



Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito

Renata Espíndola Virgílio

**Processo jurisdicional democrático: desenvolvimento e fundamentos de um novo modelo de processo civil à luz do Estado Constitucional como meio de legitimação das decisões do Poder Judiciário**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes

Brasília  
2013

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito

Renata Espíndola Virgílio

**Processo jurisdicional democrático: desenvolvimento e fundamentos de um novo modelo de processo civil à luz do Estado Constitucional como meio de legitimação das decisões do Poder Judiciário**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direitos Metaindividuais, Processo e suas Origens Romanistas”.

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Jorge Amaury Maia Nunes

Brasília  
2013

Nome: Renata Espíndola Virgílio

Título: Processo jurisdicional democrático: desenvolvimento e fundamentos de um novo modelo de processo civil à luz do Estado Constitucional como meio de legitimação das decisões do Poder Judiciário

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direitos Metaindividuais, Processo e suas Origens Romanistas”.

Aprovado em \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora

---

---

---

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à pessoa que inaugurou meus passos nos corredores da Universidade de Brasília. Aquela que, de tanto insistir, levou-me a participar de grupos de pesquisa e matriculou-me como aluna especial nessa instituição de ensino. Que torceu comigo por um resultado positivo na seleção de mestrado. Que me deu um dos maiores presentes da minha vida: minha afilhada Lara. Agradeço imensamente, e do fundo do meu coração, à minha amiga, minha irmã, minha parceira de todas as horas, Mariana Barbosa Cirne.

Agradeço também a meus pais, Carlos e Márcia, que, mesmo de longe, sempre vibram pelas minhas vitórias. Os responsáveis por eu ser quem sou, pelos meus valores e por minha obstinação em ser cada dia melhor. Amo-os mais que a mim mesma.

Não poderia deixar de agradecer minha grande amiga Daniela Marques de Moraes, minha tutora, minha força na fraqueza, meu norte na tempestade de incertezas. Minha conselheira e confidente. Grande entusiasta do processo civil, que sempre me ajudou a achar o caminho. Nada seria dessa dissertação sem suas preciosas contribuições.

Agradeço ainda a todos meus amigos do peito, melhores amigos da vida, que suportaram minha ausência e contentaram-se com encontros rápidos. Meus incentivadores diários por mensagens, que deixaram meus dias mais leves em momentos de turbulência. Que sempre me arrancam sorriso quando a vontade é chorar. Meu muito obrigada a Fernando Bastos, Rafael Rodrigues, Leonardo Sousa, Jefferson Luis, Sandro Farias e Filipe Knupp.

Também não posso deixar de fora desses agradecimentos quem aliviou minhas outras preocupações, as “não acadêmicas”. Pessoas fundamentais para a conclusão deste trabalho, considerando que não tirei licença profissional. Agradeço a minhas companheiras de luta diária, Carolina Gabas Stuchi, Alessandra Lopes Gadioli e Giane Pauxis Teixeira Figueiredo. Sem vocês eu estaria perdida.

Agradeço ainda a meus terapeutas de plantão, que escutavam minhas lamúrias e me ajudavam a não deixar a peteca cair, enquanto corríamos vida afora. Agradeço muito a Luciana Camargo, Alessandra Carneiro de Albuquerque, Mônica Caldeira, Carolina Amaral e Jairo Borges.

Demais disso, agradeço ao professor Jorge Amaury Maia Nunes, que me concedeu a honra de ser meu orientador. O professor Amaury, ao longo das disciplinas que com ele cursei, foi o fio condutor desta dissertação. Quem me introduziu no mundo da Filosofia do Direito, da argumentação jurídica. Foi quem, desde o primeiro dia de aula, me ensinou que é fácil estudar processo pela leitura de um Código, mas difícil mesmo é entender o que está por trás do processo. E aprendi com ele que por trás desse “instrumento” está o povo brasileiro, sedento por justiça.

Por fim, não tenho palavras para agradecer à pessoa que hoje julgo ser a mais importante da minha vida. Meu amor, meu companheiro de mestrado (que a UnB fez o favor de me apresentar), meu amigo, meu noivo, José Flávio Bianchi. Sem você os dias seriam simplesmente insuportáveis. Obrigada por existir.

*“Todo ponto de vista é a vista de um ponto.*

*Ler significa reler e compreender, interpretar. Cada um lê com os olhos que tem. E interpreta a partir de onde os pés pisam.*

*Todo ponto de vista é a vista de um ponto. Para entender como alguém lê é necessário saber como são seus olhos e qual é a sua visão de mundo. Isso faz da leitura sempre uma releitura.*

*A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam. Para compreender é essencial conhecer o lugar social de quem olha. Vale dizer: como alguém vive, com quem convive, que experiências tem, em que trabalha, que desejos alimenta, como assume os dramas da vida e da morte e que esperanças o animam. Isso faz da compreensão sempre uma interpretação.*

*Sendo assim, fica evidente que cada leitor é coautor. Porque cada um lê e relê com os olhos que tem. Porque compreende e interpreta a partir do mundo que habita.”*

BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 15.

*“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos.”*

ANDRADE, Fernando Teixeira de. **O medo: o maior gigante da alma**.

## RESUMO

A presente dissertação analisa um novo modelo de processo civil, denominado “processo jurisdicional democrático”. O desenvolvimento e consolidação desse modelo demanda uma efetiva participação das partes, a partir de uma releitura do princípio do contraditório, e uma mudança ideológica do magistrado, com uma guinada da noção de interpretação e aplicação do Direito. O estudo justifica-se pelo fato de o Judiciário passar por uma crise de legitimidade, o que resta agravado pela noção do atual processo civil de que o juiz apenas declara o Direito posto pelo legislador. Essa postura, porém, não condiz com as diretrizes inseridas na Constituição de 1988, que levam em conta uma sociedade plural e complexa, sempre dinâmica. Para isso, fez-se um estudo a partir de uma abordagem que reúne e harmoniza diversos e relevantes entendimentos doutrinários já solidificados sobre a possibilidade da construção de um novo modelo de processo civil. Com base em autores de diversas linhas doutrinárias, procurou-se pensar um processo civil que atenda aos anseios democráticos da sociedade brasileira. Para a construção desse novo paradigma, buscou-se tratar de um novo modelo de democracia, da consolidação de um constitucionalismo contemporâneo, da contribuição filosófica do giro linguístico na sedimentação de uma nova hermenêutica constitucional e da importância da teoria da argumentação jurídica. A dissertação é dividida em quatro capítulos. No primeiro capítulo, refaz-se a trajetória da evolução do Judiciário como “poder” e do processo civil ao longo dos Estados Liberal e Social. No segundo capítulo, é feita uma análise do atual processo civil brasileiro, nos moldes do Código de Processo Civil de 1973, que ainda atende aos ditames de um Estado Legislativo. No terceiro capítulo, passa-se a discorrer sobre o novo paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988, que qualificou o Brasil como Estado Democrático de Direito. Com isso, aprofunda-se na análise dos fundamentos, filosóficos e jurídicos, que possibilitam a criação de um novo modelo de processo civil. Por fim, no quarto capítulo, torna-se possível traçar o que seria o processo jurisdicional democrático à luz de um Estado verdadeiramente constitucional, capaz de legitimar as decisões do Poder Judiciário. Ao final, foi possível concluir que o processo pode alcançar um novo modelo sem que sejam necessárias incansáveis alterações legislativas, desde que haja sua compreensão a partir da Constituição Federal e que se opere uma reforma da postura do juiz, como intérprete e aplicador do Direito, a fim de aproximar o sistema jurídico processual vigente das condições reais da sociedade. Em suma, a legitimidade das decisões do Poder Judiciário somente pode ser aferida a partir de um processo jurisdicional efetivamente democrático, consolidado à luz do paradigma do Estado Constitucional.

**Palavras-chave:** Processo jurisdicional democrático. Princípio do contraditório. Hermenêutica constitucional. Giro linguístico. Argumentação jurídica.

## ABSTRACT

This dissertation analyzes a new model of civil procedure called “democratic judicial process”. The development and consolidation of this model requires an effective participation of the parties based on a reinterpretation of the adversarial principle, and an ideological shift of the magistrate with a change of the notion of interpretation and application of Law. The study is justified by the fact that the Judiciary goes through a crisis of legitimacy, what remains aggravated by the current notion of civil procedure in which the judge merely declares the Law set by the legislator. This attitude, however, is not consistent with the guidelines inserted into the Constitution of 1988, which take into account a plural and complex society, always dynamic. In this regard, a study has been carried out using an approach that combines and harmonizes various relevant doctrinal understandings already solidified on the possibility of constructing a new model of civil procedure. Based on authors from numerous doctrinal lines, there was an attempt to think of a civil proceeding that meets the democratic aspirations of the Brazilian society. To construct this new paradigm, we sought to address a new model of democracy, the consolidation of a contemporary constitutionalism, the philosophical contribution of the linguistic turn in the sedimentation of a new constitutional hermeneutics and the importance of the theory of legal argument. The dissertation is divided into four chapters. The first chapter retraces the trajectory of the Judiciary evolution as a “power” and of the civil procedure throughout the Liberal and Social States. The second chapter investigates the current Brazilian civil procedure along the lines of the Civil Procedure Code of 1973, which still meets the prescriptions of a Legislative State. The third chapter discusses the new paradigm inaugurated by the Federal Constitution of 1988, which described Brazil as a Democratic State based on the rule of law. Thus, the analysis of philosophical and legal bases is deepened, enabling the creation of a new model of civil procedure. Finally, in the fourth chapter, it becomes possible to trace what the democratic legal proceeding would be in the light of a truly constitutional State able to legitimize the decisions of the Judiciary Power. At the end, it was possible to conclude that the process can reach a new model without the necessity of tireless legislative changes, provided that there is an understanding of the Federal Constitution and that a reform of the judge’s attitude is established as an interpreter and enforcer of the Law in order to approximate the procedural legal system in force to the actual conditions of the society. In essence, the legitimacy of the decisions of the Judiciary Power can only be measured from a legal proceeding which is effectively democratic, consolidated in the light of the paradigm of the Constitutional State.

**Keywords:** Democratic legal proceeding. Adversarial principle. Constitutional hermeneutics. Language turn. Legal argument.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DO PROCESSO NO ESTADO LIBERAL E SOCIAL.....	13
1.1 Poder e seus desdobramentos: poder, Estado e Direito.....	15
1.1.1 Titularidade e legitimidade do poder.....	18
1.1.2 Poder Judiciário no quadro do poder e sua legitimidade.....	20
1.2 Estado Liberal.....	23
1.2.1 Poder Judiciário no Estado Liberal.....	28
1.2.2 Processo: liberalismo processual.....	34
1.3 Estado Social.....	36
1.3.1 Poder Judiciário no Estado Social.....	39
1.3.2 Processo: socialização processual.....	41
2 PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DO CPC DE 1973: PERSISTÊNCIA DO MODELO DO ESTADO LIBERAL-LEGISLATIVO (NEOLIBERAL).....	43
2.1 Contexto da legislação brasileira.....	43
2.2 Brasil: do Estado Liberal ao Estado Neoliberal.....	48
2.3 Crítica ao modelo liberal do processo civil brasileiro: racionalismo e neutralidade judicial camuflada.....	51
2.3.1 Racionalismo: a utopia da certeza no processo civil.....	52
2.3.2 Neutralidade judicial camuflada.....	57
3 UM NOVO PARADIGMA: O ADVENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (CONSTITUCIONAL).....	62
3.1 Um novo modelo de democracia: democracia participativa.....	64
3.2 A consolidação do constitucionalismo contemporâneo.....	74
3.2.1 Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos.....	76
3.2.2 Reaproximação entre o Direito e a Moral.....	78
3.2.3 Rejeição ao puro formalismo e introdução de métodos mais abertos de raciocínio jurídico: nova hermenêutica constitucional.....	80
3.2.4 Maior atuação do Poder Judiciário: novo papel adquirido no Estado Democrático de Direito (Constitucional).....	88
3.3 Contribuição filosófica do giro linguístico na sedimentação de uma nova hermenêutica constitucional.....	94
3.3.1 Breves noções sobre o giro linguístico.....	95
3.3.1.1 Contribuição de Heidegger.....	97
3.3.1.2 Contribuição de Gadamer.....	99
3.3.1.3 Contribuição de Habermas.....	105
3.3.2 Reflexos do giro linguístico no Direito.....	113
3.4 Importância da teoria da argumentação jurídica no constitucionalismo contemporâneo.....	123
3.4.1 Teoria padrão da argumentação jurídica.....	128
3.4.1.1 Tese de Neil MacCormick.....	129
3.4.1.2 Tese de Robert Alexy.....	142



3.4.2 Interface entre hermenêutica e argumentação jurídica .....	149
3.4.3 Influência da argumentação jurídica no processo.....	151
4 PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO: MODELO DE PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL .....	154
4.1 Jurisdição: novo conceito a partir do modelo constitucional .....	159
4.2 Delineamentos de uma nova ótica processual: racionalidade procedimental da argumentação jurídica e releitura do princípio do contraditório .....	165
4.2.1 Noção de processo no contexto democrático .....	167
4.2.2 Processo e racionalidade procedimental.....	170
4.2.3 Processo e releitura do princípio do contraditório.....	174
4.2.4 Círculo hermenêutico da jurisdição .....	181
4.2.5 Relevância da argumentação jurídica no processo .....	184
4.3 Processo jurisdicional democrático como instrumento limitador do poder e legitimador de decisões judiciais: cura para todos os males? .....	189
4.3.1 Nível micro: controle interno .....	192
4.3.2 Nível macro: controle externo .....	193
CONCLUSÃO.....	196
REFERÊNCIAS .....	200

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende estudar um novo modelo de processo civil e uma nova postura do Poder Judiciário. Intenciona-se, pela análise da crise de legitimidade do Poder Judiciário, afirmar a necessidade da consolidação de um processo jurisdicional democrático como novo modelo de processo civil à luz do paradigma instaurado pelo Estado Constitucional, ou seja, pelo Estado Democrático de Direito.

A construção desse modelo de processo caracteriza-se, principalmente, por dois fatores que se inter-relacionam a todo tempo: de um lado, a efetiva participação das partes, o que demanda uma concretização e uma releitura do princípio do contraditório, e, de outro lado, a mudança ideológica do magistrado no sentido de apurar sua noção de interpretação e aplicação do direito, com um resgate da racionalidade prática, o que demanda uma nova forma de decidir, a partir de uma argumentação jurídica coerente.

Essa preocupação decorre, dentre outros fortes indícios, de pesquisa realizada pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV), que divulgou o Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil).<sup>1</sup> Conforme se depreende dos resultados dessa pesquisa, vive-se um momento de crise de confiança do povo tanto no Poder Judiciário quanto no processo judicial. A maioria das pessoas entrevistadas avaliou que o Judiciário resolve os conflitos de forma lenta ou muito lenta, que os custos para se acessar a Justiça são altos ou muito altos, e que ela é nada ou pouco independente. Além disso, os brasileiros questionam a honestidade e a competência do Judiciário brasileiro, bem como as dificuldades de acesso ao Judiciário. Para eles, o Judiciário é nada ou pouco honesto, é difícil ou muito difícil de utilizar e, por fim, classificado como nada ou pouco competente. Ademais, conforme a opinião dos entrevistados, o Judiciário só é mais confiável que o Congresso Nacional e que os partidos políticos.

Diante dessas constatações de desconfiança do povo, pressente-se uma sensação de crise de legitimidade do Judiciário. Esse problema resta agravado pelo fato de o processo civil brasileiro, nos moldes do Código de 1973, ainda nos dias de hoje, ser visto como instrumento

---

<sup>1</sup> O ICJBrasil começou a ser mensurado no segundo trimestre de 2009 pela FGV, em parceria com o Instituto Brasileiro de Economia (IBRE), também da Fundação Getúlio Vargas — responsável pela mensuração dos Índices de Confiança da Indústria, do Consumidor e de Inflação. Durante o quarto trimestre, foram entrevistados 1.588 pessoas em sete regiões metropolitanas do Brasil (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Recife, Salvador, Brasília e Porto Alegre), selecionadas a partir de uma amostra definida pela faixa de renda familiar, de acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2007. Para maiores informações, veja-se: GUERRA, Roberto. Poder Judiciário: existe, mas poucos nele confiam. **Flit Paralisante**, 5 fev. 2010. Disponível em: <<http://flitparalisante.wordpress.com/2010/02/05/poder-judiciario-existe-mas-poucos-nele-confiam-eu-acredito-na-justica-do-meu-pais>>. Acesso em 03 set. 2010.

do direito material, pelo qual o juiz apenas declara o direito posto pelo legislador. Acredita-se que o sistema legal formalmente concebido é capaz de traduzir “interesses comuns” a partir de uma “vontade geral”. Em outras palavras, o problema é que o processo civil da atualidade, em que se tem uma sociedade plural e complexa, não condiz com todas as diretrizes inseridas na Constituição de 1988.

Ora, um dos eixos da Constituição é a desburocratização e o aperfeiçoamento do processo democrático como um todo. Essa tendência também se aplica ao serviço essencial de pacificação social pela resolução de conflitos oferecido pelo Poder Judiciário.

Como resposta a essa sensação de crise, visando ao combate da desconfiança contra o Poder Judiciário e ao oferecimento de uma tutela jurisdicional justa e adequada a quem dela necessitar, a doutrina ampara a possibilidade de se operarem mudanças de caráter processual no sentido de obter decisões baseadas em critérios de racionalidade material e, dessa forma, abandonar sentenças estruturadas exclusivamente em critérios lógico-formais. Portanto, pretende-se fazer um estudo sobre esse novo modelo de processo, a partir de uma abordagem que reúne e harmoniza diversos e relevantes entendimentos doutrinários já solidificados, para possibilitar que o atual modelo de processo se adeque aos ditames da Constituição Federal e sirva de meio para legitimar as decisões do Poder Judiciário. Isto é, a partir de autores de diversas linhas, busca-se pensar um processo civil que atenda aos anseios da sociedade brasileira, que clama por mais democracia.

Intenciona-se, pois, demonstrar que a legitimação das decisões judiciais somente se faz possível dentro de um processo jurisdicional democrático, em que a relação processual resta desangularizada e a decisão final passa a ser produto de um trabalho conjunto do juiz com as partes.

Assim, faz-se necessário sedimentar algumas transformações, que já ocorreram a alguns membros do Poder Judiciário, como (1) a valorização da teoria da argumentação jurídica, como estratégia de “superação do dedutivismo lógico-formal”, (2) a solidificação de uma hermenêutica menos dogmática e mais voltada à realização dos ditames constitucionais; (3) a releitura do contraditório para se adaptar à dinâmica de um processo legítimo, menos formalista e mais dialógico; (4) a noção de que a decisão de um caso concreto deixa de ser apenas retrospectiva para ser prospectiva, gerando consequências para casos futuros.

Entretanto, como essa mudança se propõe a atingir o Poder Judiciário como um todo, importante questionar se esse novo modelo de processo será suficiente para curar todos os males da crise de desconfiança da legitimidade do Judiciário.

Com esse estudo vislumbra-se aproximar o sistema jurídico processual vigente das condições reais da sociedade, o que demanda uma postura de certa forma ousada dos magistrados no seu papel de intérpretes e aplicadores do Direito. A pesquisa intenciona ressaltar que, enquanto a crise de legitimidade persistir, o Judiciário não estará cumprindo a sua missão constitucional.

Essa concepção, extraída da sistematização e harmonização de diversos estudos esparsos, possibilita que se compreenda o processo a partir da Constituição Federal e se obtenha uma reforma da postura judicial, sem ser necessário que se façam incansáveis alterações legislativas, o que justifica a presente pesquisa acadêmica.

Diante disso, o principal objetivo do trabalho é reunir as bases doutrinárias a fim de consolidar um processo efetivamente democrático, a partir do qual seja possível resgatar a confiança do povo — detentor legítimo do poder — no Judiciário.

Nesse sentido, no primeiro capítulo refaz-se a trajetória da evolução do Judiciário como “poder” e do processo civil ao longo dos Estados Liberal e Social. É importante conhecer o passado a fim de se evitar que os equívocos outrora cometidos sejam repetidos no presente, por meio da compreensão das falhas e do que deu errado no liberalismo e na socialização processual. Para tanto, socorrer-se-á desde os clássicos, como Montesquieu e Hamilton, até autores mais modernos como Nuno Piçarra, Calmon de Passos, Dalmo Dallari, Celso Campilongo, entre outros.

No segundo capítulo analisar-se-á o atual processo civil brasileiro, nos moldes do Código de Processo Civil de 1973. Pretende-se demonstrar que este ainda atende aos ditames de um Estado Legislativo, claramente em decorrência dos reflexos do neoliberalismo no Brasil. Com respaldo principalmente em Ovídio Araújo Baptista da Silva será feita uma crítica ao modelo vigente de processo civil, destacando-se, em especial, o racionalismo e a neutralidade camuflada do Judiciário.

No terceiro capítulo passa-se a discorrer sobre o novo paradigma, inaugurado pela Constituição Federal de 1988, que qualificou o Brasil como Estado Democrático de Direito. Com isso, aprofunda-se na análise dos fundamentos, filosóficos e jurídicos, que possibilitam a criação de um novo modelo de processo civil. Nesse novo paradigma destaca-se (1) um novo modelo de democracia, denominada “participativa” pelo constitucionalista Paulo Bonavides, (2) a consolidação de um constitucionalismo contemporâneo, como leciona Daniel Sarmento, (3) a contribuição filosófica do giro linguístico na sedimentação de uma nova hermenêutica constitucional, demonstrando-se a importância dos ensinamentos de Hans-Georg Gadamer e

Jürgen Habermas no âmbito da comunicação e da interpretação, e, por fim, (4) a importância da teoria da argumentação jurídica, com base nas lições de Neil MacComirck e Robert Alexy.

No quarto e último capítulo, após se ter reunido todo o subsídio necessário, torna-se possível traçar a forma de se alcançar um novo conceito de jurisdição, a partir dos estudos de Nicola Picardi e Luiz Guilherme Marinoni, e delinear o que seria a nova modelagem, denominada “processo jurisdicional democrático”, que leva em consideração uma racionalidade procedimental por meio da argumentação jurídica e de uma releitura do princípio do contraditório. Essa última parte decorre de uma leitura conjunta dos processualistas Dierle Coelho Nunes, Hermes Zaneti Júnior, Eduardo Cambi, Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni.

Em suma, pretende-se, ao cabo do presente trabalho, demonstrar que somente um processo jurisdicional realmente democrático, efetivado à luz de um Estado verdadeiramente constitucional, é capaz de legitimar as decisões do Poder Judiciário. Porém, como exaltado na epígrafe dessa dissertação, a proposta do presente trabalho é apenas um ponto de vista, e, como todo ponto de vista, resume-se à vista de um ponto.

## 1 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO LIBERAL E SOCIAL

A análise de um novo modelo de processo civil, que pretende ser fonte legitimadora de decisões do Poder Judiciário, exige algumas breves palavras sobre a ideologia estatal prevalecente ao longo do tempo. O dirigismo estatal reinante em cada época afeta diretamente o direito processual civil a fim de assegurar a obediência às estratégias de poder.

O exercício do poder, por meio de estratégias — dentre as quais, o processo civil —, sempre ocorreu, mesmo sem a existência de um aparelho estatal institucionalizado. De qualquer forma, com a formação do Estado centralizado e unificado, é imprescindível analisar as organizações políticas de cada época, pois a cada tipo institucional se conforma o Poder Judiciário, por meio das normas processuais, e se forma o modelo de processo civil.

Realmente, como diz Cândido Rangel Dinamarco, “preestabelecidos os fins do Estado, ele não dispensa o poder para caminhar na direção deles”<sup>2</sup> e, para exercer o poder, precisa estabelecer as regras pertinentes para disciplinar as condutas de seus agentes e impor limites e formas de exercício do poder. É a partir desse poder que o Poder Judiciário — como integrante do Estado — exerce a jurisdição e “que gravitam os demais institutos do direito processual e sua disciplina”.<sup>3</sup> Portanto, pela teoria geral do processo tem-se, no fundo, “a disciplina do *poder* e do seu exercício”.<sup>4</sup>

Para a teoria do processo, pois, é fundamental “o desenvolvimento da ideia de Estado e, é óbvio, da noção de historicismo. As teorias acerca da jurisdição não podem ser compreendidas à distância do ‘espírito das épocas’, ou das ideias de Estado que a inspiraram”. Por isso, é imprescindível uma reflexão pontual de cada época sobre o Estado, a cultura e a realidade social para a compreensão da teoria do processo. Somente dessa forma é possível “explicar e justificar, com coerência, os vários segmentos do mundo do processo”.<sup>5</sup>

Luiz Guilherme Marinoni explicita que “a teoria do processo, como valor cultural, não pode escapar à ideia do histórico” e deve refletir, justamente como os valores fazem, a consciência de uma época. Conclui o professor, como já alinhavado acima, que tal teoria “é marcada pela noção de Estado própria de um determinado momento histórico” e como a jurisdição é seu instituto fundamental, retira — juntamente com os demais institutos

---

<sup>2</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 93.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 93.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 14-15.

fundamentais do processo — a sua cor da noção de Estado. Disso se depreende “a importância da teoria geral do Estado para o correto desenho dos institutos processuais”.<sup>6</sup>

A jurisdição, portanto, retira sua noção do Estado e, por ser reflexo do poder deste, “encarrega-se de fornecer a tutela jurídica estatal”, principalmente por ser o “*locus* privilegiado da interpretação, aplicação e imposição do direito”, como leciona Carlos Augusto Silva. Em outras palavras, “a jurisdição encarna uma atividade estratégica de suma importância para a consecução das metas estatais”,<sup>7</sup> ou seja, o Direito — no caso, o processual — figura como meio, por excelência, do exercício do poder.

