado e aberto a melhores argumentos e ao julgamento da história. O que queremos dizer com a afirmativa de que, se há metódica jurídica, essa é a do Direito Processual, é que o próprio Direito, aplicado a si mesmo, através da organização e estruturação de procedimentos e, especificamente, dos processos legislativo, jurisdicional e administrativo, cria e possibilita as condições de sua produção e reprodução, e atualiza, como veremos, a pretensão de legitimidade democrática própria de todo o Direito moderno²⁶.

Evitando antecipar a discussão, vale registrar uma das primeiras críticas ao instrumentalismo a partir da hermenêutica filosófica, que surpreende ao focar o próprio procedimento e atestar sua indepassabilidade. Trata-se de um trabalho isolado de José Joaquim Calmon de Passos, cuja conclusão é esclarecedora:

Em resumo, não há um direito independente do processo de sua enunciação, o que equivale a dizer-se que o direito pensado e o processo do seu enunciar fazem um. Falar-se, pois, em instrumentalidade do processo é incorrer-se, mesmo que inconsciente e involuntariamente, em um equívoco de graves conseqüências, porque indutor do falso e perigoso entendimento de que é possível dissociar-se o ser do direito do dizer sobre o direito, o ser do direito do processo de sua produção, o direito material do direito processual. Uma e outra coisa fazem um. Parodiando Gadamer, ao afirmar que o “ser” que pode ser compreendido é linguagem também assevero que o processo (comunicação, palavra) nada mais é que a linguagem que dá concreção ao (pensamento) direito. E se o rigor terminológico é algo indissociável de qualquer saber com pretensões de racionalidade, portanto de respeitabilidade, esse rigor se faz muito mais exigente num saber, como o jurídico, quase que totalmente constituído daquele conhecimento conceitual a que já aludimos. Nele, precisão e rigor terminológicos são essenciais. Faltando isso falta a ciência do direito, substituída pelo discurso (no sentido comum da palavra) jurídico, totalmente desprovido de autoridade...²⁷

²⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo horizonte: Mandamentos, 2001. p. 17-19.

²⁷ PASSOS, Joaquim José Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, p. 10, 2001. Disponível em: < http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSO_S.pdf>. Acesso em: 08 set. 2014.

Partindo do mesmo vetor de racionalidade, Ovídio apontou limites no formalismo²⁸ e Calmon no informalismo. Falta modular este argumento, isto é: em que medida as formas de enunciação se adequam ao direito que se prenuncia?

De sua parte, Mitidiero reconhece no instrumentalismo um avanço na articulação do processo ao marco constitucional, tomando a Constituição como “nova forma histórica do direito”²⁹ — como foram os Códigos no processualismo científico. Acompanha sua denúncia das insuficiências do modelo jurisdicional declaratório. Contudo, tenta restabelecer a importância das formas que ficavam relativizadas pelo instrumentalismo na persecução do direito material pelo juiz:

O formalismo processual ideal encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas do Autor, do Juiz e do Réu. Essa idéia de **processo como pólo metodológico central de teoria do processo civil contemporâneo** bem responde ao caráter essencialmente problemático assumido pelo direito hoje, para cuja solução concorrem, argumentativamente, todos aqueles que participam do feito. **A propósito, a passagem da jurisdição ao processo corresponde, em termo de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética: do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário.** (grifo nosso)³⁰.

Como topo da escala evolutiva, situa o Formalismo-Valorativo (fundado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira) a que adere.

O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico³¹.

²⁸ Não ignorando as diferenças de seu encaminhamento anti-formalista com relação ao de Dinamarco.

²⁹ MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo.** 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. p. 29. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1>. Acesso em: 10 ago. 2014.

³⁰ MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo.** 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. p. 30-31. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1>. Acesso em: 10 ago. 2014.

³¹ MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo.** 2007. Tese (Doutorado em Direito) –

Contudo, Lenio Luiz Streck e Francisco Borges Motta contestaram sua fundamentação para este salto³² do plano axiológico ao plano deontológico, além da ambiguidade com que se mantém entre eles. Nisto concordam a CHD e a Teoria do Discurso³³: princípios não são valores. Valores fluem para o Direito pelas vias institucionais, e daí passam a interessar ao jurista. Isto não está à disposição do jurista, e nem mesmo do Legislador. Há uma Constituição, outras leis, doutrina, jurisprudência e a sociedade a controlar este processo. No formalismo-valorativo, pela falta desta distinção rigorosa, tanto o processo quanto o direito material perdem seu estatuto jurídico.

Afinal, ao correlacionar tais fases metodológicas com o direito positivo, parece fora de disputa a inspiração processualista-cientificista do Código de Processo Civil ainda em vigor (CPC/1973) e o instrumentalismo das reformas das últimas décadas. Disto há referências explícitas em processos legislativos, categorias doutrinárias evocadas na lei, além da evidente filiação acadêmica dos idealizadores.

Já durante a elaboração do novo Código de Processo Civil (CPC/2015³⁴, em vacância), Mitidiero e outros vinham intervindo no debate público a partir do marco teórico do Formalismo-Valorativo. Antes de colocar em disputa o que deveria ser um novo processo, interessa aprofundar a compreensão do presente. A o quê respondiam a doutrina e sua recepção legal? Recuperando alguns indícios disso, atente-se para a exposição de motivos do CPC/1973:

[...] a fim de pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais [...]. Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas. [...] racionalizar-lhe o sistema e torná-lo um instrumento dúctil para a administração da justiça³⁵.

Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007, p. 32. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1>. Acesso em: 10 ago. 2014.

³² STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 213, p. 5, 2012. Ver capítulo 5.2.1.

³³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 314-330.

³⁴ Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

³⁵ BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. In: **Código de Processo Civil**: histórico da lei. v. 1, tomo 1. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, 1974. Disponível em:

Este programa normativo é justificado por uma concepção peculiar do que é o Direito Processual:

Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. [...] Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. (grifo nosso)³⁶³⁷.

Era o auge da ditadura militar³⁸, com todos os problemas para se estabilizar o Poder e manter a integração social sob essas condições. Trata-se da administração da justiça durante uma crise de legitimidade. Mais especificamente, neste recorte técnico da aplicação do direito, vem à fala o dilema histórico entre formas e valores levantado por Weber. Como se diferenciam, se desenvolvem e se ajustam estes aspectos formal e valorativo do arranjo sócio-institucional?

2.2 APLICAÇÃO DO DIREITO COMO RACIONALIZAÇÃO FORMAL

No diagnóstico das instituições modernas, destaca-se o trabalho de Max Weber. Inova a pesquisa social ao se questionar, antes de tudo, por que as sociedades se mantêm unidas. Não se trata mais de pressupor a sociedade para modelar suas instituições numa prancheta. Parte da constatação de que a força física deixada a si mesma rapidamente se dissipa. Um arranjo social duradouro depende de alguma legitimação. Com base nessa legitimação, divisa uma respectiva forma de dominação, em que há alguma aderência dos dominados, algum ajuste de expectativas. Para tanto, cunha os tipos ideais, arquétipos descritivos que não se encontram de forma pura na realidade. Identifica três tipos ideais de dominação: tradicional, carismática e racional-legal. A dominação tradicional está “baseada na

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 28 jun. 2015.

³⁶ BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. In: **Código de Processo Civil**: histórico da lei. v. 1, tomo 1. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, 1974. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 28 jun. 2015.

³⁷ Chamando atenção para isso: COHEN-KOPLIN, Klaus. Processo e Constituição: apresentação da dicotomia e de sua superação. In: **Anais do VI Colóquio De Pesquisa**. Porto Alegre: UNIRITTER, 2010. p. 2-3. Disponível em: http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/28039/2498/com_identificacao/artigo%20%20vers_o%20identificada.pdf. Acesso em: 31 jul. 2014.

³⁸ Vigia então o Ato Institucional nº 5, que modificou a ordem constitucional suprimindo direitos e garantias fundamentais.

crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade”. A carismática está “baseada na veneração extraordinária da santidade, do poder heroico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas”. E a racional está “baseada na crença na legitimidade das ordens estatuídas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação”³⁹.

Nota-se a pressuposição da assimetria no meio social, o que se deve justamente à atitude descritiva de Weber. Isto porque não se colhe à experiência histórica documentada a ocorrência de sociedades livres de dominação. Nem para a democracia contemporânea tinha grandes expectativas de controle popular.

Fazendo uma síntese das concepções sobre política e democracia em Weber, constatamos, em primeiro lugar, que como na sua conceituação de dominação racional-legal a legitimidade advém da crença de que quem exerce a autoridade política o faz por direito, uma vez que o governante é eleito por regras estabelecidas e vigentes na sociedade, é interessante a percepção de Weber sobre a democracia. Para ele, a soberania popular se resume ao sufrágio universal. O processo é democrático somente na escolha e legitimação do governante. Não cabe ao governante atuar em função da vontade das massas que, segundo ele, são emocionais e irracionais. O sufrágio universal serve para realizar uma aclamação periódica que confirma o carisma do líder escolhido. Em momento algum ele identifica a participação das massas com a participação no poder. A participação das massas é importante na escolha dos líderes enquanto mais um fator de seleção de homens hábeis para dirigir a nação⁴⁰.

Antes disso havia “legitimidade” sem legalidade, sem resistência de qualquer ordem jurídica objetiva ao arbítrio da liderança carismática. Depois, o muito que a modernidade conseguiu foi a racionalização formal da dominação, para que a “legimitidade” produzisse legalidade. Weber era um positivista, mais por fatalismo com relação às alternativas do que por entusiasmo à moda dos exegetas. Rompidas as formas de vida tradicionais pelas sociedades complexas, aponta o dilema entre a racionalidade formal (meios-fins) e material (valorativa) do direito. A manutenção da primeira reforça a dominação racional-legal, que tende a degenerar em tecnocracia e burocracia. Já contemplar a segunda rompe com a forma do direito e leva à

³⁹ WEBER, Max. Os tipos de dominação. In: **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. II. cap. III. p. 141.

⁴⁰ CASTRO MATTOS, Patrícia. **As visões de Weber e Habermas sobre Direito e Política**. Porto Alegre: Serigo Antonio Fabris, 2012. p. 53.

dominação carismática, que inexoravelmente cai em demagogia ou volta à burocracia pela rotinização do carisma. Afinal, não parece haver termo de conciliação entre estas duas dimensões.

Tomando sua *Sociologia do Direito* (1921) sob chave de leitura processualística⁴¹, vê-se como os ordálios atendem à estabilização política de comunidades tradicionais. Coincidem “criação do direito” e “aplicação do direito”. Diante da complexidade crescente das sociedades, a religião comum e as tradições foram substituídas por códigos e dogmática; os sábios e profetas foram substituídos por juristas; o “pensamento magicamente orientado” por uma “racionalidade lógico-metódica”⁴². No limite:

é criada de maneira puramente racional uma lei livre de qualquer ‘preconceito’ histórico, que (supostamente), recebe seu conteúdo somente do bom senso, combinado com a razão de Estado específica da grande nação que deve seu poder ao gênio, não à legitimidade⁴³.

À modernização da sociedade, segue uma estruturação silogística do processo judicial, em que um juiz deduz a sentença da lei para o caso concreto. Essa nova institucionalidade, e todo imaginário que a sustenta, são relacionadas ao novo regime de produção capitalista⁴⁴. Na racionalização ocidental, perdem-se os

⁴¹ Vale destacar o seguinte trecho: “o desenvolvimento do direito e do procedimento jurídico, dividido em ‘etapas de desenvolvimento’ teóricas, conduz à revelação carismática do direito por ‘profetas jurídicos’ (criação de direito cautelar e de direito baseado em precedentes) — por meio da criação e aplicação empírica do direito por honratiões jurídicos (criação de direito cautelar e de direito baseado em precedentes) —, à imposição do direito pelo imperium profano e por poderes teocráticos e, por fim, ao direito sistematicamente estatuído e à ‘justiça’ aplicada profissionalmente, na base de uma formação literária e formal lógica, por juristas doutos (juristas especializados) As qualidades formais do direito desenvolvem-se nesse processo a partir da combinação de um formalismo magicamente condicionado a uma irracionalidade determinada pela origem em revelações, no procedimento jurídico primitivo, passando, eventualmente, por uma racionalidade material ou não-formal, ligada a um fim e patriomonal ou teocraticamente condicionada, rumo a uma sistemática jurídica crescentemente especializada e, portanto, lógica e, por essa via, — sob aspectos puramente externos —, ao progresso da sublimação lógica e do rigor dedutivo do direito e da técnica racional do procedimento jurídico”. WEBER, Max. *Sociologia do Direito*. In: **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. II. cap. VII. p. 143.

⁴² WEBER, Max. *Sociologia do Direito*. In: **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. II. cap. VII, p. 15-19.

⁴³ WEBER, Max. *Sociologia do Direito*. In: **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. II. cap. VII. p. 134.

⁴⁴ Não numa relação de causalidade, mas de “afinidades eletivas”: “[...] situações econômicas não engendram, automaticamente, novas formas jurídicas, mas compreendem em si a possibilidade de que uma invenção técnico-jurídica, uma vez feita, também se divulgará”. WEBER, Max. *Sociologia do Direito*. In: **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. II. cap. VII. p. 127.

valores e tudo passa a ser pautado pelo agenciamento técnico de meios com relação a fins. O direito cumpre um papel importante nisso tudo. Entre eventuais inflexões sociais (desformalizantes) ou liberais (formalizantes)⁴⁵, deu-se o afastamento do direito popular por um direito dos juristas⁴⁶. Não surpreende que esse apelo técnico-jurídico tenha ganhado importância para a estabilização de ditaduras militares modernas, suplementando o carisma.

Na chamada Escola de Frankfurt, vários pensadores assimilariam a racionalização ocidental à tese marxista da alienação do trabalhador no capitalismo. Avançavam sobre o dilema (formal-material) weberiano, para condenar toda forma burguesa que sustentava este regime, incluindo o Estado e sua Jurisdição. Mas restava o impasse sobre um arranjo sócio-institucional alternativo. Partindo daí, Habermas tentará encontrar linhas de fuga na realidade existente, que pudessem ser teoricamente elaboradas num modelo contrafático para uma sociedade emancipada. Esse projeto começa com *Técnica e Ciência como Ideologia* (1968)⁴⁷ e atinge seu ponto culminante em *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (1992)⁴⁸.

Procurará outra relação entre Estado e sociedade, entre Direito e Moral e a possibilidade de legitimidade através da legalidade. Todas essas inovações recebem seu impulso inicial na visualização de outra racionalidade possível. Na esteira de Adorno e Horkheimer, acusará Weber de, em última análise, só contemplar uma

⁴⁵ WEBER, Max. Sociologia do Direito. In: **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. II. cap. VII. p. 102-104; 137-140 e 146.

⁴⁶ Não se ignore a existência de apologias a esse fenômeno. Segundo Michele Taruffo, celebrado filósofo do direito processual, a grande mudança paradigmática de sua área de estudo seria a passagem da normação fundamentada no *enchantment* para os métodos jurídicos *truth acquiring*. Antes a decisão se revelava a partir de rituais pautados por fórmulas sagradas; depois, a organização dos procedimentos no sentido de provar as alegações. Essa caracterização iluminista da história introduz sua tese em TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vicente de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. Pretende reabilitar a noção de verdade para o Direito, mais especificamente, a verdade correspondencial. Assim, decisão correta se funda em correta apuração dos fatos. Tomando a pesquisa científica como modelo ideal, o processo é tanto melhor quanto mais epistemicamente estruturado. Restrições epistêmicas devem ser questionadas. Traduz isso institucionalmente em amplos poderes instrutórios para o juiz, sujeito que desempenharia a “função epistêmica fundamental” (p. 204) no processo, desacreditando as partes como interessadas, portanto hostis à verdade. Confiar-lhes a formação das razões de decisão (*adversarial system*) seria mero fruto da ideologia liberal, assim como confiar as próprias decisões judiciais aos leigos (*jury trial*). Outras otimizações da função epistêmica do processo passariam pelo questionamento das preclusões, das presunções, dos sigilos e etc.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987. p. 45-92.

⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.

racionalidade meio-fim. A essa racionalidade liga-se um agir instrumental, estratégico, orientado por interesses, monológico. Para além dela, Habermas falará na existência de um agir orientado ao entendimento, dialógico, com potencial crítico e emancipatório, anunciando outra racionalidade até aqui ignorada, uma racionalidade comunicativa. Esta seria a nova fonte de integração social nas sociedades pós-tradicionais. À falta dos valores objetivos, haveria a separação das esferas de ação e a perda do sentido. Mas a malha significativa social não é só resultado do cruzamento de linhas de ação individuais, de agentes ensimesmados. Para além do enfoque objetivante com relação aos demais agentes, há uma mínima antecipação do entendimento na ação (já embutindo interação), uma necessidade de se colocar no lugar do outro para que a sociedade não se dissipe. À falta dessa mínima liga comunicativa, só restaria espaço para imposição violenta dos próprios fins aos demais agentes. Por isso, a razão comunicativa não se trata de especulação, mas de algo já operante no mundo e que pode servir de fundamento para a reconstrução das ciências, das instituições e da sociedade como um todo. A mesma Razão que funda a Modernidade, que sob o discurso iluminista terminou otimizando a dominação, agora, reconstruída em bases comunicativas, poderia finalmente emancipar.

PRÉ-MODERNIDADE	MODERNIDADE
Rituais	Método (“monológico”)
Raciocínio mágico	Racionalidade formal-instrumental
Sincretismo entre Direito e tradições culturais	Autonomia do Direito frente às tradições culturais
Legitimidade sem legalidade (resistência de qualquer ordem jurídica objetiva ao arbítrio da liderança carismática)	“Legitimidade” produz legalidade (racionalização formal da dominação)
Indistinção entre criação do direito e aplicação do direito	Aplicação do direito como silogismo do direito criado
Ausência de controle democrático	Controle democrático sobre a investidura no Poder (eleições e concursos, além de parentesco, força e religião)

Tabela 1 – O direito pré-moderno e moderno em Weber

2.3 DESTRUINDO A HISTÓRIA DA PROCESSUALÍSTICA

Correlata ao trabalho de Weber na teoria social, há na filosofia uma denúncia célebre da modernidade e suas tendências à tecnificação do mundo. Trata-se da leitura que Martin Heidegger faz da história ocidental, ou melhor, da sua desleitura⁴⁹. Isto porque ele a encarara como história do esquecimento do ser, justamente a questão originária da filosofia, que precisa ser resgatada.

Essa questão surge da coexistência do uno e do múltiplo. Se só existisse o uno, tudo ainda dormitaria num universal; se só existisse o múltiplo, o conhecimento se dispersaria em coisas particulares. Contudo, já se opera cotidianamente com essa ambiguidade; já se reconhece unidade em meio à multiplicidade.

Diz-se que alguma coisa é, tem-se um nome para ela. Não um só nome para tudo, nem uma série de nomes irrepitíveis para cada coisa. E sabe-se que há coisas “idênticas” que não são a “mesma coisa” (“o lagarto não é o lagarto em geral, mas precisamente este”⁵⁰). Mas continuam se reconduzindo a um mesmo nome (cada lagarto continua sendo um lagarto). Então, como se dão nomes às coisas? Seria que cada coisa já traz o nome em sua essência ou é o sujeito que lhe dá nomes a partir da sua consciência?

Tentar dizer aquilo que “é” (ser), para além daquilo que aparece (ente), leva o conhecimento a extrapolar a realidade sensível. Daí a necessidade de fundamentar o conhecimento para além (*meta*) da natureza (*physis*).

Data de Aristóteles a grande formulação metafísica⁵¹ que inquietaria para sempre Heidegger: “ser é aquilo que se predica de múltiplos modos”. A partir daí, o filósofo alemão veria o ser sendo encoberto pelo ente e esquecido nas várias épocas que se seguem. Na metafísica clássica, o ser é entificado pelas ideias platônicas, o Motor Imóvel do próprio Aristóteles, a substância, o Deus cristão dos escolásticos e etc. Esses “entes absolutos” surgem para tampar o problema da fundamentação-da-fundamentação, sob o qual repousam as verdades. Tentam capturar o ser num ente primordial. O fundamento último era então uma essência

⁴⁹ Termo cunhado pelo crítico literário norte-americano Harold Bloom, apropriado na fenomenologia-hermenêutica de Ernildo Stein (**Às voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: UNIJUÍ, 2014. p. 15-41).

⁵⁰ HEIDEGGER, Martin. **O que é uma coisa**: doutrina de Kant dos princípios transcendentais. Lisboa: Edições 70, 1987. p. 25.

⁵¹ Fala-se também da origem bibliotecária deste termo, pelo qual se referiam os escritos aristotélicos à parte daqueles que tratavam da Física. STEIN, Ernildo. **Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 27.

(*onto*) que provinha de Deus (*teo*) por derivação (lógica). Este seria o lugar das verdades, a que o intelecto deveria se adequar. A metafísica clássica marca a era em que a filosofia seria uma espécie de muleta da teologia.

Durante a crise da dogmática medieval, o fundamento se desloca para o sujeito, para o conhecimento metódico a partir dele (*episthème*). Começa a era da Ciência, do antropocentrismo, do racionalismo.

Contudo, a modernidade não põe fim ao caráter ontoteológico da metafísica, como se poderia supor. Ocorre que esse sujeito moderno imita Deus em sua absoluta auto-posseção. Agora são as coisas que devem se adequar ao intelecto, novo lugar da verdade. Também o método sai contaminado. Se, em sentido grego, era apenas um caminho, agora recebe o peso metafísico de garantir previamente a verdade, pôr a salvo e conquistar para si um ente⁵².

Em última análise, o *subiectum* e a *substantia* são uma só e mesma coisa: *hypokeimenon*⁵³. Isto é: o-que-subjaz, um fundamento último, princípio absoluto de todo pôr⁵⁴. O que está na coisa sou eu que ponho. Com isso, Deus entra na filosofia pela porta dos fundos⁵⁵, porque o homem o sucede como dono da verdade. Muda apenas a polaridade, do objetivismo para o subjetivismo, mas continua o problema do fundamento último.

No limite das aporias do esquema sujeito-objeto, Kant diria que o grande escândalo da razão humana era até então não se ter achado a ponte entre a consciência e o mundo, uma prova definitiva das coisas exteriores. A saída do solipsismo virá pela negação do abismo que essa ponte precisaria transpor. Heidegger será pioneiro em sua crítica, ao dizer que o grande escândalo é que continuemos procurando a ponte, quando o homem instaura mundo na medida em que é por ele instaurado⁵⁶.

Então, acaba a contraposição entre sujeito e objeto. Sujeito e objeto se dão numa relação de mútuo pertencimento, um dar sentido e haurir sentido enlaçados

⁵² STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983. p. 19.

⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 103.

⁵⁴ HEIDEGGER, Martin. **O que é uma coisa**: doutrina de Kant dos princípios transcendentais. Lisboa: Edições 70, 1987. p. 106-108.

⁵⁵ HEIDEGGER apud STEIN, Ernildo. Mudança de paradigma e método. In: **Seis estudos sobre Ser e Tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 43.

⁵⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 8 ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 271-274.

pela historicidade e pela linguagem que lhe dá voz. O lugar dos sentidos não é mais a essência nem a consciência, mas esse enlace que é intersubjetivo, esse mundo compartilhado. Nós e as coisas já nos achamos lançados num universo de sentidos. Por isso, a questão do ser não estaria fora da mundanidade, resguardada numa essência ou consciência. Ser já é no mundo.

O mundo invade a filosofia, deixando de ser algo que se devesse purgar (pelo solipsismo metódico cartesiano ou pela redução transcendental hursseliana); ele é o irreduzível, por ser justamente aquilo que constitui, que funda o espaço em que desde já sempre nos movimentamos. Assim, o caráter difuso do mundo abala as estruturas rígidas do fundamento último. Muitos pensadores ditos “pós-modernos” verão nisso a dispersão total dos sentidos, o fim da própria verdade.

Ocorre que, da perspectiva hermenêutica, a superação do fundamento último não nos lança na falta de fundamento. Heidegger inaugura a ideia de um fundamento sem fundo, isto é, uma historicidade que nunca se pode resgatar totalmente, na plenitude de seus sentidos, mas que já sustenta qualquer compreensão. Por isso, desligar a verdade de Absolutos supra-históricos (Deus ou o sujeito transcendental) não significa perdê-la no relativismo; a verdade se reconhece no trans-histórico, em meio às contingências e por causa delas. A verdade não se dá mais por adequação a um dado ente, mas pela manifestação temporalizada do ser.

À abordagem sensível a isto, Heidegger chamara de *destruktion*. Quer-se “destruir” a tradição metafísica, mas não como de dispersão total dos sentidos, e sim num sentido de desobstrução, retomada de algo que se perdeu, restauração de uma dimensão originária e autêntica. Elevando essa abordagem a “método” — método em sentido autêntico de que fala o parágrafo sétimo de *Ser e Tempo* —, tem-se a fenomenologia hermenêutica: deixar mostrar-se a partir de si mesmo aquilo que se ocultava, a manifestação (*phainomenon*) do ser nos entes.

O plano lógico-explicativo é apenas a superfície; há ainda uma dimensão de profundidade, em que está mergulhada a compreensão. A fenomenologia seria justamente não se distrair mais com a estrutura manifesta dos sentidos, mas buscar os sentidos latentes da estrutura. Há uma alegoria de Ernildo Stein que sintetiza essa transição da epistemologia para a fenomenologia hermenêutica:

Ocorria com a filosofia o que conta a anedota do senhor que sai às 11 horas da noite para passear com seu cachorro na praça e perde

as chaves. Só há um poste de luz e ele começa a procurar as chaves ali, nas luzes. Passa um outro solitário da noite e pergunta: O que o senhor está procurando? Estou procurando as chaves. O senhor sabe que as perdeu aqui? Não, não sei se as perdi aqui, mas, aqui tem luz, responde o senhor. A investigação se fazia sempre assim. Não se investigava no escuro. Só se investigava a partir de parâmetros previamente estabelecidos. Foi esse o estranhamento que, de certo modo, a tradição produziu na filosofia. O indivíduo na reflexão filosófica perdia-se em campos que talvez não rendesse nada, mas ele estava procurando⁵⁷.

Assim, Heidegger subverte a teoria do conhecimento moderna, recuperando a compreensão do ser num pensamento que se contentava em explicar entes. Mas o maior desafio à compreensão ainda estaria por vir.

O filósofo aponta uma nova ameaça de encobrimento do ser: a técnica⁵⁸. O destino da ciência experimental seria a Era da Técnica, do dispositivo, da armação, da parafernália, do método, da instrumentalidade, a perda total do questionamento, do outro e de si mesmo. Tudo passa a ser calculado e quantificado. Tudo é reduzido a objeto de domínio. Neste momento dramático, a saída que o filósofo vislumbra não seria a fuga da técnica, mas seu atravessamento heróico: questionar a própria técnica.

Certamente o Direito não fica imune a toda essa travessia paradigmática. Pode-se dizer que, na modernidade, a fundamentação do direito migrou dos grandes quadros da ontologia (clássica) para os da epistemologia. Se podemos remeter os ordálios à “*substantia*” (as essências ou seu Criador), o “*ordo processualis*” desloca o fundamento último para o “*subiectum*”.

Os procedimentos mágicos apelavam para a vontade dos deuses ou uma qualidade intrínseca aos litigantes que definiria o litígio. Já os procedimentos racionais apelavam para a virtude epistêmica de um juiz que avalia as provas a partir de sua consciência.

Michel Foucault até radicalizaria essa análise. Para ele, não é apenas o processo que se “epistemologiza”; a epistemologia é que nasceu do processo judicial, que deu o modelo de *enquête* para as Ciências Exatas⁵⁹. Seu mito fundador

⁵⁷ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Edipucrs: Porto Alegre, 1996. p. 40.

⁵⁸ HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. Tradução de Marco Aurélio Werle. **Scientiæ zudia**, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 375-398, 2007.

⁵⁹ “[...] O inquérito como pesquisa autoritária de uma verdade constatada ou atestada se opunha assim aos antigos processos do juramento, da ordália, do duelo judiciário, do julgamento de Deus ou ainda da transação entre particulares. O inquérito era o poder soberano que se arrogava o direito de estabelecer a verdade através de um certo número de técnicas regulamentadas. Ora, embora o

já estaria em Édipo-Rei, o sujeito arrogante que não quer depender dos ordálios para conhecer a verdade, mas investigar a partir de si mesmo. É exposto como sendo o próprio criminoso que procura, pelos testemunhos de simples escravos, que viram e lembravam a verdade. Termina destronado e furando os próprios olhos com que tanto quis ver⁶⁰.

A culminação desse paradigma jurídico se dá na Modernidade. A ele correspondem novos arranjos institucionais, surgindo o Estado como uma espécie de macrossujeito. O Estado-Sujeito é o que põe o fundamento, cria e aplica o Direito. A certa altura, pode-se dizer que a Jurisdição é elaborada como declaração/constituição do direito (objeto) pelo Estado-Juiz (sujeito) através do processo (método). As partes sobram (são assujeitadas).

A moderna teoria processual desenvolveu um conceito de jurisdição que está estreitamente vinculado ao conceito de sujeito. Isso fica claro não apenas porque aquele que exerce a função jurisdicional possui consciência-de-si (sendo, portanto, sujeito), mas porque estrutura o regramento da jurisdição (processo) do mesmo modo como a filosofia da subjetividade organiza seu esquema metodológico. Há um vasto número de expressões que compõem o vocabulário processual que aponta para isso. Enunciados do tipo ‘o destinatário da instrução é o juiz’ ou, ainda, ‘a instrução processual visa gerar no juiz a certeza necessária para prolação da sentença’ carregam consigo a (falsa) ideia de que a ‘certeza’ do conhecimento se forma na mente, na consciência do julgador. [...] esse procedimento moderno de inversão do esquema sujeito-objeto não é suficiente para a determinação de um contexto de fundamentação verdadeiramente compartilhado e carrega consigo, como agravante, a concepção aristotélica de substância⁶¹.

inquérito, desde aquele momento, se tenha incorporado à justiça ocidental (e até em nossos dias), não se deve esquecer sua origem política, sua ligação com o nascimento dos Estados e da soberania monárquica, nem tampouco sua derivação posterior e seu papel na formação do saber. O inquérito foi com efeito a peça rudimentar e fundamental, para a constituição das ciências empíricas; foi a matriz jurídico-política desse saber experimental, que, como se sabe, teve seu rápido surto no fim da Idade Média. É talvez verdade que a matemática, na Grécia, nasceu das técnicas da medida; as ciências da natureza, em todo caso, nasceram por um lado, no fim da Idade Média, das práticas do inquérito. O grande conhecimento empírico que recobriu as coisas do mundo e as transcreveu na ordenação de um discurso indefinido que constata, descreve e estabelece os “fatos” (e isto no momento em que o mundo ocidental começava a conquista econômica e política desse mesmo mundo) tem sem dúvida seu modelo operatório na Inquisição — essa imensa invenção que nosso recente amolecimento colocou na sombra da memória.[...]”. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramalheite. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014. p.217.

⁶⁰ Sófocles estava fazendo uma crítica a Édipo. Sem Édipo, Foucault junta ainda uma metacrítica à alternativa vislumbrada por Sófocles. Para aprofundamentos: FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

⁶¹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira; KARAM, Trindade André. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo

Assim, Deus também entra no processo judicial pela porta dos fundos. Se não oficia mais um sacerdote ou um profeta, o juiz que lhes sucede é como o próprio Deus em sua auto-referência. E, nesse encapsulamento, sobra o mundo. É o alerta de Ernildo Stein, quando fala da revolução que seria introduzir o mundo na reflexão jurídica:

Vamos entender que o direito não é simplesmente um processo em que o juiz subsume um caso particular numa espécie de princípio universal. Vamos começar a perceber que este princípio, do qual tanto se faz uso no direito — da subsunção —, é um princípio que já pressupõe desde sempre uma espécie de como o caso concreto, que está em litígio entre dois indivíduos diante da justiça, faz parte de um mundo comum, de onde a lei emerge e de onde o juiz, de certo modo, retira os critérios últimos para aplicar a lei a um caso. Quer dizer, começamos a perceber em todos os campos das ciências humanas esta questão do mundo vivido⁶².

Mas nem bem se reagiu ao “cartesianismo processual” e a processualística já se depara com o desafio maior, a Era da Técnica. A jurisdição dilui-se em gestão judiciária, metas do Conselho Nacional de Justiça, *links* do *e-process* e tantas outras technicalidades que, embora aumentem a eficiência, distraem-nos das qualidades próprias do que é mesmo o direito. Parafraseando Heidegger: não é mais o CNJ que está instalado sobre a justiça, mas a justiça que está instalada sob o CNJ⁶³.

2.4 PARADIGMA DA INTERSUBJETIVIDADE: NOVOS CAMINHOS PARA A JURISDIÇÃO

A obra de Heidegger é bem conhecida de Habermas. Ele foi heideggeriano no início de sua carreira, para depois romper com Heidegger de modo violento. Apesar

judicial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 05-06, jan-abr, 2013. Disponível em <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

⁶² STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí : Unijuí, 2001. p. 44.

⁶³ “A central hidroelétrica está posta no rio Reno. Ela coloca <stellt> o Reno em função da pressão de suas águas fazendo com que, desse modo, girem as turbinas, cujo girar faz funcionar aquelas máquinas que geram a energia elétrica, para a qual estão preparadas as centrais interurbanas e sua rede de energia destinada à transmissão de energia. No âmbito dessas conseqüências engrenadas de encomenda de energia elétrica aparece também o rio Reno como algo encomendado. A central hidroelétrica não está construída no rio Reno como a antiga ponte de madeira, que há séculos une uma margem à outra. Pelo contrário, é o rio que está construído na central elétrica. Ele é o que ele agora é como rio; a saber, a partir da essência da central elétrica, o rio que tem a pressão da água [...]”. HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. Tradução de Marco Aurélio Werle. **Scientiæ zudia**, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 375-398, 2007.

disso, continua a haver uma ligação paradigmática. Como o próprio Habermas reconhece, ambos podem ser enquadrados no paradigma da intersubjetividade. Mesmo quando sobe o tom, em seu *A corrosão crítico-metafísica do racionalismo ocidental: Heidegger*⁶⁴, ainda há momentos de leitura aproximativa:

Na lição sobre Nietzsche proferida em 1939 encontra-se um interessante capítulo intitulado 'compreensão e Cálculo'. Nele Heidegger dirige-se como sempre contra a abordagem monológica da filosofia de consciência. Esta parte do sujeito singular que, discernindo e agindo, defronta o mundo objetivo das coisas e dos acontecimentos. A consolidação da existência do sujeito surge como manejo calculista de objetos perceptivos e manipuláveis. Dentro deste modelo também a dimensão antecedente da compreensão mútua deve surgir sob a categoria do 'poder contar com as (outras) pessoas'. Em oposição a isto, Heidegger acentua o significado não-estratégico do consenso alcançado intersubjetivamente, sobre o qual assenta realmente 'a relação com o outro, com a coisa e consigo próprio': 'Entender-se a respeito de uma coisa significa pensar o *mesmo* sobre isso e, no caso de divergências de opinião, determinar os aspectos em relação aos quais subsiste quer acordo quer discrepância... Uma vez que os equívocos e as incompreensões são apenas variações degeneradas do entendimento mútuo... deve estabelecer-se primeiro a aproximação dessas mesmas pessoas na sua mesmidade e ipseidade através da compreensão' (ibid., pp. 578-579). Nesta dimensão da compreensão residem igualmente as fontes necessárias à subsistência dos grupos sociais, entre outras aquelas fontes da integração social que se esgotam na modernidade (ibid., p. 589)⁶⁵.