Dessa forma, a legitimidade do exercício do poder pelo Judiciário — poder este denominado “jurisdição” — pode ser avaliada pelo uso adequado e razoável do processo civil. O valor do processo:

reside na capacidade que tenha de dar livre curso ao exercício adequado, efetivo e eficiente da ação e da defesa, para que também a jurisdição, em clima de equilíbrio e como resultado do contraditório regular, produza os efeitos desejados pela ordem jurídica e sócio-política.<sup>8</sup>

Contudo, como afirma o autor acima mencionado e conforme será analisado neste primeiro item, “o processo civil, além de disciplinar o exercício do poder estatal, pode ser manejado como estratégia de poder”.<sup>9</sup> Carlos Augusto Silva defende que:

[...] o processo civil disciplina o exercício do poder estatal de acordo com determinadas estratégias. Se a estratégia do detentor do poder é a de reduzir a atuação dos juízes nas causas de seu interesse, o governante, então, assim conformará as normas processuais. Os modelos processuais [...] refletem os valores políticos, econômicos, sociais, culturais e as estratégias de poder das sociedades em que se inserem.<sup>10</sup>

Como o processo é o instrumento pelo qual o Poder Judiciário desenvolve a função que lhe cabe, igualmente relevante analisar o papel deste ao longo do tempo e de cada realidade histórica. Dinamarco também pondera que “é inegável a relatividade histórica das instituições jurídicas, especialmente das de direito público”, que recebem os influxos do regime político em vigor. Assim, “ver e tratar o processo, discipliná-lo e aplicar

<sup>6</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas...** Op. cit., p. 17-18.

<sup>7</sup> SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder:** reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 72.

<sup>8</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 97.

<sup>9</sup> SILVA, Carlos Augusto. Op. cit., p. 73.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 74.

concretamente seus preceitos a partir dessas premissas, permite endereçá-lo aos objetivos em razão dos quais têm vida o próprio ordenamento processual e os seus institutos”.<sup>11</sup>

Portanto, faz-se imprescindível a análise do poder, bem como a imersão do Poder Judiciário no quadro do poder estatal nas variadas fases da história institucional do Estado.

### 1.1 Poder e seus desdobramentos: poder, Estado e Direito

Não se pretende neste trabalho perquirir acerca da origem do poder, sua conceituação ou sua tipologia, mesmo porque sobre tais questionamentos não existe consenso nem entre os teóricos das ciências sociais.

Entende-se necessário apenas consignar que o poder se encontra em qualquer situação, disperso em toda sociedade e, por isso, se faz presente nas múltiplas relações sociais em todos os momentos da história humana. Em qualquer sociedade, desde a mais primitiva, há conflitos entre indivíduos ou grupos sociais, “tornando-se necessária a atuação de uma vontade preponderante, para preservar a unidade ordenada em função dos fins sociais”.<sup>12</sup> O poder, pois, é necessário à vida social.

Calmon de Passos explicita que a existência de conflito é natural diante da condição humana. Aduz o autor que os homens são criaturas incompletas, incapazes de realização pessoal sem a aceitação de seus semelhantes, mas, por outro lado, por não conseguirem ser “um com os outros” são compelidos a ser “um contra os outros”, o que gera “carências e conflitos, competições e confrontos”.<sup>13</sup>

De fato, o agrupamento em sociedade se origina da combinação da *escassez* de bens para satisfação das necessidades dos indivíduos, e a *interdependência* entre eles como medida de sobrevivência, o que leva a uma convivência que envolve a divisão do trabalho e dos bens. Dessa partilha sempre haverá tratamento desigual entre os membros do grupo e com isso surgem os conflitos, de modo que para a manutenção dessa associação torna-se necessária a disciplina coercitiva das relações sociais. Calmon de Passos demonstra muito bem essa simbiose:

A institucionalização do uso legítimo da força se dá pelos que, no grupo, detêm suficiente poder para fazê-lo, com o que inelutavelmente, privilegiam-

---

<sup>11</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 97-98.

<sup>12</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 35-36.

<sup>13</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 41.



se desse poder. Dado o fato de ser impossível obter-se a ordem desejada à base exclusiva da efetiva e concreta coerção, o consentimento da maioria, tanto quanto necessário à estabilidade, é obtido mediante a introjeção de crenças e valores que legitimam a dominação, o que denominamos poder ideológico. O Direito é a técnica pela qual se dá a integração desses três poderes, de modo a se lograr segurança para a convivência social, em termos de expectativas compartilhadas no tocante à solução dos conflitos que nela vierem a se configurar.<sup>14</sup>

Portanto — sem entrar no mérito se o poder vem antes, depois ou concomitante com o Direito —, é certo que somente por meio do estabelecimento da ordem jurídica<sup>15</sup> se preserva a legalidade e a legitimidade da institucionalização do uso da força para organização da sociedade.

Na opinião de Dalmo Dallari, porém, o Direito pode ser visto como fenômeno concomitante ao poder, “podendo-se falar, isto sim, em *graus de juridicidade* de poder, na medida em que ele é mais ou menos empenhado na realização de fins do direito”.<sup>16</sup> De qualquer forma, as finalidades do Direito somente são atingidas por meio do exercício do poder. Realmente, por meio do Direito — que é um *discurso de poder* — juridiciza-se a decisão política e institucionaliza-se um sistema jurídico que tem como fim sua aplicação ao caso concreto.<sup>17</sup>

Diante disso, a ideia de Estado, como instituição fundamental da sociedade organizada e que somente se mantém sob um sistema de legalidade, está intimamente ligada à noção de Direito.<sup>18</sup> Nas palavras de Jürgen Habermas, “o Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução”, porque, dentre outras coisas, os direitos têm que ser

<sup>14</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo...** Op. cit., p. 50.

<sup>15</sup> Insta consignar, entretanto, o que se entende por “Direito” e, conseqüentemente, por “ordem jurídica”. Segundo as lições de Roberto Lyra Filho, o Direito não “é”, ele “vem a ser” e, por isso, não pode ser limitado às normas do Estado. Não se pode fechar a ideia de Direito às normas — que podem ser de classe e grupos dominantes — pois isso subtrairia toda a dialética do Direito. O “Direito autêntico é um instante do processo de sua eterna reconstituição, do seu avanço, que vai desvendando áreas novas de libertação”. As normas, por si só, “são meios de expressão do Direito móvel, em constante progresso, e não Direito em si”. Diante dessa concepção dialética do Direito, pois, este não se enquadra nem na visão positivista de restrição do Direito nas leis do Estado e nem na visão jusnaturalista, que busca uma fonte suprema para a origem do Direito. O “Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas”. (LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 18. ed., São Paulo: Brasiliense, 1996, p. 97-99).

<sup>16</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos...** Op. cit., p. 37.

<sup>17</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo...** Op. cit., p. 04.

<sup>18</sup> Imperioso esclarecer que não se pretende reduzir o Estado ao Direito e vice-versa. Não se advoga nessa dissertação uma concepção positivista normativista kelseniana. Nas palavras de Roberto Lyra Filho: “João Mangabeira notava que o Direito existe antes do Estado, nas sociedades primitivas, e que, mesmo admitindo o desaparecimento do Estado, numa sociedade em que o governo das pessoas seja substituído pela administração das coisas e pela direção do processo de produção, o que desaparece é o Estado, não o Direito” (LYRA FILHO, Roberto. Op. cit., p. 53).

implantados, a comunidade necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade.<sup>19</sup>

Além disso, como pondera Cândido Dinamarco, o Estado, para além de uma ordem jurídica, é “uma *realidade política*, realidade de poder exercido sobre a população que o compõe e território que ocupa”. Tal poder, monopólio do Estado, “é também o único que se apresenta com o predicado de *soberania*”, de onde se retira a imperatividade inerente ao poder estatal.<sup>20</sup>

É notória, portanto, a imbricação existente entre poder, Direito e Estado, mas essa correlação não é absolutamente coincidente. Por exemplo, no entendimento de Dalmo Dallari, “qualquer sociedade humana revela sempre, mesmo nas formas mais rudimentares, a presença de uma ordem jurídica e de um poder”.<sup>21</sup> Ora, não se duvida que organizar-se “é constituir-se com um poder” e não se questiona que não há organização sem presença do Direito. Todavia, isso não quer dizer que o poder esteja totalmente situado no âmbito do Direito, pois na verdade o poder nunca deixa de ser substancialmente político.<sup>22</sup>

Pode-se afirmar ainda que o Estado é instituído pelo “poder político”, que a ele é anterior e reflete a realidade histórica, sociológica e cultural do povo que se organiza em sociedade. Esse poder político — pré-existente ao próprio Estado — é denominado “poder constituinte”<sup>23</sup> e nunca deixa de existir, uma vez que, como mencionado acima, é pressuposto da sociedade humana.

Já o poder exercido após a criação do Estado chama-se simplesmente “poder político” e pode ser identificado tanto nos atos dos poderes estatais instituídos como também em manifestações não estatais, mas capazes de influir na criação do Direito.<sup>24</sup> Esse poder, pois, segundo Jorge Amaury Nunes, é exercido pelos próprios detentores oficiais (estatais) e detentores não oficiais (ou invisíveis, que são os grupos de interesses detectáveis e até mesmo

---

<sup>19</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1, p. 171

<sup>20</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos...** Op. cit., p. 115.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 96-97.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 96-97.

<sup>23</sup> Luis Roberto Barroso leciona que: “O poder constituinte é um fato político, consistindo na capacidade de elaborar e fazer valer uma Constituição. Situa-se ele na confluência entre o Direito e a Política, e sua legitimidade repousa na soberania popular.” (BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição de 1988: o Estado a que chegamos*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33).

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 30.

os amorfos, isto é, “entes, personalizados ou não, formadores de opinião, ou seja, capazes de influir sobre o ânimo da coletividade”).<sup>25</sup>

Nesse contexto, a resposta que concilia a aparente contradição sobre a afirmação de que todo poder é político, mas também jurídico, está “na aceitação de graus de juridicidade”, tese desenvolvida por Edmond Picard, que “vai de um mínimo, representado pela força ordenadamente exercida como um meio para atingir certos fins, até a um máximo, que é a força empregada exclusivamente como um meio de realização do direito e segundo normas jurídicas”.<sup>26</sup>

Em síntese, a intenção de se analisar brevemente o poder — seu exercício e sua simbiose com o Direito e o Estado — está em viabilizar a compreensão, ao longo do presente trabalho, da influência que exerce nas relações entre o processo civil — que é o meio de se exercitar o poder pelo Judiciário — e a organização política do Estado.

Ora, o Estado é institucionalizado pelo poder político de acordo com os valores vigentes em determinada época. A ideologia adotada reflete diretamente no Direito quando da modelagem da jurisdição, considerando que esta funciona como estratégia de poder do Estado. São os valores vigentes e absorvidos pelo Estado que, transmutados em norma, dão a formatação do modelo de processo civil. Por isso a relevância de se desenvolver a noção da organização estatal de cada época para se compreender a jurisdição e o processo correspondentes.

### 1.1.1 Titularidade e legitimidade do poder

No intuito de facilitar a análise dos institutos processuais — jurisdição e processo — em cada período da história da organização estatal, imperioso se faz passar, previamente e sem delongas, sobre a questão da titularidade e legitimidade do poder.

A princípio, é notória a afirmação de que a origem do poder está na própria sociedade, ou seja, no povo. Não é outra coisa que se encontra insculpida no preâmbulo da Constituição Federal, quando a Assembleia Nacional Constituinte se diz representante do povo brasileiro para instituir um Estado Democrático. Seu capítulo introdutório também consigna que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, nos termos da Constituição.

---

<sup>25</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. Série IDP, p. 30.

<sup>26</sup> PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 97.

No entanto, a afirmação acerca da titularidade e do exercício do poder político pelo “povo”, deve ser entendida com as devidas ressalvas. Segundo Jorge Amaury Nunes, o titular e exercente do poder é o povo visto não “como unidade homogênea, mas sim de forma fragmentária, embora não estamentalizada, onde a sociedade, organizada ou inorganizada, encontra múltiplas formas de manifestações e interesses sem que possa perceber exatamente qual o interesse prevalecente”.<sup>27</sup> Além disso, as ideias prevalecentes não estão necessariamente ligadas “à expressão numérica do fragmento social, mas sim à capacidade de organização, articulação e pressão”.<sup>28</sup>

O povo, portanto, é o titular do poder, mas definitivamente não é o exercente dele. Entretanto, por meio de pressões continua atuando como proprietário destituído provisoriamente da posse do poder.

A abordagem dessas ideias faz sentido quando se questiona a legitimidade no exercício desse poder. Como leciona Georges Burdeau, o valor insubstituível da legitimidade é que ela vem do exterior, isto é, não depende da vontade nem da força de quem a usufrui. A exterioridade da legitimidade consolida o poder, dando-lhe base menos frágil se este depende exclusivamente das “qualidades pessoais de quem o exerce”. Assim, a legitimidade laiciza o fundamento do poder “sem lhe enfraquecer a solidez, já que ela substitui a investidura divina pela consagração jurídica”. Diante disso, a melhor definição de legitimidade é aquela “que a apresenta como um Poder fundamentado no direito”.<sup>29</sup>

Com isso, tem-se que a legitimidade do poder está dissociada dos agentes que o exercem. Tais agentes devem buscar a fonte de sua legitimidade na origem do poder recebido, ou seja, nos valores e princípios aceitos pela sociedade que representam. Conforme as lições de Burdeau, as vontades dos agentes exercentes do poder “só têm valor jurídico se podem ser imputadas ao Estado, ou seja, na medida em que são conformes à ideia de obra de que o Poder institucionalizado é a energia realizadora”. Por isso, “a via da legitimidade passa pelo serviço prestado”.<sup>30</sup>

Diante disso, esse poder exercido pelos representantes do povo somente se legitima e permanece “legitimado” se responder aos anseios sociais ao longo do tempo. Nas palavras de Jorge Amaury Nunes, “o poder constituinte encontra uma clara e única limitação: os anseios da sociedade que ele encarna, a ideia de Direito prevalecente naquele momento”. Isso porque

---

<sup>27</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. Op. cit., p. 31.

<sup>28</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>29</sup> BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 27-28.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 30.

a constituição deve refletir normativamente a ideologia da sociedade que representa, a ponto de, ao menor sinal de descompasso, necessitar da atuação do latente poder constituinte.<sup>31</sup>

Em suma, a origem do poder está no povo, mas é ele exercido por seus representantes. É o povo, porém, que legitima o uso desse poder. Portanto, caso seus representantes não estejam mais atendendo a seus anseios, é o povo que deve deslegitimar esse abuso a fim de exigir que o poder retome seu curso.

### 1.1.2 Poder Judiciário no quadro do poder e sua legitimidade

A partir das noções acima abordadas, conclui-se que o Poder Judiciário, como parte integrante de um Estado — que é uno, indivisível e indelegável — exerce sua parcela de poder por meio da jurisdição, atividade desenvolvida por um processo, ideia que será desenvolvida mais adiante.

Desde o século XV tem-se notícia da “divisão” do poder para o fim de execução compartimentada das tarefas do Estado, conforme suas diferentes funções (executiva, legislativa e jurisdicional). Nesses termos, a doutrina da separação dos poderes — como forma de organização do Estado — sempre foi tida como um dogma aliado à democracia.

Todavia, a real importância dessa suposta “divisão” ou “distribuição” do poder está “relacionada com a concepção do papel do Estado na vida social” e com a “defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração do poder, maior será o risco de um governo ditatorial”.<sup>32</sup>

Cândido Rangel Dinamarco leciona que, ao se inserir “a jurisdição no quadro da política e do poder, decorre com muita naturalidade que ela não é e não pode ser, como costuma ser dito, *um* poder do Estado”. Isso porque “a jurisdição deve ser vista como *uma das expressões do poder estatal*, que é uno”,<sup>33</sup> ou seja, a jurisdição é o próprio Estado.

Esse mesmo doutrinador, acompanhado de outros autores, ressalta que a jurisdição, exercida pelo Poder Judiciário, é ao mesmo tempo: poder, como manifestação do poder estatal pela capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; função, como encargo estatal de resolver, por meio do processo e de forma justa, os litígios concretos; e atividade, como a

---

<sup>31</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. Op. cit., p. 33.

<sup>32</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos...** Op. cit., p. 182.

<sup>33</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 138-139.

reunião de todos os atos realizados pelo juiz no processo, ao exercer seu poder e cumprir sua função estatal conferida por lei.<sup>34</sup>

Diante disso, tem-se que a função jurisdicional (jurisdição) — monopólio do Poder Judiciário — tem por finalidade compor os conflitos de interesses em cada caso concreto e, para tanto, utiliza-se do processo. E, como uma das funções do Estado e manifestação do poder deste, todas as considerações feitas anteriormente acerca da problemática do poder, seu exercício, titularidade e legitimidade são a ele aplicadas.

Como aponta Calmon de Passos, não se institucionalizou “uma função que às demais se sobrepôs, porque também a função jurisdicional se coloca sob o império da lei e se sujeita à deslegitimação pelos agentes das demais funções básicas do Estado, como mandatários do povo soberano, e pelo próprio povo, diretamente”.<sup>35</sup>

Assim, poder-se-ia, em um primeiro momento, conceber que o Poder Judiciário (como parte do poder do Estado, para quem é reservado o exercício de parcela do poder político que subsiste após a criação estatal) extrai sua legitimidade da qualidade que lhe é atribuída pela própria Constituição Federal — carta política que fundamenta a organização do Estado —, que, a princípio, é construída com a participação de diversos segmentos da sociedade, ou seja, do povo.

Não importaria, nessa medida, o fato de os membros do Poder Judiciário não serem representantes diretos do povo e, por este, eleitos para mandatos fixos, uma vez que “o juiz, investido por critérios estabelecidos na ordem constitucional e mediante as formas que a lei institui, é também um agente político do Estado, portador do poder deste e expressão da democracia indireta praticada nos Estados ocidentais contemporâneos”.<sup>36</sup>

Ademais, como aponta Eugenio Raúl Zaffaroni, a afirmação da origem não democrática da magistratura é incontestável, se com isso quer-se dizer que os juízes não procedem de eleição popular. Porém, “uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário”. Em outras palavras, legitimidade democrática decorre, muitas vezes de forma fundamental, da função exercida por um órgão e não somente pela sua origem. O

---

<sup>34</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 129.

<sup>35</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo...** Op. cit., p. 90.

<sup>36</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 156-157.

Judiciário, portanto, tem sua legitimidade conferida pela sua útil função de conferir estabilidade e continuidade à democracia.<sup>37</sup>

Para além disso, outra ideia de legitimação do exercício do poder pelo Judiciário está no “procedimento”, que demanda a adequação da atuação do juiz ao modelo procedimental traçado em lei. Cândido Dinamarco afirma que “cada ato do procedimento há de ser conforme a lei, não em razão de estar descrito na lei nem na medida do rigor das exigências legais, mas na medida da necessidade de cumprir certas funções do processo e porque existem funções a cumprir”.<sup>38</sup> Este autor é categórico ao afirmar que:

Quando se diz que o procedimento legitima o resultado do exercício do poder, tem-se em vista agora o modo de ser dos procedimentos que o direito positivo oferece e que constituem o penhor da lei à preservação dos princípios constitucionais do processo, a começar pelo contraditório. Se algum procedimento excluísse a participação dos sujeitos envolvidos no litígio, ele próprio seria ilegítimo e chocar-se-ia com a ordem constitucional. Ora, o procedimento é um sistema de atos interligados numa relação de dependência sucessiva e unificados pela finalidade comum de preparar o ato final de consumação do exercício do poder [...]. E existe a necessidade do procedimento, como pauta de trabalhos, porque esse é o meio encontrado pelo legislador para assegurar o modo de ser do exercício da jurisdição, conforme ele deseja. Por isto é que, se de um lado o procedimento regular é fator legitimante do exercício do poder, por outro ele próprio recebe legitimidade do modo como disciplina esse exercício, ou seja, da medida em que o dimensiona segundo as garantias constitucionais e favorece a efetiva participação dos sujeitos interessados.<sup>39</sup>

Portanto, a ideia de legitimação pelo procedimento leva em conta a “inserção do sistema processual na ordem constitucional”, bem como a sua “aceitabilidade social”. Essa legitimação está diretamente ligada à noção de “participação”, ideias que serão mais bem desenvolvidas no decorrer desse trabalho. Nas palavras de Dinamarco, “essa participação constitui postulado inafastável da democracia e o processo é em si mesmo democrático e participativo, sob pena de não ser legítimo”.<sup>40</sup>

Vê-se, dessa forma, que, como qualquer poder, também aqui o exercício da jurisdição deve ser consentido pela sociedade, o que somente se verifica por meio da aceitabilidade racional daqueles que se submetem a essa jurisdição. O Poder Judiciário, então, deve sempre atender aos anseios dos que buscam no processo uma forma de dirimir seus conflitos. Isso não

---

<sup>37</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. Tradução Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 42-44.

<sup>38</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 157.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 159.

significa, porém, analisar sempre positivamente a demanda, pois sempre haverá a derrota de uma das partes. Esse tipo de desagrado não exclui a legitimidade da decisão.

Dinamarco leciona que a conceituação de legitimidade entre os especialistas oscila entre a “compatibilidade axiológica” como critério objetivo, de um lado — no sentido de que o sistema processual e a atuação dos juízes devem guardar conformidade com os padrões e valores compatíveis com a cultura contemporânea, os quais, em regra, estão instalados na Constituição —, e, de outro lado, a “aceitação pela sociedade”, como critério subjetivo — valoração psicossocial da compatibilidade. A preponderância, contudo, segundo o autor, “parece ser do segundo sentido, com a tônica na *convicção*, no *consenso*, na *aceitação*”.<sup>41</sup>

Em suma, quando se fala em legitimidade pelo procedimento, remonta-se ao plano constitucional, o que significa a observância de seus diversos princípios e regras e, diante disso, pensa-se em uma legitimidade atrelada à ideia de um processo civil como um direito constitucional aplicado em todos os patamares da jurisdição.

A legitimidade do sistema processual estaria, então, na conquista da aceitação social a partir da observância dos princípios constitucionais que garantam a participação dos destinatários da jurisdição. Portanto, “se a jurisdição é poder e um dos mais destacados atos de seu exercício, a sentença, é antes de tudo um ato político, é no contexto dos atos políticos que se examina a legitimidade da jurisdição”.<sup>42</sup> Entretanto, não é nada fácil “avaliar o grau de aceitação do poder jurisdicional no seio da sociedade organizada em Estado”.<sup>43</sup>

O objetivo do presente trabalho, pois, será traçar o desenvolvimento do Poder Judiciário e do processo civil ao longo do tempo, o que em tudo se relaciona com a evolução da organização política do Estado, na tentativa de encontrar o modelo de processo que possa, em um Estado Democrático de Direito, ser realmente legítimo.

Passa-se, assim, a analisar a evolução do Estado, uma vez que, como já apontado anteriormente, o tratamento da teoria do processo não prescinde da reflexão sobre o Estado, a cultura e a realidade social de cada época.

## 1.2 Estado Liberal

O primeiro paradigma a ser analisado é o do Estado Liberal, que surge como o Estado de Direito. Como leciona Paulo Bonavides, “esse primeiro *Estado de Direito*, com seu

---

<sup>41</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 166-167.

<sup>42</sup> Ibidem, p. 170.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 171.



formalismo supremo, que despira o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental europeia”.<sup>44</sup>

As constituições dos Estados da Nova Inglaterra, a constituição norte-americana (1787), assim como a resultante da Revolução Francesa (1791), pretenderam ser o estatuto jurídico do Estado de Direito Liberal, inspirado por um ideário comum de ruptura com a ordem político-social medieval.

Como afirma Nuno Piçarra, tal ideário tem como premissa essencial a antinomia radical entre o indivíduo, com a sua liberdade natural, e a sociedade, que lhe impõe obrigações e o coage com o seu poder. Tal antinomia, bem como a busca de sua solução, “é que virão a determinar a construção de novos modelos de Estado e novas formas de poder político”.<sup>45</sup>

O intuito, pois, é encontrar uma alternativa à velha ordem feudal que garanta “a afirmação do indivíduo enquanto tal, a salvaguarda dos seus interesses próprios”, e lhe assegure uma liberdade — a denominada “liberdade moderna” — “que é, essencialmente, autonomia individual perante o Estado e a sociedade, ao contrário da velha ‘liberdade-participação’ dos antigos ou da ‘liberdade-privilégio’ medieval”.<sup>46</sup>

Esse Estado Liberal partiu do modelo de Estado mínimo de Locke, “em que a liberdade individual apenas seria sacrificada na estrita medida da necessidade da sua garantia por parte do Estado, o qual, por isso mesmo, deveria estar sujeito a rigorosos mecanismos de limitação do seu poder político”.<sup>47</sup>

Piçarra elucida que, como esse modelo de Estado “não se pretendia apenas uma alternativa a este estado de coisas, mas a única alternativa que como ordem político-social poderia ser qualificada”, pôde ser absorvido pela América, onde não havia necessidade de qualquer rompimento com uma ordem anterior, mas, ao contrário, de inaugurar uma ordem político-social.<sup>48</sup>

Tratava-se de um modelo normativo de Estado, que partia de um dever-ser, de uma ficção, como foi o caso da ideia de contrato social,<sup>49</sup> e, portanto,

não se pretendia, em primeira linha, uma interpretação de uma realidade tomada como base, não se pretendia uma inferência normativa da realidade,

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 41.

<sup>45</sup> PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra, 1989, p. 143-144.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 143-144.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>49</sup> Exceto na concepção de Montesquieu.

mas antes um modelo normativo da realidade, ainda que muitas vezes sob a aparência de um modelo descritivo e como tal utilizado.<sup>50</sup>

Nesse modelo, portanto, existiria uma unidade política do corpo social que se funda em um único poder soberano, qual seja, o Poder Legislativo. Proclama-se, assim, com Rousseau, o “princípio da soberania popular contra o poder monárquico-aristocrático”, rompendo com o sistema político-jurídico feudal. Reduz-se “o Estado ao Direito, o político ao jurídico e a soberania à lei”.<sup>51</sup>

Com isso, “a identificação da lei com a regra de Direito conduz à conclusão de que a criação do Direito se identifica com a legislação. A lei torna-se a única fonte de Direito: não existe Direito antes de a vontade do legislador o criar”.<sup>52</sup> Essa lei “é essencialmente uma norma geral e abstrata, imputável à vontade geral do povo soberano, a quem exclusivamente deve sua existência. A sua validade e essência deve-a à racionalidade que é, justamente, a intenção da vontade legisladora”.<sup>53</sup>

Nesses termos, se o Direito corresponde à lei, que se autofundamenta, esta se desvincula materialmente da Constituição, que se limita a uma moldura dentro da qual o legislador decide por si próprio o que entende por Direito.<sup>54</sup>

Paulo Bonavides esclarece que “a ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direito igual a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito”.<sup>55</sup> Investe-se no poder o terceiro estado, ou seja, a burguesia, que, apesar de ser a então classe dominada, ao se tornar dominante afastou-se dos demais componentes do corpo social, configurando-se por uma ideologia de classe.

Portanto, na concepção do Estado Liberal, o conceito de “povo” era restrito aos participantes da classe burguesa, isto é, “o cidadão-proprietário economicamente — e com isso já politicamente — influente”.<sup>56</sup> Nuno Piçarra leciona que a referência social deste Estado não parte do homem concreto, mas do cidadão, sujeito político racional, de cuja soma resulta o “povo legal”. Esse cidadão se reduzia “a quem tinha um certo rendimento, condição,

---

<sup>50</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 147.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 156-157

<sup>54</sup> Ibidem, p. 168.

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal...** Op. cit., p. 50.

<sup>56</sup> MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo:** a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

afinal, *sine qua non* para alcançar o esclarecimento e a independência, indispensáveis à verdadeira cidadania”.<sup>57</sup> Tal era a sociedade tida em conta pela teoria política liberal.<sup>58</sup>

Como diz Friedrich Müller, o ícone “povo” não apresenta fissuras. Aplica-se um conceito seletivo, em que povo é o “terceiro estado, a nova burguesia proprietária, quer dizer nem a aristocracia eclesiástica e secular, nem o lumpemproletariado, ou seja, proletariado ‘maltrapilho’”.<sup>59</sup> Dessa forma, a iconização do povo unificava a população heterogênea em benefício dos privilegiados, “por meio da linguagem e da definição nas mãos do(s) grupo(s) dominante(s) — como constituinte e mantenedora da constituição”.<sup>60</sup>

O conceito de povo, pois, era bastante restrito, uma vez que somente alguns indivíduos, que compunham pequena parcela da sociedade, eram considerados portadores de direitos. Disso resulta, no esteio de Paulo Bonavides, que “a Revolução Francesa, por seu caráter preciso de revolução da burguesia, levava à consumação de uma ordem social, onde pontificava, nos textos constitucionais, o triunfo total do liberalismo, apenas, e não da democracia, nem sequer da democracia política”.<sup>61</sup>

Realmente, como afirma o autor, “o título de representação da liberdade fora usurpado pela burguesia”. A burguesia, nesse momento histórico, justificava-se como o denominador comum de todas as classes e alegava ter enfrentado o despotismo em busca da liberdade de todos, apesar de somente ela própria ter se beneficiado de modo concreto.<sup>62</sup>

A suposta democracia, que deveria ser produto da revolução social, como forma de participação total e indiscriminada do homem, passou a ser restrita ao “homem livre”, isto é, aquele pertencente à classe burguesa, perante o Estado, na formação da própria vontade estatal. A noção de liberal-democracia, pois, tinha como ideal de “governo do povo” as concepções burguesas, inclusive no que tange ao sufrágio “universal”, que garantiria a participação de grupo seletivo de homens na vida política do Estado. Em outras palavras, a liberal-democracia não postulava o governo do povo em si, por meio do predomínio da vontade da maioria, mas buscava interesses exclusivamente da classe burguesa.

Tal restrição do sufrágio, portanto, demonstra que não houve uma abolição de privilégios e nem uma participação ativa do povo na vida política do Estado. Isso quer

<sup>57</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 176.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>59</sup> MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 59.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>61</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal...** Op. cit., p. 43.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 67.

significar que para a burguesia o valor liberdade se sobreponha ao valor da igualdade, ou seja, “o princípio liberal triunfara indiscutivelmente sobre o princípio democrático”.<sup>63</sup>

A burguesia envidou todos seus esforços no sentido de constituir um Estado não intervencionista, que viabilizasse sua livre iniciativa. A partir disso, com base nas concepções liberais, surge o constitucionalismo como doutrina que preconizava a legitimação e limitação do exercício do poder político, a fim de garantir os direitos individuais, em especial o direito à liberdade.

Nessa ordem de ideias, Nuno Piçarra ressalta que, nesse contexto, os direitos fundamentais se configuravam como os direitos de liberdade perante o Estado, o que demandava uma abstenção deste. Esta, por sua vez, era viabilizada pelo princípio da separação dos poderes, que surgia como princípio de limitação do poder político.<sup>64</sup> Diante disso, a elaboração de uma constituição, em sentido formal, está estritamente vinculada à ideia de liberdade, existente em um acordo ou contrato social dos cidadãos entre si ou deles com o exercente do poder, e à ideia de segurança.

Segundo Rogério Ehrhardt Soares, essa última ideia “é o desejo de calculabilidade matemática da classe burguesa”, que, para além do interesse no respeito às velhas leis fundamentais e dos privilégios dos diferentes grupos, desejava a “fixação duma máquina estadual definida e transparente e a garantia duma esfera de liberdade, ao abrigo das pretensões do poder e expressa em direitos individualizados”.<sup>65</sup>

Chega, então, a hora do constitucionalismo como “movimento de opinião que reclama que todo Estado disponha duma lei formal fundamental, duma constituição”. Assim, “a ideia constitucional transformou-se num princípio ético-político. Numa negação do absolutismo”.<sup>66</sup>

Demais disso, considerando esse ideal burguês, veio a lume a preocupação com a existência de um controle social sobre o exercício do poder político a fim de garantir a efetiva realização dos direitos individuais burgueses. Nesse sentido, o caminho encontrado pela teoria política foi a institucionalização da divisão dos poderes e do sistema de freios e contrapesos, como “termômetro de tendências antiabsolutistas”,<sup>67</sup> a fim de impedir a concentração de poder nas mãos de um ou poucos.

Paulo Bonavides explicita que, com a queda do absolutismo e a remoção do monarca do poder, este naturalmente seria vertido ao povo, o que não era de interesse da classe

---

<sup>63</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal...** Op. cit., p. 68.

<sup>64</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 185.

<sup>65</sup> SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, n. 3.743, 1986, p. 38-39.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal...** Op. cit., p. 45.

burguesa emergente, uma vez que esta pretendia “escalar o poder, amparando-se constitucionalmente na técnica separatista”.<sup>68</sup> Caso não tivesse havido a separação de poderes e o poder retornasse ao povo, o princípio democrático seria vitorioso. Tal foi o objetivo de se defender, à época, uma “solução intermediária, relativista, que, de um lado, afastava o despotismo do rei e, de outro, não entregava o poder ao povo”.<sup>69</sup>

### 1.2.1 Poder Judiciário no Estado Liberal

Como já afirmado acima, o Poder Judiciário e seu modelo processual, como estratégia do poder, recebem influência direta do modo de organização do Estado. Necessário, portanto, situar este Poder no âmbito de um Estado Liberal, o que enseja uma análise do amadurecimento da doutrina da separação dos poderes ao longo do tempo, uma vez que esta também refletiu na evolução do Poder Judiciário.

A doutrina da separação dos poderes nasceu na Inglaterra no século XVII, associada à ideia de *rule of law* e ideais antiabsolutistas. Isso significava uma “exigência de separação orgânico-pessoal entre função legislativa e função executiva (designação inicial da função jurisdicional)”,<sup>70</sup> que só se efetivou e foi concretizada na constituição inglesa com a “definitiva rejeição do absolutismo em 1689”.<sup>71</sup>

A primeira versão da doutrina da separação dos poderes surge como “arma ideológica de luta contra os abusos e arbitrariedades” do órgão de função legislativa (Longo Parlamento), diante da necessidade de limitá-lo e retirar-lhe “quaisquer competências de natureza jurisdicional que a outro órgão constitucional deveria caber”.<sup>72</sup>

Diante disso, na sua versão originária, essa doutrina “está intimamente ligada à primeira das distinções funcionais mencionadas, legislativo-executivo, que se sedimentou na Inglaterra a partir do século XVII”,<sup>73</sup> e foi consagrada na primeira constituição escrita da Inglaterra — o *Instrument of Government* de 16 de dezembro de 1653.<sup>74</sup> Essa primeira versão

<sup>68</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal...* Op. cit., p. 70.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>70</sup> Nuno Piçarra esclarece que “se o termo legislativo assumiu logo um sentido no essencial moderno, o mesmo não aconteceu com o termo executivo, que até princípios do século XVIII foi majoritariamente empregue com um sentido diferente do que possui hoje, ou seja, para designar a função judicial” (PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 50).

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>74</sup> Mesmo com a restauração da monarquia na Inglaterra em 1660, preservou-se essa doutrina, a qual, porém, passou a ficar associada à teoria da monarquia mista aristotélica que tinha por trinômio o rei, a nobreza e o povo — segundo esta, “o poder político deve emanar de uma estrutura institucional objectiva e não imediatamente da

possuía uma conotação jurídica de exigência liberal do primado da lei, da igualdade perante a lei e da segurança jurídica.

Contemporaneamente a esses fatos, Thomas Hobbes, em 1651, publicou a obra “Leviatã”, identificando o Direito com o poder, e, portanto, com a vontade do soberano. Sua pretensão era construir “um sistema jurídico tão seguro que não admita a menor controvérsia na sua aplicação”<sup>75</sup> e, dessa forma, desnecessária se tornaria a retórica. Constata-se, nessa obra, a neutralidade do Poder Judiciário e a busca pelo racionalismo:

Nossos juristas concordam com a ideia de que a lei nunca é contrária à razão, e de que essa mesma lei não é a letra (isto é, cada uma de suas frases), mas a intenção do legislador. [...] Portanto, o que faz a lei não é a *juris prudencia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão desse homem artificial, o Estado, e suas ordens. Tendo em vista que o Estado é, em seu representante, uma só pessoa, não é fácil surgir uma contradição nas leis, e, quando tal acontece, a própria razão é capaz, por interpretação ou alteração, de eliminar a contradição. Em todos os tribunais de justiça, quem julga é o soberano (que é a pessoa do Estado). O juiz subordinado deve considerar a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença esteja em conformidade com ela e, nesse caso, seja a sentença do soberano; do contrário, será a sua sentença e, portanto, injusta.<sup>76</sup>

Já em 1689, na obra “Dois tratados sobre o governo civil”, John Locke encontra “os fundamentos do Estado e do poder político num fato convencional e não num fato natural (que é o pressuposto da monarquia mista): o contrato social”,<sup>77</sup> por meio do qual se pretende salvaguardar a propriedade e a segurança dos homens, que deixaram de ser garantidos no estado de natureza.<sup>78</sup>

Para Locke, segundo Piçarra:

a lei positiva (e não o monarca absoluto, como em Hobbes) é que é o remédio contra a insegurança e a ausência de paz, que tornaram insustentável o estado de natureza. Ela é o garante e a medida da liberdade individual, ainda que imponha, em muitos casos, restrições à liberdade. A vida e a liberdade só pela lei positiva ficam, efectivamente, garantidas.<sup>79</sup>

---

vontade de homens”, sendo que essa estrutura “tem que ser local de mistura de várias classes sociais de interesses conflitantes”, com acesso equilibrado aos órgãos de modo a poderem participar globalmente do exercício do poder político (PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 32-33).

<sup>75</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 76.

<sup>76</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução Rosina D’Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 191-192.

<sup>77</sup> PIÇARRA, NUNO. Op. cit., p. 66.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 67-68.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 68-69.

Trata-se, pois, da supremacia do Poder Legislativo, que atua por maioria parlamentar a partir do consentimento da coletividade e com a função de fazer leis, mas que possuía limites internos ao seu poder.

Posteriormente, Montesquieu — na obra “Do espírito das leis”, publicada em 1748 — ressalta a desconfiança antropológica ao afirmar que “a experiência eterna nos mostra que todo homem que tem poder é sempre tentado a abusar dele; e assim irá seguindo, até que encontre limites”. Por isso, “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser feita de tal forma que ninguém será constrangido a praticar coisas que a lei não obriga, e a não fazer aquelas que a lei permite”.<sup>80</sup>

Sua ideia de liberdade, pois, está “ligada intimamente à de legalidade”,<sup>81</sup> o que o vincula à antiga concepção de *rule of law*, ou seja, ao Estado de Direito, mas com uma “conotação exclusivamente jurídico-funcional, visando garantir a supremacia da lei, mediante o exercício de acordo com ela (legal e não arbitrário) da função executiva e da função judicial”.<sup>82</sup>

Diante disso, o avanço em relação aos seus antecessores, foi que para além das funções legislativa e executiva, Montesquieu acrescenta a “função judicial”. Para o autor, as funções do Estado se resumem à edição das leis e à sua execução pela força pública, as quais devem ficar orgânica e pessoalmente separadas.

Assim, faz a previsão de “três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil”. Isso não significa, porém, que nesse momento histórico existe a figura do Poder Judiciário, como órgão autônomo. Montesquieu inova com a previsão de um “poder de julgar”, pelo qual o príncipe ou magistrado que o exerce “pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos”.<sup>83</sup>

Em sua concepção, tudo “estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar crimes e as querelas dos particulares”.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. *Do Espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 164-165.

<sup>81</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 90.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>83</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 165.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 165-166.

No entanto, é explícito ao mencionar que desses poderes “o judiciário é, de algum modo, nulo”<sup>85</sup> e que os juízes da nação não são “mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força e nem o rigor”.<sup>86</sup> Na época, o juiz, em qualquer caso, deveria somente pronunciar o julgamento feito pelo júri que lhe antecedia — cidadãos das mais diversas proveniências sociais e profissionais, eleitos durante certos períodos — no julgamento da causa.<sup>87</sup> Montesquieu aduz que:

O poder de julgar não pode ser dado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas da classe popular, em certas épocas do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que apenas dure o tempo necessário.

Dessa forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. E ninguém terá, constantemente, juízes diante dos olhos: temer-se-á a magistratura, e não os magistrados.<sup>88</sup>

Reduzia-se, pois, a função judicial “a uma tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal”, a partir da decisão do júri que o precedia. O poder judicial do príncipe ou magistrado era, então, “despojado de qualquer autonomia decisória, de qualquer poder criador do Direito”,<sup>89</sup> como garantia contra o arbítrio.

Essa função judicial nula e invisível entre os homens era do interesse de uma classe burguesa ascendente, que pretendia garantir seus direitos e evitar intervenções em suas liberdade e propriedade pelo Estado. Depreende-se que o programa iluminista adotava a mesma linha de Montesquieu quanto à função judicial.<sup>90</sup>

No que tange à titularidade do poder, seguindo a lógica do conceito de “povo” na época,<sup>91</sup> a função jurisdicional deveria existir para proporcionar a segurança e a conservação dos direitos fundamentais da “classe burguesa”. Como aponta Benedito Cerezzo Pereira Filho, a burguesia soube aproveitar a magistratura para seus próprios interesses, preservando para si, por exemplo, a sua propriedade.

A magistratura, nesses termos, “aceitou seu papel: ‘poder’ invisível, nulo, mero aplicador da lei, *la bouche de loi*. Converteu-se, assim, num funcionário obediente da

<sup>85</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. Op. cit., p. 169.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 172.

<sup>87</sup> Ressalte-se que Montesquieu construiu sua teoria tendo por base as peculiaridades da Constituição da Inglaterra.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 167.

<sup>89</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 97.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 98.

<sup>91</sup> É oportuno ressaltar que Montesquieu era um aristocrata e, com isso, desejava a ascensão da classe burguesa. Na época, o “povo” se reduzia, basicamente, aos burgueses.



burguesia, pois que aplicaria a lei ao caso concreto, ao servir-se, tão e somente, do princípio de subsunção”.<sup>92</sup>

Como elucida Luiz Guilherme Marinoni, “a figura do juiz inerte, do juiz que era a *bouche de loi*, sem qualquer poder criativo ou de *imperium*, foi sustentada pelo mito da neutralidade”. Esse mito supôs:

(a) ser possível um juiz despido de vontade inconsciente, (b) ser a lei — como pretendeu Montesquieu — uma relação necessária fundada na natureza das coisas, (c) predominar no processo o interesse das partes e não o interesse público na realização da justiça e, ainda, (d) que o juiz nada tem a ver com o resultado da instrução, como se a busca do material adequado para a sua decisão fosse somente problema das partes, no que o julgador não deve interferir.<sup>93</sup>

Nesse sentido, o zelo da burguesia em preservar os direitos então conquistados fez com que os órgãos instituídos para legislar tornassem tudo preso numa rede de leis e, na medida do possível, “cuidou de limitar a liberdade de movimento do juiz; diligente e desconfiadamente se lhe sequestrou o arbítrio”.<sup>94</sup> Ora, as instituições liberais, representantes da sociedade civil burguesa, passaram a ver o juiz como agente do poder e funcionário público, nutrindo contra ele severa desconfiança. Possuíam, assim, um “pensamento binário: ou o juiz haverá de ser a ‘boca da lei’, ou então ele será arbitrário. A razoabilidade do ato judicial fica, epistemologicamente, eliminada”.<sup>95</sup>

Constata-se, assim, que por trás desse discurso sobre a divisão do poder entre as atividades estatais<sup>96</sup> é possível vislumbrar o estabelecimento de uma teoria de governo que fosse capaz de limitar o poder por meio das leis, ou seja, buscar meios de partilhar o poder para evitar o arbítrio. Para Montesquieu, a limitação do poder é feita pela lei, sendo que cabe aos “juízes observarem a letra da lei”, pois “não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra e de sua vida”.<sup>97</sup>

Nesse contexto liberal, pois, de formalismo e legalidade, em que predomina a importância do Legislativo e se preza a liberdade do indivíduo, o Poder Judiciário como instituição nos moldes atuais era inexistente e o juiz — ancorado nos princípios técnicos da

<sup>92</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da Ajuris**, v. 33, n. 104, dez. 2006, p. 22

<sup>93</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas...** Op. cit., p. 66.

<sup>94</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 241-242.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>96</sup> Essa doutrina não foi originalmente concebida como a atual “teoria de separação de poderes”, pela qual os poderes deveriam ser autônomos e independentes entre si, equilibrando-se por meio do sistema de pesos e contrapesos (poder limitando poder).

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 88-89.

igualdade formal dos cidadãos e da escritura, bem como no princípio dispositivo — era um aplicador mecânico da lei, a partir de simples interpretação literal desta. Com isso, resta revelado o diminuto peso político dos tribunais nos primórdios da teoria de separação de poderes, quando do advento do Estado Liberal.

Entretanto, não se pode ignorar que a figura do Poder Judiciário tomou rumos distintos no continente europeu e no continente norte-americano. Diferentemente da constituição decorrente da Revolução Francesa de 1791, que tolhia a atuação da função judicial e até mesmo sua autonomia — como se expôs até o presente momento —, a constituição americana de 1787 já faz menção a um Poder Judiciário como órgão autônomo e proativo.

Tal fato pode ser inferido da coletânea “O federalista”, onde Alexander Hamilton esboça uma análise do Poder Judiciário proposta pela Constituição americana. Esse federalista afirma categoricamente, ao citar Publius, que “não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado dos poderes Legislativo e Executivo”.<sup>98</sup> Confere, porém, diferentemente dos escritores europeus, uma identidade formal e material ao Poder Judiciário, que deixa de ser aplicador autômato da lei, para ter um papel ativo na interpretação da lei — para além da gramatical —, e assume, finalmente, a função jurisdicional de aplicar o direito no caso concreto.

O autor já adiantava sua opinião sobre o papel do Poder Judiciário, bem diferente do inicialmente propagado pelos liberais burgueses, no sentido de que “as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação”. Aduz, pois, que as cortes deveriam atuar especialmente na interpretação das leis, sendo que a Constituição é a “lei básica” e, portanto, “sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não àquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias”.<sup>99</sup>

É importante destacar mais uma vez que, ao contrário do continente europeu, o Estado de jurisdição executor da constituição “pôde consolidar-se liminarmente nos Estados Unidos da América, onde lhe foi dado o cunho essencial. O monismo do legislador é substituído pelo pluralismo dos poderes constituídos, todos igualmente subordinados à constituição e dotados das competências que esta lhes atribui”.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, n. 78, p. 576-577.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 578.

<sup>100</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 196.

Diante disso, “o poder judicial, guardião dos direitos fundamentais, é visto aqui, primordialmente, como uma espécie de contrapeso do poder legislativo e do poder executivo e não como um poder nulo, corolário daquele monismo”.<sup>101</sup> Ademais, comentando o texto de Hamilton, Nuno Piçarra conclui que “à função judicial é reconhecido um carácter claramente constitutivo e criador do Direito. Desde logo, reconhece-se como inerente à função judicial um poder de interpretação — que na França se chegou a pretender proibir aos tribunais — e, explicitamente, um poder de ponderação entre normas de diferente força jurídica”.<sup>102</sup>

Em suma, a implantação do Estado Liberal e o desenvolvimento da teoria da separação dos poderes seguiram caminhos distintos, configurando-se de forma mais rígida no continente europeu — em que o Poder Judiciário sequer existia formalmente e o poder de julgar era visto como mera aplicação da lei — e mais flexível no continente anglo-saxão, no qual o Poder Judiciário recebeu identidade própria e poder de criação de Direito.

No caso brasileiro, é nítida a influência do Estado Liberal adotado no continente europeu, em que predominava um Poder Legislativo forte e um Poder Judiciário asséptico — quer seja pela ausência de atuação, quer seja pela atuação positiva em benefício de uma parte — a fim de servir à ideologia estatal da época. Esta, que beneficiava exclusivamente os interesses da classe burguesa por meio da proteção de sua liberdade e propriedade, moldou suas instituições sociais — dentre as quais a administração da justiça e a formação do processo judicial — para atender esses fins.

Depara-se no Brasil, portanto, com uma “legislação processual tendente a privilegiar determinados grupos”, a partir da existência de agentes econômicos, que, “valendo-se do poder de influência nos círculos de poder político, emplacaram diplomas legislativos introdutores de procedimentos que privilegiam seus interesses, em detrimento do restante da população”.<sup>103</sup> O Código de Processo Civil de 1973 concebeu, assim, um modelo processual “técnico-teórico, banhado em valores do liberalismo, sem nítida preocupação social”,<sup>104</sup> como se verá mais adiante.

### **1.2.2 Processo: liberalismo processual**

O processo na estrutura liberal, conforme Dierle José Coelho Nunes, “se dimensionava em perspectiva privatística como mero instrumento de resolução de conflitos e era visualizado

---

<sup>101</sup> PIÇARRA, Nuno. Op. cit., p. 196.

<sup>102</sup> Ibidem, p. 203-204.

<sup>103</sup> SILVA, Carlos Augusto. Op. cit., p. 47.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 38.

como instrumento privado, delineado em benefício das partes”, em que “os indivíduos são, pelo menos ideologicamente, entendidos como soberanos na gestão de seus interesses”.<sup>105</sup>

Essa fase, segundo ensinamentos do autor, pode ser caracterizada como “liberalismo processual”, que parte de uma:

concepção de protagonismo processual das partes, uma vez que desde a abertura (proposição) do procedimento, até mesmo o impulso processual era confiado a elas, de modo que a tramitação do processo, os prazos e o término das fases procedimentais dependiam do alvedrio dessas.<sup>106</sup>

Nessa perspectiva, o juiz “apresentava-se como um estranho em relação ao objeto litigioso, cumprindo a função de espectador passivo e imparcial do debate, sem quaisquer ingerências interpretativas que pudessem causar embaraços às partes”.<sup>107</sup>

Em suma, o Direito, nesse paradigma liberal, é visto como um sistema normativo no qual as regras são válidas “universalmente” para todos os membros da sociedade, e tão somente a ele incumbe a tarefa de pautar a atuação do Estado. Dito de outra forma, “o Estado tornou-se limitado à legalidade, com um ordenamento jurídico que estabelece limites negativos, delimitando o uso da liberdade pelos indivíduos, para, com isso, assegurar aos mesmos o livre exercício da autonomia da vontade”.<sup>108</sup>

Segundo Luiz Guilherme Marinoni, o direito de jurisdição nos idos dos séculos XVIII e XIX, segundo a concepção dos Estados Liberais burgueses, limitava-se ao direito de estar em juízo, ou seja, o direito de propor ou contestar uma ação e suportar o ônus dessa demanda. Assim, “a desigualdade econômica ou social não era objeto de preocupação do Estado. Bastava fosse conferido ao indivíduo — o indivíduo-razão — o direito de ir a juízo, pouco importando se o ‘cidadão’ estava ou não em condições de usufruir este direito”.<sup>109</sup>

Somente por meio de um Estado de Direito seria possível colocar limites no próprio Estado, mas verifica-se que este nunca deixou de ser uma “organização de poder”, mesmo que dentro desses limites, pois permanece o “poder de dominação”, que dessa vez se deu por parte da classe burguesa frente ao povo.