Contudo, há inúmeras diferenças no seu encaminhamento dessa intersubjetividade:

É certo que Heidegger não percorre o caminho que levaria a uma tal resposta teórico-comunicativa. Ela desvaloriza mesmo de antemão as estruturas do pano de fundo que é o mundo da vida, estruturas essas que se estendem para lá da existência isolada como estruturas

⁶⁴ Acata sua crítica à razão centrada no sujeito, a abordagem monológica da filosofia de consciência, a transição para um espaço intersubjetivo. Reprova o radicalismo com que arrasa todo o legado moderno. Também não perdoa a maneira como desconsidera outras filosofias que fogem do subjetivismo. Acha até que ele foi mais longe do que Hegel e Marx, cujas críticas à filosofia de consciência se enredaram nos próprios conceitos desta. Contudo, sentencia que: "Heidegger desprende-se tão pouco das afirmações problemáticas da consciência transcendental que não pode fazer explodir o casulo conceptual fundamental da filosofia de consciência a não ser pela via da negação abstrata" (HABERMAS, Jürgen. *A corrosão crítico-metafísica do racionalismo ocidental: Heidegger*. In: **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Barreto et al. Lisboa: Publicações Dom quixote, 1998. p. 136).

⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *A corrosão crítico-metafísica do racionalismo ocidental: Heidegger*. In: **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Barreto et al. Lisboa: Publicações Dom quixote, 1998. p. 135-136.

de uma existência quotidiana mediana, isto é, da existência inautêntica. A coexistência com os outros surge em primeiro lugar como um traço constitutivo de estar-no-mundo. Mas a prioridade da intersubjetividade do mundo da vida perante a constante pertença de si da existência escapa a uma conceptualidade que permanece presa ao solipsismo da fenomenologia de Husserl. Esta não comporta a idéia de que os sujeitos são a um tempo individualizados e socializados. Em *Ser e Tempo* Heidegger não constrói a intersubjetividade de modo diferente do de Husserl nas *Meditações Cartesianas*. A existência que constantemente me pertence constitui a coexistência, assim como o eu transcendental constitui a intersubjetividade do mundo partilhado por mim e pelos outros. Por isso Heidegger não pode tornar a análise da ‘coexistência’ fecunda para a questão de saber como o mundo se constitui e se mantém a si próprio. Ele só se ocupa do tema que é a língua depois de ter orientado as suas análises numa direção diferente⁶⁶.

Em termos gerais: em Heidegger a intersubjetividade aparece com maior peso no “diálogo que já somos”⁶⁷, impondo um recuo pré-conceitual de volta àquilo que se mostra a partir de si mesmo; em Habermas a ênfase será no “diálogo que ora fazemos”, impondo um avanço comunicativo rumo ao consenso. Heidegger atenta para uma pré-compreensão compartilhada que sustenta a própria práxis comunicativa. O discurso é precário, dependente de um universo hermenêutico que o antecede e que não está à sua disposição.

Talvez se possa apontar, como fonte dessas diferenças, uma questão menos explícita: a fundamentação pós-metafísica. Ela é categórica em Habermas, que liga a superação da metafísica à emancipação da sociedade em relação às tradições. Teoria do conhecimento e teoria social estão intimamente conectadas. O mundo

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. A corrosão crítico-metafísica do racionalismo ocidental: Heidegger. In: **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Barreto et al. Lisboa: Publicações Dom quixote, 1998. p. 146.

⁶⁷ Heidegger se inspira num poema de Johann Christian Friedrich Hölderlin: “*Muchas cosas ha experimentado el Hombre;/A muchas celestiales ha dado ya nombre/Desde que somos Palabra-en-diálogo/Y podemos las unos oír a las otros*” (HÖLDERLIN apud HEIDEGGER, Martin. **Hölderlin y la esencia de la poesía**. Edición, traducción, comentarios y prólogo de Juan David García Bacca. Barcelona: Anthropos, 1989. p. 25). Segundo comenta: “*Empero Hölderlin dice: ‘Desde que somos diálogo, y podemos las unos oír a las otros’. El poder oír no es, primariamente, una escuela de hablar entre sí unos con otros, sino más bien lo contrario: esta hace de presupuesto para aquello. Sólo que, a su vez, el poder oír está en sí mismo erigido sobre la posibilidad de la Palabra, y necesita de ella. Poder hablar y poder oír son, ambos, equioriginarios. Somos un diálogo, y esta quiere decir: podemos las unos oír de las otros. Somos un diálogo, y esto viene a significar además: somos siempre un diálogo. La unidad del diálogo consiste, por otra parte, en que en la Palabra esencial se hace patente lo Uno y lo Mismo en que nos unificamos, sobre lo que fundamos la unanimidad, lo que nos hace propriamente uno mismo. El diálogo y su unidad soporta nuestra realidad de verdad.*” (HEIDEGGER, Martin. **Hölderlin y la esencia de la poesía**. Edición, traducción, comentarios y prólogo de Juan David García Bacca. Barcelona: Anthropos, 1989. p. 26-27).

entra na filosofia modificando seu estatuto, colocando o filósofo a serviço da transformação do mundo.

Em Heidegger, contudo, a superação da metafísica é cheia de sutilezas. Lembre-se de sua afirmação enigmática: “a superação da metafísica não é o fim da metafísica”⁶⁸. Então, a crítica arrasadora que lança contra sua aparição ontoteológica não nos deixa num vácuo. Como Kant em determinado momento intuiu, uma pomba pode crer que voaria mais rápido sem a resistência do ar, mas tal resistência é o que sustenta o próprio vôo.

Superados os Absolutos, resta uma metafísica da finitude. Seria uma espécie de dogmática do cotidiano⁶⁹, que estabiliza os sentidos e operacionaliza a vida. Para se relacionar com os demais entes o homem depende do conceito de Ser. Ocorre que o tempo é o horizonte de sentidos do Ser; o próprio Ser é tempo. Então, o homem precisa desses conceitos finitos para fazer sua mediação histórica com o Ser, porque o homem mesmo é finito. Se fosse infinito, não precisaria de um conceito de Ser. Seria ele próprio junto ao Ser, como Deus o é (desde o Motor Imóvel aristotélico, passando pela filosofia cristã⁷⁰).

Se o homem fosse infinito não existiria nem passado, presente e futuro, mas um *continuum*. Por ser finito, *situa-se* num passado, *compreende* o futuro e articula seu horizonte de sentidos num *discurso* presente. A experiência humana é justamente este futuro-já-ter-sido⁷¹, o meio-tempo entre herdar mundo e legar mundo. O cuidado com a autenticidade dos sentidos (inclusive, do seu próprio sentido) depende de não se esquecer da temporalidade; guardar a diferença entre ser e ente que se desdobra no tempo. Isto é: nem absolutizar um ente momentâneo, nem dispersar-se numa sucessão de “agoras”, mas vigiar a relação entre passado, presente e futuro (*situação-compreensão-explicação*). Assim, o homem filosofa, revisa seus conceitos, destrói e reconstrói a tradição em que se encontra, para transcender-se em meio à finitude que o constitui. Como no vôo da pomba, o limite é simultaneamente a possibilidade.

⁶⁸ Mote da recente obra em que se baseia este trecho: STEIN, Ernildo. **Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.

⁶⁹ A expressão é de Lenio Luiz Streck.

⁷⁰ STEIN, Ernildo. **Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. Aristóteles também o teria intuído com sua “Ciência Procurada”, antes de sucumbir ao “Motor Imóvel” (ser supremo, causa de tudo).

⁷¹ STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre, Edipucrs, 2011.

Estas sutilezas de sua tese nem sempre são bem compreendidas. Habermas também não parece considerá-las⁷², apesar da resenha abrangente que faz do pensamento heideggeriano. Ele lhe soa demasiado abstrato, místico até. Queixa-se de um déficit social da hermenêutica, em que aponta tendências individualistas.

Gadamer contestará essa leitura num curto ensaio intitulado *Heidegger e a sociologia – Bourdieu e Habermas*⁷³. Seria injusto atropelar *Ser e Tempo* com tal leitura sociológica, sem levar a sério o que Heidegger estava colocando em questão. *Ser e Tempo* esbarra numa “reação neurálgica” de Habermas à palavra ontologia, uma incompreensão do sentido (não-ingênuo) em que Heidegger a recolocava. Também haveria uma confusão quanto ao que Heidegger queria com sua *destruktion*, quando Habermas a lê no sentido desconstrucionista (relativista) que assumiu entre os franceses. Habermas estaria tão empenhado em caricaturar a filosofia de Heidegger sob *slogans* polêmicos como “mística do ser” que, por sinal, não se dá conta dos outros tantos *slogans* polêmicos que põe em seu lugar.

Heidegger provavelmente veria a resposta “teórico-comunicativa” que Habermas lhe exige como desenraizamento existencial. Antes, importa guardar o que é dito naquilo que é falado, o universo de compreensão que se articula discursivamente. Dizer é constituição existencial de que a fala é apenas o aspecto mundano, que cai na empiria⁷⁴. Pode-se falar muito sem dizer nada e sem efetivamente tocar os outros.

Afinal, com Habermas a modernidade segue por outros meios, pela reconstrução de uma epistemologia não-ingênuo (“re-construída” no diálogo que ora fazemos) que liquidará qualquer metafísica. Com Heidegger, a modernidade teria que acabar para que se mostrasse uma ontologia não-ingênuo (“re-conhecida” no diálogo que já somos), que restaura essa metafísica da finitude.

⁷² “[...] não se compreende como, de um lado, se combata, como faz Habermas, a questão da fundamentação última e, por outro lado, se fale numa era pós-metafísica, na qual estaremos livres da questão do ser ou da compreensão do ser. É flagrante a arrogância de um pensamento que, ao mesmo tempo em que nega ao conhecimento a busca do fundamento, por outro lado não aceita aquilo que faria de todo o pensamento um procurar na finitude, por meio da ciência procurada da metafísica de que nos fala o segundo caminho de Aristóteles”. (STEIN, Ernildo. **Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 49.)

⁷³ GADAMER, Hans-Georg. Heidegger e a sociologia – Bourdieu e Habermas. In: **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 56-67.

⁷⁴ RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.

Estamos no não mais e no ainda não. Só que para Habermas o não mais da modernidade que chegou ao momento de crise continua como esta racionalidade prática, ligada, sobretudo, ao universo das ciências humanas. A filosofia é guardiã da racionalidade e da interpretação. Mas, para Heidegger, não há mais uma continuação da modernidade, mesmo com outros meios. A modernidade chega com Hegel ao fim, e com o diagnóstico de Nietzsche temos a confrontação com a 'vontade de poder'. E aí nós temos de certo modo o fim da filosofia. Então, nós estamos postos por Habermas e por Heidegger em dois lugares que não são muito fáceis de nos permitirem uma opção. Todo mundo dirá 'não, eu estou com Habermas'. **Eu também digo estou com Habermas.** Para a minha eficácia concreta para poder pensar o saber que se traduz atualmente e, para poder ter confiabilidade no discurso dos outros que me rodeiam. Para não cair no ceticismo sou obrigado a dizer, com Habermas, a modernidade continua com outros meios. Ela não é mais a crença no saber que junta sob um mesmo princípio o saber cognitivo, o saber ético e o saber da subjetividade, da expressão artística, etc. Não há mais esta junção. Mas no universo do mundo prático devo encontrar regras, normas, modos de procedimento, que me permitam um certo consenso e uma certa universalidade. Mas que vai ser de um caráter totalmente novo do que a universalidade pretendida por Kant, por Hegel, etc. É uma universalidade prática, para a qual, por exemplo, Habermas chama Piaget, dizendo que Piaget é mais importante que Kant para ela. É claro que preciso disso. **Mas a minha pergunta é: posso renunciar a Heidegger?**⁷⁵[...] (grifo nosso).

Estes dois pensadores comporão duas importantes matrizes do pensamento contemporâneo a que o direito não permanecerá alheio. Mais especificamente, não pode permanecer alheio o processo judicial, em que o chamado da técnica é mais intenso. Os excertos doutrinários e a exposição de motivos do CPC/73 se mostram aqui em toda sua gravidade. Técnica, tradição, Ciência, racionalidade, não são palavras que vêm por acaso. São apenas indícios de um problema maior, paradigmático: o enraizamento da jurisdição moderna no esquema sujeito-objeto, servindo-se do processo como método (monológico).

Como deslocar a jurisdição para o paradigma da intersubjetividade, viabilizando um controle público das decisões? Interessa, então, saber como discursivos e hermeneutas abrem novos caminhos (*métodos*) para o direito.

⁷⁵ STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí : Unijuí, 2001. p. 46-47.

3 MÉTODO DIALÓGICO: DIREITO COMO ESTRUTURA COMUNICATIVA

Neste começo de capítulo, objetiva-se apresentar de modo sintético o pensamento habermasiano, privilegiando as categorias que o levarão a considerar o Direito (3.1). Segue, então, uma análise de *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* (3.2.). Suas muitas releituras de autores clássicos, sua argumentação exaustiva, as críticas que antecipa e rebate, tudo isso será recuperado apenas na medida em que estritamente necessário à fundamentação seu “método” jurisdicional (3.2.1). Afinal, discutem-se os aportes desse método à dogmática processual pela Escola do Processualismo Constitucional Democrático (3.3).

Fazendo ponte entre a questão da intersubjetividade e o método jurisdicional, pode-se dizer que Habermas e os habermasianos reconstruirão o Direito em bases dialógicas. A fundamentação e aplicação do Direito, a produção dos sentidos normativos como um todo, ficará a cargo de uma estrutura comunicativa. Seu método é o procedimento deliberativo, aberto à participação dos potencialmente ofendidos, em condições de simétrica paridade.

3.1 A DIMENSÃO EPISTÊMICA DA REFORMA INSTITUCIONAL

Formado nos quadros da Teoria Crítica, Habermas começa a divergir da primeira geração de frankfurtianos à medida que nota tendências niilistas nas críticas que fazem à “racionalidade burguesa”; a par das relações de dominação, o filósofo e sociólogo alemão ainda acalentava o potencial esclarecedor da *Razão* para o advento de uma sociedade emancipada.

Assim, sua Teoria da Sociedade passa por uma nova Teoria do Conhecimento⁷⁶. No pensamento tradicional estão estritamente separadas Teoria e Práxis, ser e dever-ser, descritivo e normativo, cognitivo e emotivo e etc. Tudo poderia ser resumido numa distinção entre conhecimento e interesse. Essa distinção se alimenta de uma ilusão objetivante, em que o mundo independe do cognoscente. Opera encobrindo as conexões profundas entre conhecimento e interesse. A saída disso não seria recuar ainda mais para um conhecimento puro, tampouco avançar para os puros interesses e aposentar o conhecimento. Seria o caso de, pela auto-

⁷⁶ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

reflexão, fazer coincidir razão e vontade: “a unidade de conhecimento e interesse verifica-se numa dialética que reconstrói o suprimido a partir dos vestígios históricos do diálogo abafado”⁷⁷.

Com efeito, Habermas identifica três grandes tipos de interesse a que se ligam conhecimentos: técnicos, práticos e crítico-emancipatórios. Os interesses técnicos se voltam ao controle da natureza, na esfera de saber das ciências empírico-analíticas. Os interesses práticos se voltam à compreensão de sentido que abre acesso aos fatos, na esfera de saber das ciências histórico-hermenêuticas. Já os interesses crítico-emancipatórios atravessam as relações com a natureza e com as demais pessoas para “liberar o sujeito da dependência de poderes hipostasiados”⁷⁸, questionando seus pseudo *a priori*. Eles instauram a esfera de saber das ciências de orientação crítica e da filosofia.

Na luta pela sobrevivência, em meio às vicissitudes naturais o homem desenvolve técnicas e interage com outros homens, para superar as limitações de seu equipamento orgânico. Nessa sociedade ele já se vê às voltas com vicissitudes culturais, em meio às quais surgem valores. Assim: “A sobrevivência aparentemente nua é já uma grandeza histórica, pois, avalia-se por aquilo que uma sociedade intenta como sua *vida boa*”⁷⁹. Ocorre que a falta da reflexão hipostasia formas de ação sobre o real e de “inter-ação” simbólica. Isso neutraliza percepções críticas sobre tais formas de vida e favorece ilusões funcionais a sua manutenção. Para elaborar e responder esse problema, Habermas sintetiza Marx e Freud.

Focando a intervenção sobre o real, Marx denuncia o mascaramento das relações de violências nos regimes de produção pela ideologia. Focando as interações simbólicas, Freud fala da substituição da realidade insuportável pela fantasia nos processos psíquicos. No recalque um sentido insuportável é dessimbolizado, ex-comunicado do plano da consciência, do uso público da linguagem, ao passo que outro sentido invasor (neurótico) assume seu lugar simbólico. Em ambos os casos, estruturas repressivas são cristalizadas; há uma dissimulação dos interesses em jogo no conhecimento. O papel da crítica da ideologia seria, então, o mesmo da psicanálise, ampliada para a dimensão social:

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como “ideologia”**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1987. p.145.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como “ideologia”**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1987. p.140.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como “ideologia”**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1987. p. 142.

dissolver a ideologia (neurose social) que mascara processos reais insuportáveis à consciência social; re-comunicar à consciência social os sentidos ex-comunicados numa terapia da comunicação sistematicamente distorcida. Quer levar para o espaço público o que acontece na clínica, curar as patologias sociais pela fala.

Apesar do impulso comunicativo já se anunciar a essa altura, as constantes referências que faz à liberação do sujeito pela auto-reflexão motivaram diversas críticas ao seu enraizamento na filosofia de consciência. Isso leva Habermas a sua guinada linguística, deslocando cada vez mais o contexto de esclarecimento para o âmbito pragmático⁸⁰. Com efeito, Habermas radicalizará sua crítica à filosofia de consciência. Seu projeto reconstrutivo parte justamente de ter visto na filosofia da linguagem aquilo que seus predecessores frankfurtianos não viram.

Este projeto passará pela formulação de uma pragmática universal, chegando depois a toda uma Teoria da Ação Comunicativa. Inicialmente, procede à extração empírica de condições de entendimento, já operantes no cotidiano. Note-se que qualquer coisa que se diz já traz consigo uma pretensão de validade, sob alguns pressupostos de aceitabilidade racional. Negar isso seria cair numa “auto-contradição performativa”: a negação de validade traria uma paradoxal pretensão de validade para si mesma⁸¹.

Depois, elabora teoricamente essas condições mínimas de entendimento numa “situação ideal de fala”⁸², capaz de guiar a reconstrução democrática da sociedade. São elas:

1. Todos os participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de utilizar atos de fala comunicativos, de modo que possam a qualquer momento iniciar um discurso e conduzi-los com réplicas e tréplicas, perguntas e resposta.
2. Todos os participantes num discurso devem ter a mesma possibilidade de realizar interpretações, asserções, recomendações, explicações e justificações e de problematizar, fundamentar ou contestar a pretensão de validade delas, de modo que nenhuma opinião deixe de ser tematizada e criticada.

⁸⁰ RÊGO SILVA RODRIGUES, Lucas. A metodologia de pesquisa no direito e Jürgen Habermas. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Coord.). **Metodologia da pesquisa em Direito e a Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 215-229. Ainda: VOLPATO DUTRA, José Delamar. **Razão e Consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral do direito e da biotecnologia**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 15-16.

⁸¹ VOLPATO DUTRA, José Delamar. **Razão e Consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 27-30.

⁸² Embora seja falibilista quanto a sua enunciação. VOLPATO DUTRA, José Delamar. **Razão e Consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral do direito e da biotecnologia**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 10-14, 35-37 e 84-93.

3. Só se admitem no discurso falantes que tenham, enquanto agentes, as mesmas possibilidades de utilizar atos de fala representativos, isto é, de expressar suas opiniões, sentimentos e intenções...

4. Só se admitem no discurso falantes que tenham, enquanto agentes, as mesmas possibilidades de usar atos de fala regulativos, isto é, de ordenar e opor-se, de permitir e proibir, prometer e retirar promessas, a prestar contas e pedir contas etc.⁸³.

É importante observar que a “situação ideal de fala” não seria “aplicada” à realidade ou exigida diretamente da realidade. Ela fornece um parâmetro para criticar a realidade. Seus pressupostos teóricos são suas finalidades empíricas, antecipadas contrafacticamente.

Seu projeto vai se infiltrando cada vez mais nas instituições, chegando o momento em que, contrariando sua formação marxista, vislumbrará inclusive a reconstrução do Direito em prol de uma sociedade emancipada.

3.2 TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

A relação de Habermas com o Direito começa marcada pela desconfiança. Vê o Direito como uma forma de dominação, de bloqueio dos potenciais comunicativos da sociedade. Sua primeira tese elaborada sobre o assunto coloca o Direito como colonizador do “mundo da vida”⁸⁴.

O conceito de “mundo da vida” inspira-se no *Lebenswelt* da fenomenologia de Edmund Husserl (que Heidegger radicalizaria pela hermenêutica). Na TD, ele ganha uma inflexão sociológica, num composto de cultura, sociedade e estruturas da personalidade. Fornece um estoque de saberes ainda não tornados problemáticos, que ligam a sociedade. Seria, em suma, o mundo simbolicamente pré-estruturado, que serve de pano de fundo intersubjetivo das nossas ações. Eis o espaço da historicidade, das linguagens coloquiais e do saber pré-teórico na visão de Habermas⁸⁵.

⁸³ Tal excerto é o que melhor sintetiza as condições da situação ideal de fala. À falta de uma tradução direta para o português, remete-se a: HABERMAS apud ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 123-124.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. Consideração Final: De Parsons a Marx, pela mediação de Weber. In: **Teoria do Agir Comunicativo**: sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. v. II. cap. VIII.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

O mundo da vida seria preponderante na integração social das sociedades menos complexas. Contudo, a complexificação das sociedades modernas, com ambientes cada vez mais plurais e funções cada vez mais especializadas, torna esse pano de fundo cada vez mais problemático, mais suscetível à racionalização e especialização pelas duas outras fontes modernas de integração social: dinheiro e Poder.

Dinheiro e Poder engendrariam o que chama de sistemas (numa apropriação criativa de Niklas Luhmann e Talcot Parsons), “que coordenam as ações de forma objetiva, como que por trás das costas dos participantes da interação, portanto não necessariamente através da sua consciência intencional ou comunicativa”⁸⁶. Tais sistemas financeiro (Mercado) e administrativo (Estado) caminham para a institucionalização pelo Direito. Assim, o Direito serve à colonização do mundo da vida, levando imperativos sistêmicos para espaços de integração social antes espontânea e solidária.

Por isso, Habermas inicialmente se preocupa com os fenômenos da monetarização, burocratização e juridificação da vida. Sua teoria assume, então, um caráter defensivo, de barrar os avanços do sistema sobre o mundo da vida.

Mas houve uma tendência contrária que merece ser recuperada: em meio ao Estado burguês, noticia-se o surgimento de uma instância reflexiva em que a sociedade liberava seu potencial crítico. A chamada “esfera pública” burguesa começa com um teor mais literário, nas conversas dos cafés, salões, clubes e etc. Evolui com os jornais para o debate político, econômico e cultural. Passa, então, a romper com as rígidas estruturas aristocráticas para representar um espaço mais democrático de influência sobre o poder público. Ocorre que essa instância reflexiva vai sendo cooptada pelo sistema, despolitizada, fragmentada em interesses particulares. A difusão da grande mídia, a massificação dos debates, a técnica e a ciência são as causas apontadas para sua decadência⁸⁷.

Antes da Teoria da Ação Comunicativa, Habermas tinha apenas historiado o surgimento e a decadência da esfera pública. Agora, trata-se de repolitizá-la, sob essas novas bases discursivas e dentro do modelo de sociedade dualista (mundo da

⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 61.

⁸⁷ BUNCHAFT, Maria Eugenia Bunchaft; RISSI, Rosmar. Lutas por reconhecimento, esfera pública e direitos fundamentais: uma reflexão sobre a perspectiva de Jürgen Habermas. **Espaço Jurídico**: Journal of Law. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 463-478, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4549/3494>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

vida/sistema) que desenvolvera desde então. Por um lado, a esfera pública passa a ser o espaço de racionalização comunicativa dos elementos tradicionais do mundo da vida; por outro, ela é uma espécie de represa contra o sistema e sua racionalização instrumental:

[...] em *Theorie des kommunikativen Handelns*, a esfera pública integrava o mundo da vida, tendo a função singela de resguardar seu caráter autônomo face às interferências do poder administrativo e econômico. Seu papel era eminentemente de defesa, não incorporando objetivos de conquista ou controle⁸⁸.

Mas essa ideia mais defensiva será revista ao notar potencial emancipatório no Estado Democrático de Direito, desde que se tome a esfera pública como princípio organizativo.

O Estado é mesmo necessário para integrar uma sociedade plural, amortecendo seus conflitos enquanto viabiliza sua influência consciente nos sistema político-jurídico. E o Judiciário é órgão estatal necessário para garantir a aplicação desta ordem auto-estatuída. Assim, se dialogicamente reconstruído, o Direito pode mediar (não apenas conter) as relações entre sistema e mundo da vida. A racionalização não teria um aspecto unicamente instrumental, mas liberaria também seu potencial comunicativo.

Não se trata mais de barrar a colonização do mundo da vida pelo sistema, mas de garantir uma influência recíproca, um “duplo fluxo”. O “modelo de represas” cede lugar a um “modelo de eclusas”⁸⁹. O sistema racionaliza instrumentalmente o mundo da vida, mas o mundo da vida racionaliza comunicativamente seus impulsos na esfera pública, traduzindo-os para os códigos especializados e redirecionando-os para dentro do sistema através dos procedimentos participativos institucionalizados pelo Direito. A esfera pública passa à ofensiva, assediando comunicativamente o sistema.

⁸⁸ BUNCHAFT, Maria Eugenia Bunchaft; RISSI, Rosmar. Lutas por reconhecimento, esfera pública e direitos fundamentais: uma reflexão sobre a perspectiva de Jürgen Habermas. **Espaço Jurídico: Journal of Law**. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 468, jul./dez. 2014, Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4549/3494>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

⁸⁹ BUNCHAFT, Maria Eugenia Bunchaft; RISSI, Rosmar. Lutas por reconhecimento, esfera pública e direitos fundamentais: uma reflexão sobre a perspectiva de Jürgen Habermas. **Espaço Jurídico: Journal of Law**. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 463-478, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4549/3494>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

O sistema jurídico não estaria fadado a se fechar numa “dominação racional-legal” (como pensava Weber), podendo se abrir aos impulsos comunicativos que vêm da sociedade. Mas, em que sentido a sociedade informa o direito? Os tais saberes pré-teóricos que fluem do mundo da vida precisam ser discursivamente resgatados na esfera pública.

Assume-se, então, o problema da reconstrução do Direito como explicação do sentido normativo numa era pós-convencional⁹⁰, para além da mera tradição, da ordem religiosa ou metafísica. A ruptura das tradições nas sociedades complexas ocorre na medida da positivação do direito, que lhes substitui como fonte de integração social. Em Weber, isso atende a uma nova forma de “dominação política conforme ao direito — a saber, da estrutura abstrata das regras e leis, da autonomia da jurisdição, bem como da vinculação jurídica e da construção racional da administração.”⁹¹

Contudo, Habermas atenta para uma expectativa (implícita) de que o processo democrático fundamente o direito. Seria a expressão jurídica da mínima disposição ao entendimento que possibilita qualquer interação social. Aí estaria a linha de fuga à dominação formalizada juridicamente: numa potencial “regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre as quais os próprios atores se entendem”⁹². Mas não se confunda isso com um grande contrato privado em que cada contratante apenas calcula vantagens individuais; num processo verdadeiramente democrático, já vai embutida a possibilidade de sua transcendência por um enfoque social.

[...] Ao contrário da validade convencional dos usos e costumes, o direito normatizado não se apóia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional - ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista

⁹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 171.

⁹¹ Habermas fez várias releituras de Weber ao longo de 30 anos. Historiá-las renderia uma pesquisa à parte. Esta última versão corresponde a **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 [edição original: 1992]. v. I e II. É a mais atualizada, de acordo com sua guinada linguística.

⁹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 46.

pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, e esta fé, por sua vez, apoia-se na suposição da legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas⁹³ [...].

Assim, a legitimação do procedimento normativo rompe com o sentido weberiano de legitimação da dominação. Seria, então, possível gerar legitimidade através da legalidade, desde que o Poder político seja canalizado discursivamente pelas vias jurídicas. Para um novo Estado, sua distinção entre *ação comunicativa* (orientada ao entendimento) e *estratégica* (orientada a fins) informaria epistemologicamente a sistematização de três modelos normativos de democracia: (i) Liberal; (ii) Republicano; e (iii) Deliberativo⁹⁴.

i) Modelo Liberal: privilegia a *coordenação* dos interesses particulares em uso estratégico do Poder Administrativo. Destaca-se o caráter negativo dos Direitos Civis contra a intervenção social, focando-se os direitos individuais.

ii) Modelo Republicano (Social, Comunitarista): os interesses particulares submergem à *cooperação* solidária, em atuação dialógica do Poder Administrativo. Destaca-se o caráter positivo dos Direitos Políticos pela intervenção social, focando-se os deveres para com a coletividade.

Inicialmente, a lei é idealizada como limitação recíproca dos arbítrios. Daí os direitos subjetivos constituírem uma categoria fundamental na dogmática jurídica. Ocorre que, na democracia, esses direitos suscitam outros direitos para sua formação. Para esse paradoxo ser levado a bom termo, é preciso um engate discursivo entre os direitos de cada um e o de todos. Não basta adicionar uns aos outros. Há que se trazer à tona sua reciprocidade constitutiva: direitos subjetivos não são meros “egoísmos bem ordenados”⁹⁵, pois já emergem de uma “*auto-nomia*” pública; de outro lado, a soberania popular não sintetiza uma comunidade altruísta, sobrecarregando eticamente os cidadãos, pois pressupõe sua autonomia privada.

⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 50.

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de Democracia. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de Teoria Política. Tradução de George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

⁹⁵ Como falava Hobbes: cessão de poderes a um soberano, que protegeria seus súditos de guerras externas e disputas internas, garantindo-lhes o gozo das fortunas adquiridas com o esforço próprio. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 122-124.

Esses dois modelos ficam presos à filosofia do sujeito: o liberalismo, numa perspectiva micro; o comunitarismo, num macrossujeito⁹⁶.

No primeiro caso, a ordem jurídica é construída a partir de direitos subjetivos; no segundo, atribui-se um primado a seu conteúdo jurídico objetivo. Através dessa formação conceitual dicotomizadora, cai o conteúdo intersubjetivo de um sistema de direitos — interpretado a nível de uma teoria do discurso — que os civis se reconhecem reciprocamente. Aí se funda a consideração de direitos e deveres em relações recíprocas de reconhecimento⁹⁷.

iii) Modelo Deliberativo-procedimental: é a recomposição teórica que propõe entre as autonomias privada e pública. Trata-se de um engate discursivo entre a autodeterminação de cada um e a regulação de pretensões interpessoais, numa apropriação pragmática (“destrancendentalizada”) da autolegislação de Kant.

Aqui se impõe uma pequena digressão, para formalizar os fundamentos discursivos do direito em enunciados filosóficos. Kant deriva da razão imperativos categóricos para o indivíduo; Habermas deriva de uma razão comunicativa normas obrigatórias para todos e cada um. Para Kant, há subordinação do direito à moral, uma relação platônica de cópia da dimensão ideal à real. Para Habermas, superados os dogmas, o que vale é o “auto-entendimento coletivo consciente”. As sociedades pós-tradicionais dependem, então, da fundamentação discursiva de suas normas de ação geral. Eis o chamado *princípio* do discurso (D): “São válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”⁹⁸.

Essa formulação abstrata vale para normas de ação em geral entendidas como “expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente”. Ou seja: D ainda é neutro de uma perspectiva moral ou jurídica. As normas de ação geral é que depois se ramificam em normas morais e normas jurídicas.

⁹⁶ Kant seria representativo do primeiro, já sem o soberano de Hobbes, mas ainda em bases estreitas, que passam ao largo da autonomia pública. Rousseau representaria a segunda perspectiva, atropelando as vontades particulares (e até mesmo sua soma majoritária) em prol de uma virtual “vontade geral”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 137.

⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 335.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 142.

D estabelece a co-originariedade entre Direito e Moral. Ambos surgem juntos, sob uma estrutura comunicativa, mas cada um assume uma função⁹⁹. Como função própria: o direito predica externamente (coerção deontológica); a Moral predica internamente (coerção transcendental fraca). Desempenham, ainda, funções recíprocas (pois se complementam sem se subordinar). No geral, o Direito operacionaliza um substrato moral comum em sociedades complexas, mas sem substituir a Moral, senão aliviando as expectativas sociais da necessidade de cooperação — especificamente, supre os déficits cognitivos, motivacionais e organizatórios da Moral. A Moral complementa o Direito, não o corrigindo, mas alimentando sua institucionalização através de filtros deliberativo-procedimentais (abertura do Poder Administrativo aos impulsos comunicativos da sociedade).

No Direito, o princípio do discurso (D) se manifesta como *princípio da democracia*: “somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva”¹⁰⁰.

Afinal, o ordenamento jurídico reconstruído a partir dessas formulações contempla a *equiprimordialidade* entre direitos e deveres, dando conta do autoentendimento ético tanto quando do acordo de interesses. O princípio da Democracia é o desdobramento do Princípio D sobre a forma jurídica, numa *gênese lógica de direitos*:

[...] Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral - constitutivo para a forma jurídica enquanto tal - e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário¹⁰¹.

⁹⁹ Esta distinção é funcional, isto é, não parte de uma fundamentação epistêmica ou normativa. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 147.

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 145.

¹⁰¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I. p. 158.

A racionalização discursiva implica mais que mera legitimação de poder e menos do que constituir a sociedade. Não se confunde nem com procedimentalismos alienantes nem com consensualismos espontâneos:

A teoria do discurso não torna a efetivação de uma política deliberativa dependente de um conjunto de cidadãos coletivamente capazes de agir, mas sim da institucionalização dos procedimentos que lhe digam respeito¹⁰².

Legitimar-se-ia o Direito que conseguisse aceitação racional por parte de todos os membros da sociedade, numa formação discursiva da opinião e da vontade que fosse institucionalmente diferenciada. Internamente, a soberania popular liga-se às liberdades subjetivas; externamente o Poder Comunicativo liga-se com o Poder Administrativo. Esse nexos é estruturado na tensão entre Facticidade e Validade, em termos de *validade* afirmativa de um direito *faticamente* posto. O Direito aparece como *medium* linguístico, através do qual o Poder Comunicativo se transforma em Poder Administrativo. Afinal, o Direito não pode se distanciar da teleologia, tampouco se diluir na Política — o que acabaria com a tensão entre facticidade e validade.

Não se poderia antecipar em abstrato os direitos fundamentais nesse Estado Democrático de Direito, reconstruído sob o paradigma deliberativo-procedimental. justamente porque dependentes dos seus autores-destinatários. Contudo, de sua estruturação discursiva já decorrem necessariamente alguns direitos. No que pertine à jurisdição: “(3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”¹⁰³.

E, mais especificamente:

ad (3) A institucionalização jurídica do código de direito exige, finalmente, a garantia dos caminhos jurídicos, pelos quais a pessoa que se sentir prejudicada em seus direitos possa fazer valer suas pretensões. Do caráter obrigatório do direito resulta a exigência de que o direito vigente, em casos de conflito, seja interpretado e aplicado obrigatoriamente num procedimento especial. Pessoas de direito só podem mobilizar as autorizações ao uso da força,

¹⁰² Três modelos normativos de Democracia. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de Teoria Política. Tradução de George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002. p. 280

¹⁰³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I. p.159.

acopladas aos seus direitos, se tiverem livre acesso a tribunais independentes e efetivos, que decidem autoritariamente e imparcialmente os casos de disputa no quadro das leis. À luz do princípio do discurso, é possível fundamentar direitos elementares da justiça, que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade da aplicação do direito, portanto o direito a serem tratadas como iguais perante a lei etc¹⁰⁴.

Ademais, uma repartição discursiva de funções é levada a fundo, identificando Poderes estatais segundo os tipos de argumentos válidos em cada âmbito de decisão pública no aporte da Fórmula Günther: os juízes trabalham *discursos de adequação*, numa argumentação jurídica estrita; os parlamentares trabalham com *discursos de fundamentação*, que compreendem argumentos pragmáticos, éticos e morais. Visto em sua totalidade, o modelo processual de formação discursiva da vontade “parte de questionamentos pragmáticos, passa pela formação de compromissos e discursos éticos, atinge a clarificação de questões morais, chegando finalmente a um controle jurídico de normas”¹⁰⁵. Sabe-se que os Poderes têm diferentes desenhos institucionais, pois a fundamentação conta apenas com participantes, enquanto a aplicação depende de uma decisão autoritativa. Estas diferenças de tipologia argumentativa e desenhos institucionais correspondem a diferentes funções: a fundamentação estabelece o direito em abstrato, que a aplicação garante no caso concreto. Funcionalmente, separa-se a tarefa de julgar da de legislar, ao mesmo tempo em que, estruturalmente, liga-se o discurso de aplicação ao de fundamentação.

Pensando a Jurisdição à luz dos modelos de democracia, se o Estado Liberal esvazia direitos em meras liberdades subjetivas, resultando numa Jurisdição demasiado defensiva, a Social é ofensiva para com o Legislativo e invade a fundamentação. Assim, passa-se à reconstrução de uma Jurisdição adequada ao modelo deliberativo-procedimental.

3.2.1 Teoria Discursiva do Processo Judicial?

O processo judicial se destaca pelo cruzamento estratégico-comunicativo. Sabe-se que o “procedimento jurídico institucionalizador é um processo de

¹⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I. p. 162.

¹⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I. p. 204.

argumentação que se subtrai, em sua estrutura interna, à institucionalização jurídica¹⁰⁶. No litígio entra em jogo uma “racionalidade procedimental incompleta”, em face do agir eminentemente estratégico das partes, além das limitações temporais, sociais e objetivas. Mas essa racionalidade se reporta a uma “justiça procedimental quase pura” dos discursos de fundamentação, de modo que “não existe um critério autônomo situado fora do processo”¹⁰⁷.

Por aí se vê a natureza ambígua do processo, na fronteira entre idealização e realidade: o processo possibilita que argumentos pragmáticos, éticos e morais tenham acesso à linguagem do direito, sem detonar o código do direito; o discurso entra no processo sem comprometer sua estrutura interna; o processo se presta à revisão das fundamentações para o caso de aplicação, sem interferir em suas premissas.

No processo judicial se estabelece uma prática argumentativa, cujo impulso estratégico é domesticado por um procedimento imediato fraco (discurso de aplicação inserido no processo judicial) e um procedimento mediato forte (discurso de fundamentação que se liga ao discurso de aplicação).

Mas isto ainda diz muito pouco. Não adentra a própria tarefa de julgar, como ela pode se fazer racionalmente aceitável ao cumprir sua função garantia. O desafio é conciliar segurança jurídica e pretensão de tomar decisões corretas. Para tanto, à falta das antigas referências jusnaturalistas, a racionalidade da jurisdição passa a depender de três alternativas: da hermenêutica jurídica; do realismo; e do positivismo jurídico.

A hermenêutica jurídica (no que cita Gadamer) superou o modelo subsuntivo, elaborando a constituição recíproca entre norma e estado de coisas...

[...] A hermenêutica tem uma posição própria no âmbito da teoria do direito, porque ela resolve o problema da racionalidade da jurisprudência através da inserção contextualista da razão no complexo histórico da tradição. E, nesta linha, a pré-compreensão do juiz é determinada através dos *topoi* de um contexto ético tradicional. Ele comanda o relacionamento entre normas e estados de coisas à luz de princípios comprovados historicamente. A racionalidade de uma decisão deve medir-se, em última instância, pelos *standards* dos costumes que ainda não se coagularam em ‘normas’, pelas

¹⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p.222.

¹⁰⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p.223.

‘sabedorias jurisprudenciais que antecedem a lei’. A hermenêutica, desdobrada em teoria do direito, mantém a pretensão de legitimidade da decisão judicial. A indeterminação de um processo de compreensão circular pode ser reduzida paulatinamente pela referência a princípios. Porém, esses princípios só podem ser legitimados a partir da história efetiva da forma de vida e do direito, na qual o próprio juiz se radica de modo contingencial¹⁰⁸.

Contudo, ressalva que:

O recurso a um *ethos* dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade de decisões jurídicas, em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si. O que para um vale como *topos* comprovado historicamente é, para o outro, pura ideologia ou preconceito¹⁰⁹.

Assim, o realismo reduz essas pré-compreensões a vieses ideológicos. Direito não se distingue de política. Trata-se apenas de não dissimulá-los, de instrumentalizar a jurisdição para a promoção do bem-estar social. Contudo, ao fazer isso o realismo revoca a segurança jurídica e desestabiliza as expectativas de comportamento.

O positivismo tenta resolver esse problema se fechando ao mundo, reduzindo sua análise aos procedimentos e sacrificando a correção das decisões à segurança jurídica. Assumindo fatalistamente uma carência interpretacional, uma estrutura aberta da linguagem, relegam ao juiz preencher essa moldura conforme seu arbítrio.

A teoria de Dworkin tenta superar essas hermeneutas, realistas e positivistas, satisfazendo tanto a segurança jurídica quanto a pretensão de tomar decisões corretas:

[...] Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões ‘corretas’, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias

¹⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 248.

¹⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 248.

com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios. Tribunais decidem sobre que direitos 'políticos' pertencem a quem; Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade positiva e merecem reconhecimento sob pontos de vista da justiça¹¹⁰.

Dworkin avançaria no que “exige uma compreensão deontológica de pretensões de validade jurídicas. Com isso ele “rompe o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a *topoi* historicamente comprovados de um *ethos* transmitido [...]”¹¹¹. Explicando mais detalhadamente:

[...] O momento da indisponibilidade, que se afirma no sentido de validade deontológica dos direitos, aponta, ao invés disso, para uma averiguação racional - orientada por princípios - das 'únicas decisões corretas'. No entanto, como esses princípios não são *topoi* historicamente comprovados, que podem ser extraídos exclusivamente do contexto tradicional de uma comunidade ética, como pretende a hermenêutica jurídica, a prática de interpretação necessita de um ponto de referência que ultrapassa as tradições jurídicas consuetudinárias. Dworkin esclarece esse ponto de referência da razão prática de dois modos: metodicamente, lançando mão do processo da interpretação construtiva; e, conteudisticamente, através do postulado de uma teoria do direito que reconstrói racionalmente e conceitualiza o direito vigente¹¹².

Esse avanço dworkiniano se ligaria ao debate estabelecido pelo próprio Habermas com os hermeneutas:

[...] Fazendo uma referência à minha crítica a Gadamer, Dworkin caracteriza seu procedimento hermenêutico-crítico como uma 'interpretação construtiva' que explicita a racionalidade do processo de compreensão através da referência a um paradigma ou a um 'fim': '*Constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong ... We would say, that all interpretation strives to make an object the best it can be, as an instance of some assumed enterprise, and that interpretation takes different forms in different contexts only because different enterprises engage different standards of value or success*'¹¹³.

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 252.

¹¹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 256.

¹¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 260.

¹¹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 260-261.

Para tamanha tarefa reconstrutiva, Dworkin recorre à metáfora do juiz Hércules, um modelo idealizante de juiz capaz de dar conta da tarefa sobre-humana de reconstruir toda história institucional para o caso concreto, numa perspectiva de coerência da cadeia decisória e integridade principiológica profunda¹¹⁴.

Dworkin não escaparia de um contra-ataque dos realistas, que acusariam Hércules de, no fim das contas, apenas racionalizar uma tomada de posição ideológica. Segundo Habermas, Dworkin poderia ter-lhes respondido com uma premissa deixada mais ou menos no escuro, tendo ainda a vantagem de aliviar Hércules da sobrecarga cognitiva imposta ao ter de revisar a correção das decisões pretéritas, caso a caso. Habermas lança mão de uma “compreensão jurídica paradigmática”. Os paradigmas engajam os demais sujeitos processuais numa sistematização jurisprudencial. Estes paradigmas estabilizariam um pano de fundo contextual, a partir do qual se julga. Eles só se cristalizariam em ideologias ao se fechar a críticas. Contudo, o debate processual manteria uma abertura reflexiva entre diferentes paradigmas.

Habermas explora a brecha que essa possível resposta de Dworkin aos realistas abriria. Hércules ainda estaria preso a um princípio monológico. Aí não há apenas uma sobrecarga cognitiva, como também um privilégio cognitivo de Hércules em relação aos demais membros da comunidade de princípios. Isto poderia ser superado enfatizando a noção dos panos de fundo dialogicamente construídos.

Hércules, então, cede espaço à Teoria da Argumentação¹¹⁵. Idealmente a Jurisdição se reporta a um “procedimento argumentativo da busca cooperativa da verdade”. A fuga do solipsismo se daria através da antecipação contrafática de um “acordo racionalmente motivado”. Para não depender de um acesso privilegiado à verdade, nem de uma teoria da verdade como correspondência, nem de hipostasiar direitos em fatos, nem se podendo contar com algum tipo de argumentação substancial cogente, há que se remeter a “um acordo não-coercitivo sobre a aceitabilidade da pretensão de validade”.

¹¹⁴ Aqui se está dando curso ao argumento de Habermas. Contudo, para não cometer injustiças contra esse autor, é preciso enfatizar a lição sobre responsabilidade que Dworkin quer passar com o juiz Hércules, além do tanto que fala no caráter coletivo de qualquer interpretação.

¹¹⁵ Nas linhas de Aulis Aarnio, Klaus Günther e Robert Alexy. Quando a este último, Habermas faz ressalvas sobre as teses do caso especial e da ponderação. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I.

[...] Ora, uma conclusão interna só pode ser atingida através de idealização: seja fechando circularmente a corrente de argumentos através de uma teoria, onde as razões se interligam sistematicamente e se apóiam mutuamente - como era o caso do conceito metafísico de sistema; seja aproximando a cadeia de argumentos de um valor-limite ideal - daquele ponto de fuga que Peirce caracterizara como '*final opinion*'. Uma vez que o ideal absolutista da teoria fechada não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a idéia reguladora da "única decisão correta" não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que ela seja. A própria teoria do direito, atribuída a Hércules, teria que ser vista como uma ordem de argumentos por enquanto coerentes, construída provisoriamente, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta. A idéia de um processo interminável de argumentação, que se dirige em direção a uma linha-limite, implica, de outro lado, a especificação de condições sob as quais ele pode visar uma meta ao menos *in the long run*, e tornar possível o progresso cumulativo de um processo de aprendizagem¹¹⁶ [...].

Voltando às raízes de sua formação, Habermas defende que "Através disso, o universal concreto, hegeliano, é sublimado na forma de uma estrutura comunicativa purificada de todos os elementos substanciais"¹¹⁷. Voltando à natureza ambígua que antes diagnosticara no processo judicial, esta releitura de Dworkin lhe permite estabilizar os aspectos comunicativo e estratégico:

Resumindo tudo, podemos constatar que as ordens processuais regulam, de forma mais ou menos estrita, a tomada de provas, concentrada no desenrolar da ação, possibilitando às partes um trato limitadamente estratégico com o direito, enquanto o discurso jurídico do tribunal se desenrola num vácuo do direito processual, de tal modo que a produção do juízo fica reservada unicamente à competência profissional do juiz: 'Sobre o resultado da tomada de provas o tribunal decide segundo seu convencimento livre, formulado a partir da síntese do litígio' (Parag. 261, StPO). Na medida em que o discurso jurídico nasce no próprio processo, deve ficar isento de influências externas¹¹⁸.

Com essa procedimentalização (não-exauriente¹¹⁹) de Dworkin, Habermas espera dar conta da segurança e da aceitabilidade racional na Jurisdição, sem o inconveniente apelo a um princípio monológico.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p.282-283.

¹¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 284.

¹¹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 295.

Voltando à práxis institucional, pergunta-se como acomodar tal Jurisdição na divisão de Poderes? Por mais que se tenha teorizado sobre as amarras do discurso de aplicação ao discurso de fundamentação, a necessidade de atualização da *aceitabilidade racional* pelo Judiciário traz consigo o risco de “remoralização” do direito. Esse risco aumenta quando se trata de Jurisdição Constitucional, em que a indeterminação do direito, pela complexidade dos conceitos e proximidade com a Moral. Torna-se mais dramática a necessidade de certos paradigmas interpretativos, como amortecedores da polêmica na interpretação do Texto Fundamental, para que não se retroceda a buscar na Constituição uma “ordem concreta de valores”, insustentável em tempos pós-metafísicos.

Assim, interessa uma Constituição de teor procedimental, que permita aos cidadão buscarem cooperativamente sua vida boa, para o que a Jurisdição Constitucional defenderia as autonomias públicas e privadas. Com isto, o modelo deliberativo-procedimental de Jurisdição Constitucional racionalizaria a relação entre formas de vida compartilhadas (ênfatisadas pelos republicanos) e valorações individuais (ênfatisadas pelos liberais). Poderia se alimentar das formas de vida compartilhadas, como fontes de integração social, mas transcendendo meras convenções em prol das valorações individuais. A legitimação, contudo, vem do procedimento, pelo qual o resquício de tradição na sociedade moderna é finalmente domesticado¹²⁰.

3.3 A ESCOLA MINEIRA E O PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

Trabalhando a Teoria do Discurso no Brasil, destaca-se a chamada Escola Mineira de Direito. Especificamente na área do processo judicial, destaca-se sua

¹¹⁹ “[...]Certamente os passos complexos de uma interpretação construtiva não se deixam normatizar processualmente; porém eles subjazem ao controle da racionalidade processual de um discurso de aplicação institucionalizado juridicamente [...]. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 323-324.

¹²⁰ “Num modelo de discurso mais abstrato, a amarração do indivíduo à intersubjetividade de uma *estrutura* preliminar de entendimento possível fica mantida. Ao mesmo tempo, a referência a uma comunidade comunicativa virtual - que aponta para além do conteúdo tradicional de cada comunidade particular e que é inclusiva de modo ideal - desliga as tomadas de posição em termos de sim/não dos participantes do poder prejudicial dos jogos de linguagem e das formas de vida, socializados apenas a nível convencional [...]”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 354.

vertente processualística (ou: Processualismo Constitucional Democrático), que reúne nomes como Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Moraes, André Del Negri, Dierle José Coelho Nunes, Alexandre Gustavo Mello Franco Bahia e etc. Ao catalogar as Escolas brasileiras de Direito Processual, Marco Félix Jobim assim a refere:

[...] Um dos pensamentos que se sobressam da Escola é de que as partes constroem a decisão judicial por meio do diálogo com o juiz, seguindo uma linha de raciocínio introduzida pelo filósofo alemão Jürgen Habermas com sua conhecida teoria do discurso, sendo que, não poucas vezes, a Escola também é reconhecida como Escola *Habermasiana* de processo. A importância da utilização da teoria do filósofo alemão é explicada por André Del Negri, outro nome de destaque dentro da Escola, que relata a importância de se assegurar um discurso permanente no processo como forma de se assegurar uma sociedade democrática¹²¹.

O procedimento específico à Jurisdição também não escapa à lógica do autor-destinatário. Assim, a aplicação do direito ao caso concreto se legitima pela participação daqueles por ela potencialmente atingidos, em condições de simétrica paridade. Esta tese gerará uma ruptura paradigmática. Como visto (no capítulo 2, item 1), a doutrina brasileira ainda vacilava entre o formalismo liberal e o investimento no protagonismo do juiz para a materialização dos valores sociais no processo, rebaixando o papel das partes. O Estado Democrático de Direito reclamaria um processo apto a se legitimar perante a sociedade em forma e conteúdo.

Contrariando o que dizia Alfredo Buzaid na exposição de motivos do CPC/73, Marcelo Cattoni dirá que “há muito questões jurídicas deixaram de ser tão somente um problema de *experts* para tornarem-se questões de cidadania”¹²². Longe de sacrificar a racionalidade jurídica (como se diria no “processualismo científico”), isto aumentaria sua exigência:

Numa sociedade linguisticamente estruturada, plural e sem a possibilidade de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual

¹²¹ JOBIM, Marco Félix. **Culturas, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 92-93.

¹²² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma construção no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. **20 anos de constitucionalismo democrático: e agora?**/Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, p. 351, 2008.

podemos lutar é a de que os melhores argumentos, em uma situação de participação em simétrica paridade entre as partes que serão afetadas pelo provimento jurisdicional, sejam levados corretamente em consideração, ao longo do processo jurisdicional e no momento da decisão, por um juiz que demonstre a sua imparcialidade. Aqui, a questão metodológica entrecruza-se, mais uma vez, com o problema da legitimidade das decisões jurisdicionais. Há muito a questão acerca da legitimidade das decisões jurisdicionais deixou de ser um problema que se reduza tão-somente à pessoa do juiz, à sua virtude ou à sua forma de seleção, ou a um momento quase mítico de tomada de decisão. O que garante a legitimidade das decisões são antes direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes e que são, principalmente, os do contraditório e da ampla defesa (Constituição da República, art. 5º, LV), além da necessidade racional de fundamentação das decisões (Constituição da República, art. 93, IX). Embora o Direito diga respeito a todos os cidadãos, nos discursos de aplicação essa necessidade de legitimidade afeta diretamente àqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional¹²³.

Em suma: se Cattoni diz que o processo é o “método próprio ao Direito”¹²⁴, pode-se arriscar falar no processo judicial, para os habermasianos, como uma espécie de “método dialógico” de resolução de conflitos jurídicos.

Veja-se que a democratização do direito muda sua prática e estudo. Uma esfera pública fortalecida aumenta a troca de razões. Por aí se entende a renovação doutrinária no direito brasileiro pós-88. Então, as decisões jurisdicionais deixam de ser um problema só do juiz. E o direito processual deixa de ser uma coisa só dos processualistas, cedendo lugar, sobretudo, para os constitucionalistas. Agora a Constituição (que não era citada sequer uma vez no CPC/73) invade o processo, mexendo com suas estruturas disciplinares.

Esmaece a divisão entre Direito Constitucional Processual (“o conjunto de normas constitucionais que estruturam o Direito Processual”¹²⁵) e Direito Processual Constitucional (“processo através do qual a jurisdição Constitucional é exercida”). Esse fluxo entre a base fundacional do Estado e o Processo se faz mais intenso no Brasil, na medida em que todo juízo brasileiro exerce Jurisdição Constitucional.

¹²³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Constitucional**. Belo horizonte: Mandamentos, 2002. p. 117.

¹²⁴ Reveja-se a citação da p. 23 da presente dissertação (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo horizonte: Mandamentos, 2001. p. 17-19).

¹²⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Uma justificação democrática da Jurisdição Constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei 9.686/99. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 183, 2001, Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1790/1487>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

Já no específico campo da dogmática processual cível, Cattoni apresenta o trabalho de Dierle Nunes como “um dos pontos mais altos de maturidade acadêmica alcançados no sentido da construção de uma Escola Mineira de Direito Processual no seu compromisso maior com a consolidação com o Estado de Direito”¹²⁶. Baseia-se nos modelos democráticos habermasianos para identificar elementos do processo liberal e social ao longo das várias ondas reformistas. Após uma longa sistematização, trabalha esses elementos num processualística adequada ao Estado Democrático de Direito.

Nessa base, os enunciados técnico-jurídicos são remetidos a uma matriz teórica mais abrangente. Entre as Escolas de processo catalogadas por Marco Félix Jobim, a Escola Mineira é uma das poucas com essa virtude. Por sinal, essa é a debilidade do chamado movimento “neoprocessualista”¹²⁷, na esteira do chamado neoconstitucionalismo. Não se descarta a existência, sob essas siglas, de trabalhos compromissados com o Estado Democrático de Direito. A questão é: Estado Democrático de Direito em que sentido? Não se pode mesmo disputar o que seria um bom ou verdadeiro neoprocessualismo, na medida em que a mixagem teórica deixa de ser obstáculo à identificação de uma tese comum, para virar justamente aquilo que une os neoprocessualismos. Destaca-se mais um gosto aleatório por novidades do que uma tese que, a par da sua consistência, rompe com o estado da arte¹²⁸. Não são raras as discussões sobre quem foi o primeiro autor a “trazer” determinada categoria para o Brasil. Este é o tipo de discussão a que este trabalho

¹²⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Por um Processualismo Constitucional Democrático [prefácio]. In: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 29-33.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. “Destarte, passadas mais de duas décadas da Constituição de 1988 e levando em conta as especificidades do direito brasileiro, é necessário reconhecer que as características desse ‘neoconstitucionalismo’ acabaram por provocar condições patológicas que, em nosso contexto atual, acabam por contribuir para a corrupção do próprio texto da Constituição. Ora, sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’ defende-se, ao mesmo tempo, um direito constitucional da efetividade; um direito assombrado pela ponderação de valores; uma concretização *ad hoc* da Constituição; e uma pretensa constitucionalização do ordenamento, a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo *neo* em diversas ocasiões, tais como *neoprocessualismo* (*sic*) e *neopositivismo* (*sic*). Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos verdadeiros valores” que definem o direito justo (vide, a esse respeito, as posturas decorrentes do instrumentalismo processual). Nesse sentido, tem razão Ferrajoli quando acusa o neoconstitucionalismo de se caracterizar pela configuração dos direitos fundamentais como valores ou princípios morais estruturalmente diversos das regras, porque dotados de uma normatividade fraca, confiada não mais à subsunção, mas à ponderação” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.296).

¹²⁸ Muito se fala em constitucionalização do processo, princípios, Estado Democrático, mas sem um compromisso com uma matriz, incidindo em várias mixagens paradigmáticas.

renuncia ao tratar de categorias disputadas, como decisão-surpresa, cooperação, contraditório material e etc.

De uma perspectiva matricial, independentemente de uma proposição técnica ser trazida de outro autor, do direito comparado, ou mesmo da própria imaginação, o que interessa é sua fundamentação no vetor de racionalidade assumido. Daí o interesse na PCD como interlocutora.

Esclarecido isto, vamos à tese de Dierle Nunes. Começa com uma breve nota sobre os Sistemas de justiça pré-liberais, com vários ritos organizados de modo pouco racional, havendo ainda uma sobreposição de competências jurisdicionais.

Logo em seguida, identifica a racionalização no modelo liberal de processo, pautado pela ordem isonômica, pelo princípio dispositivo e pelo formalismo procedimental. Critica sua degeneração num sistema de justiça elitista, em que o processo era coisa privada das partes financeiramente privilegiadas. Legou-nos os procedimentos ditos adversariais. Pode-se falar aqui no processo judicial como “monólogos articulados”¹²⁹, que não chegam a compor um diálogo.

Na sequência, fala do “processualismo social”, pautado pela ordem assimétrica, o princípio inquisitivo e pela flexibilização procedimental, com destaque para a oralidade. Degenera em sistemas de justiça totalitários que rejeitavam até a advocacia, sendo o juiz o melhor indicado para representar os interesses de todos os envolvidos no litígio, o guardião de “valores” populares. Este modelo teve repercussão no direito brasileiro, influenciando o conhecido instrumentalismo de Dinamarco, Bedaque e etc.

Ainda, fala num modelo híbrido: “neoliberal/pseudo-social”¹³⁰. O sistema de justiça passa a ser gerido sob um modelo burocrático, influenciados por agentes externos (bancos e fundações que fazem *lobby* e financiam pesquisas nesse sentido), cujos interesses nem sempre coincidem com os direitos dos cidadãos comuns. De um lado, pauta-se pela flexibilização procedimental como meio de se atingir maiores índices de produtividade do Judiciário. Nesse sentido, vem a criação dos Juizados de Pequenas Causas (ora Juizados Especiais), como uma alternativa mais rápida para o litigante, desde que esteja disposto a abrir mão de certas garantias processuais; de outro, não se tematiza o problema dos litigantes

¹²⁹ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis ; MAGALHÃES BARROS, Flaviane (Org.) . Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010. v. 1.

¹³⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 141-177.

contumazes que verdadeiramente sobrecarregam o sistema, como o Estado e as grandes empresas. Não se discute um enfrentamento dessa estratégia de jogar financeiramente com o processo, por exemplo, através de um sistema mais proporcional de custas, multas e indenizações pedagógicas, além de vias coletivas que facilitem a organização das partes hipossuficientes contra esses grandes *players* processuais.

Além disso, essa supressão de garantias processuais que mais atinge o pequeno litigante, atende a interesses econômicos ao mesmo tempo em que se mascara sob o discurso do socialismo processual, de desformalização do processo para concretização mais célere do direito. Vão nessa linha institutos que permitem julgar causas em série, v.g. 285-A, 543-A e B do CPC/73. Se o Estado Democrático de Direito já é incompatível com qualquer protagonismo (liberal ou social), o neoliberalismo/pseudo-socialismo consegue o pior dos mundos: um modelo autoritário, produtivista, insensível aos casos concretos, em que o dinheiro e o Poder Administrativo solapam o Código do Direito, mas sob o álibi da sensibilidade social do juiz.

Nesse mesmo sentido, denuncia o assédio estatal ao cidadão para desistir de garantias processuais e aderir a procedimentos simplificados ou mesmo “métodos alternativos de resolução de conflitos”. Sob ameaça de retaliação pelo juiz caso se insista no prosseguimento da ação, no procedimento mais complexo, ou na prática de determinado ato processual, a conciliação passa longe da “barganha discursivamente estruturada” de que fala Habermas, virando um verdadeiro consenso coagido.

Já sob o Estado Democrático de Direito, quer-se evitar as degenerações liberais e sociais, aproveitando suas virtudes. Antes de tudo, isto passa por uma reconfiguração das faculdades, deveres e poderes de cada sujeito processual, em prol de uma comunidade de trabalho equilibrada. Rompe-se, então, com o protagonismo das partes, tanto quanto com o de juízes. Rompe-se com o conceito tradicional de relação jurídico-processual (que remete a Oskar von Büllow). A Processualística deve contar com o “processo como espaço público de problematização e formação de todos os provimentos”¹³¹.

¹³¹ NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, p.

Num brevíssimo resumo, pode-se estabelecer a seguinte aproximação entre paradigmas estatais e a chamada trilogia estrutural do Processo (aproveitando a classificação de Mitidiero, nesse ponto convergente com Nunes¹³²): no paradigma Liberal destacava-se a categoria da Ação, os poderes das partes no processo; no Estado Social, a Jurisdição, numa visão estatista do processo que subordina as partes; e, no Estado Democrático de Direito, o Processo mesmo. No que se refere à compreensão muito difundida no Brasil, o Processo deixa de ser instrumento da Jurisdição, abrindo lugar para doutrinas como a de Elio Fazzalari: “Processo é procedimento em contraditório”¹³³.

Afinal, o processo jurisdicional democrático que propõe seria marcado pelo contraditório como garantia de influência e não-surpresa das partes nas decisões, descentrando o Estado-juiz de sua solitária onipotência; uma estrutura “comp participativa e policêntrica”¹³⁴, avessa à degeneração em interesses descoordenados (sistema dispositivo), bem como ao privilégio cognitivo (sistema inquisitorial). A decisão judicial se legitima pela participação daqueles por ela potencialmente afetados, cuja simétrica paridade justifica uma distribuição equilibrada de poderes entre os atores processuais.

Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional¹³⁵.

13, 2008. Disponível em < <http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volumeespecial/02.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

¹³² MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

¹³³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p. 118-121.

¹³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Comp participativa e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Belo Horizonte, 2008. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf. Acesso em: 06 mar. 2015.

¹³⁵ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 250.

O contraditório extrapola sua tradicional condição de direito à bilateralidade de audiência judicial, para se converter em garantia de influência nas decisões. Isto implica:

Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: A) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; e d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*) que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório (COMOGLIO, 1998, P. 113-114)¹³⁶.

Contra o “quadro belicoso” entre juízes e advogados, que seria nocivo à implementação da democracia, Nunes enfatiza a interdependência destas categorias profissionais¹³⁷.

No combate aos privilégios cognitivos do juiz, adere à leitura de Cattoni e Habermas sobre a necessidade de aliviar o juiz Hércules por meio de paradigmas interpretativos¹³⁸.

Quanto à Constitucionalização do processo, Nunes refuta a ligação da presente Constituição brasileira ao comunitarismo¹³⁹.

Nas technicalidades processuais, defende o modelo bifásico de julgamento, com uma fase preparatória (fixação dos pontos controvertidos, coleta de provas e etc.) e outra de debates e julgamento. Isto diminuiria a possibilidade de recursos, como se verificou em outros países, além de aumentar as chances de um “acordo estruturado”:

[...] que não decorre nem da coação e nem mesmo da impossibilidade da satisfação rápida da pretensão (que faz com que

¹³⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 230.

¹³⁷ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 76, 201 e 193.

¹³⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 14 e 96.

¹³⁹ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 100, 163-170.

um economicamente débil, às vezes, renuncie a grande parte de seus direitos para recebê-los prontamente), mas, sim, da manifestação da autonomia das partes. O acordo estruturado seria formado no âmbito da autonomia privada das partes, que verificariam, dentro das potencialidades de provimento futuro, se seria conveniente e tecnicamente defensável o abreviamento mediante a autocomposição¹⁴⁰.

Este novo processo se operacionalizaria, dentre outras medidas, pela vedação às decisões-surpresa. Seriam as chamadas decisões de *terza via*, em que uma parte diz A, a outra diz B e o juiz julga C. Na suma do direito estrangeiro (Portugal, Itália, França, Áustria, Alemanha e etc.), há previsão legal de nulidade das decisões judiciais que fujam ao discutido no processo, mesmo que sobre questões que o juiz deva conhecer de ofício.

Por sinal, uma visão aprofundada do acesso à justiça já vinha ganhando espaço no Brasil¹⁴¹, conforme julgado emblemático do Supremo Tribunal Federal, em que o Ministro Gilmar Mendes assentou no voto vencedor:

Apreciando o chamado '*Anspruch auf rechtliches Gehör*' (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. Daí afirmar-se, correntemente, que a *pretensão à tutela jurídica*, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: 1) *direito de informação* (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; 2) *direito de manifestação* (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; 3) *direito de ver seus argumentos considerados* (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, *Grundrechte -Staatsrecht II*, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, Art. 103, vol IV, no 85-99). Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que

¹⁴⁰ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 244.

¹⁴¹ Contudo, Dierle registra tendência jurisprudencial contrária que se fortalecia no STF, em não conhecer de recursos extraordinários sobre a questão, sob o fundamento de requerer análise de matéria infraconstitucional. NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012. p. 237.

corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*). É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões¹⁴².

Além desse fortalecimento do contraditório prévio, enfatiza-se o direito aos recursos como espaços discursivo-procedimentais, viabilizadores da transcendência reflexiva das decisões¹⁴³.

¹⁴²BRASIL. STF. **Mandado de Segurança 24.268**. Impetrante: Fernanda Fiúza Brito. Impetrado: Gerente de Recursos Humanos da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda-Gerência Regional de Administração em Minas Gerais. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 5 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em: 22/11/2015. O acórdão foi assim ementado: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). (MS 24268, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2004, DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154 RDDP n. 23, 2005, p. 133-151 RTJ VOL-00191-03 PP-00922).

¹⁴³ NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

4 PARA ALÉM DO MÉTODO: OS SENTIDOS DA ESTRUTURA JURÍDICA

Também resultante da invasão da Filosofia pela linguagem, e do Direito pela Filosofia, situa-se a Crítica Hermenêutica do Direito, fundada pelo jurista gaúcho Lenio Luiz Streck. Apresenta-se brevemente esta matriz teórica (4.1.). Segue uma comparação com a perspectiva discursiva, em que releva sua Teoria da Decisão (4.2.). Ao final, discutem-se os aspectos operacionais dessa decisão e os termos em que assume a questão do método no direito (4.3).

A CHD também se preocupará com a fundamentação intersubjetiva do Direito, mas sem se satisfazer com sua expressão discursiva. Antes da estrutura de sentidos, há que guardar os sentidos da estrutura¹⁴⁴. Para lembrar a alegoria do epistemólogo, a verdade não se dá apenas “onde tem luz”. São poucos os espaços da experiência humana que dependem de um controle epistemo-procedural para que se chegue à verdade; o que não significa que não haja controle para além do método. Isto será de fundamental importância para as ditas “Ciências Humanas”.

4.1 CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

A Crítica Hermenêutica do Direito (ou Nova Crítica do Direito) aporta a linhagem heideggeriana-gadameriana para o pensamento jurídico. Pontuando as críticas da CHD à hermenêutica jurídica clássica e ao dogmatismo jurídico, bem como suas inovações na Filosofia da Constitucionalidade e na Teoria da Norma, chega-se ao ponto culminante: sua Teoria da Decisão.

As coordenadas filosóficas vêm de Heidegger, na descoberta da filosofia como hermenêutica. Como visto, Heidegger foi um dos primeiros pensadores a romper com o esquema sujeito-objeto. A polarização entre objetivismo (metafísica clássica) e subjetivismo (metafísica moderna), dá lugar a uma reciprocidade constitutiva. O objeto não é “representado” nem “criado” pelo sujeito. A verdade não se dá mais como “adequação do intelecto às coisas” ou “adequação das coisas ao intelecto”, o que, no fim, é a mesma coisa: adequação a um ente que se absolutiza, encobrendo a questão do ser.

Heidegger recupera aos gregos uma concepção de verdade como desencobrimento, nessa relação entre ser e ente. Renunciado o conforto de um

¹⁴⁴ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Edipucrs: Porto Alegre, 1996, p. 21-35.

fundamento absoluto, a questão do ser sempre está lá quando se lida com um ente. Para além de o que é isto ou aquilo, a questão fundamental: o que é?

Só que não há um acesso direto ao ser. O ser só se dá num ente. E o ente só tem sentido pelo ser. Essa diferença ontológica (entre ser e ente) não pode ser suprimida por um método que extraia o ser dos entes, superestimando a epistemologia. Pelo contrário. A fenomenologia proposta por Heidegger visa a manifestação do ser no ente. Assim, a verdade se mostra na vigilância da diferença entre ser e ente pelo homem¹⁴⁵. Ele é “ser-aí” (*Dasein*), o ente privilegiado que compreende o ser, e, compreendendo-o, se compreende. Daí a Filosofia ser hermenêutica: interpretar é a nossa condição existencial. A expressão hermenêutica liga-se a Hermes, o mensageiro dos Deuses, chamando atenção para que “o hermenêutico não é primeiramente a explicação, mas, antes disto, já o trazer uma mensagem”¹⁴⁶.

Minimamente situada a “filosofia hermenêutica”, pode-se entender o que Gadamer pretendia com sua “hermenêutica filosófica”. Se Heidegger saíra do espaço da epistemologia para a fenomenologia, Gadamer faz o caminho de volta. Opõe a verdade reconhecida na hermenêutica ao método de conhecimento das Ciências Naturais.

Na modernidade, superestimou-se a ideia de que a verdade seria resultado de um procedimento pré-estabelecido. Só a Razão, no sentido cartesiano, autoriza o saber. Tendo destronado a Teologia, a “Ciência” caminha, ironicamente, para o *status* de nova divindade. O dogmatismo científico passa perseguir outras formas de saber. Por vezes, se estabelecem sincretismos. Técnicas para compreender, sob as diretrizes das Ciências Naturais, se espalham por todas as áreas, inclusive a religiosa. Caso mais emblemático disso, o estudo das escrituras sagradas vai se sistematizando numa nova disciplina, a Hermenêutica. O que antes era matéria de fé e revelação dá lugar a uma intrincada “arte da interpretação”. Também seguem por aí as hermenêuticas literária, histórica e jurídica.

¹⁴⁵ Para dizer o que precisava dizer, Heidegger luta com a própria linguagem, embotada pela tradição metafísica. Apela a hifenizações, arcaísmos, neologismos, outros idiomas e até poemas, em busca de um dizer originário, autêntico. Um neologismo fundamental que cunha é *Dasein*. Traduzível para o português como “ser-aí”, remete à condição humana: *Dasein* é o ente privilegiado que compreende o ser, e, compreendendo-o, se compreende. HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 8 ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 271-274.