<sup>105</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2009, p. 74.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>108</sup> PEDRON, Flávio Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. Apontamentos para uma compreensão adequada do processo no Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 8, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4317>>. Acesso em: 27 set. 2012.

<sup>109</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas...** Op. cit., p. 22.

O Estado Liberal, portanto, com o discurso de liberdade e igualdade, teve como objetivo principal limitar o poder e as funções do Estado, a fim de que este não impedisse o desenvolvimento da classe burguesa. Em outras palavras, o Estado Liberal correspondia ao implemento econômico do capitalismo e os direitos “individuais” vieram somente para auxiliar esse processo de crescimento.

Nesses termos, o Estado deveria se ausentar das relações sociais, mediante a limitação de seu poder de dominação, e deixar fluir livremente a lei de mercado. Contudo, na realidade, verifica-se que o poder nunca deixou de existir para o povo “dominado”, que certamente não era a classe burguesa.

### 1.3 Estado Social

O Estado Social, como segundo paradigma a ser analisado, é resultado de uma transformação do Estado Liberal clássico. O Estado, agora dito Social, não deixou de ser um Estado de Direito, mas incorporou os direitos sociais para além dos direitos civis — como os direitos de liberdade e propriedade até então resguardados.<sup>110</sup> Assim, apesar de não obter êxito na total superação do liberalismo tradicional e elitista, o Estado Social expressou o clamor social pelas garantias e cumprimento dos direitos sociais.

Esse modelo de Estado nasce em meio à contradição histórica, pois se afirma em três experiências políticas e institucionais diferentes (dissonantes ou até mesmo opostas) — a reconstrução da Alemanha após a Primeira Guerra, a Revolução Russa de 1917 e a Revolução Mexicana e suas consequências — e tem como resultado direto a produção de três documentos também diversos entre si, mas complementares e de grande consonância — a Constituição Mexicana de 1917, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária (socialista), de 1918, e a Constituição de Weimar de 1919 (um ícone social-democrático).<sup>111</sup>

A partir desses documentos inaugura-se um novo paradigma, em que surge um Estado provedor de garantias institucionais aos direitos sociais e trabalhistas — como direitos fundamentais da pessoa humana —, com um perfil fortemente marcado pelo protecionismo social.

---

<sup>110</sup> Importante consignar que não se pretende neste trabalho analisar a vertente ideológica oriental do Estado Social, que visava ao distanciamento ideológico do modelo capitalista por meio da adoção de um modelo socialista.

<sup>111</sup> MARTINEZ, Vinício Carrilho. Estado de Direito Social. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 9, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5494>>. Acesso em: 1 mar. 2013.

Essa transformação exigia não somente a concretização dos direitos à igualdade, liberdade e propriedade, mas também a garantia de novos direitos, como os coletivos e sociais. Defendia-se um modelo de *bem-estar social*, onde o Estado volta a intervir na economia, assumindo um papel de garantidor de bens e serviços, isto é, o Estado passa a ser um ente intervencionista e protecionista.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. ressalta que os direitos sociais, caracterizados como produtos do Estado de Bem-Estar Social, demandam implantação efetiva por possuírem um sentido prospectivo de promoção, não se restringindo a uma conquista formal e normativa. Ademais, com a massificação social e o aumento do consumismo, “transforma-se a velha concepção dos direitos subjetivos como direitos individuais, ao exigirem-se proteções coletivas — direitos coletivos — e até proteções impossíveis de ser individual ou coletivamente identificadas — direitos difusos”.<sup>112</sup>

O Estado Social, portanto, surge na década de 1920, como resposta dos movimentos sociais ao conservadorismo e oportunismo burguês, e finda nas décadas de 1970 e 1980. Como aponta Vinício Carrilho Martinez, “forma-se, do ponto de vista jurídico (constitucional), a partir de 1917, mas passa a atuar como regulador e interventor mais assíduo na área econômica na década de 30, a fim de se evitar outra quebra da economia”.<sup>113</sup>

Essas novas exigências sociais, portanto, impulsionaram o início do desenvolvimento do movimento democrático. Nas palavras de Paulo Bonavides:

À medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz Von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital.

Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural.

Nasce, aí, a noção contemporânea do Estado social.<sup>114</sup>

Propunha-se, pois, “o Estado de Direito fundado na democracia e na previsão constitucional de ser *social*, importando assim no desenvolvimento de políticas públicas e sociais”.<sup>115</sup> A democracia preocupa-se com a realidade, deixando de lado o mero

<sup>112</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, n. 21, p. 18-19, mar./abr./maio 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>> Acesso em 10 dez. 2012.

<sup>113</sup> MARTINEZ, Vinício Carrilho. Op. cit.

<sup>114</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal...** Op. cit., p. 185.

<sup>115</sup> MARTINEZ, Vinício Carrilho. Op. cit.

reconhecimento de liberdades políticas, para tratar os desiguais de forma desigual a partir dos direitos sociais e econômicos.<sup>116</sup>

Esta ideia ganhou continuidade especial com o Plano Marshall de 1947, o plano de restauração da Europa Ocidental no pós-guerra. Porém, não se sustentou ao longo do tempo e, no princípio dos anos 1980, começou a perder força com os governos de Ronald Reagan (EUA) e Margaret Thatcher (Inglaterra), pois se percebeu que os investimentos nos equipamentos sociais poderiam ser reduzidos — sem que houvesse uma resistência massiva.<sup>117</sup>

Paralelamente, no Brasil dos anos 1930 — ocasião em que se firmava o Estado Social nos países centrais do resto do mundo — principia-se um capitalismo tardio por meio do simulacro de uma revolução industrial e burguesa com o golpe de 1930 e o Estado Novo (1937-1945), comandado por Getúlio Vargas.

Como ressalta Vinício Martinez, inaugurou-se:

um regime dúbio: de um lado, ocorre a cortesia com o povo ao se admitir a prevalência dos direitos trabalhistas (CLT) e, de outro, há a adaptação da economia capitalista industrial aos interesses da aristocracia política rural — bem como ao sistema econômico internacional, em vias de se globalizar.<sup>118</sup>

Nos anos 1960 tenta-se, em vista de diversos movimentos populares, modernizar e democratizar as instituições políticas. Entretanto, a intenção de se instalar efetivamente o Estado Social no Brasil foi rompida pelo golpe militar de 1964. Já nos anos 1980, o país diminui bruscamente sua atuação como investidor na defesa dos direitos sociais, tendo sua derrocada final nos anos 1990.

Em suma, com o desenvolvimento de um Estado Social, percebe-se uma modificação na postura do Estado, que passa de um Estado omissivo quanto à proteção dos direitos da população como um todo — pois até então somente privilegiava o segmento dos poderes dos agentes econômicos (burguesia) — para um Estado intervencionista.

Essa mudança de paradigma na organização política do Estado obviamente refletiu na própria organização do Poder Judiciário e na formação do processo judicial, considerando que estes são utilizados como estratégia de poder estatal para impor seus novos valores à sociedade.

---

<sup>116</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal...** Op. cit., p. 22.

<sup>117</sup> MARTINEZ, Vinício Carrilho. Op. cit.

<sup>118</sup> *Ibidem*.

### 1.3.1 Poder Judiciário no Estado Social

Diante das transformações apontadas acima, viu-se que há uma releitura dos direitos clássicos e a inovação dos direitos sociais. Isso levou a um inchaço do Estado pelo aumento de suas tarefas, inclusive para diminuir a distância entre as classes dominantes e as dominadas.

Com o crescimento do Estado Social ou Estado do bem-estar social surge o problema da liberdade positiva, participativa. Como leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr., diferentemente da “liberdade negativa, de não impedimento”, em que “a neutralização do Judiciário era uma exigência consequente”, a liberdade positiva exige a transformação do direito à igualdade “num direito a tornar-se igual nas condições de acesso à plena cidadania”. Assim, “os Poderes Executivo e Legislativo sofrem uma enorme expansão, pois deles se cobra a realização da cidadania social e não apenas a sustentação do seu contorno jurídico-formal”.<sup>119</sup>

Nessa toada, em vista da seletividade inclusiva dos direitos sociais — diferentes do sistema das garantias liberais, que era altamente seletivo e impermeável a conteúdos materiais —, o desafio do Judiciário é implementar esta seletividade, dando-lhe eficácia, uma vez que dela decorrem os direitos derivados dos programas de ação do Estado, ou seja, das políticas públicas.<sup>120</sup> Com isso, ao Poder Judiciário:

não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza).<sup>121</sup>

A partir desse modelo, em que o Poder Executivo assume a postura intervencionista e de promoção de direitos sociais, “a teoria da separação dos poderes colapsa”. Como afirma Boaventura Sousa Santos, citando Tércio Sampaio Ferraz Jr., “a governamentalização da produção do direito cria um novo instrumentalismo jurídico”,<sup>122</sup> por meio de sucessivas

<sup>119</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 18.

<sup>120</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**, n. 21, mar./abr./maio 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/10-celso.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

<sup>121</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 18.

<sup>122</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES – Centro de Estudos Sociais**. Coimbra, n. 65, nov. 1995. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2013, p. 11.



explosões legislativas, que, a cada momento, entra em confronto com o âmbito judicial clássico, pondo fim à coerência e à unidade do sistema jurídico.

Surge, assim, “um caos normativo que torna problemática a vigência do princípio da legalidade e impossível a aplicação da subsunção lógica”.<sup>123</sup> Isso porque, como o Estado assume “a gestão da tensão, que ele próprio cria, entre justiça social e igualdade formal”, todos os seus órgãos e poderes são incumbidos, ainda que de modo diferente, dessa gestão.<sup>124</sup>

O Poder Judiciário, pois, tem sua neutralidade afetada por assumir uma corresponsabilidade, junto com o Legislativo, ao controlar a política legislativa e exigir a correção de desvios na consecução da finalidades desta. Ou seja, assim como o Legislativo e o Executivo, “o Judiciário torna-se responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, postulando-se que eventuais insucessos de suas decisões devam ser corrigidos pelo próprio processo judicial”.<sup>125</sup>

Realmente, Tércio Sampaio Ferraz Jr. aduz que a transformação dessas condições parece conduzir a uma desneutralização, “posto que o juiz é chamado a exercer uma função socioterapêutica, liberando-se do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva que ela impõe, obrigando-se a uma responsabilidade prospectiva”.

Essa responsabilidade do juiz estaria voltada para “a consecução de finalidades políticas das quais ele não mais se exime em nome do princípio da legalidade”, isto é, “alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social”.<sup>126</sup>

Com essa exigência de mudança da postura judicial revelam-se os limites da “ideologia de fidelidade à lei” e torna-se necessário caminhar de uma hermenêutica de bloqueio para a hermenêutica de “legitimação de aspirações sociais”. Em síntese, com esteio em Celso Campilongo, “a força persuasiva da ideologia do juiz subordinado à lei não se coaduna mais com a difusão de uma cultura sociológica que, geralmente de modo sutil, incorpora-se à tradição jurídica legalista”.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Op. cit., p. 11.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 11-12.

<sup>125</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 19.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 19

<sup>127</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 124.

### 1.3.2 Processo: socialização processual

Com o advento do Estado Social, passa-se a acreditar “no direito como instrumento de transformação social”,<sup>128</sup> e o processo, como estratégia de poder, passa por uma fase, denominada por Dierle José Coelho Nunes, de “socialização processual”. Esta teve desenvolvimento distinto durante o século XX: na primeira metade há uma implementação do discurso do protagonismo judicial e na segunda metade iniciam-se os movimentos de acesso à justiça.

Na primeira etapa,<sup>129</sup> por influência de Franz Klein, o próprio processo é visto como uma “instituição de bem-estar social” que busca a pacificação social e demanda uma participação mais ativa do juiz na condução do processo.<sup>130</sup> O juiz, como alinhavado acima, passa a exercer uma função socioterapêutica e assistencial. Com isso o processo exigiu uma nova conceituação, que o tratasse não como “um mero rito de aplicação judicial do direito material violado, mas sim um instrumento através do qual o Estado exerce seu poder”.<sup>131</sup>

Diante disso, na relação jurídica processual existe um papel preponderante do magistrado — ao ponto de se falar em solipsismo judicial — com um esvaziamento do papel técnico e institucional do processo,<sup>132</sup> que servia para legitimar as pré-compreensões privilegiadas do juiz. Buscou-se desenvolver nesse período uma teoria da criação do direito pelo juiz, mediante:

uma aplicação livre e, em certa medida, subjetiva do direito pelos juízes, que deveriam desenvolver sua função com sabedoria e sensibilidade, uma vez que “a atividade do juiz contribui para o progresso e a completude da edificação do ordenamento jurídico, que a lei somente indicou”. (BÜLLOW, 2003, p. 9, tradução livre).<sup>133</sup>

Nesses termos, nessa primeira fase da socialização processual, o processo, como estratégia de poder, realmente era tido como instrumento da jurisdição, sendo esta vista como atividade isolada do juiz ao criar o direito.

<sup>128</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 79.

<sup>129</sup> Coincidentemente, nesse momento de transformação operada pelo Estado Social, vivencia-se na teoria do processo uma fase de consolidação da teoria de Oskar Bülow, lançada em 1868. Sua teoria — baseada na definição do processo como uma relação jurídica — consagra o direito processual como ciência e como ramo autônomo em relação ao direito material.

<sup>130</sup> *Ibidem*, p. 83.

<sup>131</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: v. 1: teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 399.

<sup>132</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 100.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 101.

Já na segunda etapa, equivalente ao segundo pós-guerra, esse modelo de socialização processual começa a entrar em declínio, diante da reação das partes ao dirigismo estatal do juiz no processo.

Esse período é marcado por movimentos como o projeto de pesquisa intitulado “Projeto Florença de Acesso à Justiça”, levado a cabo a partir de 1973 e com resultados publicados por Mauro Cappelletti em 1978, no leste europeu, e o modelo Stuttgart de simplificação, de 1978, na Alemanha, que originou a reforma da legislação a partir de uma visão cooperativa, baseado no diálogo ativo entre juiz e partes sobre os fatos e o direito, apesar de ainda enxergar o juiz como o guardião da lei e seu grande interlocutor.

Diante disso, o modelo de socialização processual do paradigma do Estado Social, em que se privilegia em excesso a atuação do juiz, começa a entrar em crise a partir da década de 1970,<sup>134</sup> quando o movimento de acesso à justiça passou a buscar novos paradigmas, considerando que o Estado provedor não mais cumpria suas promessas.

---

<sup>134</sup> Como elucidada Dierle Nunes, “tal crise, porém, não pode obscurecer o fato de que, em nosso país, jamais ocorreu a implementação efetiva desse paradigma nos moldes de *Welfare*, característico de países europeus” (NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 134-135).

## 2 PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DO CPC DE 1973: PERSISTÊNCIA DO MODELO DO ESTADO LIBERAL-LEGISLATIVO (NEOLIBERAL)

No Brasil, como já apontado em momento anterior, jamais ocorreu a implementação efetiva do paradigma social nos moldes do Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*. Realmente, desde 1930 o país viveu uma grande instabilidade política, tendo permanecido sob regime militar de 1964 a 1985, ocasião em que houve uma hipertrofia do Poder Executivo, com retirada de garantias e atribuições do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.<sup>135</sup>

Como evidencia Boaventura de Sousa Santos as fases bem delineadas do Estado Liberal, Estado Social (ou Estado Providência) e crise do Estado Social “não se adequam às trajetórias históricas dos países periféricos e semiperiféricos”, as quais se caracterizam “em geral por chocantes desigualdades sociais que mal são mitigadas pelos direitos econômicos, os quais, ou não existem, ou, se existem, têm uma deficientíssima aplicação”. Assim, “o Estado-Providência é um fenômeno político exclusivo dos países centrais”.<sup>136</sup>

Com isso, esses países denominados periféricos e semiperiféricos, como é o caso brasileiro, ou permanecem no modelo liberal de Estado ou somente nos tempos mais recentes caminham para uma transição.

### 2.1 Contexto da legislação brasileira

A visível estagnação social e democrática brasileira até o final da década de 1980 explica o conteúdo do Código Civil de 1916 (Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916), fruto de uma preocupação liberal predominante nos séculos XVIII e XIX, referente à segurança e a liberdade do indivíduo, caracterizada ainda pela neutralidade camuflada do Poder Judiciário e pela predominância do Poder Legislativo, como “positivador” da lei.

Esse diploma vigeu até 10 de janeiro de 2003, quando foi, então, substituído pelo Novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). Ressalte-se, porém, que esse novo diploma legal não alterou muito a ideologia prevalecente do seu antecessor, mesmo porque, apesar de publicado em 2002, seu projeto original é anterior à Constituição Federal de 1988.

---

<sup>135</sup> Vale ressaltar, ainda, que no Brasil, somente em 1891 o Poder Judiciário foi reconhecido constitucionalmente como poder soberano na estrutura estatal.

<sup>136</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. Op. cit., p. 29-30.

Tem-se, pois, que o direito material civil ainda conserva as marcas da ideologia burguesa, ligada à propriedade (bens) e à liberdade dos indivíduos, com mínima intervenção estatal, a não ser para proteger à classe econômica privilegiada.

Segundo Benedito Cerezzo Pereira Filho, o Código Civil de 1916 “estabelecia no seu artigo primeiro a intenção clara e inequívoca de legislar para *regular a relação das pessoas e seus respectivos bens*”, tendo sido feito “pela burguesia e para a burguesia”, isto é, “pelos donos da propriedade para a proteção da propriedade”.<sup>137</sup> Tal é a razão de igualmente terem sido contemplados com uma proteção especial junto ao código de processo civil, quando se tratou de procedimentos especiais e eficazes para se proteger a propriedade e o crédito.

Nesse mesmo sentido, José Reinaldo de Lima Lopes reconhece que o ápice do modelo novecentista está no Código Civil de 1916. Conforme o autor, “o Código Civil, desta perspectiva, era o justo por excelência: dadas as regras claras de contratos, de propriedades e de família estaria assegurada a justiça social”. Desta forma, “cada um, atuando livremente no seu próprio interesse, levaria à felicidade geral: cada indivíduo era um portador de vontade e razão, capaz de julgar o que fazer. A soma de tais juízos levaria ao bem-comum”.<sup>138</sup>

Resta claro, então, o predomínio do sentido privado no diploma civil brasileiro, em vista, principalmente, da larga presença das estruturas feudais na história social do Brasil. Ao que parece, portanto, o Estado “capitalista” e o direito brasileiro, nesse momento, têm como propósito a garantia da propriedade, e conseqüentemente do contrato, como pilares de uma economia de mercado “fundada na calculabilidade racionalista dos resultados a atingir”.

Como aponta L. A. Becker, “nesse quadro, assumem vital importância o direito material e o processual, verdadeiros instrumentos de contenção das demandas sociais, que adotam uma eficácia diferenciada conforme o vetor dos interesses que protegem”.<sup>139</sup>

Por óbvio, a legislação processual, que vem para instrumentalizar o direito material correspondente, segue sua ideologia. Assim, o Código de Processo Civil, que teve sua primeira codificação unitária nacional em 1º de março de 1940, com o Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939 (CPC de 1939),<sup>140</sup> veio para atender os propósitos do Código Civil de 1916.

---

<sup>137</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Op. cit., p. 26.

<sup>138</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP**, n. 21, p. 18, mar./abr./maio 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/03-reinaldo.pdf>> Acesso em 10 dez. 2012, p. 25.

<sup>139</sup> BECKER, L. A. (Org.). **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 359.

<sup>140</sup> Antes disso, havia uma consolidação do direito processual da União (Decreto n. 3.084, de 1898) e vários códigos estaduais de Processo Civil.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior: “dois espíritos habitavam o Código, formando uma parte geral impregnada de ideias novas, enquanto as que tratavam de procedimentos especiais, dos recursos e da execução se ressentiam ‘de um execrável ranço medieval’”.<sup>141</sup>

Diante disso, “depois de uma década de estudos e debates, ocorreu em 1973 a reforma do Código de 1939, baseada em anteprojeto redigido pelo Ministro Alfredo Buzaid e revisto por uma comissão formada pelos juristas José Frederico Marques, Luiz Machado Guimarães e Luiz Antônio de Andrade”.<sup>142</sup> Surge, assim, o “atual” Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), com grande influência do italiano Enrico Tullio Liebman.

Nas palavras de L. A. Becker: “no Brasil, o CC revogado e os CPCs constituíram por longas décadas um ‘sistema fechado que assegura à propriedade as características de absolutismo, plenitude e perpetuidade’”.<sup>143</sup> Acrescenta que:

“Se se enfrenta a questão com ânimo isento de preconceitos, já a uma primeira vista e sem necessidade de argumentos articulados e complexos, percebe-se claramente que as leis processuais — espelhando nisso as normas de direito material — têm por eixo a celebração da propriedade privada e de seu uso capitalista”.<sup>144</sup>

O CPC brasileiro, tal qual o italiano, contém um processo de execução centrado no binômio sentença condenatória—execução forçada, reservando a tutela específica dos procedimentos especiais para alguns direitos reais, o que revela ser apenas o reflexo dos valores que presidiram a formação do CC/16, de perfil igualmente patrimonialista.<sup>145</sup>

Esse mesmo autor ressalta que o CPC/73 “desprezou ostensivamente a tutela dos direitos não patrimoniais”, reservando a eles “o procedimento ordinário de cognição: uma técnica jurisdicional marcadamente ressarcitória”, e, por isso mesmo, “inidôneo para a tutela dos direitos extrapatrimoniais, em particular os direitos da personalidade, à saúde etc.”. Por outro lado, “o CPC reserva aos direitos patrimoniais, que são facilmente reparáveis em pecúnia, formas de tutela preventiva, tais como o interdito proibitório e nunciação de obra nova”.<sup>146</sup>

<sup>141</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 14.

<sup>142</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>143</sup> BECKER, L. A. *Op. cit.*, p. 387.

<sup>144</sup> CHIARLONI, Sergio. **Introduzione allo studio del diritto processuale civile**. Torino: Giappichelli, 1975, *apud* BECKER, L. A. *Op. cit.*, p. 387-388.

<sup>145</sup> BECKER, L. A. *Op. cit.*, p. 387-388.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 389.

Outro ponto relevante da ideologia capitalista e patrimonialista, bem como da força do poderio econômico no modelo traçado pelo Código de Processo Civil, está no fato de que a regra adotada foi o procedimento “ordinário”, com todas as delongas, cujo atraso torna-se muito interessante para uma das partes, que em geral é a que detém o capital.

Contudo, o sistema limita-se a “ordinarizar exclusivamente o procedimento plebeu, regulado pelo Código, sem interferir na legião incontável de ações e procedimentos privilegiados que gravitam ao redor do sistema, através de leis extravagantes. Esta é uma marca *ideológica* inapagável”.<sup>147</sup> Como leciona Ovídio Baptista:

Como a enorme constelação de procedimentos especiais, existente fora do Código, é preservada, não obstante a consagração do princípio da “ampla defesa”, o resultado é a formação de dois sistemas processuais, um popular, plebeu, para aqueles que não disponham de procedimento privilegiado, o outro, destinado a tutelar as várias estruturas de Poder, visível e invisível. Em última análise, o produtor do sistema não o consome. Ele é produzido para o consumo das massas.

O Estado, como autor, continua utilizando-se de procedimentos *sem defesa*, como na execução fiscal; ou de procedimentos em que a defesa permitida ao demandado torna-se raquítica, como na ação de desapropriação. Assim como o poder formal, também as estruturas de poder econômico gozam de instrumentos que os livram do Processo de Conhecimento. A “ação de busca e apreensão” do bem fiduciariamente alienado é um pequeno exemplo de uma demanda radicalmente sumária concebida para proteção de uma classe de empresários. Porém, tanto o elogio ao sistema quanto as lamúrias contra sua inoperância conservam-se inalterados.<sup>148</sup>

Vale dizer que esse Código de 1973 já sofreu inúmeras reformas pontuais, mas de fôlego, destacando-se três levas de alterações importantes: (a) a reforma de 1994 — com a introdução da antecipação da tutela (Lei n. 8.952/1994); (b) a reforma de 2001/2002 — em especial com a modificação da parte recursal (Lei n. 10.352/2001, Lei n. 10.358/2001 e Lei n. 10.444/2002); e (c) a reforma de 2005/2006 — com inovação do sincretismo no direito processual civil (Lei n. 11.187/2005, Lei n. 11.232/2005, Lei n. 11.276/2006 e Lei n. 11.277/2006).

Entretanto, Dierle Nunes chama a atenção para o fato de que, apesar de a legislação brasileira ter avançado em termos socializadores com as diversas alterações do Código, “a condução do procedimento se dá como se a legislação fosse liberal e escrita”.<sup>149</sup>

Tem-se, portanto, que a filosofia do Código de Processo Civil desde 1939 — o que abarca também o de 1973 — acompanha aquela adotada pelo diploma de direito material, ou

<sup>147</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 128.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 162.

<sup>149</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 98.

seja, uma legislação liberal que no âmbito do processo viria certamente a castrar o poder do juiz, assim como colocá-lo “a serviço dos donos do poder, pois, obediente a leis e procedimentos por eles orquestrado”.<sup>150</sup>

A intenção da legislação processual, de viés liberal, pretendia, assim, conceituar a “jurisdição como mera declaração, despida, contudo de império, ordem”, submetendo o juiz à lei sem que pudesse ser, investigativo, criativo e contestador<sup>151</sup>.

Conforme ensinamentos de Benedito Cerezzo, o juiz, ao se voltar sempre para o passado — considerando que sua função era somente reconhecer uma situação pretérita e declarar o direito ao caso concreto, sem intervir na autonomia da vontade das partes, a não ser quando fosse para privilegiar os donos do poder, por meio dos procedimentos especiais —, transferia a responsabilidade, que deveria ser sua, à lei e, portanto, ao legislador.<sup>152</sup>

Como pondera Ovídio Baptista, “a marca registrada do pensamento conservador é justamente essa ‘naturalização’ da realidade que ele próprio elabora, de modo que todo aquele que procura questioná-la torna-se, aos seus olhos, ideológico”. No direito processual, esta “naturalização” da realidade tem uma extraordinária significação, sendo até um dos pilares do sistema, pois é “através dela que o juiz consegue a tranquilidade de consciência, que lhe permite a ilusão de manter-se irresponsável”. Isso significa que, “se o juiz aplicar a vontade da lei, imagina-se que a injustiça terá sido cometida pelo legislador”.<sup>153</sup>

Importante ressaltar, por fim, que foi somente em 5 de outubro de 1988 que o Brasil ganhou seu primeiro diploma constitucional democrático, denominado Carta Cidadã, que enunciava em seu preâmbulo a instituição de um Estado:

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.<sup>154</sup>

Realmente, o texto constitucional anterior, que era o vigente quando do advento da legislação processual civil e que prevaleceu durante todo o regime militar, inviabilizava de

---

<sup>150</sup> PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. Op. cit., p. 26

<sup>151</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>152</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>153</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 16.

<sup>154</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 23 mar. 2013.



diversas formas o funcionamento do Poder Judiciário “como um poder independente, desde a suspensão de sua autonomia financeira até as garantias da magistratura”.<sup>155</sup>

## 2.2 Brasil: do Estado Liberal ao Estado Neoliberal

O Brasil, diferentemente dos países centrais — que passaram pelo paradigma do Estado Social —, teve seu processo de transição democrática no final da década de oitenta. Esse atraso no “calendário histórico teve consequências fundamentais no domínio da garantia dos direitos”.<sup>156</sup> Isso porque:

De uma forma ou de outra, os países periféricos e semiperiféricos viram-se na contingência de consagrar constitucionalmente ao mesmo tempo os direitos que nos países centrais tinham sido consagrados sequencialmente ao longo de um período de mais de um século, ou seja, no período liberal, os direitos cívicos e políticos, no período do Estado-Providência, os direitos econômicos e sociais, e no período do pós-Estado-Providência os direitos dos consumidores, da proteção ambiente e da qualidade de vida geral. Obrigados, por assim dizer, a um curto-circuito histórico não admira que estes países não tenham, em geral, permitido a consolidação de um catálogo tão exigente de direitos de cidadania.<sup>157</sup>

Como leciona Celso Campilongo, “no caso específico do Brasil, a transição democrática apresenta-se, ainda, como o tempero apimentado de todo o processo. ‘Transição democrática’ significa, para a teoria política, redistribuição de poderes e reconstrução das regras do jogo político”. Consequentemente, pressupõe “um período de disputa acentuada a respeito da lei e da interpretação a ser dada ao direito *in fieri*”.<sup>158</sup>

Entretanto, nesses países que passaram por uma transição democrática tardia — como é o caso do Brasil —, o Poder Judiciário só muito lenta e fragmentariamente têm assumido sua corresponsabilidade política na atuação do Estado para a implementação dos direitos sociais.

Boaventura enuncia que “a distância entre a Constituição e o direito ordinário é, nestes países, enorme e os tribunais têm sido, em geral, tíbios em tentar encurtá-la. Os fatores desta

<sup>155</sup> SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, n. 21, p. 34-45, mar./abr./maio 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/04-sadek.pdf>> Acesso em 10 dez. 2012.

<sup>156</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. Op. cit., p. 32.

<sup>157</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>158</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 120.

tibieza são muitos e variam de país a país”.<sup>159</sup> Eles vão do conservadorismo dos magistrados, em virtude de concepções arcaicas aprendidas nas faculdades de Direito, até o procedimento rotinizado da justiça retributiva e a deficiência da organização judiciária, com sua carência de recursos humanos e materiais.

Entretanto, mesmo sem os países periféricos e semiperiféricos terem passado pelo Estado Social — e nem pela crise deste — como ocorreu nos países centrais, Dierle Nunes esclarece que “no final da década de 1980, considerada a ‘década perdida’ para os países em desenvolvimento, os órgãos financeiros mundiais — Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial — pressionaram os países da América Latina a novas práticas de índole liberal”.<sup>160</sup> Propôs-se, então, um ajuste macroeconômico, a fim de reforçar o discurso do livre mercado.

Como aponta o autor, não condiz com este movimento liberal a instituição da participação no âmbito do Judiciário e do processo, como controle da função estatal, e nem, por outro lado, incrementar a atuação e intervenção judicial, nos moldes da teoria socializadora do processo. Seria necessária, assim, a “criação de um modelo processual que não oferecesse perigos para o mercado, com o delineamento de um protagonismo judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial”, mas, por outro lado, “não se assegurariam as condições institucionais para um exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representasse um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla”.<sup>161</sup>

Tal assertiva é confirmada pela elaboração, por parte do Banco Mundial, do Documento Técnico n. 319, em junho de 1996, com propostas que “privilegiavam predominantemente a busca de um processo célere e que garantisse a defesa da propriedade privada e do mercado. Isso fica claro no cotejo de inúmeros trechos do aludido documento, que sub-repticiamente conjugam acesso à justiça com defesa do setor privado e do mercado”.<sup>162</sup>

Dierle Nunes conclui em tom severo que essa perspectiva processual, por ele denominada “neoliberal”, enseja um sistema voltado para a produtividade (art. 93, inc. II, alínea “c”, CRFB/88 com nova redação dada pela EC/45), em que o cidadão é um mero espectador privado (consumidor) da “prestação jurisdicional”, como se a função jurisdicional fosse um órgão prestador de serviços e servisse apenas como “aparato empresarial que

---

<sup>159</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. Op. cit., p. 33.

<sup>160</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 157.

<sup>161</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 161.

devesse fornecer soluções (produtos e serviços) do modo mais rápido, à medida que os insumos (pretensões dos cidadãos) fossem apresentados (propostos)”.<sup>163</sup>

Nesse contexto, a interpretação dos princípios processuais constitucionais “passa a ser feita em perspectiva formal, como se fossem utilizados tão-somente para que o processo obtenha máxima eficácia prática dentro de critérios quantitativos (e privatísticos) e não qualitativos”.<sup>164</sup> Sem dúvida, essas exigências fizeram com que o Brasil assumisse uma postura denominada neoliberal.

Nas lições de Paulo Bonavides, o “Estado Neoliberal, por natureza, essência e substância, é Estado anti-social, de conteúdo burguês, circunscrito aos direitos da primeira geração, girando em redor de um rígido formalismo jurídico e implodido, já, no campo constitucional, pelos direitos das demais dimensões”.<sup>165</sup>

O resultado dessa influência no Brasil está nas diversas reformas feitas no Código de Processo Civil. Entretanto não se pode ignorar que a essência das alterações da legislação está em consonância com as exigências das agências internacionais neoliberais (Banco Mundial), especialmente no que tange à celeridade. Essas reformas aumentam sem dúvida o quantitativo das decisões, mas não garantem, por outro lado, a melhora qualitativa das mesmas.

Jânia Maria Lopes Saldanha, neste ponto, leciona que “essa busca pela produtividade visa atender o ideário neoliberal da máxima produção em tempo real”, sendo “visível a aproximação do Direito com os interesses econômicos, em prol da máxima eficiência entendida como produtividade”.

Aduz, então, que essas leis reformadoras do Código foram meros instrumentos, sem qualquer carga axiológico-normativa, que vieram para atender interesses bem definidos de forças políticas e econômicas e, portanto, constituíram-se de uma índole político-social-econômica. Conclui que essa instrumentalização “reduz o Direito e a Jurisdição ao mais puro funcionalismo, em outras palavras, redução da Justiça à lei, refinado produto das concepções positivistas do século XIX que perpassaram o século XX e aportaram ao século XXI com toda a força de sua expressão”.<sup>166</sup>

Por fim, sintetizando as reformas, L. A. Becker pondera que essas inovações conduzem a uma sociedade “dromocrática”:

<sup>163</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 163.

<sup>164</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>165</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44.

<sup>166</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição: a difícil sintonia entre eficiência e efetividade. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e processo: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva**. Curitiba: Juruá, 2009, v. 3, p. 62.

Talvez essa demanda dirigida exclusivamente à celeridade seja algum indício de que estamos longe de uma sociedade *democrática*, e mais próximos de uma sociedade *dromocrática*, na feliz expressão de Paul Virilio. O apelo à velocidade (*dromos*), o apelo à eficiência, tendem a minar os fundamentos da democracia. Afinal, aos olhos do neoliberalismo, a decisão democrática é um processo mais conflituoso, ineficaz e demorado que as decisões capitalistas, que são tomadas a todo tempo e chegam mais rápido aos destinatários. [...]

Transportando essa discussão para o processo civil, é preciso democratizar o processo civil, e não exclusivamente dromocratizá-lo. Se ele é lento, não é por causa de algum excesso de “democratismo”, mesmo porque ainda há verdadeiros nichos de autoritarismo no processo civil e no Judiciário, inclusive se desconsiderarmos o fato de que o corpo do nosso CPC foi aprovado em pleno período de repressão política e se ignorarmos o modelo tecnoburocrático de composição do Judiciário brasileiro. O fato é que *a luta pela efetividade do processo não pode descurar da luta pela sua democratização*.<sup>167</sup>

Diante de todas essas considerações, percebe-se claramente que o Brasil caminhou de um Estado Liberal para um Estado Neoliberal, onde permanece a predominância da lei, no caso lei do mercado, e a defesa do interesse de poucos.

### **2.3 Crítica ao modelo liberal do processo civil brasileiro: racionalismo e neutralidade judicial camuflada**

Diante dessa insistência de preservação do passado e da proteção do mercado, Dierle José Coelho Nunes nomina esse modelo, no âmbito do Poder Judiciário e do processo, como **neoliberalismo processual**, pois apesar de se fazerem reformas para aumentar o poder do juiz, não se vislumbra a busca de qualquer objetivo socializante.

Realmente, esse modelo teria se apropriado “do discurso socializante para desnaturá-lo e utilizá-lo contra si mesmo e em favor de seus imperativos funcionais”. Isso porque, apesar de afirmar “buscar uma atuação do direito mais social”, com reforço do papel do juiz, “é corrompida pela lógica neoliberal, de modo a implementar uma atuação jurisdicional e reformas legislativas construídas sobre o argumento cínico de que assim se garantiria maior acesso à justiça”. Desta forma, “permite-se a prolação de decisões em larga escala, com reduzido ou inexistente espaço de discussão, na lógica da produtividade, e não de uma real aplicação social ou constitucionalmente adequada do direito”.<sup>168</sup>

<sup>167</sup> BECKER, L. A. Op. cit., p. 316.

<sup>168</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 165-166.

Em consonância com essas colocações, Ovídio Baptista aduz categoricamente que o ataque do neoliberalismo — “em seu empenho de privatizá-lo ainda mais, destruindo metodicamente o sentido de coletividade, numa exasperação do individualismo que é, como se sabe, o pilar da modernidade”<sup>169</sup> — ocasiona a perda da legitimidade do Estado e, a partir disso, a crise do Direito mostra sua cara.

Essa influência do neoliberalismo, e de seu individualismo, é exercida sobre o processo civil, “uma vez que todos os institutos e o conjunto de categorias de que se utiliza a doutrina processual, foram concebidos para a tutela de direitos e interesses individuais”.<sup>170</sup>

Nesses termos, faz-se necessário sintetizar a crítica feita ao modelo de processo civil brasileiro, que absorveu essas concepções neoliberais, mantendo-se preso a uma organização política de Estado Liberal, não condizente com as imposições de uma Constituição Federal moderna e com pretensões democráticas.

### **2.3.1 Racionalismo: a utopia da certeza no processo civil**

“A utopia da certeza no processo civil” é o título dado por L. A. Becker ao capítulo em que pretende demonstrar a vã pretensão do processo em buscar a certeza e a verdade em uma época de incertezas. Já no início do capítulo o autor pondera que:

[...] temos instituições cujo funcionamento depende — e muito — da certeza. Estamos falando do processo civil. Não só a certeza que se busca na reiteração de decisões judiciais, sempre frustrada. Mas também a certeza que se coloca como objetivo ao final do processo: certeza na decisão, calcada na certeza das formas processuais no procedimento ordinário, amparada pela instrução probatória, consagrada pelo título executivo e pela coisa julgada, avessa a qualquer provimento de urgência anterior à decisão final, que em tese é a única decisão certa, precisa, porque fundada numa suposta “posse da verdade”. Além dessas duas exigências de certeza há mais uma: a certeza do direito a ser aplicado.<sup>171</sup>

Aborda, assim, a predominância da “vontade de verdade” no âmbito do processo como a “crença cega (porém fundadora das ciências!) na imprescindibilidade absoluta do que é verdadeiro; crença na superioridade da verdade, em sua prevalência sobre a aparência, a ilusão, a falsidade”, inclusive sobre a “probabilidade e a verossimilhança”.<sup>172</sup>

<sup>169</sup> SILVA, Ovídio Baptista A. Op. cit., p. 56.

<sup>170</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>171</sup> BECKER, L. A. Op. cit., p. 286-287.

<sup>172</sup> Ibidem, p. 290.

A crítica que se faz, porém, com relação a essa premissa está no reflexo da “impotência da vontade de criar”, aliada ao medo do juiz de errar — a ponto de se esconder atrás do Código —, e na “exigência de certeza nas decisões, calcada na inexorável, desenfreada e teimosa ‘busca da verdade’”, a fim de atender “um mercado que precisou de uma justiça segura e previsível para desenvolver o Estado Industrial”.<sup>173</sup>

A ânsia da certeza na decisão foi “conservada em formol, ainda hoje na jurisdição tradicional” — em especial no procedimento ordinário —, desconsiderando o fato de que nas ciências em geral as tais certezas já foram “devidamente desmistificadas pela teoria do caos”.<sup>174</sup> Becker ressalta que:

[...] a busca frenética da verdade não passa de um tapume de automatismo e suposta infalibilidade, a tentar fazer desnecessário qualquer prurido ético na decisão judicial. Se — como diria Eduardo Gianetti — falar em ética é falar em *liberdade* de escolha e em *falibilidade*, o sacrifício da escolha individual “no altar da perfeição infalível é escolher um mundo ‘perfeito’, mas no qual a experiência moral perdeu o sentido”. Em suma: o processo busca a verdade quando já desistiu da ética, assim como o juiz busca a lei quando já abdicou da justiça.

Por outro lado, como ressalva o autor, não se pode partir para o avesso dos dogmas da certeza e da verdade, em culto ao dogma do provável, pois “é questionável a eticidade de um processo civil voltado exclusivamente à celeridade, de modo ‘parnasiano’ — a rapidez pela rapidez, sem nenhuma preocupação com o acesso à justiça, isonomia real e outras questões relevantes”.<sup>175</sup>

A marca de conservadorismo no processo civil também foi objeto de preocupações de Ovídio Baptista, para quem “não é tarefa difícil descobrir as raízes ideológicas que presidem o sistema processual, mantendo seus compromissos com o racionalismo”, de onde “provém a suposição de que a lei jurídica seja uma proposição análoga às verdades matemáticas”.<sup>176</sup> Assevera que:

O sentido a-histórico de nossas instituições liga-se a este pressuposto [...]. É daí que parte a premissa metodológica para sustentar que a norma jurídica, como uma equação algébrica, somente admite um resultado “certo”. Daqui é que devemos, então, extrair a seguinte conclusão: se a norma jurídica assemelha-se a uma proposição algébrica, será impensável supor que ela

<sup>173</sup> BECKER, L. A. Op. cit., p. 291-292.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 313.

<sup>175</sup> Ibidem, 315.

<sup>176</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 16.

tenha “duas vontades”; que possa permitir a seus aplicadores uma dose, mínima que seja, de *discricionarietà*.

Para o sistema, a norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido *unívoco*. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente “compreendê-la” mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema “algébrico” da descoberta de sua “vontade”. Compreende-se, portanto, as razões que, no século XIX, fizeram com que os autores dos Códigos procurassem impedir que sua obra fosse interpretada. Reproduziu-se no século XIX a tentativa de Justiniano de impedir a compreensão hermenêutica de suas leis.<sup>177</sup>

Como apontam Jeferson Dytz Marin e Carlos Alberto Lunelli, esse paradigma racionalista surgiu para “sustentar a afirmação do antropocentrismo em face do teocentrismo”, quando o homem ousou desafiar Deus. Houve um deslocamento filosófico em que o homem, agora como sujeito de um mundo explicável por meio da razão, deveria garantir a verdade e a certeza, “afastando-se do provável e do plausível”.<sup>178</sup>

Era fundamental a ideia de que o homem tinha condições de reconhecer pela razão a construção lógica e coerente do mundo. O homem não se contentava mais com a sabedoria divina, “era necessário o esgotamento das possibilidades, para alcançar-se a certeza”.

A certeza, dessa forma, torna-se “um valor supremo, um dogma indiscutível, o que termina por produzir uma técnica científica adaptada a essa exigência, produzindo uma ciência processual mecanicizada”.<sup>179</sup> Essa busca voraz pela certeza e, logo, pela segurança jurídica, terminou por prejudicar o próprio ideal de alcance da justiça, até mesmo porque todo esse culto ao rigor lógico implicou “a consolidação de uma ciência jurídica dissociada da dimensão moral e comprometida com a ideia de que o alcance de seus propósitos derivaria da certeza e do rigor procedimental”.<sup>180</sup>

Portanto, os rumos da ciência jurídica, naquele momento histórico, foram conduzidos pela codificação, que incorporou métodos de raciocínio e dedução lógicos para escapar do subjetivismo do julgador, e, assim, materializar os propósitos da lei quanto ao alcance da certeza e da segurança.<sup>181</sup>

Nessa mesma linha de raciocínio, Ovídio Baptista elucida que a criação de um “mundo jurídico”, fechado em si mesmo e que contém “verdades eternas”, prescindindo dos fatos, está

<sup>177</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 17.

<sup>178</sup> MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O paradigma racionalista: lógica, certeza e o direito processual. In: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e processo**: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. Curitiba: Juruá, 2009, v. 3, p. 28.

<sup>179</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>180</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>181</sup> Ibidem, p. 36.

ligada ao paradigma do racionalismo do século XVII, que pretendia “tornar o Direito uma ciência demonstrativa tão exata quanto a matemática”.<sup>182</sup> Diante disso:

O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis às ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura.<sup>183</sup>

Nesses termos, Ovídio Baptista conclui que os “dois principais compromissos ideológicos inerentes à nossa compreensão do Direito e da missão do Poder Judiciário” estão na ideia de que o juiz somente deve respeito à lei, excluída qualquer possibilidade de compreensão hermenêutica, e a “tirania exercida pela economia sobre o resto. A função do Poder Judiciário não é mais fazer justiça, porém aclamar o mercado”.<sup>184</sup> Assim sendo:

Com a separação entre teoria e prática, as classes dominantes conseguiram dois resultados significativos: (a) sujeitaram os magistrados aos desígnios do poder, impondo-lhes a condição de servos da lei; (b) ao concentrar a produção do Direito no nível legislativo, sem que aos juízes fosse reconhecida a menor possibilidade de sua produção judicial, buscaram realizar o sonho do racionalismo de alcançar a certeza do direito, soberanamente criado pelo poder, sem que a interpretação da lei, no momento de sua aplicação jurisdicional, pudesse torná-lo controverso e portanto incerto.<sup>185</sup>

Esse paradigma racionalista, que supõe ser o Direito uma ciência tão exata quanto a matemática, resta evidente quando se depara com o conceito de jurisdição como declaração, adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro por influência de Giuseppe Chiovenda. Segundo este conceito a função jurisdicional teria uma “natureza meramente ‘intelectiva’, enquanto pura cognição”, sendo que “a atividade do juiz deve limitar-se a revelar a ‘vontade concreta da lei’”, ou seja, “sua missão seria apenas verbalizar a ‘vontade da lei’ ou a vontade do legislador”.<sup>186</sup>

---

<sup>182</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 79.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>184</sup> Ibidem, p. 21-22.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>186</sup> Ibidem, p. 93.



Nesse sentido, a vontade da lei “já estava ‘concretizada’ ao instaurar-se o processo”, cabendo ao juiz “apenas revelá-la”. A premissa desse raciocínio chiovendiano é que a norma jurídica deverá ter um sentido unívoco, e “ao intérprete não seria dado hermeneuticamente ‘compreendê-la’ mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema ‘algébrico’ da descoberta de sua ‘vontade’”.<sup>187</sup>

Outro ponto é que “quando se retira a autonomia do julgador, impondo-se a ele apenas a função de descobridor do sentido unívoco da lei, transfere-se ao legislador a responsabilidade pela realização da justiça”. Portanto, se a tarefa do juiz é apenas de descoberta, como se matemática fosse, “a realização dos ideais de justiça é própria do legislador e de ninguém mais”.<sup>188</sup>

Porém, como salienta Ovídio Baptista, os pressupostos são equivocados. Primeiro, porque se “imagina que a lei contenha todo o direito; que, como sustentam correntes do positivismo moderno, a justiça não seja problema do juiz. A justiça seria um problema do legislador: ou o juiz aplica a lei ou será irremediavelmente injusto (Hobbes)”. Segundo, porque, como se parte da “epistemologia do ‘certo’ e do ‘errado’”, dizendo que o juiz deve descobrir a ‘vontade da lei’”, pressupõe-se que “possa haver apenas uma ‘vontade da lei’ a ser revelada na sentença”. Ou seja, por força do dogmatismo, não “é dado admitir que a lei, sendo hermeneuticamente interpretada, possa deixar ao magistrado uma margem de liberdade que lhe permita fazer o Direito progredir, harmonizando-o com as novas realidades sociais e históricas, capazes de revelar, agora, ‘outra vontade’ da lei”.<sup>189</sup>

Nesse conceito de jurisdição o papel do juiz fica restrito à análise do passado, como um historiador, sem a possibilidade de prover o futuro, tarefa esta exclusiva do legislador. Ora, sendo o juiz o “oráculo da lei”, cabe-lhe apenas revelar sua vontade, “tarefa que pressupõe isso que nossa doutrina indica como ‘cognição exauriente’. Somente após esse contraditório amplo, o julgador estaria em condições de ‘verbalizar’ (enquanto *bouche de loi*) a ‘vontade da lei’”.<sup>190</sup> Diante dessa perspectiva racionalista, elimina-se a compreensão hermenêutica do magistrado, retirando “qualquer legitimidade à retórica, enquanto ciência da argumentação forense”.

É por isso que o chamado processo de conhecimento “é o instrumento dessa ideologia” e “é por meio dele que o sistema pretende manter a neutralidade — melhor, a passividade — do juiz durante o curso da causa, para somente depois de haver descoberto a

<sup>187</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 93.

<sup>188</sup> MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. Op. cit., p. 34-35.

<sup>189</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 244.

<sup>190</sup> Ibidem, p. 114.

‘vontade da lei’ (Chiovenda), autorizar-lhe a julgar, produzindo o sonhado juízo de certeza”.<sup>191</sup>

Em razão dessa total submissão à lei, Ovídio Baptista faz uma distinção entre o ato de julgar, que é uma função intelectual, e o ato de decidir, que tem natureza volitiva, o que possibilita a escolha entre mais de uma opção. Isso porque:

Como a exclusiva missão de nossos juízes é descobrir a “vontade da lei”, fica subentendido que eles não têm a mínima possibilidade discricionária de opção entre duas ou mais alternativas que o sistema reconheça como legítimas. Logo, nossos juízes apenas julgam, sem poder decisório. O ponto culminante da crise paradigmática encontra-se aqui. Sem a compreensão hermenêutica que supere o *dogmatismo*, não haverá solução. E isto supõe *discricionarietà*.

É claro que, na prática, todos sabemos que os juízes realmente *decidem*. Todavia, essas autênticas decisões, reveladoras de componente *volitivo* do ato jurisdicional, não devem ser admitidas como uma possibilidade legitimada pelo sistema. A solução é fazer que o juiz simule a construção de um silogismo, para dar a impressão de que seu raciocínio seguira o modelo matemático.<sup>192</sup>

Portanto, a conclusão que se chega diante desse paradigma racionalista é a de que o verdadeiro julgador não é o juiz, mas sim o Código, que contém a vontade da lei. O processo civil revelador de uma verdade insculpida na lei pertence a uma ciência da descoberta, que faz do juiz um matemático da época do Iluminismo.

Essa é a crítica feita ao racionalismo, que não se compatibiliza com a dimensão hermenêutica que se pretende conferir ao direito processual — uma ciência da compreensão —, que exige dos juízes um verdadeiro raciocínio jurídico.

### 2.3.2 Neutralidade judicial camuflada

Essa segunda crítica está absolutamente relacionada àquela referente ao racionalismo do processo e à utopia da certeza. Realmente, como existe um exacerbado normativismo derivado do paradigma racionalista, concebe-se um Estado de Direito em que se promove uma orientação — e interpretação — de bloqueio ao juiz a partir de princípios de estrita legalidade.

Quer-se com isso dizer que o modelo de processo civil adotado é produto de uma pretensão de se “produzir uma ciência de Direito neutra quanto a valores”, visando manter os

<sup>191</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 27.