¹⁴⁶ HEIDEGGER apud STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983. p.19-21.

Esclareça-se que não era nesse sentido disciplinar que Heidegger falava em “filosofia hermenêutica”. Mas é justamente este sentido disciplinar que Gadamer pretende combater ao falar em “hermenêutica filosófica”.

Gadamer mostra o quanto esse método moderno é arbitrário, ilusório, enfim, o quanto ele pode esconder mais do que revelar. Em *Verdade e Método*¹⁴⁷, sua obra magna, reivindica espaços de verdade alheios ao controle metodológico, a partir dos exemplos da obra de arte, da história e da linguagem. Mostra quão ínfimo é o espaço epistemologizável da experiência humana. Para além daquilo que queremos ou fazemos, a verdade já acontece na compreensão. Por isso, as Ciências, sobretudo as chamadas Ciências do Espírito (por oposição às Ciências Naturais), são desalojadas de seu conforto metodológico, em prol do “deixar e fazer” ver desta verdade como acontecer da compreensão. Nisso a hermenêutica se mostra em todo seu alcance filosófico, deixando de ser mera “arte da interpretação”. Mesmo a interpretação de um texto põe em jogo aquele que interpreta, sua autocompreensão, seu acesso ao mundo.

Ao se colocar a questão da verdade para além do método, há algumas confusões que precisam ser enfrentadas. A crítica de Gadamer ao racionalismo moderno não significa adesão ao irracionalismo, mas apenas a uma forma restrita de racionalidade. E a crítica ao método moderno não quer dizer ausência de controle. A compreensão já traz em si um compromisso que deve ser honrado: “quem quer compreender um texto deve estar disposto a que este texto lhe diga alguma coisa”¹⁴⁸.

A partir daí, Streck lançará as bases da CHD em *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*¹⁴⁹. Na esteira de Gadamer, Streck critica os artifícios da hermenêutica clássica que ainda subsistem no Direito, como a cisão da interpretação em etapas (*subtilitas intelligendi, subtilitas explicandi e subtilitas applicandi*) e os cânones interpretativos (histórico, gramatical, sistemático e etc). Isto tudo apenas encobre o acontecimento contínuo que é a compreensão, perante a qual o método chega sempre tarde. Ao invés de permitir

¹⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

¹⁴⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 358.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, ed 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 [edição original:1999].

que algo se mostre, o método entra para dominar o objeto e despistar o subjetivismo do intérprete.

Rompe-se, então, com a concepção instrumental de uma “Hermenêutica Jurídica”. A hermenêutica é assumida como matriz filosófica a partir do qual o jurista pode se movimentar. Esse “novo modo de habitar o direito”¹⁵⁰ abre várias frentes de pesquisa, e mesmo uma nova atitude ao pesquisar.

A partir dela o jurista não esquece o ser, não o pensa como um ente, mas revolve o chão linguístico da dogmática na pergunta pelo que é. Nessa linha, entra a crítica ao dogmatismo jurídico, ao congelamento de sentidos pelo “senso comum teórico”¹⁵¹ dos juristas.

Por outro lado, também não se vive numa anarquia conceitual, em prol de um acesso direito ao “ser”. O ser só existe num ente. Não é possível um direito sem dogmática, em que se possa dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Há que haver uma mínima estabilização de sentidos, que se reconhecer um “mínimo é”.

Enfim, o jurista-hermeneuta sabe-se nem escravo nem dono dos sentidos normativos. Se os sentidos não estão previamente dados numa essência, nem são posteriormente construídos na consciência, sua atribuição dá-se mesmo na intersubjetividade. Ou seja: a interpretação está sujeita ao controle público, ultrapassando as concepções meramente reprodutivas ou totalmente criativas do fenômeno interpretativo. Daí o choque da CHD com o imaginário comum de que “o juiz decide conforme sua consciência” frequentemente evocado em sentenças como um alibi para voluntarismos¹⁵²; potencializa-se por causa de uma confusão entre “independência funcional” e o que seria uma espécie de “independência epistêmica” ainda reivindicada por muitos subjetivistas tardios na interpretação do direito.

Trata-se da transposição acrítica de costume anterior ao direito romano (julgamento *secundum conscientiam*) para a democracia contemporânea, quando se busca o controle público do direito, como bem lembra Habermas. Só que esse controle não depende apenas da instância discursiva. Depende também de algo que se antecipa. Vale lembrar que a existência de saberes que antecedem a razão lógico-explicativa foi motivo de escândalo entre os Iluministas, donde advém o

¹⁵⁰ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 168.

¹⁵¹ WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. p. 107-120.

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

“preconceito com os preconceitos”¹⁵³. Seriam falsos saberes, a ser depurados pelo método. Num dado momento, os preconceitos se viram psicologizados, enclausurados na experiência intrapsíquica. Foi a lembrança de seu enraizamento histórico que os participou num sentido comum, reabilitando seu valor filosófico:

Desse modo, o sentido da pertença, isto é, o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico, realiza-se através da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores. A hermenêutica tem de partir do fato de que quem quer compreender está vinculado com a coisa em questão que se expressa na transmissão e que tem ou alcança uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala. Por outro lado, a consciência hermenêutica sabe que não pode estar vinculada à coisa em questão, ao modo de uma unidade inquestionável e natural, como se dá na unidade inquestionável e natural, como se dá na continuidade ininterrupta de uma tradição. Existe realmente uma polaridade entre familiaridade e estranheza, e nela se baseia a tarefa da hermenêutica, mas não no sentido psicológico de Schleiermacher, como o âmbito que oculta o mistério da individualidade, mas num sentido verdadeiramente hermenêutico, isto é, com a atenção posta no que foi dito: a linguagem em que nos fala a tradição, a saga que ela nos conta. Também aqui se manifesta uma tensão. Ela se desenrola entre a estremeza e a familiaridade que a tradição ocupa junto a nós, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. E esse entremeio (*Zwischen*) é o verdadeiro lugar da hermenêutica¹⁵⁴.

Trata-se dos efeitos da história a que se pertence. De saída, não são necessariamente positivos ou negativos, mas condição de possibilidade de qualquer compreensão. Só na compreensão é que se distinguirão em sua positividade/negatividade.

Vale lembrar que a historicidade da compreensão não é só passado comum. Ela se origina de um diálogo que já trazemos e se orienta para o diálogo que fazemos. Pré-compreensões projetam horizontes interpretativos que são fundidos com o horizonte dos outros, numa conversa ou na leitura de um texto. Essa fusão de horizontes é a “alma” do diálogo autêntico.

¹⁵³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 360.

¹⁵⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 390-391.

No que se refere ao texto mais importante das sociedades contemporâneas, a CHD descerra “novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade”¹⁵⁵. Com ela, vê-se que o pacto fundamental que liga juridicamente as sociedades não se esgota num fato gráfico, pois ele não constitui uma espécie de primeiro significante; só que esse pacto também não “foge” do texto, pois seu sentido acontece num significado determinado.

Esse sentido evoca um substancialismo constitucional diferente, que não se fixa em algo como a “ordem concreta de valores” que alguns juristas começaram a cultivar como alternativa ao positivismo. Um olhar hermenêutico da Constituição não pedirá Absoluto emprestado, dentro ou fora do texto. Antes, verá enunciar-se no Texto Fundamental um mundo que já sustenta o convívio:

Compreendida como explicitação formal-material do pacto fundador, pressupõe-se que a própria noção de ‘Constituição’ tem um caráter discursivo, enquanto produto dessa intersubjetividade. A Constituição, nesse contexto, deve ser entendida enquanto um fundamento sem fundo, uma espécie de ‘como se’ (*als ob*). Seu fundamento não é objetivista e tampouco é uma instância superior (categoria). Esse fundamento (constitucional) de que aqui se fala tem um caráter transcendental-existencial. O texto constitucional não é apreendido primeiramente como ser-objeto, e, sim, há um mundo circundante onde ocorre essa manifestação. Ele se dá como um acontecer (*Ereignen*)¹⁵⁶

Esse “fundamento-sem-fundo” substitui o fundamento último, posto pelo positivismo e pressuposto pelo jusnaturalismo.

Ademais, o resguardo da diferença ontológica possibilita outra Teoria da Norma. Nela os princípios acabam com a pretensa suficiência ôntica do modelo estrito de regras. Não se pode antecipar todas as hipóteses de aplicação, não se pode mesmo entificar o texto, fixando a interpretação no tempo. Tem de haver um algo mais, um espaço para o contexto, uma inserção do mundo prático no direito. São os princípios que virão a soldar as fissuras do ordenamento jurídico.

Brotando da facticidade, os princípios reintroduzem o mundo prático no direito, dando às regras seu enraizamento ontológico. Mas isto não “abre” a

¹⁵⁵ STEIN, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade [Prefácio]. In: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁵⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 135. Ver também: STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 167.

interpretação, por dois motivos: 1º) Porque não é possível a livre nomeação de princípios. Princípios tem “DNA” histórico. Como as regras, não estão à disposição do jurista; 2º) Porque princípios talham de sentidos a significação das regras. Por isso, os princípios “fecham” a interpretação, destruindo a discricionariedade do intérprete.

Afinal, pelo reconhecimento dessa indisponibilidade dos sentidos normativos, informa-se uma Teoria (forte) da Decisão Judicial. Streck investe na tese da Resposta Correta¹⁵⁷.

4.2 TEORIA DA DECISÃO: DA POSSIBILIDADE À NECESSIDADE DA RESPOSTA CORRETA

A tese streckiana geraria fortes reações entre teóricos do discurso, sobretudo no que se refere ao desenvolvimento de uma nova concepção substancialista da Jurisdição Constitucional. Há, ainda, os ecos das críticas habermasianas à hermenêutica filosófica a reverberar. Uma série de debates com pensadores dessa matriz levam-no a escrever: *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. O título já antecipa o encaminhamento da sua resposta, ao homenagear o clássico *Verdade e Método* de Gadamer. Nessa nova tensão, o consenso assume o polo antes ocupado pelo método moderno.

Stein explica as raízes do desacordo no prefácio¹⁵⁸: Habermas nivela Filosofia e Ciência, razão pela qual as categorias filosóficas assumem certa positividade na sua teoria, autonomizando-se do contexto original. O que lhe interessa são as possibilidades que novas categorias abrem para seu programa de pesquisa. Apropria-se delas segundo a utilidade com que lhes aparecem, mais do que em atenção ao que queriam mesmo dizer. De sua parte, reclama um *status* teoricamente poliglota para Teoria do Discurso. De outra parte, lhe acusarão de ecletismo, arriscando cometer verdadeiras “mixagens paradigmáticas”. Para amarrar toda essa trama, Habermas se permitirá várias caracterizações bastante livres de outros autores.

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 541.

¹⁵⁸ STEIN, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade [Prefácio]. In: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

No correr da obra, Streck alertará sobre este enviezamento nas leituras filosóficas de Habermas. Sua ruptura com os Absolutos acontece num movimento de sociologização: quanto a Karl-Otto Apel, tenta esvaziar o princípio D da ética do discurso que o fundou, por julgá-la demasiado transcendental; quanto a Hurszel, sociologiza seu *mundo da vida* — que prefere ao ser-no-mundo de Heidegger —, reduzindo-o a pano de fundo pragmático-empírico da ação; e quanto a Heidegger, diz que lhe falta o social, ao que liga (equivocadamente) sua filosofia hermenêutica a uma postura existencialista.

Ocorre que essa fuga dos antigos *a priori* se dá por antecipação de um *a posteriori* (a situação ideal de fala). Não é por acaso que diz: “substituo a razão prática pela razão comunicativa”. O verbo e sua conjugação são sintomáticos. Ele não descobre um *a priori* compartilhado, num mútuo pertencimento intersubjetivo; antes, quer teorizar essa intersubjetividade e controlá-la procedimentalmente. Como adverte Streck:

Não é possível substituir algo que já havia sido superado pela viragem linguístico-ontológica. Mais do que isso: não é possível substituir esse sujeito solipsista por um discurso hipostasiado que se faz de forma antecipada, dispensando a situação concreta, na qual está assentado o diferencial do novo paradigma: a introdução do modo prático de ser-no-mundo¹⁵⁹.

Não “substitui” assim a razão prática sem suscitar um paradoxo, pois elabora as regras da “razão comunicativa” sozinho. A questão, então, é: o que se antecipa a elaboração dessas regras? Todas as diferenças entre hermeneutas e discursivos podem ser reconduzidas a este ponto: a ênfase que discursivos colocam no plano enunciativo, enquanto hermeneutas enfatizam o universo de compreensão que sustenta a enunciação:

[...] é possível afirmar que as diversas teorias discursivas/argumentativas contentam-se com *standards* de racionalidade analíticos, porque ficam restritos àquilo que, em linguagem hermenêutica, denomina-se ‘como apofântico’, manifestativo-argumentativo-lógico. O ‘como’ de primeiro nível é o ‘como hermenêutico’ (o algo *como* algo – *etwas als etwas*), que não é resultado de operações de explicitação lógica ou argumentativa, porque já vem sempre pressuposto como condição de possibilidade: ‘é assim que esse *como hermenêutico* liga o *standard* de

¹⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

racionalidade com função transcendental não clássica, organizadora, estruturante, com a questão do ser compreendido na diferença ontológica'. Disso resulta que não há mundo prático em discursos de fundamentação/justificação (que são prévios) cuja finalidade é servir de contrafação. A sua condição *prima facie* afasta a conteudística (ou não seriam prévios, pois não?). Ou seja, para rebater a assertiva de que não há mundo prático (no sentido do modo-de-ser-no-mundo hermenêutico) nos discursos de fundamentação (que são sempre elaborados previamente), não basta dizer que os discursos de fundamentação sempre conteriam o mundo prático ao qual se destinam. Ora, parece evidente que qualquer discurso sempre dirá respeito a algo do mundo. Mas não é disso que estou falando quando critico a ausência do mundo prático na teoria do discurso habermasiana. O problema está, pois, na tentativa de universalização desse discurso previamente feito (que, lembremos, prescinde de contextualização, segundo as próprias palavras de Habermas e Günther); o problema está na "extensão" do sentido prévio (discurso de validade *prima facie*) às diversas situações concretas, como se o sentido dos casos concretos (que são únicos, irrepetíveis) pudesse ser 'deduzido' dessa universalização. Não há maiores diferenças, assim, com a contraposição de universais (categorias) aos particulares (empírico)¹⁶⁰.

Isto repercute na racionalidade jurisdicional, demarcando as visões procedimental e conteudística de Resposta Correta:

Não há dúvida, pois, que a diferença entre a possibilidade de existir uma resposta correta na hermenêutica filosófica e na teoria do discurso é de fundo paradigmático, isto é, a raiz da problemática reside na questão da verdade: para a hermenêutica filosófica, em face do mundo prático introduzido por Heidegger (filosofia hermenêutica) e Gadamer (*Verdade e Método*, que pode ser lido como Verdade contra o Método), *a verdade é conteudística* (compreendida no sentido fenomenológico); *na teoria do discurso habermasiana, é procedimental; é consenso* (sempre ressalvando a tentativa habermasiana de corrigir o conceito de verdade como consenso¹⁶¹ para a ideia da aceitabilidade racional da argumentação, que é feita em condições "quase ideais")¹⁶².

Aproximam-se as visões de Gadamer e Dworkin sobre interpretação, sobretudo na crítica à discricionariedade e ao ceticismo. Parece haver uma diferença sutil (e não excludente) na maneira como chegam a elas. A tese da

¹⁶⁰ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 138.

¹⁶¹ Streck refere-se às modificações na Teoria da Verdade habermasiana, em que aumenta a importância da epistemologia e diminui a do consenso, mas que não afeta a crítica hermenêutica. STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 141-147.

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 114.

resposta correta em Dworkin tem fortes conexões com a Filosofia Moral; já na CHD, parece mais focada na indisponibilidade histórica do sentido.

Na CHD a resposta correta liga-se a ao fato de que aquele que quer dizer algo sobre um texto deve deixar que ele lhe diga algo. Em se tratando de aplicação do direito, as decisões judiciais devem deixar que o Texto Fundamental diga algo. O que este texto diz não é apenas uma coisa, nem várias coisas conflitantes. Então, não seria uma única resposta correta (a ilusão de um universal), nem múltiplas (a dispersão do particularismo), mas “a” resposta correta, aquela verdade lançada nas contingências. Mas não se tome isso por um mero “ideal regulativo”, que pode ou não ser atingido. Trata-se de inscrever uma idealidade na própria realidade. Na Como um mapa. Se um mapa representasse perfeitamente um lugar, em suas estradas, pedras, árvores, exatamente todos os detalhes, seria então o próprio lugar. Se representasse algo totalmente distinto, não seria um mapa. Pois, se o cartógrafo tomasse a tarefa do mapa como um mero ideal regulativo, desencaminharia os viajantes. Pelo contrário, busca sempre a veracidade no seu mapa, embora sabendo-se que esgotar essa tarefa seria impossível

Da parte da Teoria do Discurso, na sua incorporação da tese dworkiniana, aparentemente a resposta correta poderia ser qualquer uma, desde que observados os procedimentos. Seriam, então, o caso de se falar em múltiplas respostas corretas na Jurisdição? Daí a necessidade habermasiana de idealizar o procedimento legislativo, para que o refinamento dos discursos de fundamentação possa excluir impasses aplicativos?

Nesse recurso à contrafacticidade, acaba-se reincidindo numa série de dualismos metafísicos entre realidade e idealidade. Por mais que reapareçam numa alegada relação de tensionamento, há uma cisão estrutural daquilo que é incindível. Seriam pontes construídas onde não há abismo. Na Teoria Discursiva do Direito, destaca-se a cisão entre discursos de fundamentação e aplicação. A fundamentação “puxa” para a idealidade, enquanto a aplicação “puxa” para a “realidade”.

É legítima a intenção de pôr a salvo um espaço Legislativo em face do Judiciário, evitando uma concorrência normativa. O problema seria o critério: Habermas deixa aos legisladores a livre estipulação (em abstrato) dos fundamentos; restringe os juízes à disputa sobre a aplicação, desonerando-os de fundamentar. Este critério distintivo encontra seu maior desafio na Jurisdição Constitucional, como reconhece o próprio Habermas. Como insistir em que os juízes apenas fazem

discursos de aplicação, quando estão em xeque os próprios fundamentos da lei? A Jurisdição discursiva fica num impasse.

Talvez isto seja assim porque, em Habermas, o fundamento ainda guarda um ranço de Absoluto, projetado na “situação ideal de fala”. E como o Legislativo se aproxima mais de suas exigências procedimentais de validade, ele “põe” os fundamentos; já aos juízes, mais afundados na facticidade, resta a aplicação. A situação ideal de fala vira o lugar da verdade. E a proximidade à situação ideal de fala autoriza a emissão de “significantes primordiais-fundantes”¹⁶³, que serão deduzidos à empiria. O procedimentalismo cai aqui numa versão do acesso privilegiado à verdade que tanto critica. Streck dirá que “ao deixar de lado as questões substantivas (substanciais), ocorre a hipostasiação dos elementos procedurais”¹⁶⁴. E se quanto mais deliberativo-procedimental melhor, se este é o método da Alta Modernidade, a única garantia de verdade que sobrou, por que manter a Jurisdição Constitucional? Levando o argumento às últimas consequências: por que não remeter todo caso constitucionalmente controverso ao Parlamento ou, melhor ainda, a plebiscitos/referendos e etc.?

Em contraposição, veja-se que para Streck (a partir de Dworkin) o Judiciário deve decidir a partir de argumentos de princípio. E eles refluem da própria comunidade de princípios, não sendo inventados pela deliberação legislativa. Por sinal, o Legislativo não pode dispor livremente dos princípios, sendo justamente daí que o Judiciário aufere Legitimidade para controlá-lo. Aqui se anuncia um fundamento-sem-fundo, lançado na historicidade a que pertencemos, sem um lócus determinado, um *a priori* compartilhado que nos atravessa e do qual não dispomos livremente.

[...] penso que a principal confluência das teses gadamerianas e dworkinianas reside na concepção de superação do esquema sujeito-objeto e o modo como tal circunstância se coloca no âmbito da *applicatio* jurídica, ou seja, a *applicatio* está exatamente assentada – como condição de possibilidade – na superação desse dualismo. A superação do esquema sujeito-objeto quer dizer ‘superação da subjetividade assujeitadora’, isto é, ruptura com o sujeito solipsista. Mas Gadamer não substitui o ‘sujeito da relação’ por uma estrutura (como o fazem, por exemplo, Habermas e

¹⁶³ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 340.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 332.

Luhmann); ele acredita na possibilidade de controlar esse sujeito, exatamente na superação da relação sujeito-objeto. Observe-se: ‘matar’ o sujeito solipsista não significa que não mais haja um sujeito na relação de objetos. E esse controle se dá a partir de uma razão hermenêutica, isto é, a pré-compreensão antecipadora, que se dá como existencialidade (por isso não me pergunto acerca de “como” compreendi, porque essa pergunta chega tarde – eis aí o elemento estruturante da compreensão, que pode ser mais bem constatada na diferença entre o *como – als* – hermenêutico e o *como – wie* – apofântico). Veja-se que, por isso, não há grau zero de significação na hermenêutica, circunstância também presente em Dworkin, o que coloca ambos em uma perspectiva antipragmatista, fundamental para o combate ao positivismo jurídico. Ambas as teses permitem, ainda, afirmar um elevado grau de autonomia do direito produzido democraticamente (lembremos a necessidade de levar os direitos a sério – Dworkin – e a máxima de Gadamer, de que, se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto lhe diga algo). Por fim, Dworkin não distingue discursos de fundamentação de discursos de aplicação, questão que já estava presente no círculo hermenêutico e na crítica às três *subtilitates* de Gadamer [...]¹⁶⁵

Neste ponto, a Crítica Hermenêutica do Direito será acusada de ativista pelos partidários da Teoria do Discurso. A mesma CHD, que se notabilizou pela crítica ao ativismo judicial, terá seu caráter substancialista comparado ao da Jurisprudência dos Valores. Este imbróglio pede muitas explicações.

A CHD defende uma Constituição dirigente, adequada a um país de modernidade tardia como o Brasil. E defende uma Jurisdição Constitucional forte, no sentido de concretizar os direitos nela positivados. Aqui está em jogo a normatividade do próprio Texto Fundamental, sem qualquer apelo a valores suprapositivos. Ocorre que “defender um certo grau de dirigismo constitucional e um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais se assenhem da Constituição”¹⁶⁶. A interpretação não é livre, na medida em que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, e isto é passível de controle pela comunidade de intérpretes. Nesse sentido é que a CHD refere e critica o ativismo judicial¹⁶⁷, como voluntarismo. Por sinal, a omissão do

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 119.

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 192.

¹⁶⁷ Sabe-se que “a pretexto de construir novos horizontes críticos, juristas de diversos matizes teóricos acabam reforçando essa discricionariedade hermenêutica, colocando na ‘inventividade’ do sujeito cognoscente o *locus* do processo interpretativo”, na medida em que “desprezam os próprios textos legais e constitucionais produzidos democraticamente”. STRECK, Lenio Luiz **Verdade e**

juiz ante aquilo que determina a Constituição também seria ativismo, ao negar validade a um sentido normativo.

Já da perspectiva habermasiana, o papel Constituição é estatuir autonomias públicas e privadas, cabendo sua garantia à Jurisdição Constitucional. Nesta perspectiva, uma leitura substancial da Constituição seria antidemocrática. Um Tribunal que assim interpretasse a Constituição estaria “colonizando” o mundo da vida. Logo se vê que, “à luz do procedimentalismo habermasiano, a tese de um dirigismo constitucional soçobra!”¹⁶⁸. Fica a pergunta se tal visão procedimental de Constituição e de Jurisdição Constitucional seria adequada à realidade brasileira.

Registre-se, ainda, que a perspectiva substancial da CHD não nega importância aos procedimentos democráticos referidos por Habermas; nega apenas sua suficiência. E apesar da Teoria Discursiva do Direito pretender analisar a “aceitabilidade racional dos juízos dos juizes sob o ponto de vista da qualidade dos argumentos e da estrutura do processo de argumentação”¹⁶⁹, seu “conceito forte de razão procedimental” entra em curto-circuito ao referir a “qualidade dos argumentos” à própria “estrutura do processo de argumentação”. Assim, o conteúdo de um processo pede por outro processo e assim por diante.

[...] Talvez seja necessária – no universo dos defensores das teses procedimentais no Brasil – a construção de um discurso de fundamentação prévio que ilumine a atribuição de sentido acerca da (i) legitimidade da atuação da justiça constitucional. Isso, no entanto, não se constitui em um problema para a hermenêutica e a teoria da decisão aqui proposta. A hermenêutica estabelece as condições necessárias para que, por intermédio da reconstrução da história institucional do direito, seja possível indicar os limites da atuação do Poder Judiciário, vale dizer, quando este age em função de um argumento de princípio ou quando sua atuação está embasada em meros argumentos de política [...]. Por certo, essas estratégias não podem ser oferecidas *a priori*, mas apenas a partir da análise pormenorizada das questões que emanam do caso concreto¹⁷⁰.

Por tudo isto, vê-se que Habermas ainda quer um método como garantia prévia de verdade, apenas ampliando a quantidade de participantes. Por isso liga a

Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 192.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

¹⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 281.

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 196.

qualidade dos argumentos à própria estrutura do processo de argumentação. Por isso teme a Jurisdição substancialista, sonhando com a “construção de um discurso de fundamentação prévio que ilumine a atribuição de sentido acerca da (i)legitimidade da atuação da justiça constitucional”. Mas não há como fixar antecipadamente uma interpretação. A interpretação existe justamente por causa da contingência. E o controle da interpretação também é interpretação. Por isso, depende das contingências que compartilhamos, que não podem ser capturadas numa estrutura, mas nem por isso deixam de sustentar a verdade.

Afinal, cabe uma palavra sobre o solipsismo de Hécules. Em *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, Streck critica a pecha de defensores de uma “subjetividade assujeitadora” atribuída a Dworkin e também a Gadamer. Este é outro imbróglio curioso, pois se tratam de dois notáveis críticos da discricionariedade interpretativa. Mesmo assim, Habermas os acusa de não serem suficientemente dialógicos, razão pela qual procedimentaliza de cima a baixo o fenômeno compreensivo. Streck rebate: haveria nisso uma tentativa de ferir o subjetivismo matando o sujeito, diluindo-o num novo método, estrutura, sistema, rede e etc.

O que Habermas não explica bem é: quando um sujeito sozinho tem que interpretar/decidir, o que o controla? Confrontando com sua inconveniente existência, a Teoria do Discurso precisa explicar o que liga esse sujeito à comunidade. O processo judicial, por mais participativo que seja, tem uma assimetria ineliminável: não há espaço para uma deliberação em que os autores da norma coincidem com seus destinatários; um terceiro deverá decidir. Aí o modelo de juiz de Dworkin se mostra incontornável; aí se deve reconhecer o atravessamento hermenêutico de que Gadamer falava. Nós já trazemos um diálogo possibilitador, antes dessa inserção artificial num procedimento.

Não se afasta a necessidade de procedimentos dialógicos, mas certamente se coloca um limite à ambição de fugir à decisão pelo processo, extraindo conteúdo de uma mera forma (*forma dat esse rei*). No extremo, uma teoria puramente deliberativo-procedimental hipostasia o método, que não garante a verdade a um “Eu” (método monológico) nem a um “Nós” (método dialógico). Como o método não decide por ninguém, e à falta de uma ligação substancial entre aquilo que se discute e aquilo que se decide, termina servindo para despistar o subjetivismo daquele que,

investido de autoridade, dá a palavra final. Assim, resulta num “achismo processualizado”¹⁷¹.

Em todo caso, a intuição de Habermas é boa quando atenta para a importância da comunidade de intérpretes na Jurisdição, razão pela qual o modelo dworkiniano mereceria um complemento.

TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO	CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO
Método dialógico	Para além do método
Razão comunicativa	Razão hermenêutica ¹⁷²
Apropriação crítica das tradições (culturais) através do Direito	Direito lançado na <i>traditio</i> (aquilo que se transmite)
Legalidade produzida sob certas condições de simétrica participação gera legitimidade	Legalidade procedimental e substancialmente adequada à Constituição gera legitimidade
Distinção entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação	As diferentes atribuições dos Poderes estatais não “cindem” sua condição comum de intérpretes da Constituição
Controle democrático procedimental	Controle democrático substancial e procedimental

Tabela 2 – O direito contemporâneo na Teoria do Discurso e na Crítica Hermenêutica do Direito

4.3 “JUSTIÇA PARA GARÇONS”: COMO CONSTRANGER EPISTEMOLOGICAMENTE A DECISÃO JUDICIAL

A partir de uma metáfora recente de Streck, pode-se recolocar o controle pela comunidade de intérpretes de uma maneira hermenêuticamente mais adequada.

¹⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. O holding de um sistema de justiça democrático: garantias institucionais dos limites semânticos contra o protagonismo judicial. **Revista Forense**, v. 110, n. 420, p. 161-177, Jul./Dez, 2014.

¹⁷² SCHNÄDELBACH, Ernst. Epílogo: Compreender. Tradução de Ernildo Stein. In: STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008.

Para além da “armação¹⁷³ ôntica”, dos procedimentos, desvela-se um âmbito de experiência mais originário na relação jurisdicional que os sustenta¹⁷⁴.

Algo já se antecipa, e a partir desse algo é que pode haver controle público da interpretação. Streck fala, então, do poder que a comunidade de intérpretes tem de constranger epistemologicamente a interpretação, ao tomar posse desse *a priori* compartilhado.

Numa alegoria, talvez isso explique porque garçons tendem a ser mais responsivos ao bom atendimento do que taxistas (sem querer ontologizar categorias profissionais!). Os clientes destes últimos não se articulam numa comunidade, razão pela qual cada corrida é um grau zero de sentido: se ouvirá rádio? Se conversará? Quão rápido se dirigirá? As experiências são fragmentárias, meros ‘contos’: narrativas rapsódicas. Já o garçom está diante de toda a clientela, de seus colegas de profissão, para além de seu chefe. Está constrangido a prestar certo atendimento, pois — por mais que variem as opiniões sobre o que isso compreenderia — todos sabem o mínimo a se esperar: como no “romance em cadeia” dworkiniano, autores diferentes escrevem cada capítulo sem desconsiderar o fio narrativo deixado pelo anterior. Independentemente de quão ruim esteja sendo o dia do garçom, espera-se dele que mantenha o profissionalismo no trabalho e reserve do público suas questões pessoais: goste ou não do freguês, goste ou não do pedido, ele o atenderá naquilo que anuncia o cardápio porque isso é o que ‘faz sentido’. Condutas desviantes do ‘mínimo é’ são censuradas pela comunidade de intérpretes de forma espontânea e solidária, pois ameaçam romper o próprio elã social¹⁷⁵.

¹⁷³ Uma das traduções para *Gestell* de que fala Heidegger, que tratamos no capítulo 2, item 3, por “dispositivo”.

¹⁷⁴ Para uma “demonstração fenomenológica da relação jurídica como fundamento originário-existencial da teoria processual”, veja-se: ABBoud, Georges; OLIVEIRA; Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, p. 27-70, dez., 2008.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. O holding de um sistema de justiça democrático: garantias institucionais dos limites semânticos contra o protagonismo judicial. **Revista Forense**, v. 110, n. 420, p. 161-177, Jul./Dez, 2014. Esta alegoria se inspira no seguinte trecho de GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21-22: “Refiro-me à alusão de Sartre à conduta de um garçom que executa uma série de gestos solícitos para atender ao cliente. Traz o pedido até a mesa equilibrando a bandeja etc. - conduta própria de um jogo. O garçom “joga”, cumpre o papel de garçom do café. É o que dele se espera. Que cumpra essa cerimônia de gestos próprios de um garçom, de modo tal que ele se transforme em *coisa-garçom* e passe a ser uma representação para os outros, um modo de ser que não é ele mesmo, mas somente o ser do garçom do café. Um outro que não é ele mesmo. De modo que ele pode ser tudo, no sentido de que não é perpetuamente essa ou aquela outra coisa. Apenas está sendo, neste momento, o garçom do café. O espaço entre o que é e a coisa que representa - espaço que é o *nada* - permite que, enquanto viver, ele seja, amanhã e depois, qualquer outra coisa. Assim é o juiz: interpreta o direito cumprindo o papel que a Constituição lhe atribui. E de modo tal que se transforma em *coisa-juiz*; e passa a ser uma representação para os outros, um modo de ser que não é ele mesmo, mas somente o ser do juiz. Ele pode ser tudo, no sentido de que não é perpetuamente juiz. Mas, enquanto estiver sendo juiz, deve *representar* o papel de juiz, nos termos da Constituição e da legalidade. Não o que é (e pensa) quando cumpre outros papéis - de professor, de artesão, de jardineiro, por exemplo - e se relaciona com os outros

Note-se a diferença sutil dessa tese com relação ao “assédio da esfera pública ao sistema” idealizado por Habermas: aqui a verdade não é “consensuada”, forjada na argumentação por uma coletividade autoconsciente. O constrangimento epistemológico de que fala Streck depende do reconhecimento de algo que se antecipa e de que não se dispõe livremente. Não foi uma assembleia geral dos clientes, numa situação ideal de fala, que deliberou sobre o bom atendimento, emitindo um discurso de fundamentação para ser aplicado pelos garçons. O que se sabe (e “se-sabe-que-se-sabe”) “fazer sentido” acerca de um bom atendimento já tem sua normatividade reconhecida.

Sem dúvidas, a possibilidade de mudar como as coisas são é fundamental. Ocorre apenas que nenhuma interpretação é puramente “construtiva”, mas sempre “reconstrutiva”. Mas é preciso ver o quanto essa reconstrução pode mobilizar. Habermas idealiza uma capacidade enorme de racionalização discursiva da experiência humana, quase que uma emancipação da história. Falta saber como essa emancipação manteria sua validade. Numa assembleia infinita, como uma sucessão de agoras? Ou a mudança depende em algo de uma articulação histórica numa tradição? O “diálogo que já trazemos” parece reclamar uma autoridade maior do que se quer lhe conceder com o “diálogo que ora fazemos”.

Trazendo isso para o Direito, se o diálogo atual movimentar o processo, a decisão só é controlável por causa desse “mínimo é”. Sem ele a decisão não “fecha” numa Resposta Correta. Com efeito, a hermenêutica extrapola a decisão judicial, se infiltrando em todo o meio em que ela se desenrola.

Mas é intuitivo questionar: como pensar o Processo quando se combate o paradigma epistemo-procedural? Como se organiza o diálogo atual? São questões que a CHD costuma responder de maneira indireta, pensando o processo na perspectiva da decisão.

ou consigo mesmo. Ao não representar o papel de juiz (= quando não estiver a judicar - durante um dia podemos ser, por exemplo, músico, esportista, pescador, acólito eclesiástico; podemos estar a representar diversos papéis) poderão, sim, prevalecer *seus valores* (recomenda-se apenas que, já que também desempenha o papel de juiz, seja discreto...). Enquanto juiz, contudo, no controle da constitucionalidade, há de se submeter unicamente à Constituição e por ela ser determinado”.

Nas incursões da CHD pela Processualística¹⁷⁶ (como de resto), as proposições técnico-jurídicas ligam-se aos compromissos fundamentais da matriz. Por um lado, se fala na diminuição dos poderes do juiz, em tudo aquilo que implique discricionariedade, e no aumento do poder das partes, em tudo aquilo que implique aumento do controle público da jurisdição. Por outro lado, não se admitem artifícios que mais encobrem autoritarismos do que os evitam. Como exemplo, veja-se a crítica a redução da jurisprudência a meros ementários de julgado. Esquece-se o caso concreto, sobretudo quando se apela a Súmulas Vinculantes como respostas prontas e acabadas, antes mesmo das perguntas serem feitas. Ainda, veja-se a crítica à gestão numérica do Judiciário, quando, ao focar em “efetividades quantitativas”, esquece da qualidade ínsita à Jurisdição. Embora façam todo sentido dentro do referencial exposto, estas proposições desafiam as classificações tradicionais do debate brasileiro, sendo, por isso, vítima de muitas críticas injustas: ora a CHD é positivista, ora jusnaturalista, ora contra os juízes, ora ativista e etc.