<sup>192</sup> Ibidem, p. 114-115

juristas “distantes e alienados de seus compromissos sociais”.<sup>193</sup> Como afirma Celso Campilongo, “o sistema de valores inerentes à função judiciária no Estado liberal é marcado pela ideologia de fidelidade à lei”, com uma rígida delimitação da competência do sistema judicial, para reforçar “a imagem doutrinária do juiz técnico, esterilizado politicamente e que faz da adjudicação um silogismo capaz de garantir, dogmaticamente, a certeza do direito”.<sup>194</sup>

Nesse sentido, como elucida o autor, “na geometria da tripartição dos poderes, o juiz submete-se ao império da lei”, mas é compensado pela sua independência perante todos os outros fatores do processo decisório.

O dogma, assim, está na “neutralidade da ciência processual”, que leva às consequências indesejáveis do dogmatismo, como o pensamento acrítico — que não questiona o “porquê” das coisas — e a “formação de um direito processual eminentemente conceitual, que se desliga da realidade social”.<sup>195</sup> Nesses termos, tem-se um direito “investigado como um ‘fato’, despido de qualquer conteúdo axiológico”, o que veda “o acesso hermenêutico ao fenômeno jurídico”,<sup>196</sup> para que o jurista se conserve imune aos valores.

A partir dessa suposta neutralidade matemática judicial, garantida pela remissão expressa à vontade única da lei, o juiz — e conseqüentemente o processo — são utilizados como estratégia de poder de um Estado Neoliberal, que pretende proteger a uma diminuta classe privilegiada. Em outras palavras, o juiz, ao ser omissos e remeter a responsabilidade à lei, toma partido do sujeito mais forte da relação processual.

Portanto, a neutralidade do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do Estado de Direito burguês, pois assinala a importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções para beneficiar a parte já privilegiada pela letra fria da lei.<sup>197</sup>

Essa neutralidade política camuflada, que depois passou a exigir distanciamento ético, desvinculou progressivamente o Direito de suas bases sociais. Disso decorre “a canalização de todas as projeções normativas com pretensão de validade para o endereço político do Legislativo”, crescendo a força e a importância do positivismo jurídico. Tércio Sampaio Ferraz Jr. explicita que:

[...] a neutralização do Judiciário se apoiará na centralização organizada da legislação (só a lei, votada e aprovada pelos representantes do povo, obriga)

<sup>193</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 50.

<sup>194</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 123-124.

<sup>195</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 300.

<sup>196</sup> Ibidem, p. 301.

<sup>197</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 14-15

e reforçará o lugar privilegiado da lei como fonte de direito. Este reforço ocorre não só pela exaltação do princípio da legalidade e a consequente proibição da decisão *contra legem*, mas também pelo ato jurisdicional como um processo de subsunção do fato à norma. Ao sublinhar-se a subsunção como *método* de aplicação do direito, neutraliza-se para o juiz o jogo dos interesses concretos na formação legislativa do direito (se esses interesses serão atendidos ou decepcionados não é problema do juiz, que apenas aplica a lei). Por conseguinte, sua atividade jurisdicional guiada superiormente pela lei e pela constituição não se vincula a nenhum direito sagrado ou natural nem exige um conteúdo ético ainda que teleologicamente fundado. Acima de tudo, o importante é que a lei seja cumprida.<sup>198</sup>

Entretanto, essa neutralidade começa a perder força a partir do final do século XX e começo do século XXI, quando houve uma mudança de perspectiva do cidadão, que passou a depositar a sua confiança — perdida em relação aos outros poderes em vista de diversos escândalos e abuso e desvio de poder —, no Poder Judiciário.

A resposta do Código de Processo Civil para essa confiança depositada no Judiciário foi o aumento dos poderes do juiz, mas sem modificar o restante do sistema, mantendo-o ainda vinculado à estrita legalidade. Diante disso, como alerta Celso Campilongo, o Judiciário tem dificuldades para lidar com essa situação, pois ao temer a “contaminação política do juiz”, procura distinguir o magistrado do político. Mas com isso acaba por menosprezar o peso político inerente à atividade jurisdicional e, por mais que a função do juiz não se confunda com a do político profissional, isso não significa que o papel do magistrado deixe de ser político.<sup>199</sup>

Como relatam Maria Tereza Sadek e Rogério Arantes, a Constituição de 1988 criou um modelo singular de separação de poderes, aumentando a responsabilidade do Poder Judiciário como mediador político entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, bem como no controle constitucional dos atos legislativos e de governo. Houve com essa iniciativa a “jurisdicização da política”, muito embora se tenha continuado a exigir do Judiciário decisões que não fossem “políticas” e sim meramente jurídico-formais. Criou-se uma tensão, uma vez que não há como conciliar a natureza política dos conflitos institucionais que chegam às portas do Judiciário com a necessidade de proferir decisões baseadas e restritas à letra da lei.<sup>200</sup>

Tem-se, pois, que “a simplicidade harmônica do modelo esbarra numa única dificuldade: o mundo real”. De fato, a “avaliação feita pelo magistrado no momento de aplicar a lei não está submetida apenas à observância estrita da letra da norma jurídica. A tarefa do

<sup>198</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit., p. 15.

<sup>199</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 121.

<sup>200</sup> SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. Op. cit., p. 37.

jugador não é meramente técnica. Ao contrário, é social e politicamente determinada”.<sup>201</sup> Assim, “o idealismo dos que crêem ser a legalidade o único parâmetro para as decisões judiciais objetivas e racionais não se sustenta, obviamente, perante os desafios da conjuntura nacional”.<sup>202</sup>

Não se ignora que na prática forense os juízes vão muito além da função que a lei lhes reservou e, assim, criam jurisprudencialmente o Direito. Porém, “tudo o que os juízes fizeram, além da função declaratória, haverá de ser feito mediante a utilização de algum subterfúgio que possa evitar a censura do sistema”.<sup>203</sup>

Como diz Celso Campilongo, no atual Estado de Direito existe (a) uma hipertrofia legislativa, com uma enxurrada de leis para atender uma sociedade crescentemente diferenciada e fragmentária, o que “rompe com a noção de sistema jurídico fechado piramidal” (mudança quantitativa), (b) uma variabilidade de normas, “modificando constantemente a regulação dos mais diversificados aspectos da vida social e tornando a legislação instável” (mudança qualitativa) e, como síntese das duas características anteriores, (c) um “problema de coerência interna do ordenamento”.<sup>204</sup>

Desta forma, “o direito atual rompe com os postulados de harmonia e homogeneidade da ‘era das grandes codificações’”. Isso porque “a ideia de unicidade do sistema jurídico é substituída por uma visão policêntrica, que admite a convivência de infinitos microssistemas normativos dotados de lógicas próprias mas dificilmente ajustáveis à pretensão de coerência do macrossistema”.<sup>205</sup> Assim sendo, Campilongo é incisivo ao dizer que, nessa conjuntura, “encarar o direito como passível de uma interpretação ascética, literal, unívoca, burocrática ou, weberianamente, legal-racional, não passa de um exercício de abstração”. Além disso, os juízes sabem que o ideal da certeza jurídica deduzida do sistema legal é cada vez mais inatingível e que sem estratégias inovadoras de enfrentamento dessas dificuldades “a legitimidade do estado, do direito e do próprio Judiciário ficará comprometida”.<sup>206</sup>

Demais disso, não se pode mais aplicar o pressuposto racionalista de que o processo deve buscar a solução “certa”, típico do pensamento binário. De fato, a “doutrina contemporânea resgatou a importância dos ‘princípios’ como ideais imanentes às normas jurídicas particulares”, e com isso a pressuposição de que os magistrados devem se orientar

---

<sup>201</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 118

<sup>202</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>203</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 97.

<sup>204</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 120

<sup>205</sup> Ibidem, p. 123

<sup>206</sup> Ibidem, p. 120.

por meio de juízos valorativos, segundo escalas de relevância jurídica. A partir disso, “a ideia do ‘justo’ reingressa no raciocínio jurídico, eliminando a epistemologia das matemáticas”.<sup>207</sup>

Diante disso, é preciso fazer com que o processo civil transponha o paradigma dogmático e racionalista a fim de recuperar “o espaço que lhe cabe como ciência do espírito”, encontrando “terreno propício para que o processo desenvolva-se em harmonia com uma sociedade complexa e pluralista, cuja marca fundamental é o individualismo das grandes multidões urbanas”.<sup>208</sup> Como afirma Ovídio Baptista, para se “transformar o conceito de jurisdição, para torná-lo compatível com nossas atuais exigências sociais e políticas, a primeira imposição que nos assalta é a de estarmos dispostos a envolver-nos com as questões políticas, cujo acesso aos juristas esteve sempre vedado”.<sup>209</sup>

Para tanto, é preciso primeiro transformar o indivíduo em verdadeiro cidadão para, em seguida, descentralizar o poder, até que ele chegue ao povo, a fim de permitir-lhe “o exercício autêntico de um regime democrático, de que o Poder Judiciário terá que ser o fiador”. Ora, a jurisdição, num regime verdadeiramente democrático “deve ser o agente ‘pulverizador’ do Poder, o órgão produtor de micropoderes, que possam contrabalançar o sentido centralizador que os outros dois ramos zelosamente praticam”.<sup>210</sup>

Em resumo, a crítica que se faz é que não se pode mais acreditar na pretensa neutralidade axiológica da lei e nem do próprio Poder Judiciário. Para que seja assegurado o papel de instrumento democrático à jurisdição estatal, torna-se imprescindível que se abandone a ideologia liberal da doutrina da separação dos poderes, em que o Legislativo cria a lei e o Judiciário apenas declara a vontade daquele. Não se pode mais conceber, no seio de uma sociedade contemporânea, complexa e plural, uma função judicial asséptica — camufladamente neutra —, em que o juiz, apesar de criar direito, o faz dissimuladamente. Não se pode mais cogitar um sistema que fundamentalmente comungue do dogma da “separação dos poderes” de um modelo iluminista.

Portanto, para que se possa pensar em um Judiciário e em um modelo de processo civil que sirva como estratégia de poder de um Estado Democrático de Direito, é preciso repensar os fundamentos do atual sistema e superá-lo, a fim de se adotar um novo paradigma verdadeiramente democrático.

---

<sup>207</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 252.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 305.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 305.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 316.

### 3 UM NOVO PARADIGMA: O ADVENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO (CONSTITUCIONAL)

Com a crise do modelo social de Estado nos países centrais, agravada pela incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da providência estatal, visto que enfrentava a constante oposição da classe burguesa, e não conseguia mais atender a uma sociedade radicalmente plural, surge, como alternativa, o “Estado Democrático de Direito”, ou melhor, o “Estado Democrático Constitucional”.

Como já elucidado anteriormente, porém, o Brasil, assim como outros países periféricos, teve um marco temporal diferenciado do restante do mundo, diante do fato de ter vivido por longo período sob regime militar (1964 a 1985), passando por uma lenta abertura política que somente se principiou em 1974. Assim, apenas em 05 de outubro de 1988, com o advento da Constituição Federal, é que se impôs ao Brasil sua afirmação como um “Estado Democrático de Direito”.

Realmente, era preciso um novo modelo para enfrentar a crescente mobilização de vários segmentos da sociedade civil que exigiam, dentre outras coisas, participação constante nos debates de interesse público e a implantação de direitos individuais, sociais, coletivos e difusos. Não era mais possível limitar o conceito de povo e sua participação na vida política do Estado. Não havia outra solução a não ser implantar um novo regime de governo, pelo o qual o povo pudesse se manifestar e tivesse voz ativa. Como aponta Celso Campilongo:

Dez anos de estagnação econômica fizeram com que o país — e praticamente toda a América Latina — tivesse os alicerces de sua estrutura social abalados. A classe média proletarizada — e nisso se incluem, também, militares e magistrados — e o proletariado reduzido a crescentes graus de miserabilidade fazem da sociedade brasileira um compreensível arsenal de reivindicações radicalizadas e sem respostas eficazes do aparato estatal.<sup>211</sup>

Nesse contexto, “esse período de ‘transição para democracia’, isto é, passagem de um sistema normativo autoritário para um contexto de regras do jogo mais abertas e transparentes”, é marcado, no Brasil, por uma grande crise de hegemonia política, com ausência de mecanismos de articulação do consenso entre os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. Em razão disso, “a lei transforma-se em instrumento relativamente impotente”.<sup>212</sup>

---

<sup>211</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 120.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 118.

Entretanto, “o enfoque crítico emprestado ao conceito de estado de direito, notadamente o inconformismo com os limites do princípio da legalidade, não significa recusa ou negação da lei”. Almejava-se “um esforço de combinação do conteúdo de estado de direito com o conteúdo social da lei”, o que demandava a “transformação dos instrumentos de mediação dos conflitos tradicionalmente utilizados pelo Poder Judiciário”.<sup>213</sup>

Nas palavras de Campilongo, “o velho modelo legalista, concebido no século passado no bojo de um processo codificador adequado a sociedades mais estáveis e Estados menos interventores, dá seguidas demonstrações de não atender a grande parte das exigências da ordem social justa”. Ou seja, com a mudança de parâmetros de ordem e de justiça, “a legalidade precisa adaptar-se à nova conjuntura”.<sup>214</sup>

Não se questiona que “a observância do estado de direito e o cumprimento da legalidade caracterizam a ordem jurídica democrática”. Contudo, como alerta o autor, no contexto de crise da legalidade que tipifica o momento institucional brasileiro, o tema ganha contemporaneidade e importância. E acrescenta:

Na geometria da tripartição dos poderes, o juiz submete-se ao império da lei. A submissão é compensada pela independência do magistrado perante todos os outros fatores do processo decisório. Isso caracteriza a atuação do Judiciário no estado de direito. A simplicidade harmônica do modelo esbarra numa única dificuldade: o mundo real.

A avaliação feita pelo magistrado no momento de aplicar a lei não está submetido apenas à observância estrita da norma jurídica. A tarefa do julgador não é meramente técnica. Ao contrário, é social e politicamente determinada.<sup>215</sup>

Nesse sentido, no Estado Democrático, inaugurado a partir de um novo modelo constitucional, os “desarranjos sociais, acrescidos do esvaziamento do conceito liberal de legalidade, transformam o Judiciário num foro que vai além da aplicação mecânica da lei”.<sup>216</sup>

Celso Campilongo aduz que “o que está em jogo nos tribunais é também a interpretação a ser dada ao direito”, em que a lei é apenas uma das peças do tabuleiro, impotente para responder a todas as exigências dos jogadores. Essa a razão da necessidade “para os participantes do jogo, de ampliação de suas referências cognitivas”, ou seja, outras peças têm que entrar em cena.<sup>217</sup>

---

<sup>213</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 118.

<sup>214</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>215</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>216</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 120.



Ora, a grande peça que entra em jogo, dando norte a todas as regras deste, é a Constituição. Ela é quem trará a coerência à convivência das diversas leis existentes no sistema. Diante do rompimento “com os postulados de harmonia e homogeneidade da era das ‘grandes codificações’”,<sup>218</sup> somente a Constituição é capaz de garantir a unidade do ordenamento jurídico e seu ajuste à realidade social.

Ademais, atendendo à pretensão de que todos os participantes do jogo realmente dele façam parte, é preciso ressaltar, conforme Hermes Zaneti Júnior, que o Estado Democrático de Direito, para além de consolidar as conquistas liberais (liberdades negativas), as conquistas decorrentes do surgimento da questão social — entendidas como conquistas igualitárias (liberdades positivas) — e as conquistas da solidariedade, direitos difusos e coletivos, reconhece como fundamental a participação do cidadão, “de forma a assegurar a participação dos destinatários do ato final de decisão nos atos intermediários de formação dessa decisão, bem como o direito de questionar a posteriori a decisão tomada na sua esfera de interesses”.<sup>219</sup>

Em suma, esse novo paradigma acrescenta, para além dos já consolidados direitos fundamentais, uma quarta dimensão referente à participação na formulação das decisões políticas, em senso amplo.

### 3.1 Um novo modelo de democracia: democracia participativa

Diante das considerações anteriormente alinhavadas, constata-se que foi imprescindível a ruptura com o antigo modelo, o que envolveu a reestruturação da relação entre a esfera pública e a privada, por meio da retomada da soberania popular. Este resgate garante ao cidadão, de certa forma, ser autor das normas jurídicas, e ao mesmo tempo, com a consolidação dos direitos fundamentais, ser destinatário destas normas. Com isso, o Estado Democrático de Direito realiza a conjunção da autonomia pública e da autonomia privada dos sujeitos de direitos.

Hermes Zaneti Júnior aduz que para um Estado Democrático Participativo de Direito:

[...] é inarredável a percepção de que os modelos normativos de democracia liberal (indivíduo como centro do sistema e garantia da autodeterminação) e de democracia comunitária (comunidade como centro do sistema e garantia do “bem comum”, coletivamente identificado com uma concepção de “bem” fornecida a priori pelo consenso moral) não conseguem dar vazão às

<sup>218</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. cit., p. 123.

<sup>219</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 114-115.

pretensões de um regime democrático pluralista, no qual a Constituição revela-se o eixo narrativo da unidade.<sup>220</sup>

Na atual sociedade resgata-se a ideia rousseauiana do pertencimento do poder ao povo, ou seja, de soberania popular. Retoma-se com isso o antigo conceito de “democracia”, palavra que vem do grego (*demos* = “povo” + *kratos* = “governo”) e quer significar que é o povo quem detém o poder soberano de tomar importantes decisões políticas, seja direta ou indiretamente, por meio de representantes eleitos. O termo “*kratein*” é traduzido como “governar”, mas outras traduções possíveis são poder, dominar, comandar, ou seja, ter força, capacidade e habilidade.

Friedrich Müller, na obra em que discute quem é o povo, aduz que não só o termo “*demos*” deve ser levado mais a sério como problema, como o termo “*kratein*”, além de ser “governar”, deve significar *em grau hierárquico igual*, isto é, “ser efetivamente levado a sério como fator determinante, como o fator decisivo com vistas à legitimação”. Finaliza da seguinte forma: “Quem deve, nesse sentido, ser efetivamente levado a sério como fator determinante? O povo”.<sup>221</sup>

Nesse esteio, Jorge Amaury Nunes ressalta que é quase automática a afirmação de que o titular do poder é o “povo”, mas alerta:

[...] não, porém, o povo como unidade homogênea, mas sim de forma fragmentária, embora não estamentalizada, onde a sociedade, organizada ou inorganizada, encontra múltiplas formas de manifestações e interesses sem que se possa perceber exatamente qual o interesse prevalecente, sendo certo que o prevalecer de ideias não está necessariamente ligado à expressão numérica do fragmento social, mas sim à capacidade de organização, articulação e pressão.<sup>222</sup>

O professor é implacável ao afirmar que é a democracia que estimula uma nova visão de Estado e de Direito, os quais devem, por sua vez, ter uma nova visão de soberania e de exercício do poder, por meio da qual se compreende que essa titularidade de poder pelo povo encontra-se “diluída entre vários detentores de maneira não uniforme, com vários projetos de poder convivendo no mesmo sistema e buscando meios de resolver suas tensões internas em um contexto de definições pouco precisas e pouco estáveis”.<sup>223</sup>

<sup>220</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 266.

<sup>221</sup> MÜLLER, Friedrich. Op. cit., p. 89.

<sup>222</sup> NUNES, Jorge Amaury Maia. Op. cit., p. 31.

<sup>223</sup> Ibidem, p. 34.

Interessante notar que, como afirma Norberto Bobbio, a democracia, como forma de governo, é bastante antiga, vinda do pensamento político grego e definida como “governo dos muitos, dos mais, da maioria, ou dos pobres”,<sup>224</sup> em contraposição ao governo de poucos. Leciona que:

Seja o que for que se diga, a verdade é que, não obstante o transcorrer dos séculos e todas as discussões que se travaram em torno da diversidade da democracia dos antigos com respeito à democracia dos modernos, o significado descritivo geral do termo não se alterou, embora se ressalte conforme os tempos e as doutrinas, o seu significado valorativo, segundo o qual o governo do povo pode ser preferível ao governo de um ou de poucos e vice-versa.<sup>225</sup>

Nada se alterou com relação à titularidade do poder, que sempre foi do *povo*, “mas o modo (mais ou menos amplo) de exercer esse direito”.<sup>226</sup>

Corroborando essa assertiva, José Afonso Da Silva é categórico ao explicar que “democracia é um conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem”. Dessa forma, na medida em que há evolução social, seu conteúdo se enriquece. Assim, “democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”.<sup>227</sup>

O constitucionalista, citando Lincoln, afirma que a *democracia*, como regime político, é *governo do povo, pelo povo e para o povo*. É, pois, em razão da historicidade do conceito, um processo de convivência social “em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo, e em proveito do povo”. Em suma, “além de ser uma relação de poder político, é também um modo de vida, em que, no relacionamento interpessoal, há de verificar-se o respeito e a tolerância entre os conviventes”.<sup>228</sup>

Na esteira dessa doutrina, “a democracia não precisa de *pressupostos* especiais. Basta a existência de uma sociedade. Se seu poder emana do povo, é democracia; se não, não o é”.<sup>229</sup>

---

<sup>224</sup> BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000, p 31.

<sup>225</sup> Ibidem, p 31.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>227</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 125-126.

<sup>228</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>229</sup> Ibidem, p. 128.

Seus princípios fundamentais são “o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder”; e o da “participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular”, sendo que nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário: o da representação.<sup>230</sup>

Ademais, as *técnicas* que se utiliza para concretizar seus princípios evoluem com o tempo, “predominando, no momento, as técnicas eleitorais com suas instituições e o sistema de partidos políticos, como instrumentos de expressão e coordenação da vontade popular”.<sup>231</sup>

A democracia, portanto, tem como *valores fundantes a igualdade substancial e a liberdade*. Nas palavras de Cláudio Pereira de Souza Neto, “a liberdade dos cidadãos é uma condição fundamental para o efetivo exercício da soberania popular porque, sem liberdade, não é possível uma esfera pública autônoma”, pois “a racionalização e a legitimação das decisões políticas dependem da troca livre e igualitária de argumentos e contra-argumentos”.<sup>232</sup>

Tem-se, pois, que uma democracia decorrente efetivamente da soberania popular não se satisfaz mais tão somente com a democracia representativa. Não se propõe, porém, uma democracia direta plena, que “seria impossível materialmente nas sociedades complexas”. Como afirma Hermes Zaneti Júnior, “além de insensata, a democracia do ‘todos decidem sobre tudo’ seria uma forma totalitária de politizar tudo, obrigando o homem a viver da manhã até a noite sua tarefa política de cidadão, não deixando espaço para o simplesmente humano e o privado das relações sociais e da intimidade”.<sup>233</sup>

Paulo Bonavides afirma que o avanço a uma democracia direta, de acordo com os temperamentos exigidos em nossa época, realiza-se por meio de uma “democracia participativa”, que possui uma feição aberta para a participação do povo soberano em todas as questões vitais da ação governativa.<sup>234</sup>

<sup>230</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 131.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>232</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A reconstrução democrática do Direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 53-54. O autor também aponta a igualdade em suas diversas dimensões, como (i) a igualdade “político-formal”, ou seja, igualdade de “possibilidades” de participação política (igualdade de acesso); (ii) a igualdade “material”, que pressupõe a distribuição justa dos recursos sociais, para que as decisões resultem da vontade popular (dimensão econômica); (iii) igualdade “de capacidades”, para que os cidadãos exerçam “real influência” na participação coletiva, o que demanda “capacidade para uso pleno e efetivo das oportunidades políticas e liberdades na deliberação”; (iv) igualdade “de possibilidades de manifestação de diferenças” (dimensão cultural), que exige o reconhecimento das diferenças e pressupõe o pluralismo, com “tratamento igualitário, no sentido de atribuição de um igual respeito às identidades tradicionalmente discriminadas” (Ibidem, p. 58-63).

<sup>233</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 132.

<sup>234</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria...** Op. cit., p. 345.

Nessa toada, imperioso ressaltar que, para o autor, está-se a falar do “verdadeiro conceito de povo no que toca à esfera abstrata das justificações de seu poder”. Aduz que:

O povo é posto aí no interior e na cabeça da Constituição como instância concreta e material das supremas decisões coletivas da Nação, isto é, como ente político organizado e autodeterminativo que deixou de ter morada em regiões abstratas e metafísicas de puro simbolismo.

Constituição, povo e soberania, desse modo, exprimem a qualidade do poder superlativo em termos contemporâneos de legitimidade.

O povo é a Constituição, a Constituição é o povo; os dois com o acréscimo da soberania compõem a santíssima trindade política do poder.

Mas não de qualquer poder, senão daquele que traz a inviolabilidade, a grandeza ética, a fundamentalidade da democracia participativa.<sup>235</sup>

Assim, vislumbra-se a consolidação de uma democracia integral, que possibilite ampla participação do “povo”, titular do poder, nos procedimentos decisórios do Estado. Para tanto, “as sociedades complexas em que são muitos os polos de difusão do poder (família, mercado, Estado etc.) devem assegurar o dissenso e a possibilidade de um discurso jurídico válido, mesmo contra as maiorias aparentes”, cuja “necessidade está aliada à unidade da Constituição e à ‘pretensão de correção’ que lhe confere sentido”.<sup>236</sup>

Quando se fala em participação do povo nas questões de governo, pensa-se tanto nas decisões de política pública, por meio de iniciativas de projetos de lei, manifestações em audiências públicas, plebiscitos e outros mecanismos de debate público, quanto nas decisões judiciais do caso concreto, por meio de um processo civil democrático, em que existe um contraditório efetivo, como se pretende demonstrar nos próximos tópicos.