¹⁷⁶ Veja-se principalmente: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; STRECK, Lenio Luiz. O holding de um sistema de justiça democrático: garantias institucionais dos limites semânticos contra o protagonismo judicial. **Revista Forense**, v. 110, n. 420, p. 161-177, Jul./Dez, 2014; STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 629, jul./dez. 2011. Disponível em: < <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2165/1766>>. Acesso em: 01 mar. 2015; STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? **Consultor jurídico** [coluna Senso Incomum]. São Paulo, 18 dez. 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 05 mar. 2015; STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; GIORGIO DELLA BARBA, Rafael; FERREIRA LOPES, Ziel. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 23 dez. 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 01 mar. 2015; ABBOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, p. 27-70, dez., 2008. STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira; KARAM, Trindade André. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 05-06, jan-abr, 2013. Disponível em: < <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. Acesso em: 05 mar. 2015; MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2009. p. 98-126. Disponível em: < <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/FranciscoMottaDireito.pdf> >. Acesso em: 08 set. 2014. Há vários trabalhos que não couberam no recorte desta pesquisa. De outros nomes, vale pesquisar: Adalberto Narciso Hommerding, Maurício Ramirez, Lúcio Delfino, Ricardo Herzl, Marcelo Ribeiro...

Vale lembrar também a inspiração que a hermenêutica suscitou no processualista Ovídio Baptista¹⁷⁷. Apesar das diferenças de encaminhamento com a CHD, a obra ovidiana traz elementos fundamentais para crítica hermenêutica no processo¹⁷⁸.

Como adiantado no capítulo 2, item 1, denuncia a racionalização matemática do processo judicial. A expressão técnica disso seria um rito ordinário-plenário-declaratório: procedimento padrão para todas as causas, de cognição exauriente (desbordando para questões paralelas à causa em julgamento) em que o juiz supostamente revelaria a vontade da lei para o caso concreto. Inova, então, ao propor que a crise do direito brasileiro fosse enfrentada a partir de uma reflexão estrutural sobre seu sistema de justiça, e não apenas numa perspectiva funcionalista¹⁷⁹. E, nessa reflexão estrutural, pensa que a jurisdição não é um experimento científico condicionado por etapas para garantia de "certeza". Na fuga à dureza epistemo-procedural, justificam-se suas ideias sobre a sumarização do procedimento, antecipação da tutela e etc.

Contudo, vê-se que a tese de Ovídio era mais negativa, no sentido de criticar o formalismo, do que de propor uma fundamentação alternativa para o processo. Também a CHD seguirá por aí. Sendo assim, como conciliar suas críticas ao paradigma epistemo-procedural com as garantias processuais que nunca deixaram de defender?

Há que ser bem compreendido aqui o que Streck fala sobre a hermenêutica não acabar com os procedimentos ou com a epistemologia:

[...] é possível, mesmo no paradigma hermenêutico-fenomenológico, 'fazer' epistemologia. O que não podemos fazer é confundir os níveis nos quais nos movemos. A separação entre o epistemológico e o nível concreto não é o mesmo que dividir o transcendental e o empírico. Em muitos momentos, a hermenêutica introduz o elemento epistemológico, se assim se quiser dizer. A posição hermenêutica não pretende eliminar procedimentos. Ela já sempre compreende isso, porque é capaz de analisar filosoficamente os elementos da

¹⁷⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

¹⁷⁸ Para aprofundamentos, confira-se: MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a sério**: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2009. p. 98-126. Disponível em: < <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/FranciscoMottaDireito.pdf> >. Acesso em: 08 set. 2014.

¹⁷⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158, p. 5-16, abr. 2008.

pré-compreensão. Quando explícito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. E insista-se: filosofia não é lógica. Esse 'proceder epistemológico' é antecipado; não se confunde com o próprio conhecimento. Pela hermenêutica, fazemos uma fenomenologia do conhecimento. Não é uma coisa concreta. É, sim, a descrição da autocompreensão que opera na compreensão concreta. Na explicitação é que haverá o espaço para uma teoria do conhecimento. Isso significa afirmar que, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer. A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito¹⁸⁰.

Não se trata de anti-procedimentalismo. Apenas não se aceita a possibilidade do processo se autofundamentar e decidir por si mesmo. A isto a CHD responde substancialmente, a partir do mundo prático: ao se colocar a questão sobre uma decisão judicial democrática, dentro da tradição jurídica a que pertencemos, muito do que deve ser o processo já se antecipa¹⁸¹. O processo não desce do céu dos conceitos, não é uma estrutura transcendental atingida pela razão pura.

Mas, apesar dessas ressalvas, fazer epistemologia é operar mesmo num plano distinto. A hermenêutica acha aqui seu limite, pelo menos como matriz. Ela não pode engendrar a partir de si todo um modelo teórico de processo. Aliás, é Ernildo Stein que nos adverte que um direito completamente hermenêutico seria um absurdo¹⁸². Outra matriz filosófica precisa, então, entrar em cena para ajudar a organizar a ciência. E, a esse propósito, viu-se como a Teoria do Discurso exhibe recursos para uma teoria democrática do processo, apesar de sua insuficiência quanto à decisão. Uma complementariedade entre TD e CHD começa a se anunciar. Mas uma de frágil equilíbrio. A entrada em cena da Teoria do Discurso não quer

¹⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 196.

¹⁸¹ Reveja-se a citação da p. 22-23 da presente dissertação (PASSOS, Joaquim José Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 1, p. 10, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSO_S.pdf>. Acesso em: 08 set. 2014).

¹⁸² Notas à fala de Ernildo Stein no Colóquio "O que a filosofia tem a dizer sobre os princípios?", realizado em São Leopoldo, nos dias 18 e 19 de março de 2014.

dizer que a hermenêutica saia de cena, ou nela permaneça em um papel secundário — posição a que o “pluralismo metodológico” de Habermas submete o mundo vivido.

Afinal, para entender melhor as possibilidades desse arranjo entre Teoria do Discurso e Crítica Hermenêutica do Direito, é preciso voltar às suas raízes, revisitando o clássico debate travado por Habermas e Gadamer.

5 HERMENÊUTICA E DIALÉTICA: REVISITANDO OS DEBATES

Neste capítulo, objetiva-se relacionar os patrimônios teóricos da CHD e TD. Para isso, são analisadas obras que circundam *Verdade e Consenso*. Primeiro, volta-se às origens, revisitando o debate Habermas-Gadamer, sob os comentários de Ernildo Stein (5.1). Em seguida, se avança para a comparação entre CHD e PCD, partindo dos estudos de Francisco Borges Motta (5.2). Desenvolve-se uma questão específica dessa comparação, considerando o reacender da polêmica sobre a “cooperação processual” (5.2.1). Encerra-se o capítulo com uma tentativa de rearticulação teórica entre Processo e Decisão judiciais (5.3).

5.1 O DEBATE HABERMAS-GADAMER E SEUS DESDOBRAMENTOS NA CIÊNCIA JURÍDICA

As expressões que empregamos ao falar de Hegel, que cunhou a expressão ‘Filosofia do Direito’, na dialética, tratar-se-iam do ‘Direito na Filosofia’, em desfavor do Direito; e, na hermenêutica, tratar-se-iam da ‘Filosofia no Direito’, em favor do Direito. Estas expressões mostram, afinal, que a Filosofia não domina o Direito como quer a Dialética, nem a hermenêutica se submete ao Direito como simples questão de método. A universalidade de que Habermas fala não dispensa a hermenêutica, nem a universalidade que Gadamer defende dispensa todo o restante da filosofia para discutir o universo do Direito. A tarefa continua e o debate deve produzir mais luz e menos calor¹⁸³.

Habermas e Gadamer fazem um debate fundamental para a discussão metodológica nas Ciências Sociais. E, em última análise, controverteriam acerca da própria visão da filosofia: entre hermenêutica-especulativa e crítica-dialética.

Como visto, Gadamer reivindica em *Verdade e Método* espaços de verdade alheios ao controle metodológico, a partir dos exemplos da obra de arte, da história e da linguagem¹⁸⁴.

Habermas¹⁸⁵ procura minimizar esse antagonismo, reabilitando o potencial emancipatório da Razão. O método poderia seguir valendo, desde que reconstruído dialogicamente. Incomoda-se profundamente com a noção de uma verdade que já

¹⁸³ STEIN, Ernildo. **Pensar e errar**: um ajuste com Heidegger. Ijuí: Unijuí, 2011. p. 209.

¹⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.

nos vêm. A acusação central que lança contra Gadamer é de hipostasiar consensos herdados, que podem ter se forjado sob relações de dominação, pseudocomunicativas. Defende, então, o aparato da crítica da ideologia e da psicanálise como uma “hermenêutica de profundidade”, capaz de remediar a “comunicação sistematicamente distorcida”. A crítica da ideologia faz pela sociedade o que o psicanalista faz na clínica, trazendo à tona os sentidos recalcados pelas estruturas repressivas psíquicas/sociais. Nos dois casos, trata-se de liberar potenciais comunicativos, as forças ilocucionárias da linguagem que possibilitam um entendimento livre de qualquer coação.

A réplica de Gadamer¹⁸⁶ é, sem negar valor à crítica, enfatizar a importância do entendimento que já nos une, o acordo latente em todo desacordo. A hermenêutica mantém sua primazia porque acontece a despeito da intencionalidade dos falantes. Movimentamo-nos sobre um solo comum de compreensibilidade. A própria crítica se dá na e pela tradição, nesse sentido hermenêutico: aquilo que se transmite. Nisto, distingue a autoridade da tradição do tradicionalismo, como mera defesa do *status quo*.

Ademais, nota riscos nessa patologização de fenômenos humanos. Seria uma arrogância do psicanalista e do teórico social se portarem na vida como fazem no trabalho. Nesse ponto, a emancipação torna-se algo perigoso se desborda para “cura” do humano. Por sinal, a história mostra que o remédio pode sair pior que a doença.

Ainda, assevera que “Verdade e Método I jamais considerou excludente a contraposição contida em seu título”¹⁸⁷. Mas reconhece a oportunidade proporcionada por Habermas de perceber o contributo hermenêutico para o redimensionamento metodológico nas Ciências.

Com efeito, Habermas reconhece a Gadamer o feito de “urbanizar a província heideggeriana”. Lembrando que havia acusado um déficit social em Heidegger, com seu solipsismo existencial¹⁸⁸. Há, antes de tudo, uma forte aversão de Habermas contra a pessoa de Heidegger, quando reduz seu ideal de autenticidade a

¹⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 255-338.

¹⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 278.

¹⁸⁸ VOLPATO DUTRA, José Delamar. **Razão e Consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 73-76.

nazismo¹⁸⁹. Por certo, não contribuiu a postura de Heidegger em minimizar sua culpa, tendo ocupado a Reitoria da Universidade Freiburg sob o regime nazista. Mas, no que se refere ao valor de sua obra, vários pensadores de peso se esforçaram para evitar a contaminação por essa mácula biográfica.

Para além dessa aversão pessoal, Habermas faz uma leitura enviesada da linhagem hermenêutica, com sérias consequências para a discussão jurídica feita nesse trabalho. Primeiro, quanto à tradição, toma-a num sentido weberiano, como fonte de integração social convencional, vinculada a uma forma de dominação. Daí sua obsessão por pensar numa sociedade pós-tradicional, o que não tem qualquer encaixe com o que se discute a partir da hermenêutica. Já na sua fuga a *Dasein*, mirando no solipsismo, Habermas mata o sujeito¹⁹⁰. Aliás, na sua Teoria do Direito, até o Hércules dworkiniano teria vocação solipsista¹⁹¹ antes de explicitada a participação simétrica da comunidade na formação dos paradigmas que o orientam.

Insistindo na hermenêutica, poder-se-ia apelar para a maneira fenomenológica como a verdade se expressa em autoridade da tradição e como *Dasein* é estruturado no mundo e permeado por outros *Daseins*. A vulgarização dessa co-presença pode decair em falatório, isto é: falar sem dizer nada. Ser-com autêntico radica no ser-aí. Antes de sermos um debate com os outros, já trazemos um debate.

Pode-se destacar algumas influências determinantes na divergência habermasiana. Primeiramente, há que notar suas origens freudiano-marxistas e seu apego ao legado iluminista, mesmo quando os demais frankfurtianos o abjuraram. Assim, tenta psicanalisar (em linha clássica) toda a sociedade: curar-lhe os conflitos pela fala na esfera pública¹⁹². Até as barganhas precisariam ser “discursivamente

¹⁸⁹ HABERMAS, Jürgen. Work and Weltanschauung: The Heidegger Controversy from a German Perspective. Trad. John McCumber. **Critical Inquiry**, Vol. 15, No. 2, Chicago: The University of Chicago Press, p. 431-456, 1989. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1343593>. Acesso em 01 mar. 2015.

¹⁹⁰ “[...] No Estado de direito delineado pela teoria do discurso, a soberania do povo não se encarna mais numa reunião de cidadãos autônomos facilmente identificáveis. Ela se retira para os círculos de comunicação de foros e corporações, de certa forma destituídos de sujeito. Somente nesta forma anônima, o seu poder comunicativamente diluído pode ligar o poder administrativo do aparelho estatal à vontade dos cidadãos [...]”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 173.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 280.

¹⁹² Com isso não se toma Habermas por um utópico ingênuo, como se a situação ideal de fala fosse exigível diretamente à realidade. A *final opinion* (nessa analogia, a “cura”) é contrafaticamente

estruturadas” e os interesses normativamente “domesticados”¹⁹³. Não por acaso, mundo da vida, esfera pública e sistema têm uma curiosa correspondência com os estratos psíquicos freudianos (id, ego e superego).

Em segundo lugar está sua herança hegeliana, cujo problema da autotransparência se desloca para a sociedade e desemboca na sua Teoria do Direito:

Para saber se normas e valores podem encontrar o assentimento racionalmente motivado de todos os atingidos, é preciso assumir a perspectiva, intersubjetivamente ampliada da primeira pessoa plural, a qual assume em si, de modo não-coagido e não-reduzido, as perspectivas da compreensão do mundo e da autocompreensão de todos os participantes. Para uma tal assunção ideal de papéis, praticada em comum e generalizada, recomenda-se a prática da argumentação. Como forma reflexiva do agir comunicativo, ela se caracteriza, por assim dizer, através de uma reversibilidade completa de todas as perspectivas dos participantes, liberando a intersubjetividade mais alta da coletividade deliberativa. Através disso, o universal concreto, hegeliano, é sublimado na forma de uma estrutura comunicativa purificada de todos os elementos substanciais¹⁹⁴.

Nessa tecnicização do diálogo, dilui-se o sujeito e seu pertencimento histórico. Quando da crise do Medievo, o fundamento onto-teo-lógico da metafísica clássica havia se contrabandeado para a consciência-de-si-do-pensamento-pensante, Deus na sua absoluta autopossessão¹⁹⁵. Já na alta Modernidade defendida por Habermas, sugere-se uma espécie de “sociedade-que-se-pensa”.

Contra isso, Gadamer já tinha advertido:

[...] A afirmação de que a história efetual pode chegar a tornar-se completamente consciente é tão híbrida como a pretensão hegeliana de um saber absoluto, em que a história chegaria à completa autotransparência e se elevaria até o patamar do conceito. [...] a reflexão da história efetual, não pode ser plenamente realizada, mas essa impossibilidade não é defeito da reflexão, mas encontra-se na

antecipada. Só que, em última análise, ainda parece haver em Habermas um ranço de Absoluto, de fundamento fora da história, de fuga da precariedade.

¹⁹³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 207-210 e 235-318.

¹⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 284.

¹⁹⁵ STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Ulnijuí, 2005. p. 74-77.

essência mesma do ser histórico que somos. *Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se*¹⁹⁶.

Contudo, é importante registrar que a relação de Habermas com a força hermenêutica que brota da historicidade é bastante ambígua. Em determinados momentos, até abre mão das suspeitas contra a tradição:

Posso apenas repetir o que já acentuei em outra parte. "Nada me deixa mais nervoso do que a imputação de que a teoria da ação comunicativa, porque ela focaliza a facticidade social de exigências de validade reconhecidas, propõe, ou ao menos sugere, uma sociedade utópica racionalista. **Eu não considero como um ideal a sociedade totalmente transparente** — neste contexto, gostaria de acrescentar: ou mesmo uma sociedade homogeneizada e unificada —, nem quero sugerir qualquer outro ideal — Marx não foi o único a se atemorizar com os vestígios do socialismo utópico." Como já disse, a situação ideal de linguagem é uma descrição das condições sob as quais exigências de verdade e certeza podem ser resolvidas discursivamente. **Na ação comunicativa estas exigências de validade permanecem em sua maioria implícitas e não problemáticas, porque o mundo da vida, partilhado intersubjetivamente, mantém à disposição uma sólida reserva de verdades culturalmente autoevidentes, assumidas em princípio.** O papel de coordenação da ação de processos de obtenção do entendimento, desenvolvidos mediante a crítica de exigências de validade, não conflita com o pluralismo das formas de vida e interesses. O fato de as sociedades modernas serem diferenciadas e se diferenciarem cada vez mais em relação às formas de vida e às posições de interesse constitui um fato que não elimina a ação voltada ao entendimento; obviamente a necessidade de entendimento, que cresce paralelamente a este processo, precisa ser suprida em níveis de abstração sempre superiores. Por isto as normas e princípios do consenso se tornam sempre mais gerais. (grifo nosso)¹⁹⁷.

Embora haja aí uma renúncia à autotransparência como possibilidade fática, ela parece permanecer como ideal. E seu procedimentalismo trata de realizar isso como for possível, de "fazer a razão por uma tecnologia da produção de consensos"¹⁹⁸. Seria uma espécie de "idealismo hermenêutico", totalmente contrário à linhagem heideggeriana-gadameriana. Como Ernildo Stein esclarece:

¹⁹⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 450-451.

¹⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. Um perfil político filosófico: entrevista com Jürgen Habermas. Entrevistadores: Perry Anderson e Peter Dews. Tradução de Wolfgang Leo Maar. **Novos Estudos**, n. 18, p. 93, set. , 1987.

¹⁹⁸ STEIN, Ernildo. **Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia**. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 188.

Recusando as pretensões de transparência do ‘cogito’ ou suas mediações *linguisticizadas*, as teorias dialógicas passaram a investir na busca da transparência. Daí a explicação para o surgimento de certos filosofemas novos, que se apresentam como objetivo e meio para estabelecer o funcionamento da racionalidade:

- a ideia de um diálogo universal, pressuposto e meta de um mundo coletivo transparente, sustentado pela compreensão;
- a comunicação sem repressão, na qual a extirpação da manipulação pelo poder introduziria uma simetria de discurso;
- antecipação do discurso ideal, prática regulativa que comandaria a deflagração do consenso, servindo de *índex veri et falsi*;
- a hermenêutica cartesiana visando a um discurso argumentativo, em que se realizaria o uso unívoco dos termos para a economia do debate, etc¹⁹⁹.

E, mais à frente, arremata:

Do ‘*cogitamus*’ produz-se um novo idealismo, o idealismo hermenêutico, o convencionalismo da retórica. À decisão já sempre antecipada da razão absoluta seguem as decisões do consenso racional. Assim, todo o decisionismo parece extirpado. Uma vez estabelecida a transparência do consenso, passa a valer como confirmada a razão do diálogo, pelo diálogo das razões na História. Ao racionalismo monológico do idealismo especulativo sucede o racionalismo dialógico do idealismo hermenêutico. Todo o racional agora é ‘dialogar’ e todo o dialogar é ‘racional’. Somos um diálogo, não pela normatividade da razão na História; somos um diálogo porque normamos a(s) história(s) da razão²⁰⁰.

Apesar dos exageros de Habermas, parece boa sua intuição, se colocada em termos de realçar a importância do “ser-com-os-outros” em Heidegger, a dimensão operacional do diálogo e da crítica à tradição em Gadamer e o papel da comunidade de intérpretes em Ronald Dworkin.

Para dimensionar corretamente esse papel da dialética, veja-se o que diz Ernildo Stein ao tomar parte no debate entre Habermas e Gadamer. Observa ambos os projetos como totalizantes e, ao mesmo tempo, complementares: “o método crítico se apresenta basicamente como um instrumento para detectar a ruptura do sentido, enquanto o método hermenêutico busca nos muitos sentidos a unidade perdida”.²⁰¹ Pode-se aclarar essa diferença a partir da seguinte discussão acadêmica: uma Professora defendia ser impossível controlar as interpretações,

¹⁹⁹ STEIN, Ernildo. **Mundo vivo**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 187.

²⁰⁰ STEIN, Ernildo. **Mundo vivo**: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia. Porto Alegre: Edipucrs, 2004. p. 188.

²⁰¹ STEIN, Ernildo. Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia [anexo]. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987. p. 103

pois, diante de um barco, cada observador veria um barco diferente. Um hermeneuta lhe respondeu que todos concordariam estar diante de um barco, e não de um avião, uma bicicleta e etc. De um lado, enfatiza-se a diferença; de outro, a identidade²⁰²

Nas raízes da divergência metodológica entre dialéticos e hermeneutas, Stein lembra do peso metafísico recebido pelo método cartesiano — garantir previamente a verdade, conquistando o objeto para um sujeito — e sua evolução transcendental com Hegel, no “Eu Absoluto”. Aí ocorre o esquecimento do ser, para cuja superação Heidegger proporá sua fenomenologia²⁰³. Especificamente no direito, observa:

Já tivemos no estruturalismo jurídico um grande esforço de fundamentar os procedimentos jurídicos pela universalização do método estruturalista. Fazer do método científico um modelo de fundamentação ou tomar o próprio método como fundamento nos situa diante de vários problemas: primeiro, não se podem fixar por esse caminho critérios de avaliação; segundo, a tentativa de universalizar o método científico o converte em algo do qual se exige mais do que pode dar; terceiro, o método convertido em mais que método termina por lançar todas as tentativas de justificação numa interação infinita do sempre mesmo; quarto, o método científico que se torna auto-suficiente termina se convertendo num quisto que progressivamente cresce como algo estranho dentro do corpo jurídico. Os mesmos impasses podem ser redescobertos no funcionalismo ou no procedimentalismo. Em todos esses discursos sobre o método termina sempre se levantando a perplexidade do já sempre conhecido que retorna infinitamente²⁰⁴.

A atitude epistemológica que “atropela” a autoridade da tradição pela Razão esclarecedora, levada às últimas consequências, resulta numa sucessão de consensos instantaneístas. Pelo nível apofântico o processo detém-se na fundamentação das decisões, suscetível da manipulação retórica que tanto se abomina na conduta das partes, mesmo que o juiz enfrente formalmente seus argumentos. Na pura referência a procedimentos, a estrutura comunicativa chega num impasse operacional que a faz voltar ao apelo contrafático: a motivação na busca cooperativa da verdade. Menos que horizonte normativo (que se movimenta à medida que nos aproximamos dele), trata-se de uma fantasia à qual a pior coisa que pode acontecer é realizar-se, porque deixaria de existir.

²⁰² O debate foi travado por Lenio Streck e alguns teóricos da argumentação, num Congresso na Itália.

²⁰³ STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia**: um estudo do modelo heideggeriano. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983. p.19-21

²⁰⁴ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia**: limites de um paradigma. 2. ed. Ijuí: Ulnijuí, 2005. p. 153.

No viés substancialista, o modelo hermenêutico não induz um privilégio cognitivo do juiz, apenas atentando para sua possibilidade de realizar (pré)compreensões autênticas, habilitando-o ao compartilhamento da verdade pela fusão de horizontes. Lembrando que, antes de fazermos um diálogo com os outros, já trazemos um diálogo possibilitador. Há um “mínimo é”²⁰⁵ que perpassa isso tudo, a partir do qual podemos elaborar expectativas e realizar “constrangimentos epistemológicos”²⁰⁶.

Assumindo este *a priori* compartilhado, erigimos uma curadoria popular dos sentidos, onde vigiamos a eclosão da verdade em sua abertura originária. Aí a importância da luta de Streck por uma jurisprudência “íntegra e coerente”, para além de meramente estável (conceito autoreferencial, de manutenção do *status quo*). O teorema dworkiniano pertine à hermenêutica, ao dotar o direito de “consciência histórica”. É “garantia da isonômica aplicação principiológica”²⁰⁷. No limite, seria melhor até uma jurisprudência ruim do que jurisprudência nenhuma, pois, no bombardeiro informacional, não é possível sequer a simbolização do erro. Os sentidos se acotovelam na entrada no plano simbólico.

Lembre-se com Gadamer, então, que a defesa da tradição não se confunde com o tradicionalismo. Trata-se da metafísica que emerge na finitude, uma verdade que sustenta o cotidiano apesar das contingências e por causa delas.

Pela Crítica Hermenêutica do Direito, fazendo observar a autoridade dessa tradição, controlamos a “fundamentação da fundamentação”²⁰⁸ das decisões judiciais. Assim, a crítica de Streck apanha a fórmula Günther, na medida em que os discursos de fundamentação desoneram o juiz nos discursos de aplicação.

Essa sutileza se esgarça no desenvolvimento dado por Alexy²⁰⁹ à teoria de Habermas: na justificação interna, resolve-se o caso por silogismo direto; verificada sua insuficiência, recorre-se na justificação externa também a argumentos não-

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 368.

²⁰⁶ Expressão cunhada por Lenio Luiz Streck em: **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? **Consultor jurídico** [coluna Senso Incomum]. São Paulo, 18 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.619.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

institucionais de ordem pragmática, ética e moral. Apesar de todo aparelhamento discursivo, volta-se à fundamentação positivista/jusnaturalista. Habermas não aceita esse desenvolvimento. Recusa que os juízes possam extrapolar os “discursos de aplicação” e fazer “discursos de fundamentação” *ad hoc*. Mas, então, como resolve o problema básico do modelo de regras? Como os discursos de fundamentação podem esgotar antecipadamente todas as hipóteses de aplicação?

Alexy pode responder Habermas com Habermas. Assumidos os pressupostos habermasianos, o desenvolvimento alexyano é necessário: já que a razão comunicativa não pode deliberar o resultado do processo judicial, o que se pode fazer é voltar à carga na razão prática e estabelecer um método que controle o discurso monológico. Seria a maneira de entrar na decisão com o processo, uma Teoria Processual da Decisão. Eis o Código da Razão Prática da *Teoria da Argumentação Jurídica* e as máximas de proporcionalidade (dentre as quais vem a lei de ponderação) da *Teoria dos Direitos Fundamentais*.

Toda essa enunciação abstrata de regras é metafísica, no mau sentido (ontoteológico)? Certamente que sim, pois é produzida transcendentemente, como algo fora do mundo. Mas, como decorrência necessária dos pressupostos habermasianos, mostram apenas o verdadeiro potencial destes. A “situação ideal de fala” também é desenhada transcendentemente, como algo fora do mundo.

Ainda, releva como a proposta hermenêutica antagoniza o modelo contrafático. Com efeito, A Resposta Correta mantém um distanciamento crítico do mundo. É uma metáfora. Se um mapa contivesse as pedras, os rios e as estradas da paisagem descrita, não seria um mapa; seria a própria coisa²¹⁰. Mas descreve aquela paisagem e não outra. A resposta não é um ideal que repete a dobra metafísica com o mundo real. Não se trata de manter um tensionamento entre duas dimensões, mas de inscrever uma idealidade dentro da realidade. Essa Resposta Correta não é apenas possível: é necessária.

Vê-se o déficit ontológico que obsta uma Teoria da Decisão jurídica no plano estritamente discursivo, embora seja grande seu contributo para Teoria do Processo. Informa uma evolução epistêmica, em prol de um procedimento dialógico. Contudo, mesmo incrementando a participação, como dar conta dela na decisão? Como saltar dos discursos de fundamentação para os discursos aplicação? Há um impasse.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, ed 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 427.

Afinal, a Jurisdição não é uma prática de autoentendimento nem deve(ria) ser. Nisso não vai qualquer celebração da litigiosidade, e sim um reconhecimento do aspecto conflitivo, agonístico da natureza humana. Há mais verdade sobre o ser humano numa tragédia grega encenada há milhares de anos, numa sociedade cheia de vicissitudes, do que na melhor das assembleias para discuti-lo. Isto porque só existimos enraizados na facticidade. A “situação ideal de fala”, que até aqui pôs em movimento a canalização institucional dos impulsos comunicativos, torna-se então uma utopia problemática. Foge às condições de possibilidade exurgentes do mundo prático.

Com efeito, não há como uma decisão judicial se pautar pela racionalidade comunicativa. Não se ignora o mínimo de disposição ao entendimento mútuo assente em toda pretensão de validade (vedação à auto-contradição performativa), mas seu arremate fica na dependência de uma ficção que talvez também seja auto-contraditória: onde houvesse total disposição ao autoentendimento nada haveria a comunicar; onde a simetria fosse perfeita, só haveria identidade.

Por esta perspectiva habermasiana, não se pode penalizar Alexy por recorrer à razão prática, antecipando critérios de contabilização dos argumentos, formalização dos cânones interpretativos e ponderação das circunstâncias fático-jurídicas de prevalência de princípios. Habermas “nega a validade *a priori* da explicitação dos enunciados da pragmática, como aquela feita por Alexy [...]”²¹¹. Contudo, no tal Código da Razão Prática²¹² este apenas tenta seguir no plano lógico-explicativo com o controle que Habermas assume no processo, mas não consegue dar conta no resultado final sem apelar para ficção de debatedores descarnados.

A observação de Streck é fulminante:

Observe-se que a construção de um discurso prático geral que se tornasse imune às críticas já dirigidas a Habermas trouxe ao seu ‘procedimento’ vinte e oito ‘regras’ que acabam retomando o pensamento metafísico em suas versões subjetivista e objetivista. Alexy ainda está preocupado com o problema da fundamentação (*fundamentum inconcussum*), não tendo deslocado o problema para um fundamento existencial (sem fundo), como fez Heidegger, nem

²¹¹ VOLPATO DUTRA, José Delamar. **Razão e Consenso em Habermas**: a teoria discursiva da verdade, da moral do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 35.

²¹² ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, especialmente p. 293-299. Ainda, do mesmo autor: **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

tendo radicalizado a partir da existência de um grau zero na discussão sobre o dissenso, como fez Habermas. Alexy propõe, no fundo, uma teoria procedimentalista que pressupõe um substancialismo preso ao modelo da filosofia da consciência²¹³.

Contudo, a CHD não dispensa totalmente esse aporte epistemo-procedural. Apenas, com a hermenêutica, remete-se a epistemologia (não mais do “Eu” ou de um “Nós” Absoluto) à ontologia (não mais das essências infinitas). Mostra-se a substancialidade presente em toda subjetividade²¹⁴, o acordo latente em todo desacordo. Sendo assim, a identidade não comparece apenas na síntese, que Habermas substituiria por consenso. A diferença já corre em cima de alguma identidade; o diálogo já parte sempre de algum consenso de fundo.

Não se ignore a valorização crescente desses “consensos de fundo” em Habermas, depois dos debates com Gadamer. Além da referência geral ao “mundo da vida”, passa a falar de uma “compreensão jurídica paradigmática” como meio de democratizar a Jurisdição. Refere-se ao modelo de juiz de Ronald Dworkin:

Tais paradigmas aliviam Hércules da supercomplexa tarefa de colocar ‘a olho’ uma quantidade desordenada de princípios aplicáveis somente *prima facie* em relação com as características relevantes de uma situação apreendida do modo mais completo possível. A partir daí, as próprias partes podem prognosticar o desenlace de um processo, na medida em que o respectivo paradigma determina um pano de fundo de compreensão, que os especialistas em direito compartilham com todos os demais parceiros do direito²¹⁵.

Contudo, lembra-se de como ele minimiza o papel da hermenêutica, ao apontar que “um *ethos* dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade de decisões jurídicas, em meio a uma sociedade pluralista”²¹⁶. E diz que Dworkin avança com relação a hermenêutica, rumo a uma interpretação construtiva.

Então, o esforço para caricaturar Gadamer se trai na caricatura que faz de Dworkin. Primeiro critica Gadamer pelo recurso à tradição e elogia o juiz Hércules por rompê-la; depois critica Hércules pelo solipsismo e o submete a “paradigmas”. A

²¹³ STRECK, Lenio Luiz **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 237.

²¹⁴ Hegel invertido por Gadamer. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. ed. 12. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 399.

²¹⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 273.

²¹⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 248.

tradição volta, sob outro nome. Para fazer justiça a Gadamer, sua tradição não implica em interpretações meramente reprodutivas. E para fazer justiça a Dworkin, seu Hércules não é autoritário. Aliás, Dworkin se notabilizou justamente pela crítica à discricionariedade. Mas, para fazer justiça também a Habermas, é preciso aproveitar sua boa intuição: operacionalizar o diálogo, a publicidade crítica, a abertura procedimental para a comunidade de intérpretes.

O que não se pode admitir é que tais “paradigmas” propaguem as ilusões de transparência, como se a interpretação jurídica pudesse ser guiada pelos constructos racionais de uma coletividade autoconsciente.

Certamente tais paradigmas pedirão complementação aos saberes evidentes que vêm do “mundo da vida”. Só que esses dois fenômenos (os constructos racionais e saberes “pré-teóricos”) não podem ser isolados em categorias estanques. Pior ainda se esta separação viesse acompanhada de uma hierarquia entre o ideal (discursivo, racional e etc.) e o fático (estratégico, político e etc), como se vê na separação discursos de fundamentação/discursos de aplicação. Quando Habermas foge das acusações de “idealismo” dizendo defender uma “tensão contrafática”, por mais que se comprometa a não eliminar a “realidade” de sua teoria, não deixa de colocar a racionalidade discursiva numa condição de superioridade.

Na CHD a doutrina não é idealizada como um constructo racional, nem os saberes do mundo prático são rebaixados a mero pano de fundo desses discursos. O lógico-explicativo não é superior ao compreensivo-estruturante. Todo enunciado é hermeneuticamente situado, incrustado na historicidade; e a historicidade vem à fala por meio dos enunciados, articula-se discursivamente neles. Por exemplo: para dizer o que é um princípio, a dogmática jurídica não os inventa a partir de si, não os desenha numa prancheta, mas também não é qualquer ditado popular, qualquer senso comum que passa a orientar a aplicação do direito. Para falar habermasianamente, “paradigmas jurídicos” e “mundo da vida” estão como que fusionados na gênese de um princípio.

Enquanto isso, em Habermas, o juiz adequa o fato a “discursos de fundamentação” (eventualmente complementados nas zonas cinzentas, pela retomada de argumentos éticos, pragmáticos ou morais), filtrados por “paradigmas jurídicos”, tendo como pano de fundo os saberes do “mundo da vida”, numa argumentação estruturada pelo procedimento participativo, sob o assédio da esfera

pública. Tudo pede mais idealidade, no sentido de uma maior purificação discursiva da tradição. A tradição é apenas tolerada como suporte de uma máquina produtora de consensos.

O caso é que todo esse aparelhamento discursivo não “resolve” o acontecer da norma no caso concreto, a questão fundamental da compreensão. Aliás, pode até encobrir mais do que revelar. A CHD mostra que a interpretação é algo bem mais difuso (no tempo e no espaço) do que dão conta tais separações entre “tipologias argumentativas”, “paradigmas”, “mundo da vida”, “discursos de fundamentação”, “discursos de aplicação” e etc. Mais difuso, só que, nem por isso, menos passível de controle. Vale lembrar aqui da “justiça para garçons”: “Está constrangido a prestar certo atendimento, pois — por mais que variem as opiniões sobre o que isso compreenderia — todos sabem o mínimo a se esperar”²¹⁷.

É importante reconhecer que, por vias oblíquas, a TD até chega a muitas ideias bem próximas da CHD. Mas a maneira de colocá-las faz uma grande diferença. Pode-se dizer que a preocupação da TD com a “capilarização comunicativa” da estrutura processual não deveria menosprezar a “porosidade hermenêutica” daquele que decide. O intento de realçar o papel da comunidade de intérpretes sobre o juiz Hércules é legítimo. Só que não se pode diluir Hércules na própria comunidade, como se as partes fossem julgar o processo. Como se a comunidade não encontrasse ressonância na pertença histórica do juiz, que a ela responde como o garçom responde à expectativa de bom atendimento.

Enfim, os paradigmas e a teoria da argumentação não chegam a criar um processo sem juiz, que seria a versão jurídica da “comunicação sem sujeito” habermasiana. É preciso reconhecer o sujeito para que se possa controlá-lo.

5.2 APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS ENTRE PROCESSUALISMO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Apesar do viés substancialista da CHD e procedimentalista da TD, aproximam-se no enfrentamento dos mais graves problemas jurídicos brasileiros,

²¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. O holding de um sistema de justiça democrático: garantias institucionais dos limites semânticos contra o protagonismo judicial. **Revista Forense**, v. 110, n. 420, p. 161-177, jul./dez., 2014.

como a defesa da democracia, da autonomia do direito, dos direitos fundamentais e dos procedimentos democráticos.

No campo específico da Processualística, essa aproximação foi menos conturbada do que na Teoria do Direito. Logo se destacou o diálogo como chave relacional entre o Processualismo Constitucional Democrático e a CHD, sobretudo por serem fortes críticas do decisionismo.

Destaca-se a contribuição de Francisco Borges Motta para a compreensão e desenvolvimento deste debate. De matriz hermenêutica, referido autor estabelece uma produtiva interlocução com a PCD, sobretudo naquilo que a CHD herda a Ronald Dworkin. Endossando a crítica aos protagonismos de partes e de juízes, busca uma apropriação “hermeneuticamente válida” da contribuição procedural:

Seja como for, insistimos que a compreensão hermenêutica do contraditório que propomos aqui não é nada muito diferente do que Dierle Nunes (para citar apenas este integrante da plurireferida Escola Mineira) sugere seja uma “leitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo”, a permitir que as partes contribuam, de forma crítica, para a formação do julgado. Aliás, endossamos também a sua observação de que “o comando constitucional que prevê o contraditório e garante um Estado Democrático de Direito já impõe a interpretação do contraditório como garantia de influência a permitir uma participação dos sujeitos processuais na formação das decisões”. Em realidade, a nossa divergência com o procedimentalismo (nos moldes da Escola Mineira) é pontual (apesar de paradigmática): enquanto autores como Dierle defendem que uma concepção deontológica do contraditório como “garantia de influência” assegura uma correção normativa procedimental das decisões (o que vocacionaria o ‘fluxo discursivo’ ao entendimento), para nós, o fim do processo não é o entendimento, mas a produção de uma boa resposta, uma resposta que assegure os direitos de quem efetivamente os tem. Exigimos, pois, dos sujeitos processuais, que apresentem teorias fundadas em argumentos de princípio, através dos quais seja possível uma aferição substancial da conformidade do projeto que apresentam com a materialidade da Constituição e com a integridade do Direito. Somente assim seremos fieis aos aportes substantivos da teoria de Dworkin e aos supostos da Crítica Hermenêutica do Direito²¹⁸.

²¹⁸ MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a serio**: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2009. p. 163-164. Disponível em: < <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/FranciscoMottaDireito.pdf> >. Acesso em: 08 set. 2014.

Em sua tese, aprofunda-se nas relações entre Direito e Moral, defendendo a complementariedade entre as visões dworkiniana (revida pela CHD) e habermasiana, inclusive como fundamento de correção das decisões judiciais:

Uma teoria democraticamente adequada da decisão jurídica deve ter sua legitimidade confirmada de dois modos: por um lado, deve ser produto de um *procedimento constitucionalmente adequado*, por meio do qual se garanta aos interessados, aquilo que Dworkin trata por *participação formal* (conceito que, vimos, tem em si uma dimensão substantiva); por outro, a decisão deve estar fundamentada numa interpretação que, dirigida à integridade, honre a *responsabilidade* enquanto virtude. Em outras palavras, a resposta jurídica e democraticamente correta tem uma *dupla dimensão*, a saber, procedimental e interpretativa. Essas dimensões são interdependentes e reciprocamente constitutivas, uma vez que o *próprio conceito de procedimento democrático é um conceito interpretativo*. Entender etapas e garantias procedimentais como exigências democráticas é uma forma de coloca-las sob sua melhor luz. Neste sentido, concebe-se o procedimento democraticamente adequado atribuindo-lhe um propósito, uma intencionalidade, e reinterpretando-o a partir disso. Uma decisão jurídica adequada deve, necessária e simultaneamente, preservar os princípios da *autonomia* (no sentido habermasiano) e da *dignidade humana* (no sentido dworkiniano) [...] ²¹⁹.

Aprendendo com esses estudos, tenta-se desenvolver o debate com a PCD num outro flanco específico, o metodológico. Isto é: qual a diferença dos caminhos, dos vetores, de como se operacionaliza a jurisdição? Pelo que se viu no debate Habermas-Gadamer, também aqui se vislumbra mais uma relação de complementariedade do que de exclusão entre hermeneutas e dialéticos. Só que também se tratam de ‘universalidades complementares’, isto é, uma relação conturbada em que dependem uma da outra ao mesmo tempo em que reivindicam totalidade. Sendo assim, antes de tentar esboçar uma proposta de rearticulação entre CHD e PCD, vale aprofundar uma polêmica recente (que aglutina tantas divergências paradigmáticas): o dever de cooperação processual.

²¹⁹ MOTTA, Francisco Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. p. 278-279. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3148>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

5.2.1 Um episódio revelador: sobre a polêmica da cooperação processual

A elaboração de um novo Código de Processo Civil mobilizou a Doutrina nacional, abrindo brechas para a infiltração da Teoria do Direito no debate. No redimensionamento dos deveres e poderes dos sujeitos processuais, positivou-se a chamada cooperação processual (art. 6º, NCPC/2015). Neste momento, objetiva-se discutir sua (in)compatibilidade democrática.

Procede-se, inicialmente, historiando o debate sobre a normatividade da cooperação. As correntes “cooperativistas” foram sistematizadas em três modelos: (i) meramente ornamental, observável em vários neo-processualismos; (ii) axiológico, próprio ao Formalismo-valorativo; e (iii) deontológico, proposto pela Escola do Processo Jurisdicional Democrático, de matriz deliberativo-procedimental. Comparam-se, então, com a perspectiva anti-cooperação da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Afinal, explora-se pela CHD a possibilidade de um efetivo controle da relação jurisdicional que seja simultaneamente intersubjetivo e substancial, sem recorrer ao modelo valorativo nem acatar o procedimentalismo habermasiano. A essa hipótese chama-se provisoriamente de *ethos* hermenêutico da relação jurídica.

5.2.1.1. A cooperação no Formalismo-Valorativo: entre o ornamento e o axiologismo

Originárias do direito processual europeu, as doutrinas jurídicas da cooperação vêm ganhando cada vez mais espaço no Brasil. Pelo caráter difuso²²⁰ das remissões bibliográficas, desafiam a fixação de um “mínimo é”²²¹.

Contudo, não se ignora a existência de trabalhos voltados a aprofundar o conceito. Destaca-se a Tese de Doutorado de Daniel Mitidiero, uma das primeiras tentativas brasileiras de elaborar uma teoria cooperativa do processo.

Como adiantado, Mitidiero filia-se ao Formalismo-Valorativo de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, e que se apresenta como topo de uma escala evolutiva da

²²⁰ No tempo e no espaço, sendo citada em diferentes fases da processualística, em diferentes países. Veja-se a respeito: NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo: horizontes para a democratização processual civil**. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Belo Horizonte, 2008. p. 49, 52, 54, 64, 83-89, 108, 118, 134 e 170-173. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf. Acesso em: 06 mar. 2015.

²²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 368.

processualística, iniciada no Praxismo, passando pelo Processualismo e Instrumentalismo. Como o próprio nome sugere, tenta observar um duplo aspecto, abarcando direitos fundamentais processuais e materiais. Mitidiero tenta desenvolvê-la, pensando no modelo de Processo Civil adequado ao Estado Constitucional. Nas suas próprias palavras: “A tese está em que esse modelo de processo corresponde ao processo cooperativo, pautado pelo diálogo judiciário, pela colaboração e pela lealdade entre as pessoas que participam do processo”²²².

Repensando o equilíbrio entre juiz e partes, propõe:

O processo cooperativo, por derradeiro, é o processo do Estado Constitucional. O direito deixa de ser compreendido apenas como *scientia juris* e volta a assumir o caráter de *juris prudentia*, de modo que à cena judiciária vai convocada, novamente, uma racionalidade prática, do tipo material, cujo desiderato precípua está em alcançar a justiça no caso concreto sob discussão, pautando-se o discurso e legitimando-se a decisão pela observância e promoção dos direitos fundamentais (tanto materiais quanto processuais). No plano da ética, a colaboração entre aqueles que participam do processo pressupõe absoluta e recíproca lealdade entre as partes e o juízo, entre o juízo e as partes, a fim de que se alcance a maior aproximação possível da verdade, tornando-se a boa-fé pauta-de-conduta principal no processo civil do Estado Constitucional²²³.

Este curto trecho citado abre várias frentes de discussão: na epistemologia jurídica, na teoria da justiça, na teoria da verdade, no dilema entre procedimentalismo e substancialismo, nas relações entre direito e moral, e etc., para não falar no alinhamento entre as posições assumidas em cada uma dessas áreas. Com efeito, a delimitação do debate se deu pela difusão da cooperação enquanto princípio, chamando atenção de Streck no âmbito da Teoria da Norma. Na linha de suas conhecidas denúncias ao pan-principiologismo, questionava o caráter deontológico dessa inovação:

²²² MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo. 2007. Tese (Doutorado em Direito). Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007. p. 9. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1>. Acesso em: 10 ago. 2014.

²²³ MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. p. 11-12. Disponível em: http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1. Acesso em: 10 ago. 2014.

[...] esse prêt-à-porter ‘propicia’ que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição ágil e eficaz, a justiça no caso concreto. E se as partes não cooperarem? Em que condições um standard desse quilate pode ser efetivamente aplicado? Há sanções no caso de ‘não cooperação’? Qual será a ilegalidade ou inconstitucionalidade decorrente da sua não aplicação?²²⁴

Observa, então, dois possíveis usos do conceito: 1º) meramente ornamental, em que falar de cooperação valeria tanto quanto dizer que o processo deve ser célere; 2) como metanorma dotada de “pretensão de correção” do Direito²²⁵. Os riscos para a democracia são evidentes: no primeiro caso, a referência normativa se perde num conceito vazio; no segundo, é buscada num fundamento último suprajurídico.

Mitidiero publica, então, um artigo reagindo à crítica. Embora concorde na censura aos pan-principiologismos, ressalva a autenticidade do projeto cooperativo. Inicialmente, reafirma que:

[...] do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo orientado pela busca, tanto quanto possível, da verdade, e que, para além de emprestar relevo à boa-fé subjetiva, também exige de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, sendo igualmente seu destinatário o juiz²²⁶.

Também insiste que a cooperação seria princípio, na medida em que “impõe um estado de coisas que tem de ser promovido”: decisão justa, para a qual os participantes deveriam ter suas posições jurídicas organizadas de modo equilibrado. Ciente de que essa noção teleológica é estranha à CHD, frisa:

[...] ainda que se parta de outra acepção de princípio, como aquela proposta por Lenio no sentido de que o princípio só existe a partir de uma regra e de que não há regra sem princípio, é perfeitamente possível ver na colaboração um princípio jurídico, já que ela determina a conformação e a compreensão das regras inerentes à estrutura mínima do direito ao processo justo. A colaboração determina a conformação do direito ao processo justo e, portanto, de suas regras²²⁷”.

²²⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 528.

²²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 579 e 583.

²²⁶ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter: um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 194, p. 62, 2011.

²²⁷ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter: um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 194, p. 57, 2011.

Embora fale na exigência de boa-fé entre todos os sujeitos processuais, ressalva que o dever de cooperar só se aplica ao juiz:

[...] mediante a instituição de regras de conduta para o juiz. E aqui importa desde logo deixar claro: a colaboração no processo civil não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo civil que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio (obviamente, isso não implica reconhecer o processo civil como um ambiente livre dos deveres de boa-fé e lealdade, assunto correlato, mas diverso)²²⁸.

Contudo, não fica muita clara a diferença entre a cooperação e esses deveres de lealdade e boa-fé aplicáveis a todos os sujeitos processuais. Além disso, o que agora chama de “assunto correlato”, outrora era “pauta-de-conduta principal no processo civil do Estado Constitucional”.

Afinal, indica sanções para o descumprimento do dever de cooperação. Estas vão desde o já exigível no devido processo às inovações tendentes a cercear a defesa. Por vias oblíquas, parece retornar o dever das partes cooperarem:

[...] inconstitucionalidade por afronta ao direito fundamental ao processo justo (art. 5.º, LIV, CF/1988 (LGL\1988\3)), possibilidade de responsabilização judicial (art. 133, CPC (LGL\1973\5)) e, especificamente no caso de dever de auxílio, possibilidade de multa punitiva à parte que, indiretamente, frustra a possibilidade de colaboração do juiz para com a parte contrária (art. 14, CPC (LGL\1973\5)). O juiz que se omite no cumprimento de seus deveres de cooperação viola o direito ao processo justo. Os deveres de esclarecimento, de diálogo e de prevenção, como se resolvem em deveres que o juiz pode cumprir *independentemente* de qualquer conduta a ser adotada pela parte contrária perante a qual tem o dever de colaborar, podem gerar responsabilização do juiz por ausência (art. 133, CPC (LGL\1973\5)). Já o dever de auxílio, que muitas vezes depende de determinado comportamento da parte contrária para que o juiz possa colaborar com a outra, dá lugar à possibilidade de o órgão jurisdicional sancioná-la por descumprimento de seu dever de obediência ao juízo (art. 14, CPC (LGL\1973\5))²²⁹.

²²⁸ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prê-à-porter: um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 194, p. 58, 2011.

²²⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prê-à-porter: um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 194, p. 58, 2011.

Não deixa de notar coincidência entre algumas ideias defendidas na cooperação processual com a crítica ao protagonismo judicial por Streck. Com efeito, é algo caro à CHD a associação entre democracia e controle intersubjetivo na atribuição de sentidos normativos. A partir desse marco teórico, impõe-se superar o puro “jogo retórico” tanto quanto o “privilégio cognitivo” na práxis jurídica. Assim, interessaria mesmo uma terceira via entre os chamados modelos processuais de partes e de juiz²³⁰. Contudo, concordar quanto ao problema (ou melhor: quanto a um aspecto dele), não implica em concordar na solução proposta. Há várias tentativas de redimensionar a relação entre os “sujeitos processuais”. A questão continua a ser como isso vai ser feito, tanto no plano operativo como no da fundamentação. É dizer: seriam estes fundamentos também controláveis intersubjetivamente?

Tentando contornar esse problema do fundamento, há genealogias da cooperação que lhe remetem a outros institutos consolidados; seria apenas um novo *nomen iuris*, ou, na hipótese mais drástica, uma evolução de algo já pacificamente existente. É frequente derivá-la da “boa-fé objetiva”²³¹, que supostamente não se confundiria com a moral e já se encontraria positivada no art. 14 do atual CPC. Longe de simplificar, a questão se complica ainda mais.

Antes de tudo, incorre-se em certa ingenuidade hermenêutica: não se pode dizer a mesma coisa com palavras diferentes. Não há sinônimos perfeitos. E se houvesse, qual seria a finalidade de se falar em cooperação quando o art. 5º do NCPD já fala em boa-fé? Para ser legalista, o art. 11, I, b da LC n. 95 prescreve ao legislador: “expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico”. Assim, é difícil aceitar a ideia de que a cooperação seria apenas um novo *nomen iuris* da boa-fé.

Mesmo tolerando essa pretensão dos cooperativistas, de herdar legitimidade de outros institutos jurídicos, as referências buscadas não fornecem bases muito estáveis. Não se ignore sobre a boa-fé: que tem contornos diferentes em diferentes tradições jurídicas; que o instituto é aportado a outra disciplina, o Direito Civil; que em cada disciplina de cada país tenta-se estabilizar uma dogmática da boa-fé; que

²³⁰ Ou privatista e publicista, isonômico e assimétrico, dispositivo e inquisitivo, liberal e social e etc.

²³¹ DIDIER, Fredie. **Editorial n. 45**. Disponível em: <www.frediedidier.com.br>. Acesso em: 01 mar. 2015.

civilistas *experts* no instituto criticam sua utilização como uma “varinha-de-condão”²³² na jurisprudência brasileira. Antes de ampliá-la, seria o caso de estudar a acepção de boa-fé no Brasil, sob compromisso rigoroso com uma matriz teórica.

Ademais, constatam-se “versões” da cooperação que ampliam as obrigações das partes e os poderes dos juízes atualmente existentes. Como visto no próprio Mitidiero, alguns “cooperativistas” não querem que se trate da mesma coisa que a boa fé, postulando que a cooperação representa um *plus* em relação a esta.

Muitos cooperativistas defendem até o dever de cooperação das partes com o juiz e entre si. Segundo defende Leonardo Carneiro da Cunha²³³, esse dever de “colaboração para a descoberta da verdade” obrigaria as partes até “mesmo quando este possa envolver quebra ou sacrifício de certos deveres de sigilo ou confidencialidade”. Assim, representa “a consagração de um poder-dever de o juiz promover o suprimento de insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por qualquer das partes”, bem como “de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito”.

Essa leitura de cooperação iria inequivocamente contra a leitura democrática que se quer do processo no paradigma da intersubjetividade. Reafirma uma Jurisdição inspetora para com as partes, em que o Estado-juiz figura como Sujeito cognoscente de uma relação processual metodologicamente estruturada para que declare/constitua o direito no objeto do litígio²³⁴. As partes sobram. Não são participantes ativos da decisão, mas meros informantes do juiz.

Já seria possível questionar esse alcance da cooperação, pela dependência do esquema Sujeito-Objeto (S-O) na formação da decisão judicial, sem nem aportar os contributos discursivo e hermenêutico à questão. Ocorre que, a partir da democracia, não deveria soar extravagante que as partes tenham direito a participar

²³² RODRIGUES, Otávio Luiz. Boa-fé não pode ser uma varinha de condão nas lições de Jan Peter Schmidt. **Consultor Jurídico** [coluna Direito Comparado]. São Paulo, 10 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-10/direito-comparado-boa-fe-objetiva-nao-varinha-condao-licoos-jan-peter-schmidt>>. Acesso em 01 mar. 2015.

²³³ CUNHA, Leonardo José Carneiro. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 209, p. 349-374, jul., 2012. Disponível em: <http://www.idbfdul.com/uploaded/files/2013_09_09293_09327.pdf> Acesso em: 03 mar. 2014.

²³⁴ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira; KARAM, Trindade André. O “cartesianismo processual” em terraebrazilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 19, jan-abr, 2013. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. Acesso em: 31 jul. 2014.

da decisão que lhes afeta. Também não deveria surpreender o raciocínio de que se o juiz participa ativamente da defesa das partes ele compromete sua imparcialidade.

Contudo, como o protagonismo judicial parece naturalizado, no redimensionamento dos poderes na comunidade processual, parece haver certa tendência doutrinária a cobrar uma contrapartida pela cessão de poder às partes. Daí a exigência de que cooperem.

Em todo caso, focando nos defensores do dever de cooperação restrito ao juiz, seria o caso de insistir em termo tão poluído? A cooperação aparece como “palavra-ônibus”, em que muitos embarcam para viajar juntos, cada um a seu destino. Diante de todo esse embaraço apresentado pelo “cooperativismo”, não dispomos de outros recursos teórico-metodológicos para sustentar a democratização do processo?

Pela CHD, quer-se assegurar o debate entre as partes, seu poder de influir na decisão e seu direito de obter A Resposta Constitucionalmente Adequada²³⁵. Por aí se vê a incompatibilidade com um “realismo argumentativo” (no sentido do direito ser aquilo que os tribunais dizem que é). Mas CHD também seria incompatível com uma teoria da argumentação ideal, que expõe a autonomia do direito a predadores externos, como a Moral, que invadirá o processo com a pretensão de corrigi-lo.

A crítica à cooperação em defesa da autonomia do Direito fica clara na tréplica de Lenio Luiz Streck e Francisco Borges Motta a Daniel Mitidiero. Constatando o apelo da cooperação à abertura axiológica, tornam a negar-lhe *status* de princípio. Pelo enfoque hermenêutico, a própria Resposta Correta depende fundamentalmente da consistência principiológica, evidenciada pela reconstrução da história institucional na perspectiva da integridade. Nesse viés, os princípios fecham a interpretação e acabam com a discricionariedade.

Afinal, as discordâncias radicam no lugar de fala de Mitidiero, o Formalismo-Valorativo, espécie tardia de reação processualística ao positivismo exegético. O argumento central é:

[...] se Alvaro e Mitidiero, por um lado, não endossam expressamente esse foco de centralidade no juiz, por outro, também não tematizam satisfatoriamente a discricionariedade judicial – e, ao não fazê-lo, acabam aceitando-a. Para eles, a discricionariedade – que exsurge

²³⁵STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 415.

da 'valorização' – mostra-se de forma fatalista. No fundo, é como se os avanços da filosofia não pudessem penetrar na porosidade do direito. Ou seja, o formalismo-valorativo ainda está assentado no sub-jectum da modernidade²³⁶.

Conhecidas as críticas da CHD ao Formalismo-Valorativo, e as muitas aproximações entre CHD e PCD, há uma aproximação entre Formalismo Valorativo e PCD a complicar a comparação.

5.2.1.2. Aproximações e distanciamentos entre Processualismo Constitucional Democrático (teoria normativa da cooperação) e Formalismo-Valorativo

São diversos os pontos de contato entre Nunes e Mitidiero, sobretudo na correlação entre Teoria Geral do Estado e Teoria Geral do Processo, no que se refere aos paradigmas estatais e a trilogia estrutural da TGP — domínio da categoria Ação no Estado Liberal, da Jurisdição no Social e do Processo no Estado Democrático de Direito. As semelhanças não deixam de ser reconhecidas por Streck e Motta²³⁷, embora se distanciem sistemicamente da proposta de Mitidiero por seu fundamento axiologista e sua tematização insuficiente do solipsismo judicial.

Em 2010 Nunes e Mitidiero publicariam juntos um artigo de título sugestivo: *Anteprojeto do novo CPC – Um possível alvorecer de um processo constitucionalizado (cooperativo/comparticipativo) no Brasil*²³⁸. Mesmo com a diferença de matrizes, e o mútuo desconhecimento das pesquisas quando de sua elaboração, registravam a convergência das conclusões alcançadas. Nessa oportunidade, elogiavam o então Anteprojeto do NCPC, nos seguintes artigos:

Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. [...]

Art. 5º As partes têm direito de participar ativamente do processo, cooperando entre si e com o juiz e fornecendo-lhe subsídios para

²³⁶ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 213, p. 5, 2012.

²³⁷ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 213, p. 8, 2012.

²³⁸ NUNES, Dierle; MITIDIERO, Daniel. Anteprojeto do novo CPC – Um possível alvorecer de um processo constitucionalizado (cooperativo/comparticipativo) no Brasil. **Migalhas**, 8 jun, 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108719,21048Anteprojeto+do+novo+CPC+Um+possivel+alvorecer+de+um+processo>>. Acesso em 01 mar. 2015.

que profira decisões, realize atos executivos ou determine a prática de medidas de urgência. [...]

Art. 8º As partes têm o dever de contribuir para a rápida solução da lide, colaborando com o juiz para a identificação das questões de fato e de direito e abstendo-se de provocar incidentes desnecessários e procrastinatórios. [...]

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 tenha que decidir de ofício.

Afinal, a PCD passaria a falar numa “teoria normativa da cooperação”²³⁹. A essa altura, o nCPC já disporia o seguinte sobre o tema: “art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Tal redação foi positivada na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

5.2.1.3. Com a participação contra a cooperação

Tomando parte nessa disputa, a CHD veio a público defender a participação (do art. 10) contra a cooperação (ao art. 6º). Preocupava a sutileza com que se transformava um direito do cidadão em seu dever, “depositando [o Legislador] sobre as costas do jurisdicionado parcela imprevisível do peso da responsabilidade que compete ao Estado por determinação constitucional”²⁴⁰. Quisera-se crer que houve apropriação indevida de trabalhos dos destacados defensores da cooperação, na medida em que muitos já tinham se posicionado contra a extensão do dever de cooperar às partes.

É exagerado o otimismo antropológico da medida, sua vocação para porta de reentrada da Moral no Direito, além das perigosas associações com o socialismo processual. Não se instiga aqui a litigiosidade, mas se resguarda a defesa técnica. Observados os *standards* profissionais da advocacia, dentro da legalidade, o processo segue por ônus.

²³⁹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e República: uma relação necessária. **Justificando**. São Paulo, 9 out. 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

²⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; GIORGIO DELLA BARBA, Rafael; FERREIRA LOPES, Ziel. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 23 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

Num certo sentido, não caberia oposição à cooperação indireta sugerida por Nunes e Bahia²⁴¹, na qual "reconhece-se que há papéis distintos, mas que todos cooperam para o resultado final", bem no encalço de Habermas:

[...] todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão²⁴².

Mais do que isso, assentiu-se que a PCD:

[...] Equaciona bem o *agir* predominantemente *estratégico* das partes (orientado por *interesses*) com as limitações impostas pela estruturação *comunicativa* (orientada por conhecimento), necessária à articulação racional de pretensões jurídicas na *esfera pública formal*²⁴³.

Isto tudo, porém, não autorizaria a prescrição legal de um “dever de cooperação” pelos particulares, ainda mais assim, confiado à discricionariedade judicial, e que já surge vinculado à “duração razoável do processo” e à “justiça”.

Afinal, pugnavam-se pela declaração de inconstitucionalidade do artigo, ou sua interpretação conforme a Constituição, em algo como: "Todos os sujeitos do processo [leia-se: *o juiz*] devem cooperar entre si [leia-se: *com as partes*] para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva".

Logo após, Nunes observaria que os debates sobre o NCPC aparentam, em certa medida, repetir o dilema entre liberalismo e socialismo processuais. Procurando avançar no marco constitucional e democrático, frisa que não remete à cooperação típica do processualismo social, mas no sentido habermasiano, como se segue:

²⁴¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Processo e República: uma relação necessária. **Justificando**. São Paulo, 9 out. 2014. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

²⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 288.

²⁴³ STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; GIORGIO DELLA BARBA, Rafael; FERREIRA LOPES, Ziel. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 23 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

Ganha destaque a denominada ‘comunidade de trabalho’ (Arbeitsgemeinschaft – de uma teoria normativa da comparticipação ou cooperação relida) entre juiz e partes (e seus advogados), impedindo que a relação entre estes se transformasse em conflito de categorias, e promovendo na doutrina processual a idealização do policentrismo processual, que afasta qualquer concepção de protagonismo (das partes e advogados no liberalismo processual e do juiz na socialização). E não podíamos mais nos alienar desta percepção. Especialmente quando se vislumbra que o sistema processual brasileiro traz um ambiente no qual prevalecem os interesses não cooperativos de todos os sujeitos processuais. O juiz imerso na busca por otimização numérica de seus julgados e as partes (e seus advogados) no âmbito de uma litigância estratégica (agir estratégico) com a finalidade de obtenção de êxito. Esta patologia de índole fática não representa minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo, nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, deve ofertar. Ao se partir desta constatação cabe ao direito, dentro de seu pressuposto contrafático, ofertar uma base normativa que induza um comportamento de diálogo genuíno no qual estes comportamentos não cooperativos sejam mitigados²⁴⁴.

Lembra-se que a Teoria do Discurso trabalha com um modelo contrafático. Ela extrai condições de entendimento já operantes no cotidiano, as elabora numa “situação ideal de fala”, desdobra disso um modelo teórico de sociedade democrática, e volta-se sobre a realidade com esse modelo, avaliando-a e criticando-a a partir dele. Numa situação ideal de fala trabalha-se sob os pressupostos de que a única coerção seja a do melhor argumento e a única motivação seja a busca cooperativa da verdade.

A “busca cooperativa da verdade” já se encontraria, em alguma medida, operante no cotidiano. Sempre que se afirma algo, deseja-se que isso seja entendido como verdade. Então, nesse ato de fala há uma “pretensão de validade” que precisa ser discursivamente resgatada — ainda mais quando se vai à fala na esfera pública e no sistema judicial para interferir nos direitos alheios. A extração empírica²⁴⁵ desse modelo seria: aproveitar esse potencial comunicativo para coordenar minimamente os planos individuais de ação. Para simplificar: trata-se de coordenar os agires estratégicos numa estrutura comunicativa.

²⁴⁴ NUNES, Dierle José Coelho. Para além do Novo Código de Processo Civil ... e para sua leitura.... **Justificando**. São Paulo, 8 jan. 2015. Disponível em: < <http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

²⁴⁵ No sentido de já operantes no mundo da vida, embora Habermas seja falibilista quanto à sua enunciação (VOLPATO DUTRA, José Delamar. **Razão e Consenso em Habermas**: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005. p. 10-14, 35-37 e 84-93).

Contudo, ressalva o próprio Habermas²⁴⁶ que é o sujeito que deve escolher se vai cooperar ou não. Segundo explica Marcelo Cattoni²⁴⁷ “a racionalidade comunicativa, ao contrário da figura clássica da razão prática, possui um conteúdo normativo, mas não é fonte imediata de normas de agir”. Na normatização da questão, há uma reserva liberal para o agir estratégico, um espaço de jogo sem o qual o sistema retrocederia ao comunitarismo, em que só há deveres. O sujeito deve estar juridicamente livre para não cooperar. O que pode coagi-lo a cooperar, a partir de dentro, é a moral.

Sua solução para o Direito, costumeiramente bem implementada pela PCD, sempre foi a coordenação dos planos de ação em termos de “regulação normativa das interações estratégicas, sobre as quais os próprios atores se entendem”²⁴⁸.

Essa primazia do interesse na ordem particular não fica bem demarcada pela “cláusula genérica” do art. 6º. No estado de selvageria hermenêutica brasileiro, pode mostrar-se contrária às expectativas democratizantes que lhe vota a PCD, evidentes em suas outras contribuições teóricas nesse mesmo Código.

Afora essas limitações à (boa) intenção normativa, vale referir uma diferença paradigmática no trato da “comunicação sistematicamente perturbada”, diferença que remete ao debate Habermas-Gadamer.

Se a hermenêutica concorda no rechaço às teorias descritivas, diverge sensivelmente no recurso à contrafactividade. Sempre viu nisso tudo uma brecha para a idealização argumentativa, uma espécie de sequestro da pragmática pela razão. Talvez não seja totalmente arbitrária a tentativa de Robert Alexy²⁴⁹ em derivar sua teoria da argumentação racional(ista) de Habermas, apostando cada vez mais alto no refinamento procedimental como meio de controle público das decisões. A ênfase no distanciamento crítico, se restrito a um esforço de racionalidade lógico-explicativa, arrisca negar as condições de possibilidade exurgentes da realidade.

²⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 52 e 167.

²⁴⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo horizonte: Mandamentos, 2001. p. 150.

²⁴⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 46.

²⁴⁹ ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Seria desaconselhável um investimento no potencial contrafático do NCPC²⁵⁰, se implementado nesses termos.

Na verdade, talvez seja um problema querer depender só de procedimentos para o controle público das decisões. Voltemos à Teoria da Norma com essas preocupações.

Primeiramente, se o CPC/15 flexibilizar sua validade, fazendo muitas concessões à facticidade dura em que vivemos, ele perde seu potencial normativo. Vira uma legislação “ornamental”. Esta possibilidade está claramente descartada. Precisamos, então, de um direito processual “para valer”.

Contudo, se a pretensão de validade deste processo atropelar a facticidade, exigindo mais do que o direito pode exigir, se antecipando a todas as circunstâncias do caso concreto, ele vira um ambicioso de “sistema-de-regras” processuais; e, na inevitável insuficiência desses sistemas, viria o recurso às “metarregras”, isto é, “princípios-enquanto-abertura” que apelam à sensibilidade judicial na concretização do direito.

Aqui o sonho procedimentalista encontra seu limite. E aí começa o pesadelo axiologista. Vêm na cooperação algo mais do que uma estrutura comunicativa em que os todos os sujeitos processuais estão implicados. Querem a cooperação como “cláusula aberta” de punição de comportamentos processuais contraproducentes. E não se ignore: quem define o que essa “cláusula aberta” significa, no caso concreto, é o juiz. Para não restringir a menção ao axiologismo de Mitidiero, lembra-se que Fredie Didier²⁵¹ defende exatamente a necessidade de que a cooperação processual seja uma “cláusula aberta”.

Pois bem. Ao estabilizar a tensão entre facticidade e validade, certamente busca-se evitar extremos. Mas, como determiná-los? Alexy²⁵² recorreria à ponderação, radicalizando ainda mais a razão lógico-explicativa. Já a hermenêutica daria um passo de volta. Acharia validade que brota da facticidade. Vejamos.

Pela razão hermenêutica (compreensivo-estruturante), os princípios brotam do mundo prático, do universo de sentidos que compartilhamos como comunidade. E reintroduzem o mundo prático no direito. Os princípios talham os sentidos da

²⁵⁰ NUNES, Dierle José Coelho. A função contrafática do direito e o novo CPC. **Revista do advogado**, v. 35, n. 126, p. 53-57, maio 2015.

²⁵¹ DIDIER, Fredie. **Editorial n. 45**. Disponível em: www.frediedidier.com.br. Acesso em: 01 mar. 2015.

²⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

interpretação, o acontecer da norma no caso concreto. São “princípios-enquanto-fechamento”, que destroem a discricionariedade do intérprete, em prol da Resposta Correta.

Brotando da facticidade, a hermenêutica surpreendentemente interage melhor com a retórica (como aprofundaremos na sequência) do que com a crítica-dialética, que pretende vencer uma “comunicação sistematicamente perturbada” pela idealização dos papéis dos participantes²⁵³. No que se refere à apropriação da metáfora do juiz Hércules pela CHD, vale lembrar: seu o fardo trata da responsabilidade política de um agente estatal, que deve desenvolver essa tarefa hercúlea que é reconstruir a história institucional para chegar à decisão no caso concreto. Essa tarefa certamente deve ser compartilhada com uma comunidade de intérpretes. Só não pode ser lançada nos ombros dos jurisdicionados, cuja responsabilidade no processo, dentro dos *standards* profissionais da advocacia, é para com seus próprios interesses.

Certamente, deve-se preservar a autonomia do Direito, criando mecanismos institucionais capazes de impedir que predadores externos (como dinheiro e poder) solapem as próprias regras do jogo. Mas isso não pode ser feito apelando para outros predadores, como a moral. Talvez se fizesse melhor reforçando concretamente outros institutos já conhecidos, sem que haja risco de antecipar apreciações judiciais e/ou cercear a defesa, por exemplo: uma oneração financeira inteligente ao final do processo, correlacionando atos procrastinatórios comprovados à capacidade econômica das partes e ao valor em disputa. Quando a procrastinação se tornar um investimento desvantajoso, preferir-se-á jogar no processo (dentro dos ônus processuais) do que com o processo.

Em todo caso, o frequente enquadramento na (suposta) litigiosidade do brasileiro como “patologia” social a ser curada pelo Estado perde de foco os grandes litigantes contumazes. Como bem alerta Dierle, em outras oportunidades: o próprio Estado, além dos Bancos, são os responsáveis pela sobrecarga da justiça brasileira²⁵⁴. Enquanto o primeiro terceiriza a cidadania para o Judiciário, os segundos terceirizam seus *call centers*²⁵⁵ para ele.

²⁵³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 96.