Somente com o dissenso e a distribuição do poder é que se poderá obter uma abertura da sociedade civil, que, finalmente, alarga-se e passa a integrar a democracia política.<sup>237</sup> Alcança-se, desta feita, um modelo de democracia participativa, que se identifica com uma potencial atuação dos sujeitos e grupos sociais.<sup>238</sup>

Isso porque, segundo Cândido Rangel Dinamarco, a capacidade de influenciar na tomada de decisões dos centros de poder significa praticar democracia, de modo que quaisquer formas de influência nesse sentido são tidas como participativa.<sup>239</sup> Ou seja, a democracia não se restringe a votar e ser votado, mas avança para a caracterização de um direito fundamental de participação do cidadão.

<sup>235</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria...* Op. cit., p. 304.

<sup>236</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 135.

<sup>237</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>238</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>239</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 201.

Entretanto, como elucida Paulo Bonavides, “para alcançar e instituir o novo modelo da democracia participativa faz-se mister, em sede teórica, repolitizar a legitimidade e, no campo positivo e objetivo, repolitizar também a legalidade”.<sup>240</sup>

Desta forma, o controle democrático-participativo deixa de primar somente pela ideologia positivista da juridicidade da lei, que almejava uma postura neutra, sem conexão com a axiologia do sistema. Este controle revela que a legitimidade não se retira da legalidade, mas de outra instância de poder, qual seja, o povo constitucional e soberano.<sup>241</sup> Tem-se com isso uma **repolitização da legitimidade**.

Salta aos olhos, pois, a relevância que adquire a Constituição nesse modelo de democracia, uma vez que, como lei das leis, “é também a essência mesma da soberania como conceito jurídico”.<sup>242</sup> E, como mencionado acima, como o povo está imerso na Constituição, esta é soberana, porém enquanto:

expressão substantiva e legítima de ordem e poder, a saber, direito supremo que regula a vida polis e da Sociedade, enquanto determinação de princípio e valor, por onde se limitam atos de governo e formas de exercício de cidadania nas sociedades organizadas debaixo da égide do Direito.<sup>243</sup>

Como diz Paulo Bonavides:

Em verdade, Constituição, Estado e Direito em sociedades abertas e pluralistas são, por um certo prisma, conceitos extremos, os quais na raiz da democracia fazem a conservação, a justificação e a plenitude da autoridade, da segurança e do comportamento. Há neles a representação de uma forma de identidade. Há, sobretudo, um sistema de princípios e regras, uma ordem condensada de valores, um símbolo, um feixe de poderes legítimos que fluem das bases do Contrato Social.<sup>244</sup>

Entretanto, a Constituição, que abriga normas visualizadas pelos seus conteúdos e valores, não possui mais como fim uma segurança formal, “senão também a justiça substantiva, a justiça material, a justiça que se distribui na sociedade, a justiça em sua dimensão igualitária; portanto, a justiça incorporadora de todas as gerações de direitos

---

<sup>240</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria...** Op. cit., p. 346.

<sup>241</sup> Ibidem, p. 347.

<sup>242</sup> Ibidem, p. 343.

<sup>243</sup> Ibidem, p. 343-344.

<sup>244</sup> Ibidem, p. 343-344.

fundamentais”,<sup>245</sup> dentre os quais os de quarta geração, isto é, direito à democracia, à participação. Em suma, como bem leciona o autor:

Soberana é a Constituição, por garantir o Estado de Direito, a independência do juiz, a autoridade da lei, a execução das sentenças judiciais, a observância e proteção dos direitos humanos, o primado da norma de direito internacional, o livre e democrático funcionamento dos sistemas judiciais, a governança popular e representativa, a supremacia normativa dos princípios.<sup>246</sup>

Ao se teorizar acerca de democracia participativa exequível, portanto, não se pode desfazer de um conceito-chave para concretizá-la, que é o conceito de *soberania*, que já foi trabalhado anteriormente. Como visto, “a soberania constitucional é a verdadeira soberania do Estado — noutras palavras é a soberania do povo havida por pedra angular da democracia de participação”. Portanto, “assim concebida, em identidade com o povo, a soberania é qualidade do poder, conforme já entendia Jellinek; qualidade do supremo poder popular”.<sup>247</sup>

No campo positivo e objetivo da teoria da democracia participativa, trabalha-se com a ideia de **repolitização da legalidade**, em vista da necessidade de sua releitura nos termos da Constituição, a partir da recém-adquirida prevalência do princípio da constitucionalidade sobre o princípio da legalidade.

Nesse esteio, imperioso identificar os fundamentos dessa democracia participativa que possibilitará a efetividade dos direitos fundamentais constitucionais, cujo germe vem parcialmente expresso no parágrafo único do primeiro artigo da Magna Carta, pelo qual “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Paulo Bonavides, estudioso incansável e proponente desse novo modelo de democracia, afirma que:

A construção teórica da democracia participativa no âmbito jurídico-constitucional demanda o concurso de elementos tópicos, axiológicos, concretistas, estruturantes, indutivos e jusdistributivistas, os quais confluem todos para inserir num círculo pragmático-racionalista o princípio da unidade material da Constituição, o qual impetra, de necessidade, para sua prevalência e supremacia, uma hermenêutica da Constituição ou *Nova Hermenêutica Constitucional*, conforme tantas vezes, em inumeráveis espaços textuais, neste e noutros escritos, já referimos, debaixo dessa mesma

---

<sup>245</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria...** Op. cit., p. 28.

<sup>246</sup> Ibidem, p. 343.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 42-43.

denominação, tendo por desígnio metodológico e nomenclatural distingui-la da hermenêutica antiga e clássica.<sup>248</sup>

Assim, para a teorização da democracia participativa necessita-se de uma nova hermenêutica constitucional, cujas premissas metodológicas devem ser fundadas em valores e princípios, e de uma nova doutrina e ciência acerca da norma jurídica.<sup>249</sup> Nesse passo, vale dizer que como “os princípios iluminam e dão vida às normas e cláusulas flexíveis da Constituição”, tem-se que “a teoria principiológica forma a base da teoria constitucional da democracia participativa”.<sup>250</sup>

De fato, diante da estrutura aberta composta por princípios, regras e valores, a hermenêutica clássica — dedutivista, jusprivatista e operada por positivistas confessos — ou ignorava ou rejeitava a materialidade normativa da Constituição, o que não é mais aceitável nesse modelo de democracia.

A **nova hermenêutica constitucional**, que será mais bem explorada adiante, para Paulo Bonavides é baseada nos ensinamentos de Friedrich Müller, para quem a norma deve ser transformada no substantivo da concretude, isto é, parte-se do texto, passa-se pela realidade para somente depois formular a regra e completar “o circuito concretizante ao aplicá-la”.<sup>251</sup>

Isso porque, ao contrário do que acreditavam os positivistas do formalismo jurídico, os enunciados do texto “ainda não contém a norma, mas o círculo limitativo do sentido no qual ela deve conter-se, e do qual o aplicador ou intérprete há de partir para construí-la e aplicá-la, e, depois, dar-lhe o mergulho ou a inserção na realidade fática”.<sup>252</sup> Nessa trilha, aduz o constitucionalista que:

[...] a par da verticalidade legislativa do sistema, poder-se-á também com a democracia participativa traçar um círculo normativo de legitimidade, cujo percurso o intérprete faz, tendo por ponto de partida a obra constituinte, passando deste à do legislador quando faz a lei ou reforma a Constituição, até chegar, finalmente, ao juiz que estatui a regra do caso concreto, coroando dessa maneira a concretude jurídica do sistema sob a égide dos princípios e dos valores do ordenamento.

O juiz da democracia participativa não será, como no passado, ao alvorecer da legalidade representativa, o juiz “boca da lei”, da imagem de

<sup>248</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria...** Op. cit., p. 42.

<sup>249</sup> Ibidem, p. 206.

<sup>250</sup> Ibidem, p. 352.

<sup>251</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>252</sup> Ibidem, p. 39.



Montesquieu, mas o magistrado “boca da Constituição” e do contrato social, aquele que figuraria decerto a imagem de Rousseau redivivo.<sup>253</sup>

Diante disso, as três chaves teóricas capazes de conduzir a uma democracia participativa são (i) a **repolitização da legitimidade** por meio da soberania constitucional/popular, (ii) a **repolitização da legalidade**, uma vez que a lei cede lugar em importância à Constituição e (iii) uma **nova hermenêutica constitucional**. Demais disso, para além dessas condições, é possível acrescentar, como complemento e quarta condição teórica de exequibilidade do modelo de democracia participativa, a **teoria discursiva** de Jürgen Habermas.

Realmente, para efetivação da garantia dos direitos fundamentais, em vista da evolução do Estado e em nome de uma exigência idealizante de democracia, foi necessário materializá-los formalmente em um “texto escrito”, que contasse com a participação e o controle por parte de todos os beneficiados/afetados pelas medidas adotadas. Habermas, porém, não acredita no modelo tradicional de democracia e aposta em uma teoria discursiva que funda “a legitimidade do direito moderno numa compreensão discursiva da Democracia”. Na explicação de Menelick de Carvalho e Guilherme Scotti:

Como demonstrado pela própria história institucional da modernidade, o direito positivo, coercitivo, que se faz conhecer e impor pelo aspecto da *legalidade* precisa, para ser *legítimo*, ter sua gênese vinculada a procedimentos democráticos de formação de opinião e da vontade que recebam influxos comunicativos gerados numa esfera pública política e onde um sistema representativo não exclua a potencial participação de cada cidadão [...]. A essa relação entre positividade e legitimidade Habermas denomina tensão interna entre facticidade e validade, pois presente no interior do próprio sistema do Direito.<sup>254</sup>

Como em uma democracia participativa deve existir espaço para a participação dos cidadãos, não se pode ignorar que certamente haverá conflitos de valores decorrentes das interações sociais. Nesse caso, surge a questão de como agir diante do dissenso, quer dizer, como se deve neutralizar normativamente pela positividade a garantia da coexistência em igualdade de direitos com o asseguramento da legitimação mediante procedimentos, ou seja, como lidar com a tensão entre facticidade e validade em um ambiente de interação social. Habermas aponta que é preciso buscar uma regulamentação neutra:

<sup>253</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria...** Op. cit., p. 22.

<sup>254</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 111.

[...] uma regulamentação capaz de encontrar, no plano mais abstrato da coexistência de diversas comunidades eticamente integradas, o reconhecimento racionalmente motivado de todas as partes envolvidas no conflito e que convivem em igualdade de direitos. Para essa mudança do plano de abstração é necessária uma mudança de perspectiva. Os envolvidos precisam deixar de lado a pergunta sobre que regulamentação é “melhor para nós” a partir da respectiva visão que consideram “nossa”; em vez disso, precisam checar, sob o ponto de vista moral, que regulamentação “é igualmente boa para todos” em vista da reivindicação prioritária da coexistência sob igualdade de direitos.<sup>255</sup>

Todavia, apesar de não ser possível uma solução moral passível de consenso para essa circunstância — pois os participantes desse debate possuem liberdade de expressão da vontade, o que, em assuntos da prática cotidiana, pode levar a um dissenso permanente —, é preciso que se decida.

Assim, considerando que é necessária a existência de uma decisão, seja política ou jurídica, para regular a sociedade, e esta deve ser legítima, inclusive em razão de a “qualidade específica do direito poder coagir”, torna-se necessário firmar um “proceder” do “processo democrático”, que inaugura a concepção de uma racionalidade procedimental do Direito, como força legitimadora das decisões.

A democracia, para Habermas, tem uma função epistêmica por manter a expectativa de que a legitimidade do Direito emerge do procedimento democrático que pressupõe a aceitabilidade racional dos resultados produzidos diante do princípio do discurso de que “apenas são válidas as normas nas quais todas as pessoas possivelmente afetadas possam concordar como participantes de um discurso racional”.<sup>256</sup> O autor elucida que:

O discurso racional é supostamente público e inclusivo, para garantir iguais direitos comunicativos aos participantes, para exigir sinceridade e para dismantelar todo tipo de força salvo a débil força do melhor argumento. Esta estrutura comunicativa supostamente deve criar um espaço deliberativo para a mobilização das melhores contribuições disponíveis para os tópicos mais relevantes.<sup>257</sup>

Por conseguinte, a teoria discursiva de Habermas contribui para a afirmação de um novo modelo de democracia — a democracia participativa — pois, ao criar um novo

<sup>255</sup> HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 311.

<sup>256</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidade e validade: reflexões de um autor. **Denver University Law Review**, v. 76, n. 4, 1999, p. 940.

<sup>257</sup> *Ibidem*, p. 940.

paradigma de racionalidade (procedimental) e fundar a legitimidade do Direito moderno numa compreensão discursiva da democracia, exige que a legitimidade do Direito esteja vinculada à existência de um espaço em que as pessoas democraticamente se comunicam e se consideram reciprocamente em um discurso racional, a fim de fundamentar a aceitação do resultado do processo (no caso, uma norma).

### 3.2 A consolidação do constitucionalismo contemporâneo

Diante dessa nova realidade, que no caso do ordenamento jurídico brasileiro foi trazida pelas inovações da Constituição Federal de 1988, para além da ruptura de um modelo, conclui-se que o constitucionalismo não poderia deixar de se adequar a essas transformações sofridas pela própria Constituição.

Com efeito, a Constituição de 1988 encampou o constitucionalismo pós-guerra — em especial da Alemanha e da Itália —, que possuía como objetivo um projeto de redemocratização. Além disso, reconheceu a força normativa da Constituição e sua posição central como fonte irradiadora de normatividade para todo o sistema jurídico e teve como grande marco a incorporação de princípios, mais abertos que as regras, no texto constitucional, o que alterou os padrões de interpretação, reaproximando Direito e Moral.

Essas modificações trouxeram uma nova concepção de constitucionalismo, que pode ser denominada de “constitucionalismo contemporâneo”.<sup>258</sup> Apesar de diversos doutrinadores falarem em “neoconstitucionalismo”, Daniel Sarmento deixa claro que se trata de uma palavra que não encontra consenso entre os estudiosos do tema.<sup>259</sup> Isso demonstra a dificuldade de se adotar o “neoconstitucionalismo” como uma teoria única e coesa, de maneira que se prefere utilizar a locução “constitucionalismo contemporâneo”.

Importante, pois, trazer breves noções sobre essa doutrina, a fim de se compreender o terreno fértil em que se operaram transformações de monta no Direito como um todo, com reflexos até na jurisdição e no processo.

---

<sup>258</sup> É notório que existe uma grande polêmica no uso de prefixos para se falar em uma nova versão de uma antiga teoria. Iniciar uma exposição de ideias com termos como “pós-positivismo” e “neoconstitucionalismo”, de antemão, já causa certo desconforto no auditório e, sem dúvidas, conquista a antipatia de, pelo menos, parte dele. Assim, fazendo uso da retórica nos moldes aristotélicos, optou-se por uma expressão descritiva, e quase autoexplicativa, para se falar da atual fase em que se encontra o Direito Constitucional.

<sup>259</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2013. Aduz, ainda, que houve uma cisão entre os adeptos dessa teoria em duas vertentes bastante distantes entre si: dos positivistas, encabeçados por Luigi Ferrajoli e Luiz Prieto Sanchís, e dos não positivistas, onde se destaca Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Apesar da postura crítica assumida por Humberto Ávila no que diz respeito ao “neoconstitucionalismo”, o autor consegue traçar um roteiro lógico das mudanças propostas por essa doutrina constitucional, uma vez que elas manteriam “uma relação de causa e efeito, ou de meio e fim, umas com relação às outras”. Afirma que:

[...] as Constituições do pós-guerra, de que é exemplo a Constituição Brasileira de 1988, teriam previsto mais princípios do que regras; o modo de aplicação dos princípios seria a ponderação, em vez da subsunção; a ponderação exigiria uma análise mais individual e concreta do que geral e abstrata; a atividade de ponderação e o exame individual e concreto demandariam uma participação maior do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo; o ativismo do Poder Judiciário e a importância dos princípios radicados na Constituição levariam a uma aplicação centrada na Constituição em vez de baseada na legislação. [...] Em suma, a mudança da espécie normativa implicaria a modificação do método de aplicação; a transformação do método de aplicação causaria a alteração da dimensão prevalente de justiça; e a variação da dimensão de justiça produziria a alteração da atuação dos Poderes. Ou, de modo ainda mais direto: a norma traria o método; o método, a justiça; a justiça, o Poder.<sup>260</sup>

De fato, como bem coloca Paulo Bonavides, a grande metamorfose do constitucionalismo do século XX se deu com “a passagem de um constitucionalismo formal, de textos, a um constitucionalismo material, de realidade, ou o transcurso de um constitucionalismo sem hermenêutica para o constitucionalismo interpretativo e normativo”,<sup>261</sup> passando de um constitucionalismo positivo para um constitucionalismo programático. Tal a importância da já citada nova hermenêutica constitucional. Esclarece que:

A metodologia interpretativa de subsunção imperava incontestemente na decifração dos problemas jurídicos; a vertente aristotélica do silogismo tudo interpretava e tudo resolvia em matéria hermenêutica, e o fazia a contento, enquanto imperavam tranquilos e estáveis os direitos de primeira geração — direitos civis e políticos. Mas tudo mudou, e mudou para sempre, quando advieram os direitos fundamentais da segunda, da terceira e da quarta gerações e a reflexão constitucional passou, numa hora feliz, de compatibilização teórica, para o outro polo — o da vertente tópica, também aristotélica, formando os juristas de uma nova escola de pensadores e hermeneutas.<sup>262</sup>

Inicialmente, importante observar que o marco filosófico dessas transformações é a nítida busca pela superação do positivismo kelseniano, o qual prega a mera subsunção do fato

<sup>260</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 188.

<sup>261</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria...** Op. cit., p. 220.

<sup>262</sup> *Ibidem*, p. 221.

à norma e a discricionariedade para os casos de indeterminação. Trata-se da consolidação do “pós-positivismo”. Interessante, porém, destacar a posição trazida por Antonio Cavalcanti Maia, que baseia seu raciocínio na doutrina de Calsamiglia:

[...] falar em pós-positivismo não significa adotar uma posição radicalmente anti-positivista, mas sim propugnar por uma superação desta *démarche* teórica na busca de uma compreensão mais “afinada” da vida jurídica contemporânea. Ora, por um lado, não podemos nos recusar a reconhecer as incontornáveis contribuições dadas pelos juristas filiados ao positivismo jurídico à inteligência da estrutura da norma jurídica, bem como sua preocupação com a clareza, a certeza e a objetividade no estudo do direito, tudo isso referenciado à preocupação central dos estados de direito contemporâneos com a segurança jurídica. Por outro lado, advogar um enfoque pós-positivista não significa defender — como é, por vezes, salientado por autores críticos a esse posicionamento — um retorno a posições jusnaturalistas devedoras de concepções metafísicas incompatíveis com o atual estágio de compreensão científica.<sup>263</sup>

Segundo Luis Roberto Barroso, “em certo sentido, apresenta-se como uma *terceira via* entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política”.<sup>264</sup>

Essa terceira via estaria fundamentada na relação das intuições morais que se encontram “formuladas nos princípios fundamentais que dão base às instituições concretamente vigentes no mundo ocidental”.<sup>265</sup>

### 3.2.1 Reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos

A partir do constitucionalismo contemporâneo adquiriu-se a consciência da impossibilidade de completude do sistema legal de forma prévia pelo legislador, optando-se pela inclusão de princípios jurídicos nos textos constitucionais, de alto grau de abertura e indeterminação.

Isso não quer dizer que deixa de ser importante a regra para o ordenamento jurídico. No entendimento de Humberto Ávila, tanto regras quanto princípios são normas de primeiro grau, mas possuem dimensões distintas. O autor propõe uma dissociação heurística entre essas

<sup>263</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 123.

<sup>264</sup> BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos... Op. cit., p. 59.

<sup>265</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. Op. cit., p. 126.

categorias de normas, que são, como se verá, “construídas pelo intérprete a partir de dispositivos e do seu significado usual”, admitindo-se, pois, “a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo”, que pode “experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)”.<sup>266</sup>

Aduz que:

Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Por isso a distinção entre princípios e regras deixa de se constituir em uma distinção quer com valor empírico, sustentado pelo próprio objeto da interpretação, quer com valor conclusivo, não permitindo antecipar por completo a significação normativa e seu modo de obtenção. Em vez disso, ela se transforma numa distinção que privilegia o valor heurístico, na medida em que funciona como *modelo* ou *hipótese provisória* de trabalho para uma posterior reconstrução de conteúdos normativos, sem, no entanto, assegurar qualquer procedimento estritamente dedutivo de fundamentação ou de decisão a respeito desses conteúdos.<sup>267</sup>

No entanto, segundo esse autor, é possível extrair um conceito dessas normas da seguinte forma:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>268</sup>

Em suma, os princípios, que ganham força normativa no constitucionalismo contemporâneo, são conceituados como aquela espécie de norma “imediatamente finalística”, ou seja, que estabelece “um fim a ser atingido”, no sentido de fixar um conteúdo desejado, sem que este represente um ponto final qualquer. Como leciona Humberto Ávila, “a instituição do fim é ponto de partida para a procura por meios” e “os meios podem ser

<sup>266</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68-69.

<sup>267</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>268</sup> Ibidem, p. 78-79.

definidos como condições (objetos, situações) que causam a promoção gradual do conteúdo do fim”.<sup>269</sup>

Desta forma, para realização dos fins almejados pela norma, conclui-se que “a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência”. Até pode haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, em razão da indeterminação dos princípios, “mas não há quanto à sua *espécie*: o que for necessário para promover o fim é devido”.<sup>270</sup>

Em suma, “os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais”, mas “implicam comportamento, ainda que por via indireta e regressiva”. Embora relacionados a valores, pois “o estabelecimento de fins implica qualificação positiva de um estado de coisas que se quer promover”, com eles não se confundem.<sup>271</sup>

Enquanto os valores são situados no plano axiológico “e, por isso, apenas atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento”, os princípios são situados no plano deontológico e, portanto, “estabelecem a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas”.<sup>272</sup>

### 3.2.2 Reaproximação entre o Direito e a Moral

No âmbito do constitucionalismo contemporâneo e, conseqüentemente, com o reconhecimento da “força normativa de princípios revestidos de elevada carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito e solidariedade social”, abrem-se “as portas do Direito para o debate moral” em uma sociedade pluralista.

Não se pretende nesse trabalho ingressar na seara da Moral, mas apenas consignar que uma das características do movimento do novo constitucionalismo foi sua reaproximação com o Direito.

Não se refere, pois, nesse item a uma moral kantiana ou hegeliana,<sup>273</sup> as quais não são objeto desse estudo, mas a uma moral pública. Isso porque o que interessa na aludida

<sup>269</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria...** Op. cit., p. 79.

<sup>270</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>271</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>272</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>273</sup> Em breves palavras, não se propõe aqui a moral kantiana de índole formalista, que se baseava em leis universais formuladas *a priori* e guiadas pela razão humana, o que significa que a moral não levaria em conta os atos praticados, com seus fins ou conseqüências. A moralidade hegeliana indaga os propósitos e intenções que

reaproximação entre a Moral e o Direito é a noção de Ronald Dworkin acerca da leitura moral da Constituição, pela qual se pretende legitimar a decisão judicial a partir da devida consideração de princípios legais, morais e políticos.

Essa leitura moral exige que o juiz não se afaste de uma moral objetiva e pública, decorrente da opinião geral acerca do caráter do poder que a Constituição lhes confere. A moralidade utilizada para essa leitura constitucional, por meio da interpretação judicial, seria aquela dinâmica — diferente da moralidade estática da versão jusnaturalista —, que possibilita ao magistrado promover a evolução e reconstrução do ordenamento vigente, ao preencher o conteúdo dos princípios a partir de uma leitura baseada em uma moral social cambiante ao longo do tempo.

A partir dessas considerações, Daniel Sarmiento coloca-se de acordo com a vertente não positivista dos adeptos da teoria, pela qual se entende que Moral e Direito têm uma conexão necessária e, na linha proposta por Gustav Radbruch, “as normas terrivelmente injustas não têm validade jurídica, independentemente do que digam as fontes autorizadas do ordenamento”.<sup>274</sup>

Nesse aspecto, a vigência dos princípios morais, para os não-positivistas, decorre “de exigências da própria Moral, acessíveis à razão humana”, sendo que “os valores morais incluídos nas constituições são jurídicos e devem produzir efeitos no mundo concreto”.<sup>275</sup>

Como denota Antonio Cavalcanti Maia, o positivismo jurídico encontrou dificuldades para apreender a nova realidade do Direito Constitucional contemporâneo, seja por insistir na ideia de subsunção para a aplicação do Direito — “incapaz de dar conta da especificidade da aplicação dos princípios, em especial nos frequentes casos de colisão” —, seja por persistir na “percepção do fenômeno jurídico reducionista”, por não ter desenvolvido “um aparato teórico capaz de apreender racionalmente os incontornáveis elementos políticos e morais presentes nas razões dadas aos casos difíceis”.<sup>276</sup>

Diante dessas considerações, tem-se que o constitucionalismo contemporâneo, por meio do fomento à argumentação jurídica, abre um significativo espaço para a Moral e “atenua a distinção da teoria jurídica clássica entre a descrição do Direito como ele é, e a prescrição sobre como ele deveria ser”.<sup>277</sup> Daniel Sarmiento explicita que:

---

movem o sujeito agente (a “autodeterminação da vontade”), sendo que sua preocupação é com os desdobramentos, circunstâncias e consequências do agir (critica, pois, o formalismo kantiano).

<sup>274</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit.