²⁵⁴ BRASIL. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em:

5.2.1.4. Da ética discursiva ao ethos hermenêutico da relação jurisdicional

A Escola Mineira de Direito desenvolve com rigor sua processualística a partir do vetor de racionalidade habermasiano. Da parte da hermenêutica, acompanha-se a PCD no seu compromisso com a Constituição, a Democracia e o diálogo. Contudo, impõem-se algumas diferenças sutis no encaminhamento desses temas. Uma noção forte de cooperação atua como pressuposto de uma teoria consensualista da verdade, à qual a matriz heideggeriana-gadameriana irá se opor.

Isso permite revisitar, neste campo científico, elementos do debate entre os filósofos Habermas²⁵⁶ e Gadamer²⁵⁷. Pede-se licença para aprofundar essa reflexão. Isto se justifica, na medida em que os paradigmas filosóficos condicionam toda Ciência. Vale a advertência de Ernildo Stein²⁵⁸ e Lenio Streck²⁵⁹: a autocompreensão crítica do jurista não seria fazer Filosofia para depois fazer Direito, nem quaisquer das duas coisas isoladamente, mas fazer filosofia *no* direito.

Segundo Gadamer, a contraparte da hermenêutica é a retórica. Pensar fenomenologicamente é sempre um jogo de luz e sombra. Sendo-no-mundo, não se pode pressupor uma argumentação racional(ista) e idealizada — extremável na lógica que Heidegger tanto criticou e Habermas também não endossa —, mas buscar o dizer originário naquilo que é falado. Sempre nos movimentamos sob um solo comum de compreensibilidade. Certamente a assunção crítica das tradições pode melhorar as condições de participação nesse jogo, trazendo à intersubjetividade aqueles que mal se subjetivavam, por conta das relações de dominação. A hermenêutica jamais se opôs a isso, apenas enfatizando a

http://www.acessoajustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_avaliacao_impacto.pdf. Acesso em: 01 mar. 2015.

²⁵⁵ SALOMÃO, Luiz Felipe. “Empresas transferiram seu call center para o Judiciário” (entrevista). **Consultor Jurídico**. 6 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

²⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**: para a crítica da hermenêutica de Gadamer. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.

²⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini.. Petrópolis, RJ : Vozes, 2002.

²⁵⁸ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**, 2. ed. Ijuí: Ulnijuí, 2005. p. 134-169.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 466.

compreensão que antecede a crítica, ou melhor: o acolhimento na tradição de elementos que possibilitam essa crítica. Habermas acusa injustamente Gadamer de “ontologizar a tradição”, apenas por atentar para sua autoridade (e não insuperabilidade).

Ademais, um hermenauta não acreditará que um desenho metodológico (procedimentalização) da relação entre os intérpretes seja “garantia prévia de verdade”, cuja manifestação última seria o consenso. O procedimento é só a dimensão superficial do controle público das decisões. Há ainda uma dimensão de profundidade, substancial.

Se na linguagem ordinária a torção das palavras já tem limite, desde cedo a fiscalização sobre o uso dos sentidos normativos ganhou importância social diferenciada. Daí a ritualização crescente dessa prática interpretativa, seguida da racionalização quando a teologia entra em crise. Mas a superação da força bruta pelos ordálios e destes pelo devido processo não esgotam o problema. Não podemos esquecer da dimensão de profundidade: o Processo não esgota a relação jurisdicional. E, em última análise, o contraditório (diálogo atual) não esgota o diálogo (que já trazemos) que sustenta a Jurisprudência, a própria Jurisdição e até o Estado Democrático de Direito.

Assim, a metodologização da decisão judicial numa racionalidade procedimental coletiva não garante “A” resposta correta. Por mais simétrica que seja a participação e fundamentada que seja a decisão, fora deste chão hermenêutico o processo decai em falatório. Habermas enfatiza a emancipação no procedimento, mas subestima o potencial do que é fenomenologicamente triável à autoridade da tradição. Os “argumentos de princípio”²⁶⁰ podem ser assumidos como verdades “*aletheicas*”²⁶¹ que brotam de nosso chão comum e daí haurem sua força; não da deliberação-procedimental, mas da indisponibilidade histórica dos sentidos. Diante de uma conduta contrária a nossas legítimas expectativas, recorreremos à indisponibilidade da história ao reclamar que aquilo “não faz sentido”.

²⁶⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 129.

²⁶¹ Para Habermas, Dworkin “rompe o círculo no qual se enreda a hermenêutica jurídica com seu recurso a topoi historicamente comprovados de um etnos transmitido. Dworkin interpreta o princípio hermenêutico de modo construtivista” (**Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I. p. 256-257). Contudo, já em Gadamer a interpretação não é mera reprodução de sentido; tem caráter produtivo, apenas não se tratando de livre nomeação. De outra parte, em Dworkin os princípios aparecem na e pela reconstrução da história institucional, para além da prática argumentativa atual. Este aspecto será enfatizado na sua apropriação pela Crítica Hermenêutica do Direito.

Afinal, concordar com a democratização e constitucionalização do Processo não leva a CHD à procedimentalização da democracia e da Constituição. Ao menos não num sentido excludente, anti-conteudístico. Se na relação jurisdicional o processo fornece a “estrutura institucional” necessária, deve acorrer uma “estrutura de pensamento” para sua suficiência: “A” resposta correta.

Talvez seja o caso de inverter os termos: ao invés de uma teoria normativa da cooperação, falar numa teoria cooperativa da normatividade. Não se diz, com isso, que a normatividade esteja à disposição das partes num dado processo, mas que a vigilância do sentido comumente partilhado é o que impede sua predação por um sujeito solitário. Fundamental, aqui, a demonstração streckiana do *holding* de um sistema de justiça democrático, com sua “Justiça para Garçons” (Capítulo 4.3).

Trada-se da adesão à comunidade histórica, pela observância da autoridade da tradição. Isto não só respeita as funções que cada um desempenha no processo (sem idealizações de papéis) como as articula estruturalmente. À medida que os Tribunais conseguissem manter a jurisprudência íntegra e coerente, desencorajar-se-iam as petições temerárias. Além da evidente perda de tempo e dinheiro, nos precedentes mais consolidados existiria o “constrangimento epistemológico”²⁶² de insurgir-se contra um pilar do sistema. A afirmação não é ingênua. Nos Estados Unidos, ninguém questionaria um *Plessy vs. Fergusson* hoje sem perder a credibilidade profissional.

Assim, cada vez mais as partes teriam de mobilizar “argumentos de princípio”, além de fiscalizar a mesma consistência nas manifestações da contraparte e nas decisões dos juízes. Um círculo virtuoso que não depende de um sistema de honra, como é a “cooperação forçada” das partes. Nessa perspectiva, a manipulação retórica pelas partes não seria um problema. Por mais subjetivamente insincera que seja uma proposição, ela terá de se movimentar num espaço de aceitabilidade intersubjetiva que na hermenêutica ganha uma substancialidade histórica, muito além do contexto imediato dos participantes. Aí certamente não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. E, independentemente da vontade do enunciante, o que foi dito não mais lhe pertence; desprende-se mesmo do que ele

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 110.

quis dizer e pode até contribuir para “A” resposta correta. Gadamer²⁶³ fala que a expressão se trai, para além daquilo que se quer fazer, naquilo que nos acontece. Reivindicando a primazia hermenêutica contra a pretensão da crítica, observa que: “O problema hermenêutico possui um alcance tão universal e fundamental para toda experiência inter-humana da história e da atualidade, porque se pode experimentar um sentido também onde este não se dá intencionalmente”²⁶⁴.

Nesse sentido, defende a retórica da investida habermasiana:

Assim, os aspectos retórico e hermenêutico da estrutura da linguagem humana encontram-se perfeitamente compenetrados. Não haveria oradores nem retórica se o entendimento e o consenso não sustentassem as relações humanas; não haveria nenhuma tarefa hermenêutica se não fosse rompido o consenso daqueles que ‘são um diálogo’ e não se precisasse buscar o entendimento. A combinação com a retórica, portanto, possibilita dissolver a aparência de que a hermenêutica estaria restrita à tradição estético-humanista, como se a filosofia hermenêutica estivesse às voltas com um mundo do ‘sentido’ contraposto ao mundo do ‘real’, que está se ampliando na ‘tradição cultural’²⁶⁵.

Trazendo isto para o Direito: ninguém está normativamente obrigado a cooperar neste *ethos* hermenêutico, mas já se coopera indiretamente. Ocorre que os atores jurídicos estão desde sempre implicados num projeto civilizacional, enredados no seu “romance-em-cadeia”. Não se confunda com o paradigma social-republicano mencionado por Habermas, pois a ligação entre sujeitos transcende o aqui e agora; cuida-se de um necessário herdar e legar mundo. Quando o direito é assumido em perspectiva substancial, esse projeto é historicamente qualificado: o sistema concorre para atualização da comunidade de princípio da qual se faz parte.

5.2.1.5. Conclusões parciais

Por todo o exposto, verifica-se a incompatibilidade dos modelos de cooperação processual ornamental e axiologista com a democracia. Enquanto o

²⁶³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini.. Petrópolis, RJ : Vozes, 2002.

²⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini.. Petrópolis, RJ : Vozes, 2002. p. 282.

²⁶⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método II**: complementos e índice. Tradução de Ênio Paulo Giachini.. Petrópolis, RJ : Vozes, 2002. p. 277.

primeiro esvazia a eficácia normativa, o segundo a busca fora de uma fundamentação intersubjetivamente controlável, apelando para a Moral.

No que se refere à proposta deliberativa-procedimental de Dierle Nunes, de uma Teoria Normativa da Cooperação enquanto mecanismo contrafático, questiona-se a aplicabilidade normativa direta do pressuposto teórico, sobretudo nos moldes positivados no CPC/15. Mesmo nos quadros da Teoria do Discurso, podemos arriscar a hipótese de que a “busca cooperativa da verdade” segue como coerção transcendental fraca, não prescrevendo diretamente o agir. Essa circunstância não parece observada pela maioria dos defensores da tese cooperativa, de modo que se faz necessária uma delimitação de sentido, ou, melhor ainda, o veto ao ingresso do art. 6º no ordenamento jurídico positivo.

Em que pese a aproximação democrática da PCD e CHD, à medida que os objetivos comuns são alcançados, relevam os detalhes. Esgarça-se a contraposição entre suas raízes procedimentalista e substancialista, respectivamente. O apelo à cooperação só faz sentido como móbil do consenso, diante do impasse operacional: não ser o processo uma prática de autoentendimento. Da perspectiva hermenêutica, a Resposta Correta pode ser mobilizada a partir do acordo latente que já sustenta o cotidiano. Retomando a alegoria streckiana, cuida-se do “modelo restaurante” de justiça: sem que a clientela precise dividir o prato entre si, sua integração numa comunidade de princípios garante o bom atendimento.

5.3 PROCESSO E DECISÃO JUDICIAIS: REARTICULAÇÃO TEÓRICA

A essa altura, chegamos a um ponto decisivo da dissertação: a rearticulação entre Teoria do Processo (num sentido lato²⁶⁶) e Teoria da Decisão. Na Teoria do Direito nem sempre esses aspectos estiveram bem relacionados; por vezes, sequer coexistiram.

A Ciência Jurídica moderna nasce em Hans Kelsen justamente como uma afirmação da Teoria do Direito se esgotando em quadros categorias puros e procedimentos desempenhados por autoridades competentes. A possibilidade de se

²⁶⁶ Para além do processo judicial, todo processo institucionalizado pelo Direito.

teorizar sobre o núcleo da decisão é francamente recusada, no famoso capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*²⁶⁷.

Essa recusa ocorre também em visões sociológicas do direito (Weber, Luhmann e etc.), sobretudo quando a análise se desloca da ação para a instituição.

Ainda, há uma tendência a teorizar sobre a decisão jurídica a partir de elementos extrajurídicos. Talvez não se tenha aqui propriamente uma Teoria da Decisão Jurídica, mas uma espécie de “efeito teorizante” de determinado pensamento econômico que se projeta sobre o Direito. Aqui entram linhas de pensamento tão variadas quanto os pragmati(ci)smos, marxismos e a Análise Econômica do Direito, todas caminhando para o dilema weberiano: ou solapam a forma do direito com a introdução de valores ou tentam otimizá-la, racionalizando, instrumentalizando e burocratizando ainda mais. Em todo caso, a jurisdição deixa de ser um problema propriamente jurídico.

O Direito sucumbe também em face de vulgatas de Filosofia Moral, recepcionadas pelos neo-constitucionalistas (e neo-processualistas). São os juristas que, depois do 2º pós-guerra, tentam ser bem-sucedidos justamente onde Kelsen teria falhado. Terminam lhe dando razão ao recorrer a meras ideologias, ou, nas versões mais sofisticadas, a criteriologias nada jurídicas para racionalizar o conteúdo da decisão judicial.

Com efeito, sem uma Teoria do Direito adequada à contemporaneidade — sobretudo, de um enlace consistente entre Teoria do Processo e Teoria da Decisão —, o debate jurídico arrisca retroceder à oposição entre formas e valores, nos termos de juspositivistas *versus* jusnaturalistas. Mais do que isso, viu-se como esse debate segue refém de paradigmas filosóficos superados. Apela para fundamentações últimas, nas versões objetivista ou subjetivista.

Para uma travessia rumo ao paradigma da intersubjetividade, viu-se como a Teoria do Discurso possibilita uma elaboração adequada dos procedimentos jurídicos. Contudo, fica devendo um controle do conteúdo da decisão. É onde a Crítica Hermenêutica do Direito desponta, com um substancialismo renovado, que haure suas forças no diálogo que já trazemos.

²⁶⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Wmfmartinsfontes, 2009.

Retomando as raízes filosóficas dessa bifurcação, viu-se como a linhagem discursiva lança as bases para uma nova epistemologia (dialógica), enquanto a hermenêutica lança as bases para uma nova ontologia (sem “essências”).

Estes dois caminhos voltaram a se cruzar no debate Habermas-Gadamer. Ernildo Stein observa ambos como totalizantes e, ao mesmo tempo, complementares: “o método crítico se apresenta basicamente como um instrumento para detectar a ruptura do sentido, enquanto o método hermenêutico busca nos muitos sentidos a unidade perdida”²⁶⁸.

Trazendo isso para a Teoria do Direito, enquanto a PCD enfatiza a participação simétrica, a CHD dimensiona sua repercussão numa Resposta Correta²⁶⁹. Se a primeira abre a institucionalidade às diferenças, a segunda “fecha” a decisão na identidade dos sentidos compartilhados.

Contudo, pressupõe-se que hermenêutica não tem como engendrar a partir de si uma Teoria do Processo. O que não significa que não se *possa* (na verdade, se *deve*) investigar um direito processual hermeneuticamente adequado.

Já o procedimentalismo habermasiano não garante converter participação em efetiva influência na decisão, sabendo-se que o processo judicial não é uma prática de autoentendimento. Enquanto modelo contrafático, projeta o consenso pressupondo a cooperação. Talvez não seja por acaso que sua tradução dogmática caiu no paradoxo de defender a positivação de um “dever de cooperação” no art. 6º do CPC/15 (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), confundindo os planos de coerção moral e normativa.

Em todo caso, como controlar o terceiro investido do poder decisório sem uma referência substancial? Tal saída inexiste na facticidade. Só mesmo contando com a cooperação, no plano contrafático. Fora isso, admitindo-se essa referência substancial, como controlá-la intersubjetivamente (sem “hipostasiar a tradição”)? A partir de uma Teoria da Decisão que atenta para a indisponibilidade histórica dos sentidos, da força que a comunidade tem para constranger epistemologicamente o intérprete a partir das verdades que comungam, de forçá-lo a um diálogo com a tradição.

²⁶⁸ STEIN, Ernildo. Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia [anexo]. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987. p. 103.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 327-417.

O processo apenas dá armação ôntica a uma relação jurídica que não pode ficar esquecida, nem pode se esgotar nos procedimentos. Nesse sentido é que Georges Abboud e Rafael Thomas de Oliveira falarão na “demonstração fenomenológica da relação jurídica como fundamento originário-existencial da teoria processual”²⁷⁰.

A luz projetada por Habermas sobre o procedimento faz sombra em outra dimensão da experiência jurídica. Perde de vista um substancialismo jurídico que não seja ontologicamente ingênuo, isto é: não apela para as essências do texto ou natureza jurídica dos institutos. Trata-se de uma Teoria da Decisão que extrai sua força da indisponibilidade histórica dos sentidos, que não podem ser trocados livremente pelo intérprete. Disso se recolhem elementos estruturantes para uma Processualística hermeneuticamente adequada, atenta para a insustentabilidade da Teoria do Processo sem uma Teoria da Decisão.

Como saldo desta pesquisa, pode-se então arriscar dizer que Teoria da Decisão sem Teoria do Processo é cega, mas a Teoria do Processo sem Teoria da decisão é vazia²⁷¹. Trata-se de “fazer ver” e dar “conteúdo” ao Direito.

Estabelecida essa dependência mútua, os papéis da Teoria do Discurso e Crítica Hermenêutica do Direito podem ser mais bem definidos.

Lembrando lição de Ernildo Stein, o plano discursivo diz o que é necessário para o hermenêutico, mas o plano hermenêutico guarda o que é indizível para o discursivo²⁷².

Assim, a estrutura comunicativa do Processo (“comparticipativa e policêntrica”), pode ser situada como condição *necessária* para a Jurisdição Democrática. Contudo, para sua *suficiência* (numa “resposta correta”), devem também ocorrer os sentidos dessa estrutura, aquilo que a antecede e onde toda experiência humana deita raízes.

²⁷⁰ ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, p. 27-70, dez., 2008.

²⁷¹ “[...] pensamentos sem conteúdo são vazios; intuições sem conceitos são cegas.” (KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. v. I. [Col. os pensadores] São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 75). Com certa liberdade, adapta-se a paráfrase que Stein faz de Kant, referindo a relação entre filosofia e ciências humanas. STEIN, Ernildo. **Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia** [anexo]. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987. p. 128.

²⁷² STEIN, Ernildo. **As voltas com a metafísica e a fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014. p. 52.

Afinal, podem-se visualizar na proposta habermasiana os limites²⁷³ procedimentais e as possibilidades hermenêuticas de controle das decisões judiciais.

²⁷³ Por limites, quer-se dizer apenas: uma necessidade nunca atendida à suficiência

6 EPÍLOGO: PERSPECTIVAS TRANSTEÓRICAS DO PROCESSO JUDICIAL

Este momento do trabalho objetiva expor pontos do novo Código de Processo Civil que repercutem as preocupações da CHD e/ou a PCD, contextualizando-os no debate público em que essas duas matrizes tomaram parte (6.1). Encerra com algumas perspectivas sobre a democratização do processo judicial brasileiro (6.2).

6.1 REPERCUSSÕES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

No geral, o novo Código de Processo Civil (lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) contempla maior participação na formação das decisões, além de facilitar a autocomposição (arts. 3º, 165-175 e 334) e reconhecer autonomia às partes quanto à própria regulação procedimental na discussão de direitos disponíveis (art. 190 e 191). Como muito se tem ressaltado, trata-se da primeira grande ordenação legal sobre processo a ser editada sob um regime democrático no Brasil. Por sinal, sua edição foi acompanhada por intensos debates, eventos acadêmicos, cobertura pela mídia, audiências públicas em diversas cidades do país, exibição ao vivo das sessões legislativas, com possibilidade de interação *online* e em tempo real de qualquer cidadão, além da adoção de ferramentas colaborativas de redação de textos legais. E, com efeito, os registros do trâmite pela Câmara dos Deputados e Senado Federal mostram uma elevada adesão do público. Enfim, o CPC/15 tramitou sob um nível de abertura inédito na experiência legislativa brasileira.

Sem prejuízo da atuação de diversos outros juristas e Escolas de juristas, para os fins dessa pesquisa, podem-se relacionar várias dessas inovações à CHD e à PCD, chegando alguns artigos a lhe deverem a “patente”.

Por emblemáticas das respectivas matrizes, privilegiam-se aqui as intervenções de Lenio Luiz Streck e Dierle Nunes no debate público, como linhas de análise e comparação²⁷⁴.

Inicialmente, na CHD, viu-se com desconfianças o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil²⁷⁵, tanto pelos resquícios do velho protagonismo judicial

²⁷⁴ Neste ponto do trabalho, muitas das referências são de jornais eletrônicos que, apesar de não indexados, têm grande impacto no debate público, além de ecoar em publicações acadêmicas e na prática institucional.

²⁷⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto.

quanto por trazer novas formas deste problema. Falava-se em coisas como “princípios gerais de direito” (art. 108) a par dos “princípios constitucionais” e “regras legais”, “ponderação de valores” (art. 472), incumbência do juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito” (art. 117), “dilatando os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova adequando-os às necessidades do conflito” (art. 118) e etc.

Assim, quando “nem a exposição de motivos e nem os pronunciamentos posteriores permitem identificar uma prestação de contas em torno de questões decisivas para a formatação de um novo modelo processual”²⁷⁶, àquela altura “É[ra] possível dizer que o grande fio condutor sob o qual caminha o NCPC pode ser identificado naquilo que, atualmente, tem sido denominado protagonismo judicial”²⁷⁷.

Essa posição começa a mudar, quando tais críticas abrem uma frente de diálogo com outros juristas envolvidos na tramitação do projeto (Fredie Didier, Dierle Nunes e etc.), sobretudo no substitutivo da Câmara dos Deputados.²⁷⁸ A partir daí, um bom mote para essa análise vem de um trecho da carta enviada por Streck²⁷⁹ ao Deputado Paulo Teixeira, Relator do projeto²⁸⁰ do novo CPC na Câmara:

[...] embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. Na medida em que o Projeto passou a adotar o policentrismo e coparticipação no processo, fica evidente que a

Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf>>. Acesso em: 01/12/2015.

²⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira; KARAM, Trindade André. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, jan-abr, p. 16, 2013. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

²⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira; KARAM, Trindade André. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, jan-abr, p. 17, 2013. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

²⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Consultor Jurídico** [coluna Senso Incomum], São Paulo/SP, 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

²⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015.

²⁸⁰ BRASIL. Senado Federal. **Redação final do Substitutivo da Câmara (nº 8.046, de 2010) dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em: 06 mar. 2015.

abordagem da estrutura do Projeto passou a poder ser lida como um sistema não mais centrado na figura do juiz. As partes assumem especial relevância. Eis o casamento perfeito chamado 'coparticipação', com pitadas fortes do policentrismo. E o corolário disso é a retirada do 'livre convencimento'. O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. Filosoficamente, o abandono da fórmula do livre convencimento ou da livre apreciação da prova é corolário do paradigma da intersubjetividade, cuja compreensão é indispensável em tempos de democracia e de autonomia do direito. Dessa forma, a invocação do livre convencimento por parte de juízes e tribunais acarretará, a toda evidência, a nulidade da decisão²⁸¹.

Tal livre convencimento constava no CPC/73 nos artigos 131, 145, 353, 383, 439, 1.107. Por todos, veja-se: "Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Os juristas brasileiros costumavam discutir o controle das decisões judiciais a partir de três sistemas: 1º) íntima convicção do juiz, em que ele julga conforme sua consciência, sem necessitar prestar contas dos fundamentos dessa decisão; 2º) prova legalmente tarifada, em que os valores de cada tipo de prova são pré-determinados por lei; e 3º) livre convencimento motivado, em que o juiz não está adstrito a valores probatórios legalmente pré-determinados, mas deve fundamentar racionalmente sua decisão²⁸². Com isto, situavam o Brasil no sistema de livre convencimento motivado.

Contudo, essa abordagem dogmática não dava conta do problema do decisionismo no direito brasileiro. Uma rápida análise de julgados revela como o "livre convencimento" é invocado como um alibi para que o juiz decida como bem quer, desde que depois busque na ordem jurídica os meios de formalizar essa decisão. Assim, os fundamentos da decisão eram reduzidos a mera capa de sentidos; não eram considerados como elementos estruturante da própria decisão. Veja-se que a cisão desses momentos não é uma questão cronológica, mas epistemológica: decisão não é escolha. E o controle público dessa decisão não se

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015.

²⁸² STRECK, Lenio Luiz. Comentários aos art. 371. In: STRECK, Lenio Luiz et al (Org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, prelo 2016. p. 551-556.

esgota na dimensão formal-enunciativa. É possível um controle material sobre a esses fundamentos, sobre a “fundamentação da fundamentação”²⁸³.

Assim, a partir da sugestão streckiana, o termo “livre” (arts. 298, 370, 371) foi suprimido do CPC, ao que se junta o aumento das exigências no contraditório e na fundamentação. Veja-se o artigo correspondente ao antigo art. 131 (CPC/73): “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”.

Alguns juristas²⁸⁴ quiseram ver nisso apenas uma espécie de “livre-convencimento-mais-motivado”, desconsiderando o alcance paradigmático da questão. Em debate travado à época, asseveramos com Lúcio Delfino:

[...] sob o Estado Democrático de Direito, a decisão pública não pode depender em nada da vontade pessoal do juiz. Juiz decide; não escolhe, por mais que a isto se acople um raciocínio adjudicador [...] A prevalecer o ‘decido-primeiro-e-fundamento-depois’, a tal “*disciplina mais clara do método de trabalho do juiz*” aparece como despistadora do subjetivismo, até para o próprio intérprete [...]²⁸⁵.

Avançando na análise do CPC/15, uma de suas grandes inovações foi perseguida como objetivo comum pela CHD e PCD²⁸⁶:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.
Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
I - à tutela provisória de urgência;
II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;
III - à decisão prevista no art. 701.

²⁸³ Discutindo o CPC a partir desta categoria streckiana: TASSINARI, Clarissa ; FERREIRA LOPES, Ziel. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do NCPC: julgamento analítico ou fundamentação da fundamentação? In: ALVIM, Thereza et al (Org.). **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro** –Estudos dirigidos: Sistematização e Procedimentos. São Paulo: Forense, 2015

²⁸⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca ; O livre convencimento motivado não acabou no Novo CPC. **Jota**, Brasília, 06 abr. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 29 nov. 2015. Para aprofundamentos sobre essa discussão, ver nossa resposta em:

²⁸⁵ DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC: por que a razão está com os hermenêutas?. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada**. 1ed.Salvador: JUSPODIVM, 2015, v. 3: Processo de conhecimento – Provas. p. 305-313.

²⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho. O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta!. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>. Acesso em 06 mar. 2015.

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.

Finalmente o direito brasileiro liga a legitimidade do processo ao direito de participação em todos os seus atos. Para que se possa controlar a repercussão desse contraditório, há nova convergência entre CHD e PCD²⁸⁷ sobre os deveres de fundamentação:

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;

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

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.

Antes de tudo, vê-se o estabelecimento de uma criteriologia decisória, concretizando o art. 93, IX da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob

²⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho. O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta!. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>. Acesso em 06 mar. 2015.

pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

Deve-se frisar a resistência corporativa a essas novas exigências. Juízes vêm sinalizando que não vão se submeter ao novo CPC²⁸⁸, especificamente no que se refere à fundamentação. Enquanto a OAB se posicionou em defesa das inovações, entidades como a Associação dos Magistrados Brasileiros, a Associação dos Juízes Federais do Brasil e a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho combateram-nas ativamente²⁸⁹, com argumentos que vão desde a independência funcional, passando pela duração razoável do processo, a sobrecarrega do judiciário, o abuso das novas prerrogativas pelos advogados, até que o detalhamento dos requisitos da fundamentação estaria na verdade restringindo o art. 93, IX²⁹⁰.

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura organizou um Fórum (só de juízes) sobre o tema, no qual se votaram enunciados interpretativos minimizando o contraditório e a fundamentação nesses artigos²⁹¹. Antecipando a difusão desta nova leitura do inciso XI, art. 93 da CRFB, juízes trabalhistas também refutaram a aplicação suplementar do art. 489 do CPC/15 à sua área. E ainda deverão vir muitas outras discussões sobre o tema, considerando a elaboração pela Ordem dos Advogados do Brasil de um Anteprojeto de Código

²⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido?. **Consultor jurídico** [coluna Senso Incomum], São paulo, 02 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

²⁸⁹ VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

²⁹⁰ ROVER, Tadeu. **Interferência indevida**: Legislador não pode restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra. **Consultor jurídico**, São Paulo, 09 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>>. Acesso em: 01 dez. 2015. ROVER, Tadeu. **Racionalização do processo**: Objetivo da magistratura é a celeridade, não reduzir o trabalho, diz AMB. **Consultor jurídico**, São Paulo, 04 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/magistratura-celeridade-nao-reduzir-trabalho-amb>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

²⁹¹ BRASIL. Escola Superior da Magistratura. **O Poder Judiciário e o novo CPC**: Enunciados Aprovados. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 31 nov. 2015. Para respostas ponto a ponto, ver: STRECK, Lenio Luiz. A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo?. **Consultor Jurídico** [coluna Senso Incomum], São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

Brasileiro de Processo Constitucional²⁹² e a tramitação de um novo Código de Processo Penal²⁹³ (que, por sinal, não avançam no tema).

De volta à análise do artigo. Com Clarissa Tassinari²⁹⁴, registramos que o art. 489 não interessa à CHD enquanto “fundamentação analítica”, termos em que alguns autores o vem referindo. Isto é: não se trata apenas de tornar a fundamentação formalmente mais detalhada, antecipando seus requisitos por lei. A questão é controlar a “fundamentação da fundamentação”, o conteúdo que vem à fala na fundamentação, sem a qual os requisitos do art. 489 se reduziriam a mera *check-list*. Não levar isto a sério traria sérias consequências práticas²⁹⁵, como o comprometimento do parágrafo §, inciso IV (“não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”). Ocorre que, sem essa pré-compreensão que se antecipa, daquilo que é capaz de, “em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, seria impossível refutar uma petição abusiva, com inúmeros argumentos absurdos, tornando os juízes reféns de advogados mal-intencionados.

Seguindo no art. 489, sobre a “ponderação” (§2º) há nova divergência, com adesão de Nunes e posicionamento contrário de Streck. Nunes minimiza os riscos do §2º, desde que devidamente considerado o que estabelece o resto do Código: “a leitura do parágrafo 2º somente pode ser feita em conformidade com premissas do contraditório dinâmico, que impede decisões de surpresa (artigo 10), da teoria normativa da cooperação (artigo 6º) e do próprio artigo 486, caput, e parágrafo 1º [antiga numeração do art. 489]”²⁹⁶.

²⁹² BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Constitucional**, 2015. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

²⁹³ PL 8045/2010.

²⁹⁴ TASSINARI, Clarissa ; FERREIRA LOPES, Ziel. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do NCPC: julgamento analítico ou fundamentação da fundamentação? In: ALVIM, Thereza et al (Org.). **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro** – Estudos dirigidos: Sistematização e Procedimentos. São Paulo: Forense, 2015.

²⁹⁵ VASCONCELOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Regras para fundamentar: Advogados e juízes disputam vetos de Dilma em novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-11/advogados-juizes-disputam-vetos-dilma-cpc>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

²⁹⁶ RODAS, Sérgio. Novo CPC permite abusos interpretativos do juiz, dizem advogados. **Consultor Jurídico**, 12 jan. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-12/cpc-permite-abusos-interpretativos-juiz-dizem-advogados>. Acesso em: 06 mar. 2015.

De sua parte, Streck ataca fortemente o dispositivo, chegando a questionar sua constitucionalidade²⁹⁷. Podem-se colocar seus argumentos em duas ordens: 1) suas conhecidas críticas à ponderação alexyana, como uma espécie de tentativa de “tecnificar” a compreensão, que se arrisca a encobrir decisionismos sob vestes lógicas, mais do que controlá-los; 2) o que se está positivando é uma vulgata de Robert Alexy, passando ao largo de suas regras argumentativas e máximas de proporcionalidade que conformam a ponderação; fora de qualquer compromisso com o famoso teórico da ponderação, traz-se até a possibilidade de ponderar regras, ao se falar genericamente em “colisão entre normas”. Estende-se a ponderação até aquilo que Alexy chama de “casos fáceis”, que a dispensam. Isto expõe o ordenamento jurídico à escolha casuística daquilo que se quer aplicar, por mais definido que já esteja o direito.

Já à positivação do art. 926, diretamente sugerido por Streck à Relatoria do Projeto na Câmara dos Deputados, adere Nunes²⁹⁸:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, **íntegra e coerente**.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação. (grifo nosso).

Sobre a integridade, volta-se ao parecer de Streck à Relatoria do projeto:

Dizia eu, de forma contundente, que a estabilidade é diferente da integridade e da coerência do Direito, pois a “estabilidade” é um conceito autorreferente, isto é, numa relação direta com os julgados anteriores. Já a integridade e a coerência guardam um substrato ético-político em sua concretização, isto é, são dotadas de consciência histórica e consideram a facticidade do caso. Pois muito bem. A inteligência do relator e de Fredie Didier foram cruciais para o acatamento dessa minha sugestão de caráter dworkiniano,

²⁹⁷ Primeiro em: STRECK, Lenio Luiz ; Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. **Consultor Jurídico** [coluna Senso Incomum], São Paulo/SP, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 30 nov. 2015. Depois em: STRECK, Lenio Luiz. Criteriologia decisória no NCP: com a fundamentação adequada contra a ponderação. **Revista Forense**, v. 421, p. 129-145, 2015.

²⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho. O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta!. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>. Acesso em 06 mar. 2015.

simples, mas que poderá mudar a história da aplicação do direito de *terrae brasilis*: trata-se da exigência de coerência e integridade, ao lado da estabilidade. Explico: significa dizer que, em casos semelhantes, deve-se proporcionar a garantia da isonômica aplicação principiológica. Haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mas, mais do que isto, estará assegurada a integridade do direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte dos juízes. Isso somente pode ser alcançado através de um holismo interpretativo, constituído a partir do círculo hermenêutico. Já a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito. Trata-se de uma garantia contra arbitrariedades interpretativas. A integridade limita a ação dos juízes; mais do que isso, coloca efetivos freios, através dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é uma forma de virtude política. A integridade significa rechaçar a tentação da discricionariedade²⁹⁹.

Assim, além de garantir-se a influência das partes caso a caso, o controle público se espraia por toda a formação e modificação da jurisprudência, como operacionaliza o art. 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015.

dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Com esse fim de aumentar o controle público, os relatores nos tribunais deverão ouvir interessados, podendo marcar audiências públicas nos chamados “casos repetitivos” (arts. 983, 984 e 1.038), compreendendo o incidente de resolução de demandas repetitivas (Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, art. 928) e os recursos especial e extraordinário repetitivos. Será aplicável também à audiência pública jurisdicional o contraditório como garantia de influência (arts. 1.022 e 984), algo que pode vir a sanar o déficit argumentativo apontado nas audiências até aqui realizadas³⁰⁰. A designação de “*amicus curiae*” (que ganha capítulo próprio³⁰¹) passa a ser possível em todas as instâncias, inclusive por juízes monocráticos (art. 138) e pode inclusive recorrer do IRDR (§3º).

Por fim, há que se lembrar do debate em torno ao art. 6º.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Foi rechaçado pela CHD³⁰² como idealização de papéis desempenhados pelas partes, muito além do normativamente exigível à estruturação dialógica do

³⁰⁰ José Bolzan observava ampla condução discricionária pelo Relator nas audiências até aqui realizadas. Em pesquisa de análise de julgados, constata a delegação do acompanhamento das discussões aos assessores, a falta de critérios na seleção dos participantes da audiência (para além dos já designados *amicus curiae*), a formatação monológica das falas e etc. Conclui que os participantes são reduzidos a meros informantes técnicos dos magistrados, sem efetiva influência na sua tomada de decisão. BOLZAN DE MORAIS, José Luís. Audiências públicas: novas práticas no sistema de justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 161-188. Do mesmo autor: A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 93-121.

³⁰¹ Capítulo V, Título III, Livro II.

³⁰² STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; GIORGIO DELLA BARBA, Rafael; FERREIRA LOPES, Ziel. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Consultor**

processo. No estado de natureza hermenêutico do direito brasileiro, daria o álbi legal para invasão da defesa técnica pelo juiz. De sua parte, Nunes³⁰³ o enaltece como mecanismo contrafático, necessário para remediar as patologias comunicativas de um ambiente não-cooperativo.

Naturalmente, o novo Código, já nasce sob uma série de divergências³⁰⁴. não esgotou a discussão sobre o Direito Processual Brasileiro. Mas aquilo que se acordou democraticamente representa um avanço significativo em relação ao CPC/73. Resta falar um pouco sobre em que sentido se pode seguir avançando.

6.2 POR UMA CIÊNCIA PROCESSUAL PROCURADA

Ainda com a hermenêutica, vale apontar para o Processo Civil que pode ir sendo. Nesse sentido, mais importante que os procedimentos em si, que o aparelhamento formal do diálogo, é o próprio diálogo.

Afinal, o processo não pode ser encarado como método, no sentido cartesiano de garantia prévia de conquista da verdade por um sujeito. Nisso a reconstrução habermasiana vai bem, ao enfatizar o papel do outro nessa verdade. Mas talvez não considere suficientemente a verdade (e a alteridade) para além do método. Por mais participativo que ele venha a ser, algo sempre escapa. Há uma participação num sentido comum que não cabe no método; aliás, o método pode até encobrir essa participação.

Mas então, até onde etapas discursivo-procedimentais serão salutares para o diálogo? Responder isto em abstrato seria trair todos os ensinamentos que Gadamer trouxe para as Ciências, criando uma espécie de fórmula para a fusão de horizontes.

Não há que se falar numa Ciência Processual absoluta³⁰⁵. Como tudo mais no mundo, o Processo Judicial não pode ser descoberto transcendentemente. Não se

Jurídico. São Paulo, 23 dez. 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

³⁰³ NUNES, Dierle José Coelho. Para além do Novo Código de Processo Civil ... e para sua leitura... **Justificando.** São Paulo, 8 jan. 2015. Disponível em: < <http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

³⁰⁴ Streck ressalta que “Ficaram ainda alguns pontos que poderiam ter sido melhor desenvolvidos, como o problema do agir de ofício do juiz [...] e o poder cautelar”. (STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015).

³⁰⁵ O título deste item homenageia a “Ciência Procurada” de Aristóteles. Ela é aquele saber de que nunca se pode tomar posse definitiva, que aceita levar adiante sua tarefa de compreender o ser no tempo. Talvez pela dificuldade de suportar essa abertura, a Ciência procurada vai cedendo lugar à

pode antecipar as formas ideais de participação. Talvez este seja o limite para a tão sonhada Teoria Geral do Processo³⁰⁶. Ela falhará se tentar desenhar o processo numa prancheta, como um puro constructo racional.

Contrariando o Processualismo Científico adotado na exposição de motivos do CPC/73, o processo não é “instituição eminentemente técnica”, “dotada de meios exclusivamente racionais”, “Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição”³⁰⁷. Quando se fala em participação, processo, jurisdição, em qualquer instituto processual específico, por mais técnico que seja, tudo isto já vêm encharcado de historicidade. Obviamente, isto não acaba com o papel da Teoria, mas lhe coloca numa condição bem diferente. Mais do que especular sobre o processo, mais do que sistematizar aquilo que se repete na doutrina dos diferentes países, mais do que descrever a empiria do fórum, o jurista vai compreendendo aquilo que se mostra sobre a concretização da lei. Antes de tudo, trata-se de impedir que aquilo que se tornou claro volte à obscuridade.

A tradição mostra seu valor. Não se pode dizer qualquer coisa sobre as garantias processuais. Aprendemos isso com a experiência democrática. Não há mais espaço para instrumentalismos, para discricionariedades, para flexibilizações *ad hoc*. Há diversos textos legais para nos lembrar disso. Estes textos trazem

fundamentação última do “Motor Imóvel”. A Ciência Procurada abre o espaço para uma metafísica da finitude, enquanto o Motor Imóvel levaria à metafísica ontoteológica. Registre-se que a Ciência Procurada é o caminho que Heidegger tenta ativamente retomar com sua fenomenologia (STEIN, Ernildo. **Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014).

³⁰⁶ Fredie Didier aporta à Teoria Geral do Processo uma distinção entre “os conceitos que servem à compreensão do fenômeno jurídico, onde quer que ele ocorra, qualquer que seja o seu conteúdo, dos conceitos construídos a partir da análise de um determinado ordenamento jurídico”. Aos primeiros, “criados pela Filosofia do Direito”, chamam-se de lógico-jurídicos; aos segundos, a que “se permite esse tipo de diversidade legislativa”, chamam-se jurídico-positivos. Acrescenta que, apesar de soar paradoxal, o lógico-jurídico é a priori que não deixa de ser construção cultural sujeita à retificação e obsolescência. (DIDIER, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 40). Mesmo com essa tentativa de ligar a abstração ao mundo, notam-se ainda resquícios da dicotomia universal-particular nesta formulação, o que a torna incompatível com Crítica Hermenêutica do Direito. Para aprofundamentos: FERREIRA LOPES, Ziel. Constitucionalização do processo (e processualização da Constituição): aproximação hermenêutica à estrutura do novo Código de Processo Civil sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: GRASSI DE GOUVEIA, Lúcio; HIROSHI IOCOHAMA, Celso; PEREIRA LEMOS JUNIOR, Eloy (Org.). **Processo e jurisdição III**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 173-194. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=63168d42036e611d> Acesso em: 07 ago. 2015.

³⁰⁷ BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. In: **Código de Processo Civil**: histórico da lei. v. 1, tomo 1. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, 1974. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 28 jun. 2015.

compromissos fortes. Colocaram o processo num repositório de conquistas democráticas, junto com as vias democráticas para modificá-lo. Então, a partir de um debate público qualificado, o processo pode mesmo vir a ser compreendido de modo diferente. Mas não se estará dizendo qualquer coisa sobre ele.

Veja-se o exemplo do *Common Law*, em que a fundamentação das decisões, a consideração dos precedentes e etc. não ficam apenas na dependência das instituições, pois extraem força da tradição.

Sendo assim, aquilo que os procedimentos visam garantir pode ser culturalmente assimilado. E, à medida que a “estrutura institucional” é antecipada por uma “estrutura de pensamento”, aquela pode desaparecer como título³⁰⁸. Como não perdiam de vista Lenio Luiz Streck, Rafael Tomaz de Oliveira e André Karam Trindade ao falar sobre o primeiro projeto do nCPC: “A questão, insistimos, não é substituir mecanismos, instrumentos ou critérios, mas, sim, a própria estrutura que sustenta o todo do pensamento. De uma vez por todas: é preciso saltar da subjetividade para a intersubjetividade!”³⁰⁹.

Para dizer de modo simples: garantida a influência, algumas etapas procedimentais podem até ser suprimidas. Por exemplo: melhorando a fundamentação das decisões judiciais, o Brasil pode deixar de ser o único país do mundo a ter os “embargos de declaração”³¹⁰, um mecanismo para “salvar” decisões mal feitas, que, a rigor, deveriam ser nulas. Também por aí se legitimaria o

³⁰⁸ Stein fala ainda em “ceder o nome para salvar a sua tarefa”. STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005. p. 52.

³⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira; KARAM, Trindade André. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 12 (nota de rodapé 30), jan-abr, 2013. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

³¹⁰ Mesmo com as críticas que merecem os “embargos de declaração”, não se deixa de reconhecer que “a incorporação dos embargos no sistema processual brasileiro acabou por gerar um subproduto que, no contexto atual, confere certa importância (pragmática) para o instituto”. Contudo, o CPC/15 pode possibilitar “intervenções mais cirúrgicas” nesses esclarecimentos das decisões, reforçadas as exigências do contraditório e da fundamentação. Tanto diminui a necessidade dos embargos de declaração quanto se evita sua perpetuação em embargos de declaração contra decisão que não esclarece aquilo que foi pedido em outros embargos de declaração. (STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015). Para aprofundamento no tema a partir da CHD, veja-se: NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **Do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração**: uma abordagem hermenêutico-filosófica. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000013/000013D7.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

juízo liminar de mérito, a antecipação da tutela e etc. E isto tudo não se confunde com o instrumentalismo, que aposta na subjetividade do juiz para flexibilizações *ad hoc*.

Afinal, concilia-se a defesa das garantias processuais com a crítica ao paradigma racionalista do processo. A estruturação discursiva da Escola Mineira de Direito Processual manteria uma relação de complementariedade com o “encurtamento hermenêutico” (“corte de sumariedade material”) da Escola Gaúcha ligada a Ovídio Baptista³¹¹. E, com isso, reforçariam mutuamente seu distanciamento do processualismo científico, do instrumentalismo e do formalismo-valorativo.

³¹¹ISAIA, Cristiano Becker. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do Direito Processual Civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito: a jurisdição processual herdada e a jurisdição processual a ser desenhada por uma filosofia no processo**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011. p. 125, 184 e 266. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/CristianoIsaiaDireito.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2015.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tratou-se do processo judicial como questão de método, relacionando as diferentes formas de aplicação do direito à maneira como os grandes paradigmas filosóficos organizaram a racionalidade. Viu-se como tal discussão é praticamente inédita na Processualística brasileira. Procurando preencher essa lacuna, tentou-se sistematizar os diferentes enfoques metodológicos sobre a jurisdição, naquilo que o processo tem, ou não, a contribuir: o controle das decisões a partir de um método monológico (processo inquisitorial); o controle das decisões a partir de um método dialógico (teoria discursiva do processo judicial); e o controle das decisões judiciais para além do método (Crítica Hermenêutica do Direito). Além disso, procurou-se comparar de estes dois últimos enfoques, pela bifurcação que abrem no direito contemporâneo. Tratou-se de saber como conciliar fundamentadamente a crítica ao formalismo jurídico com a defesa das garantias processuais.

Assim, foi possível chegar às seguintes conclusões:

1. No diagnóstico de Max Weber, a pré-modernidade é marcada por um direito ritualístico, orientado por raciocínios mágicos. O Direito se confunde com as próprias tradições culturais dos povos. A noção de legitimidade existe sem legalidade, isto é: sem resistência de uma ordem jurídica objetiva ao arbítrio da liderança carismática. Não se distingue entre criação do direito e aplicação do direito. E não há controle público do Poder tribal. Na modernidade, a complexificação da sociedade rompe os laços da tradição comum. Neste cenário, o processo judicial se afirma como espécie de método de aplicação do direito. Seria a expressão jurídica de uma racionalidade formal-instrumental. O Direito se autonomiza frente às tradições culturais. Agora, a “Legitimidade” (o Poder) produz legalidade, numa racionalização formal da dominação. O direito se aplica como que num silogismo do direito anteriormente criado. Anuncia-se um controle público sobre a investidura dos agentes públicos no Poder, no momento de eleições e concursos, para além do mero parentesco, da força e da religião. Uma leitura paradigmática desses fenômenos mostra como os ordálios se ligam a um paradigma essencialista, com a verdade se manifestando a partir de Deus ou de uma qualidade intrínseca do réu. Ainda, mostra a estruturação racional do processo em torno do juiz como um método de conhecimento em torno do sujeito. Seja na dimensão sócio-institucional,

seja na epistêmica, transita-se do dogmatismo para uma racionalidade autoritária, que tecniciza e instrumentaliza o outro.

2. A Teoria do discurso tenta reconstruir o Direito em bases dialógicas, orientada por uma racionalidade comunicativa, voltada ao entendimento. Trata-se de canalizar os impulsos comunicativos da sociedade para dentro do sistema jurídico, através de procedimentos participativos. Assim, seria possível a apropriação crítica das tradições culturais através do direito, como uma nova fonte de integração social. Nesse arranjo institucional, sob condições de participação simétrica, a legalidade poderia gerar legitimidade. São superados os modelos estatais liberal, que enfatiza os direitos subjetivos, e republicano, que enfatiza os deveres. Em seu lugar, ascende um modelo deliberativo procedimental, num engate discursivo entre a autodeterminação de cada um e a regulação de pretensões interpessoais. A distinção entre criação e a aplicação do direito segue institucionalizada nos Poderes estatais, ganhando uma justificação discursiva: reservam-se as deliberações éticas, morais e pragmáticas para o Legislativo, que produz “discursos de fundamentação”; o Judiciário modiliza argumentos de adequabilidade, em discursos de aplicação. Assim, torna-se possível um controle procedimental das decisões judiciais. Aportando esse referencial para a dogmática processual, o Processualismo Constitucional Democrático critica os modelos judiciais protagonizados pelas partes e pelos juízes, em prol de um modelo participativo e policêntrico, marcado pela interdependência entre os sujeitos processuais, o equilíbrio na sua correlação de poderes e deveres e o contraditório como garantia de influência e não surpresa. Faltam, contudo, recursos teóricos para garantir a conversão da participação em efetiva influência. Isso só é possível com argumentos substanciais e o reconhecimento da autoridade da tradição. Nesse ponto, a tentativa de procedimentalização de Dworkin se trai: a repartição da tarefa de Hércules pela comunidade de intérpretes, que estabilizaria paradigmas a partir dos quais já não se dependeria de um esforço hercúleo de passar de olho toda a história institucional, ganha contornos de idealismo hermenêutico.

3. A Crítica Hermenêutica Hermenêutica do Direito situa o controle das decisões judiciais além da questão do método/procedimento. Orienta-se por uma razão hermenêutica, compreensiva-estruturante, que antecede e sustenta a razão lógico-explicativa. Qualquer enunciação já se sustenta num universo de sentidos compartilhados. Assim, também os enunciados jurídicos se vêem lançados na

tradição, no sentido daquilo que se transmite, o que é dito no que é falado. A verdade mesma é o acontecer dos sentidos nessa tradição. E esse diálogo que já nos acompanha traz consigo uma autoridade, sustentando todas as respostas corretas que damos cotidianamente. Também aí se situa a resposta correta no direito. O juiz não decide a partir de um grau zero de sentidos, mas de um a priori compartilhado com toda a comunidade de intérpretes da Constituição. Nesse ponto, a legalidade procedimental e substancialmente adequada à Constituição gera legitimidade. Veja-se que o caráter universal da hermenêutica atravessa cisões artificiais. As diferentes atribuições dos Poderes estatais não “cindem” sua condição comum de intérpretes da Constituição. Por isso, o Judiciário não está adstrito a meros discursos de aplicação, muito embora não disponha livremente da fundamentação de suas decisões. O controle democrático de que fala a CHD é substancial e procedimental.

4. Voltando-se às raízes dessa bifurcação, na filosofia, o debate Habermas-Gadamer revela como o método dialético articula as diferenças, no diálogo que ora fazemos, enquanto o “método” hermenêutico recupera a identidade, no diálogo que já somos. São, assim, duas totalidades complementares. Ao mesmo tempo em que reivindicam o espaço uma da outra, dependem uma da outra. Trazendo isso para o Direito, compreende-se a primazia da Teoria do Processo na Teoria do Discurso e a primazia da Teoria da Decisão na Crítica Hermenêutica do Direito. E pode-se na mesma relação de complementariedades totalizantes: Teoria da Decisão sem Teoria Processo é cega; Teoria do Processo sem Teoria da Decisão é vazia. Com isto, reafirma-se o diálogo como ponto de aproximação entre PCD e na CHD, além de explicar-se seus distanciamentos: entre o diálogo que somos e o diálogo que fazemos. Por aí se entende a polêmica da “cooperação processual”. A PCD defendeu a positivação de um dever de cooperação entre os sujeitos processuais no ordenamento jurídico brasileiro. Já a CHD opôs-se a tal dever de cooperação, por ver nele uma perigosa idealização comunicativa do processo jurisdicional. Como a estrutura comunicativa não decide por ninguém, o dever de cooperação termina servindo, para despistar o subjetivismo daquele que, investido de autoridade, dá a palavra final. Assim, resulta num “achismo processualizado”, tanto mais à falta de uma ligação substancial entre aquilo que se discute e aquilo que se decide. Reconhecido esse elemento substancial, no “mínimo é” que compartilhamos, pode-se falar numa solidariedade involuntária que desde já sempre une os falantes de

uma mesma língua. Já há um acordo latente na comunidade, uma cooperação difusa, se assim se quiser. Bem reconhecido isso, pode-se falar num controle das decisões judiciais sem hipertrofiar as exigências procedimentais.

5. Viu-se como PCD e CHD convergiram na edição do novo Código de Processo Civil (CPC/15). Sem prejuízo da atuação de diversos outros juristas e Escolas de juristas, no recorte desta pesquisa, pôde-se relacionar várias dessas inovações à CHD e à PCD, chegando alguns artigos a lhe deverem a “patente”. Viu-se sua convergência em pontos emblemáticos como os arts. 9, 371, §1º do 489 e 926. Viu-se, também, sua divergência em poucos pontos, como nos arts. 6 e §2º do 489. Como perspectivas de democratização do direito processual, viu-se que não há processo deduzido transcendentalmente, de um fundamento fora da história como idealizaria Habermas — mas já bem além do “processualismo científico” do nosso CPC/73, é verdade. O processo também está lançado na história. Sua forma não pode ser antecipada. Se alguma coisa pode ser antecipada é justamente esta consciência histórica, com o diálogo possibilitador que ela traz. Ouvir este diálogo é o sentido do processo. Garantida essa escuta, ele pode ir desaparecendo como aparelhamento discursivo. Para dizer de modo simples: garantida a influência, algumas etapas procedimentais podem até ser suprimidas. Por exemplo: melhorando a fundamentação das decisões judiciais, o Brasil pode deixar de ser o único país do mundo a ter os “embargos de declaração”³¹², um mecanismo para “salvar” decisões mal feitas, que, a rigor, deveriam ser nulas. Também por aí se legitimaria o julgamento liminar de mérito, a antecipação da tutela e etc. E isto tudo não se confunde com o instrumentalismo, que aposta na subjetividade do juiz para flexibilizações *ad hoc*. Assim, a defesa das garantias processuais não precisa entrar em choque com a crítica ao paradigma racionalista do processo. Ademais,

³¹² Mesmo com as críticas que merecem os “embargos de declaração”, não se deixa de reconhecer que “a incorporação dos embargos no sistema processual brasileiro acabou por gerar um subproduto que, no contexto atual, confere certa importância (pragmática) para o instituto”. Contudo, o CPC/15 pode possibilitar “intervenções mais cirúrgicas” nesses esclarecimentos das decisões, reforçadas as exigências do contraditório e da fundamentação. Tanto diminui a necessidade dos embargos de declaração quanto se evita sua perpetuação em embargos de declaração contra decisão que não esclarece aquilo que foi pedido em outros embargos de declaração. (STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015). Para aprofundamento no tema a partir da CHD, veja-se: NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **Do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração**: uma abordagem hermenêutico-filosófica. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, RS, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000013/000013D7.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

estabelece-se uma relação de complementariedade em que, se de um lado a PCD enfatiza a participação, de outro a CHD dimensiona sua repercussão numa Resposta Correta.

Afinal, o controle das decisões judiciais observa limites procedimentais (lógico-explicativos) e possibilidades hermenêuticas (compreensivo-estruturantes). Por limites quer-se dizer apenas: uma necessidade nunca atendida à suficiência.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; OLIVEIRA; Rafael Tomaz de. O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma exploração hermenêutica da teoria processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 166, p. 27-70, dez., 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica. Tradução de Zilda HutchinsonSchild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo Constitucional**. Disponível em: <http://mg.trt.gov.br/escola/download/revista/rev_55_56/Jose_Baracho.pdf>. Acesso em: 19 nov. .2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**: influência do direito material sobre o processo, 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. A jurisprudencialização da Constituição: a audiência pública jurisdicional, abertura processual e democracia participativa. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 93-121.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. Audiências públicas: novas práticas no sistema de justiça brasileiro e o princípio democrático (participativo). In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**, n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 161-188.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; MAGALHÃES BARROS, Flaviane (Org.). Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais. 1. ed. Belo Horizonte: Forum, 2010. v. 1.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil**: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

BRASIL. Escola Superior da Magistratura. **O Poder Judiciário e o novo CPC: Enunciados Aprovados**. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/2015/09/enfam-divulga-62-enunciados-sobre-a-aplicacao-do-novo-cpc/>>. Acesso em: 31 nov. 2015.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. **Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Constitucional**, 2015. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/anteprojeto-codigo-de-processo-constitucional-1336318980.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Avaliação do impacto das modificações no regime do recurso de agravo e proposta de simplificação do sistema recursal do CPC**. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. Disponível em: http://www.acessojustica.gov.br/pub/_downloads/downloads_avaliacao_impacto.pdf. Acesso em: 01 mar. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Exposição de motivos. In: **Código de Processo Civil: histórico da lei**. v. 1, tomo 1. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas, 1974, p. 9-32. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>. Acesso em 28 jun. 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Redação final do Substitutivo da Câmara (nº 8.046, de 2010) dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 166, de 2010**. Disponível em: < http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=116731>. Acesso em: 06 mar. 2015.

BRASIL. STF. **Mandado de Segurança 24.268**. Impetrante: Fernanda Fiúza Brito. Impetrado: Gerente de Recursos Humanos da Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério da Fazenda-Gerência Regional de Administração em Minas Gerais. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 5 de fevereiro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86111>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

BUNCHAFT, Maria Eugenia; RISSI, Rosmar. Lutas por reconhecimento, esfera pública e direitos fundamentais: uma reflexão sobre a perspectiva de Jürgen Habermas. **Espaço Jurídico: Journal of Law**. Chapecó, v. 15, n. 2, p. 463-478, jul./dez. 2014, Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/4549/3494>>. Acesso em: 27 nov. 2015.

CASTRO MATTOS, Patrícia. **As visões de Weber e Habermas sobre Direito e Política**. Porto Alegre: Serigo Antonio Fabris, 2012.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Direito Processual Constitucional**. Belo horizonte: Mandamentos, 2001.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Por um Processualismo Constitucional Democrático [prefácio]. In: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 29-33.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Processo e jurisdição na Constituição da República Federativa do Brasil: contribuições para uma construção no marco da teoria discursiva do direito de Jürgen Habermas. **20 anos de constitucionalismo democrático: e agora?**/Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, v. I, p. 347-366, 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Uma justificação democrática da Jurisdição Constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei 9.686/99. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v. 36, p. 177-207, 2001,. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1790/1487>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

COHEN-KOPLIN, Klaus. Processo e Constituição: apresentação da dicotomia e de sua superação. In: **Anais do VI Colóquio De Pesquisa**. Porto Alegre: UNIRITTER, 2010. Disponível em: <http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/28039/2498/com_identificacao/artigo%20%20vers_o%20identificada.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2014.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 209, jul, p. 349-374, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_09_09293_09327.pdf> Acesso em: 03 ago. 2014.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC: por que a razão está com os hermeneutas?. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). **Coleção Novo CPC Doutrina Selecionada**. 1ed.Salvador: JUSPODIVM, 2015, v. 3: Processo de conhecimento – Provas. p. 305-313.

DIDIER, Fredie. **Editorial n. 45**. Disponível em: <www.frediedidier.com.br>. Acesso em: 01 mar. 2015.

DIDIER, Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo**: essa desconhecida. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERREIRA LOPES, Ziel. Constitucionalização do processo (e processualização da Constituição): aproximação hermenêutica à estrutura do novo Código de Processo Civil sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: GRASSI DE GOUVEIA, Lúcio; HIROSHI IOCOHAMA, Celso; PEREIRA LEMOS JUNIOR, Eloy (Org.). **Processo e jurisdição III**. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 173-194. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=63168d42036e611d>>. Acesso em: 07 ago. 2015.

FERREIRA LOPES, Ziel. Direito material e processual: redimensionamento hermenêutico da polêmica dogmática. In: **Processo, jurisdição e efetividade da justiça**. COIMBRA SILVA, Paulo Roberto; MOREIRA GUIMARÃES PESSOA, Flávia; SAMPAIO SIQUEIRA, Natércia (Org.). Aracaju: CONPEDI, 2015 [sem paginação]. Disponível em: <

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/2vbeg275/C6C90yfxz4097R3g>
Acesso em: 01 dez. 2015.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

GADAMER, Hans-Georg. Heidegger e a sociologia – Bourdieu e Habermas. In: **Hermenêutica em retrospectiva**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Editora Vozes, 2010. p. 56-67.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método II: complementos e índice**. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2002.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; O livre convencimento motivado não acabou no Novo CPC. **Jota**, Brasília, 06 abr. 2015. Disponível em: <<http://jota.info/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc>>. Acesso em: 29 nov. 2015.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HABERMAS, Jürgen. A corrosão crítico-metafísica do racionalismo ocidental: Heidegger. In: **O discurso filosófico da modernidade**. Tradução de Ana Maria Barreto et al. Lisboa: Publicações Dom quixote, 1998. p. 187-227.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e Interesse**. Tradução de José N. Heck. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

HABERMAS, Jürgen. Consideração Final: De Parsons a Marx, pela mediação de Weber. In: **Teoria do Agir Comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. v. II, Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. v. II. cap. XIII.

HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. II.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e ciência como ideologia**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de Democracia. In: HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de Teoria Política**. Tradução de George Sperber. São Paulo: Loyola, 2002. p. 269-285.

HABERMAS, Jürgen. Um perfil político filosófico: entrevista com Jürgen Habermas. Entrevistadores: Perry Anderson e Peter Dews. Tradução de Wolfgang Leo Maar. **Novos Estudos**, n. 18, set, 1987. p. 77-102.

HABERMAS, Jürgen. Work and Weltanschauung: The Heidegger Controversy from a German Perspective. Trad. John McCumber. **Critical Inquiry**, Vol. 15, No. 2,

Chicago: The University of Chicago Press, p. 431-456, 1989. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1343593>. Acesso em 01 mar. 2015.

HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. Tradução de Marco Aurélio Werle. **Scientiæ zudia**, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 375-398, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Hölderlin y la esencia de la poesia**. Edición, traducción, comentarios y prólogo de Juan David García Bacca. Barcelona: Anthropos, 1989.

HEIDEGGER, Martin. **O que é uma coisa**: doutrina de Kant dos princípios transcendentais. Lisboa: Edições 70, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Marcia Sá Cavalcante Schuback. 8 ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

ISAIA, Cristiano Becker. **A necessidade de uma compreensão hermenêutica e democrática do Direito Processual Civil e o desvelar do caso concreto com a sentença liminar de mérito**: a jurisdição processual herdada e a jurisdição processual a ser desenhada por uma filosofia no processo. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2011. Disponível em: <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/CristianoIsaiaDireito.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2015.

JOBIM, Marco Félix. **Culturas, escolas e fases metodológicas do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. [Col. os pensadores] São Paulo: Nova Cultural, 1987, v. I.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Wmfmartinsfontes, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo**: o direito processual civil no marco teórico do formalismo valorativo. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2007. Disponível em: http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/00064277_3.pdf?...1. Acesso em: 10 ago. 2014.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter: um convite ao diálogo para Lenio Streck. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 194, p. 55-68, 2011.

MOTTA, Francisco Borges. **Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Público) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: < <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/3148>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

MOTTA, Francisco José Borges. **Levando o direito a serio**: uma exploração hermenêutica do protagonismo judicial no processo jurisdicional brasileiro. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2009. Disponível em: < <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/tede/FranciscoMottaDireito.pdf> >. Acesso em: 08 set. 2014.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **Do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração**: uma abordagem hermenêutico-filosófica. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2014. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000013/000013D7.pdf>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho. Teoria do Processo Contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Edição Especial, p. 13-30, 2008. Disponível em: <<http://www.fdsu.edu.br/site/posgraduacao/volumeespecial/02.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. A função contrafática do direito e o novo CPC. **Revista do advogado**, v. 35, n. 126, p. 53-57, maio 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Comparticipação e policentrismo**: horizontes para a democratização processual civil. 2008. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_NunesDJ_1.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito Constitucional ao Recurso**: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

NUNES, Dierle José Coelho. Para além do Novo Código de Processo Civil ... e para sua leitura... **Justificando**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. Para além do Novo Código de Processo Civil ... e para sua leitura... **Justificando**. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/01/08/para-alem-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-para-sua-leitura/>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre. Processo e República: uma relação necessária. **Justificando**. Disponível em: <<http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>>. Acesso em: 18 dez. 2014.

NUNES, Dierle José Coelho; MITIDIERO, Daniel. Anteprojeto do novo CPC – Um possível alvorecer de um processo constitucionalizado (cooperativo/comparticipativo) no Brasil. **Migalhas**, 8 jun, 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI108719,21048Anteprojeto+do+novo+CP+C+Um+possivel+alvorecer+de+um+processo>>. Acesso em 01 mar. 2015.

PASSOS, Joaquim José Calmon de. Instrumentalidade do Processo e Devido Processo Legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 1, p. 1-17, 2001. Disponível em: < <http://www.direitopublico.com>

.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-J-J-CALMON-PASSO S.pdf>. Acesso em: 08 set. 2014.

RÊGO SILVA RODRIGUES, Lucas. A metodologia de pesquisa no direito e Jürgen Habermas. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CERQUEIRA, Nelson (Coord.). **Metodologia da pesquisa em Direito e a Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **La pretensión procesal e la tutela judicial efetiva** — Hacia una Teoria Procesal del Derecho. Barcelona: J. M. Bosch, 2004.

RICOUER, Paul. **Interpretação e ideologias**. Tradução de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1988.

RODAS, Sérgio. Novo CPC permite abusos interpretativos do juiz, dizem advogados. **Consultor Jurídico**, 12 jan 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-12/cpc-permite-abusos-interpretativos-juiz-dizem-advogados>. Acesso em: 06 mar. 2015.

RODRIGUES, Otávio Luiz. Boa-fé não pode ser uma varinha de condão nas lições de Jan Peter Schmidt. **Consultor Jurídico** [coluna Direito Comparado]. São Paulo, 10 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-10/direito-comparado-bo-a-fe-objetiva-nao-varinha-condao-lico-es-jan-peter-schmidt>>. Acesso em 01 mar. 2015.

ROVER, Tadeu. **Interferência indevida**: Legislador não pode restringir conceito de fundamentação, diz Anamatra. **Consultor jurídico**, São Paulo, 09 mar. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-09/legislador-nao-restringir-conceito-fundamentacao-anamatra>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

ROVER, Tadeu. Racionalização do processo: Objetivo da magistratura é a celeridade, não reduzir o trabalho, diz AMB. **Consultor jurídico**, São Paulo, 04 mar. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/magistratura-celeridade-nao-reduzir-trabalho-amb>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

SALOMÃO, Luiz Felipe. “Empresas transferiram seu call center para o Judiciário” (entrevista). **Consultor Jurídico**, São Paulo, 06 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-06/entrevista-luis-felipe-salomao-ministro-superior-tribunal-justica>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

SCHNÄDELBACH, Ernst. Epílogo: Compreender. Tradução de Ernildo Stein. In: STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência**: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008. 127-145.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Da função à estrutura. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 158, p. 5-16, abr. 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Direito Material e Processo. In: MACHADO, Fábio C.; AMARAL, Guilherme Rizzo (Org.). **Polêmica sobre a ação**: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 51-83.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- STEIN, Ernildo. **A questão do método na filosofia: um estudo do modelo heideggeriano**. 3. ed. Porto Alegre: Movimento, 1983.
- STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Edipucrs: Porto Alegre, 1996.
- STEIN, Ernildo. **Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia**. Ijuí: Unijuí, 2014.
- STEIN, Ernildo. Dialética e Hermenêutica: uma controvérsia sobre método em filosofia [anexo]. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica**. Tradução de Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&MP, 1987. p. 96-136.
- STEIN, Ernildo. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 3. ed. Ijuí : Unijuí, 2001.
- STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.
- STEIN, Ernildo. **Introdução ao pensamento de Martin Heidegger**. Porto Alegre, Edipucrs, 2011.
- STEIN, Ernildo. Mudança de paradigma e método. In: **Seis estudos sobre Ser e Tempo**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 31-55.
- STEIN, Ernildo. Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade [Prefácio]. In: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 9-17.
- STEIN, Ernildo. **Pensar e errar: um ajuste com Heidegger**. Ijuí: Unijuí, 2011.
- STEIN, Ernildo. **Uma breve introdução à filosofia**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2005.

- STRECK, Lenio Luiz ; Ponderação de normas no novo CPC? É o caos. Presidente Dilma, por favor, veta!. **Consultor Jurídico** [coluna Senso Incomum], São Paulo, 08 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-08/senso-incomum-ponderacao-normas-cpc-caos-dilma-favor-veta>>. Acesso em: 30 nov. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. A febre dos enunciados e a constitucionalidade do ofurô! Onde está o furo? **Consultor Jurídico** [coluna Senso Incomum], São Paulo, 10 set. 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-set-10/senso-incomum-febre-enunciados-ncpc-inconstitucionalidade-ofuro>> . Acesso em: 01 dez. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. ABBOUD, Georges. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. Comentários aos art. 371. In: STRECK, Lenio Luiz et al (Org.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, prelo 2016. p. 551-554.
- STRECK, Lenio Luiz. Criteriologia decisória no NCPC: com a fundamentação adequada contra a ponderação. **Revista Forense**, v. 421, p. 129-145, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 626-660, jul./dez. 2011, p. 629. Disponível em: < <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2165/1766>>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**, ed 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? **Consultor jurídico** [coluna Senso Incomum]. São Paulo, 18 dez 2014. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O holding de um sistema de justiça democrático: garantias institucionais dos limites semânticos contra o protagonismo judicial. **Revista Forense**, v. 110, n. 420, p. 161-177, Jul./Dez, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de processo civil (CPC) e as inovações hermenêuticas — O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, v. 1, p. 33-52, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. O que fazer quando juízes dizem que o novo CPC não deve ser obedecido? [coluna Senso Incomum]. **Consultor jurídico**, São Paulo, 02 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-02/senso-incomum-quando-juizes-dizem-ncpc-nao-obedecido>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá para apostar no projeto do novo CPC! **Consultor Jurídico** [coluna Senso Incomum], São Paulo/SP, 21 out. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; DELFINO, Lúcio; GIORGIO DELLA BARBA, Rafael; FERREIRA LOPES, Ziel. A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 23 dez, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>>. Acesso em: 01 mar. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Um debate com (e sobre) o formalismo-valorativo de Daniel Mitidiero, ou "colaboração no processo civil" é um princípio? **Revista de Processo**, São Paulo, v. 213, p. 13-34, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho. O passado ilumina o futuro – eis o novo CPC! Sanciona, presidenta!. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 fev 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-25/passado-ilumina-futuro-eis-cpc-sanciona-presidenta>. Acesso em 06 mar. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira; KARAM, Trindade André. O “cartesianismo processual” em terrae brasilis: a filosofia e o processo em tempos de protagonismo judicial. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 05-22, jan-abr, 2013. Disponível em<<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4480>>. Acesso em: 05 mar. 2015.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**: o juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vicente de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TASSINARI, Clarissa; FERREIRA LOPES, Ziel. Aproximações hermenêuticas sobre o art. 489, §1º, do NCPD: julgamento analítico ou fundamentação da fundamentação? In: ALVIM, Thereza et al (Org.). **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro** – Estudos dirigidos: Sistematização e Procedimentos. São Paulo: Forense, 2015. p. 83-103.

VASCONCELLOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Juízes pedem veto a artigo que traz regras para fundamentação de decisões. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 04 mar., 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-04/juizes-pedem-veto-artigo-cpc-exige-fundamentacao>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

VASCONCELOS, Marcos de; ROVER, Tadeu. Regras para fundamentar: Advogados e juízes disputam vetos de Dilma em novo CPC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-11/advogados-juizes-disputam-vetos-dilma-cpc>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

VOLPATO DUTRA, José Delamar. **Razão e Consenso em Habermas**: a teoria discursiva da verdade, da moral do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2005.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WEBER, Max. Os tipos de dominação. In: **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999. v. II. cap. III, p. 139-188.

WEBER, Max. Sociologia do Direito. In: **Economia e Sociedade**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB, 1999, v. II. cap. VII, p. 1-151.

ZANETI JR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Porto Alegre, 2005. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?...1>>. Acesso em: 08 set. 2014.