<sup>275</sup> Ibidem.

<sup>276</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. Op. cit., p. 145.

<sup>277</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit.



Os juízos descritivo e prescritivo de alguma maneira se sobrepõem, pela influência dos princípios e valores constitucionais impregnados de forte conteúdo moral, que conferem poder ao intérprete para buscar, em cada caso difícil, a solução mais justa, no próprio marco da ordem jurídica. Em outras palavras, as fronteiras entre Direito e Moral não são abolidas, e a diferenciação entre eles, essencial nas sociedades complexas, permanece em vigor, mas as fronteiras entre os dois domínios tornam-se muito mais porosas, na medida em que o próprio ordenamento incorpora, no seu patamar mais elevado, princípios de justiça, e a cultura jurídica começa a “levá-los a sério”.<sup>278</sup>

A relevância, pois, deixa de estar na completude do sistema legal e passa para a “dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito nas sociedades democráticas contemporâneas e a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela hermenêutica jurídica”.<sup>279</sup>

### **3.2.3 Rejeição ao puro formalismo e introdução de métodos mais abertos de raciocínio jurídico: nova hermenêutica constitucional**

Como já explorado em momento anterior, começa a ganhar força a ideia de uma nova hermenêutica constitucional, na qual o intérprete ganha espaço na aplicação das regras e princípios do sistema, o que é estimulado pelo constitucionalismo contemporâneo.

Não se tem mais a visão simplificada da hermenêutica clássica, que se satisfazia com a metodologia interpretativa de subsunção e mero silogismo. Essa nova hermenêutica busca a real interpretação do sentido da norma e levou a cabo a revolução do constitucionalismo contemporâneo. Segundo Paulo Bonavides:

[...] tudo mudou, e mudou para sempre, quando advieram os direitos fundamentais da segunda, da terceira e da quarta gerações e a reflexão constitucional passou, numa hora feliz, de compatibilização teórica, para o outro polo — o da vertente tópica, também aristotélica, formando juristas de uma nova escola de pensadores e hermeneutas. Suas postulações fizeram o princípio deslocar a regra, a legitimidade a legalidade, a Constituição a lei, e assim logrou estabelecer o primado da dignidade da pessoa humana como esteio da legitimação e alicerce de todas as ordens jurídicas fundadas no argumento da igualdade, no valor da justiça e nas premissas da liberdade, que concretizam o verdadeiro Estado de Direito.<sup>280</sup>

<sup>278</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit..

<sup>279</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. Op. cit., p. 124.

<sup>280</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria...* Op. cit., p. 221.

Na esteira das lições de Humberto Ávila sobre interpretação, tem-se que as “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos”,<sup>281</sup> o que leva à desvinculação entre o texto e seus sentidos e à conclusão de que a “Ciência do Direito não pode ser considerada como mera descrição do significado”.<sup>282</sup>

Desta forma, “a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto”. Com isso, a atividade do intérprete “consiste em constituir esses significados”, e não “meramente descrever o significado previamente existente dos dispositivos”.<sup>283</sup> Assim, “pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”.<sup>284</sup>

Diante disso, “interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir”,<sup>285</sup> seja porque parte dos textos normativos, que já “oferecem limites à construção de sentidos”, seja porque “manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentido*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual”.<sup>286</sup> O autor conclui:

Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização dos fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de *reconstrução*: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.<sup>287</sup>

---

<sup>281</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria...** Op. cit., p. 30.

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>283</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>284</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>285</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>286</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>287</sup> *Ibidem*, p. 34-35.

Essa atividade de interpretar está longe de ser simples, tanto que foi cunhada a palavra “hermenêutica”, de origem grega, que significa declarar, anunciar, traduzir, interpretar alguma coisa, que passa a ser tomada compreensível. Segundo Michael Moore esse termo teria se originado a partir do discernimento “que existe algo especialmente interpretativo a respeito de disciplinas como a teologia, a crítica literária, o Direito e a psicanálise”.<sup>288</sup>

O doutrinador esclarece que as coisas que possuem significado são aquelas cujas interpretações oferecem novas razões para ação e crença dependentes da intencionalidade. A interpretação é tida como válida “quando, mas apenas quando serve maximamente ao(s) valor(es) que justificam tratar o fenômeno como um texto”. Ao tratar da justificativa, entende que qualquer valor poderia dar origem à interpretação de alguns “fenômenos”, como, por exemplo, a paz social, respeito mútuo etc., cujas interpretações levam a novas razões, desde que se “justifique tratar tais fenômenos como um texto, ou, então, ele não é texto, nem o raciocínio feito sob ele é interpretação”.<sup>289</sup>

Diante disso, também se pode dizer que interpretação é a atividade a que se dedica o intérprete ao tentar encontrar o significado de algo, quando por meio desta se é capaz de oferecer novas razões para ação ou crença, a partir de valor(es) que justifica(m) essa análise.

Ora, tratar sobre interpretação e sobre a nova hermenêutica decorrente de um constitucionalismo contemporâneo passa a ser fundamental quando se tem em mente que, apesar de as palavras congeladas em um texto permanecerem as mesmas, seus significados são mutáveis, e podem ser diferentes a depender da sociedade analisada.

O Direito é positivado por meio de texto. A aplicação do texto normativo, que, como já apontado, não é a norma em si, demanda uma interpretação, a fim de se extrair seu significado. Entretanto, “todo ponto de vista é a vista de um ponto”, como afirma o filósofo Leonardo Boff no início da obra em que pretende abordar uma metáfora da condição humana.<sup>290</sup>

Essa afirmação trata das diversas possibilidades de se ler um texto. Cada leitor, a depender de sua bagagem e do mundo em que vive, será capaz de ler o mesmo texto de diversas formas. E mais, o mesmo leitor, com o transcorrer do tempo, poderá ler o mesmo texto de forma diferente. As palavras serão as mesmas; porém, o contexto do leitor será outro.

Tal é a condição humana de racionalismo limitado. O homem não é um produto acabado, mas resultado do meio social em que vive, e, considerando que a sociedade está em

---

<sup>288</sup> MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação. In: MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 9.

<sup>289</sup> Ibidem, p. 27.

<sup>290</sup> BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha: uma metáfora da condição humana**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 15.

constante transformação, constata-se que o homem e sua racionalidade são históricos, limitados, datados. Isso conduz às ideias de falibilidade e incompletude, com possibilidade de constante aperfeiçoamento do olhar do homem diante do mundo.

Em outras palavras, o texto a ser interpretado pode até permanecer o mesmo, mas se houver uma mudança de valores que justifiquem uma reinterpretação, com o oferecimento de novas razões para se proceder a essa atividade, certamente seu conteúdo sofrerá modificações. Os conceitos são históricos e temporais.

Essa afirmação foi bem sedimentada por Joseph Raz, quando ressalta que as interpretações e os significados podem mudar e realmente mudam, pois “nossos conceitos são complexos e flexíveis”. Alerta que “não devemos ser prisioneiros de algumas características de nossos conceitos em detrimento de outras”.<sup>291</sup> O autor esclarece:

Como o significado é relativo a uma perspectiva normativa, ele pode mudar quando essa perspectiva muda. Nossos conceitos são ricos o suficiente para acomodar ambas as maneiras de pensar no significado: como atemporal, a partir de uma única perspectiva, e como mutável, com a mudança de perspectiva.

As perspectivas surgem com as mudanças na cultura e nas condições de vida. Sendo normativas, surgem como novas razões para que novos interesses surjam. As interpretações revolucionárias capitalizam isso.<sup>292</sup>

No que tange à mudança das razões, leciona que “o processo de mudança não é um processo de adição”, sendo que algumas razões perdem sua força, pois somente fazem sentido e possuem significado para determinada geração. Uma obra de arte, por exemplo, adquire novos significados e perde alguns de seus antigos significados com o passar do tempo. Isso não torna a interpretação e o significado subjetivos. “Isso os torna — em certo sentido — relativos”, considerando que “ter significado é ter significado para alguém”.<sup>293</sup>

Neste passo, é oportuno deixar registrado que, no entendimento de Owen Fiss, a adjudicação, ou seja, a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos, é pura interpretação, uma vez que é um “processo pelo qual o juiz vem a compreender e expressar o significado de um texto normativo dotado de autoridade e os valores incorporados nesse

---

<sup>291</sup> RAZ, Joseph. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei (Org.). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do Direito**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 263.

<sup>292</sup> Ibidem, p. 264.

<sup>293</sup> Ibidem, p. 261.

texto”.<sup>294</sup> É, portanto, “uma atividade que permite o reconhecimento adequado das dimensões subjetiva e objetiva da experiência humana”.<sup>295</sup>

Realmente, no que tange à necessidade da interpretação para adequação do texto normativo à realidade, Konrad Hesse há tempos já afirma o “condicionamento recíproco existente entre a Constituição jurídica e a realidade político-social”.<sup>296</sup> Aduz que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua *vigência*, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser consideradas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições.<sup>297</sup>

Assim, a “Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia”.<sup>298</sup> A Constituição, para não ser estéril, “não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica”, pois “se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital”.<sup>299</sup> Portanto, a Constituição converte-se “na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”.

Demais disso, é contundente ao dizer que “a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma constitucional”. Porém, alerta que “esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual”.<sup>300</sup> Ressalta que:

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma

<sup>294</sup> FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 272.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 273.

<sup>296</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 13.

<sup>297</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>298</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>299</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p. 22.

excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode — ou deve — provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. [...] Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.<sup>301</sup>

Nessa toada, como ressalta Alexandre de Castro Coura, “a efetivação dos direitos e garantias fundamentais depende do processo hermenêutico de construção de sentido dos textos normativos em cada contexto de aplicação, à luz do paradigma sob o qual se constrói a jurisdição constitucional”.<sup>302</sup> Aduz que:

Assim, nessa seara, tudo é uma questão de interpretação, mas não de qualquer interpretação. A interpretação será válida se realizada de acordo com a Constituição, aferição que exige uma reflexão acerca dos paradigmas subjacentes à própria decisão jurisdicional, ou seja, das pré-compreensões do intérprete acerca do seu sentido de Constituição. Isso porque um texto jurídico é interpretado segundo a antecipação de sentido que o intérprete tem da própria Constituição, e não de forma supostamente neutra ou isolada. Com efeito, a Constituição filtra a interpretação do conjunto de regras e princípios que integram o ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que a aplicação do ordenamento, constitucionalmente interpretado, densifica e efetiva a própria Constituição. Nesse sentido, é possível identificar a formação de um sistema de proteção aos direitos fundamentais que parte da Constituição e se estende a todo o ordenamento jurídico, a partir da interpretação constitucional, não mais restrita ao texto da Constituição.<sup>303</sup>

O autor ainda pondera, sabiamente, que:

correlacionando interpretação constitucional, jurisdição e processo, sob a ótica contemporânea do Direito Constitucional e da Filosofia do Direito, percebe-se que a interpretação de qualquer norma, inclusive das regras de direito processual, é sempre fruto de uma interpretação constitucional, ao menos no paradigma do Estado Democrático de Direito.<sup>304</sup>

<sup>301</sup> HESSE, Konrad. Op. cit., p. 22-23.

<sup>302</sup> COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Interpretação Constitucional e os Desafios para a Jurisdição no Estado Democrático de Direito. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza**, 9 a 12 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3904.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012, p. 5.870.

<sup>303</sup> Ibidem, p. 5.870.

<sup>304</sup> Ibidem, p. 5.872.

Portanto, nesse contexto de constitucionalismo contemporâneo e, como consectário, de nova hermenêutica, na concepção de Sarmiento, o aplicador do direito propõe-se a se dedicar “à discussão de métodos ou de teorias da argumentação que permitam a procura racional e intersubjetivamente controlável da melhor resposta para os ‘casos difíceis’ do Direito”, proporcionando uma valorização da razão prática no âmbito jurídico.<sup>305</sup>

De fato, como aponta Antonio Cavalcanti Maia, “as democracias nas últimas décadas parecem demandar uma nova teoria do direito que vá além dos moldes positivistas”. Diante da clareza da explicação transcreve-se longo trecho de suas lições:

Nesta nova teoria do direito a interpretação constitucional e a teoria da argumentação jurídica se imbricam. No contexto da Constituição rematerializada, conformada com princípios, valores, direitos fundamentais e diretrizes de denso conteúdo normativo — uma constituição onipresente, que se pretende vinculante e eficaz em todas as áreas jurídicas, inclusive nas relações horizontais de direito privado —, a tarefa de aplicação da lei supõe um esforço de interpretação e argumentação especialmente refinado. Os métodos tradicionais de resolução de conflitos normativos já não são suficientes. As decisões judiciais dependem de argumentos complexos, exigem decisões envolvendo princípios que vão além do uso do esquema lógico-dedutivo, e requerem também por parte do juiz o uso da racionalidade teleológica. Assim, o constitucionalismo alicerçado em princípios e direitos parece exigir que os juízes, ao se depararem cada vez mais com “casos difíceis”, se tornem filósofos (Dworkin) e, além disso, dominem complexas técnicas de ponderação de bens e valores.<sup>306</sup>

Nesses termos, claro está que houve uma alteração no âmbito do método da aplicação do Direito que, para além da subsunção no caso das regras, exige do juiz o domínio da ponderação no caso dos princípios.

Observe-se, entretanto, que com isso não se quer dizer que houve um menosprezo pelas regras, ou pela subsunção pelo método do “tudo ou nada”. A Constituição, sem dúvida, contém uma vasta quantidade de regras, assim como toda a legislação infraconstitucional. Porém, ao se compreender que a ânsia de previsibilidade, certeza e objetividade — segurança jurídica — não estava sendo atingida somente pela atuação prévia do Poder Legislativo na elaboração de leis formais e de aplicação subsuntiva, diante da complexidade da sociedade plural, esse constitucionalismo contemporâneo trouxe para dentro do ordenamento jurídico os princípios, de textura mais aberta e indeterminada, para que fosse possível tentar solucionar os novos conflitos que surgem a cada dia entre os indivíduos e entre estes e o Estado. Com isso, a Constituição possui princípios e regras, cada qual com sua função específica.

---

<sup>305</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit..

<sup>306</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. Op. cit., p. 150-151.

No caso dos princípios, como são “normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para sua realização”, existe um alto grau de indeterminação, “no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos”,<sup>307</sup> o que caracteriza a sua indeterminação estrutural.

Quer-se com isso dizer que na nova hermenêutica constitucional a restrição e a afastabilidade de princípios por razões contrárias, apesar de não serem elementos essenciais, ocorrem pelo método da **ponderação**, o que leva a um certo “relativismo axiológico”. Entretanto, “princípios não são necessariamente meras razões ou simples argumentos afastáveis, mas também estruturas e condições inafastáveis”.<sup>308</sup>

Ademais, como esclarece Humberto Ávila, o método de aplicação da ponderação não pode conduzir a um subjetivismo. Não podem os princípios ser aplicados a qualquer custo, independentemente e por cima de regras, constitucionais e legais, quando estas não confrontam a Constituição. A ponderação deve ser “orientada por critérios objetivos prévios e que harmonize a divisão de competências com os princípios fundamentais, num sistema de separação de Poderes”.<sup>309</sup> Caso contrário, “a ponderação não passa de uma técnica não jurídica, que *explica* tudo, mas não *orienta* nada. E, nessa acepção, ela não representa nada mais de que uma ‘caixa preta’ legitimadora de um ‘decisionismo’ e formalizadora de um ‘intuicionismo moral’”.<sup>310</sup>

Demais disso, para municiar os operadores de Direito nessa nova tarefa frente aos “casos difíceis”, em especial os que envolvem princípios, o trabalho doutrinário procura lançar pontes entre teoria e prática, “com instrumentos capazes de conduzi-los a respostas pertinentes para os problemas jurídicos, bem fundadas e ao mesmo tempo verificáveis e, na medida do possível, objetivamente controláveis”.<sup>311</sup> Essa controlabilidade seria garantida pelo método da **argumentação jurídica**, o que acentua o papel das teorias-padrão da argumentação jurídica de Robert Alexy e Neil MacCormick, denominação esta dada por Manuel Atienza, às quais se retornará mais adiante.

---

<sup>307</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria...** Op. cit., p. 127.

<sup>308</sup> *Ibidem*, p. 130.

<sup>309</sup> ÁVILA, Humberto. **Neoconstitucionalismo...** Op. cit., p. 194-195.

<sup>310</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>311</sup> MAIA, Antonio Cavalcanti. Op. cit., 154.



### 3.2.4 Maior atuação do Poder Judiciário: novo papel adquirido no Estado Democrático de Direito (Constitucional)

A partir da consolidação do constitucionalismo contemporâneo, com a inclusão de princípios jurídicos na Magna Carta, da necessidade crescente de uma interpretação constitucional, e eventualmente da utilização do método de ponderação por meio da avaliação do caso individual e concreto, exige-se uma maior atuação do Poder Judiciário e até mesmo certo ativismo judicial.

Fala-se, assim, em uma releitura do clássico princípio da separação de poderes, no intuito de abrir espaço para uma atuação mais flexível do Poder Judiciário em defesa dos valores constitucionais, bem como de restringir os poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, por meio de teorias de democracia mais substantivas.

Nesse sentido, Oscar Vilhena Vieira afirma que “a enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil”.<sup>312</sup>

O foco do constitucionalismo contemporâneo estaria, pois, no Poder Judiciário. O Direito, até então limitado à produção de leis pelo Poder Legislativo, passa a ser visto também como produto do Poder Judiciário, ou seja, resultado da interpretação e aplicação da lei feita pelo juiz. Nesses termos, com o reconhecimento do peso da tarefa do magistrado no âmbito de um Estado Democrático de Direito, dito Estado Constitucional, o Poder Judiciário — que congrega a sua participação e das partes no caso concreto — amplia sua atuação no processo de concretização dos valores dessa nova perspectiva de Estado.

Realmente, aponta Paulo Bonavides que, diferentemente do antigo “juiz mero aplicador de leis que, ao sentenciar apenas deduz e subsume, segundo entendimento axiomático-dedutivista do positivismo e da dogmática jurídica tradicional”, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo e de uma democracia participativa, surge a “concepção do juiz intérprete que, ao decidir, normatiza”.<sup>313</sup>

Ademais, a partir da nova hermenêutica constitucional, o juiz intérprete “legisla entre as partes e o faz não propriamente sob a égide do legalismo puramente formal e rígido, mas

---

<sup>312</sup> VILHENA, Oscar. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008, p. 444.

<sup>313</sup> BONAVIDES, PAULO. **Teoria...** Op. cit., p. 22.

do legitimismo principiológico e material”.<sup>314</sup> Assim, “ao juiz da lei sucederá o juiz da Constituição”, bem como “ao juiz da legalidade, o juiz da legitimidade”.<sup>315</sup> O autor ainda ressalta que:

Enquanto o juiz aplicador se guia por um logicismo que gira primacialmente ao redor da norma-texto da terminologia de Müller, o juiz intérprete haure sua maior força e dimensão hermenêutica na esfera dos princípios, mas se move tecnicamente no círculo de um pluralismo normativo tópico onde a norma-texto é apenas o ponto de partida da normatividade investigada e achada ao termo do processo decisório concreto, segundo assinala a teoria estruturante do Direito, da qual Friedrich Müller, já citado, é seu insigne formulador e jusfilósofo.<sup>316</sup>

Entretanto, apesar de admitir a importância do grande papel do Poder Judiciário de “resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional”, existe a preocupação de que haja a desqualificação de sua própria atuação, “o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais”,<sup>317</sup> como reflete Luís Roberto Barroso.

No mesmo sentido, Daniel Sarmento, defensor das inovações trazidas pelo constitucionalismo contemporâneo, concorda com a crítica de que o excesso de expectativas depositadas no Poder Judiciário pelo constitucionalismo contemporâneo pode conduzir a uma possível “judiciocracia” caracterizada por um “suposto caráter antidemocrático, na medida em que os juízes, diferentemente dos parlamentares e chefes do Executivo, não são eleitos e não respondem diretamente perante o povo”.<sup>318</sup>

De fato, na democracia “é essencial que as decisões políticas mais importantes sejam tomadas pelo próprio povo ou por seus representantes eleitos e não por sábios ou tecnocratas de toga”. Há um sério risco de se sedimentar a visão de que o grande intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário, o que poderia levar a uma “ditadura de toga”.<sup>319</sup>

Essa postura do Judiciário como administrador da moral pública da sociedade também chama a atenção de Ingeborg Maus, que manifesta a seguinte preocupação:

Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social — controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado

<sup>314</sup> BONAVIDES, PAULO. *Teoria...*, p. 22.

<sup>315</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>316</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>317</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos...* Op. cit., p. 55.

<sup>318</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit.

<sup>319</sup> *Ibidem*.

em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.<sup>320</sup>

A autora alemã alerta que essa introdução de pontos de vistas morais e valores nas decisões judiciais, com apelo até a princípios “superiores”, pode estender o âmbito das “proibições” legais arbitrariamente ao campo extrajurídico das esferas de liberdade. Assim, ocorreria uma “inversão das expectativas de direito”, uma vez que a liberdade dos indivíduos somente seria fixada após a decisão judicial no caso concreto. Estariam, pois, comprometidas as almejadas certeza e previsibilidade de outrora.

Desta forma, pensar o Poder Judiciário como censor ilimitado do Poder Legislativo, por ter como competência a realização da “correta” interpretação do conteúdo da Constituição, que já estaria previamente decidido, significa “disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição”.<sup>321</sup>

Nesses termos, “a transformação da Constituição em uma ‘ordem de valores’ confere às determinações constitucionais individuais (por meio da ‘abertura’ de suas formulações) uma imprecisão tal que é capaz de suprir e ampliar voluntaristicamente os princípios constitucionais positivados”.<sup>322</sup>

Maus aduz que essa possibilidade, ao menos na Alemanha, surgiu a partir da “transformação fundamental do conceito de Constituição”, que deixa de ser vista como um “documento da institucionalização de processos e de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”.<sup>323</sup>

Outro ponto declarado de preocupação seria a consideração pelo Poder Judiciário da lei como mera previsão e premissa da atividade decisória judicial, “apesar de sua densidade regulatória”. É pontual ao concluir:

Desta maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei — a qual é reduzida a “produto e meio técnico de um compromisso de interesses” — investindo-se como sacerdote-mor de uma nova “divindade”: a do direito suprapositivo e

<sup>320</sup> MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial da “sociedade órfã”. Tradução Martonio Lima; Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**. São Paulo: Cebrap, n. 58, nov. 2000, p. 187.

<sup>321</sup> Ibidem, p. 192.

<sup>322</sup> Ibidem, p. 200.

<sup>323</sup> Ibidem, p. 192.

não-escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social.

Desde a discussão metodológica da época até os dias de hoje mantém-se a perspectiva pela qual cabe à ciência do direito e à práxis jurisdicional a tarefa de gestar a unidade por meio do método jurídico, tendo em vista o caos introduzido pela produção jurídica da sociedade e a indiferenciação e inconsistência internas do direito legislado. Sob a fórmula da “unidade do direito” e da “unidade da Constituição” — as quais não seriam a mera soma das normas de direito isoladas, mas o produto da sistemática jurídica de valores — avulta o projeto da Justiça de dissolver os antagonismos de interesses que jazem sob a imagem real do direito legal. Nessa função controladora da Justiça reconhece-se um simbolismo que remete à integração de mecanismos sublimadores.<sup>324</sup>

A autora aponta ainda que, além da problemática moralização do conceito de Direito, “uma Justiça que não precise derivar a legitimação de suas decisões das leis vigentes torna-se no mínimo dependente em face às necessidades políticas conjunturais, degradando-se a mero instrumento dos aparelhos administrativos”.<sup>325</sup> Trata, assim, a conduta do Poder Judiciário, ao se apoderar dos espaços livres situados fora do âmbito jurídico, como uma usurpação política da consciência, por invadir o campo moral pertencente à sociedade.

Nessa linha de preocupações e consternações, Humberto Ávila também é um crítico ferrenho dessa nova atuação do Poder Judiciário. É categórico ao afirmar que é o Poder Legislativo, por meio de mecanismos públicos de discussão e votação — pelos quais se obtém a participação e a consideração da opinião de todos em matérias para as quais não há uma, mas várias soluções para os conflitos de interesses — que pode *respeitar e levar em consideração* essa pluralidade de concepções de mundo e valores, e o modo de sua realização.

Em sua opinião, o Poder Judiciário não deve assumir “a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais porque, num estado de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, deve haver regras”, editadas pelo Poder Legislativo, “destinadas a estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração”.<sup>326</sup>

Isso porque, como na sociedade atual asseguram-se diversos tipos de liberdade, “não só existe uma pluralidade de concepções de mundo e de valores, como, também, há uma enorme divergência com relação ao modo como essas concepções de mundo e de valores devem ser realizadas”. Porém, apesar de não existir uma solução justa para o conflito e para a realização desses valores, devem ser tomadas, por algum órgão, decisões “para pôr fim ao

<sup>324</sup> MAUS, Ingeborg. Op. cit., p. 196.

<sup>325</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>326</sup> ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo... Op. cit., p. 200.

infindável conflito entre valores e às intermináveis formas de realizá-los”. Em sua concepção, esse órgão é o Poder Legislativo, e não o Poder Judiciário.<sup>327</sup>

Realmente, a crescente intervenção judicial na vida brasileira, como diz Luís Roberto Barroso, geraria, dentre outras coisas, o risco da politização da justiça. O autor afirma que “em uma cultura pós-positivista, o Direito se aproxima da Ética, tornando-se instrumento da legitimidade, da justiça e da realização da dignidade da pessoa humana”. Apesar de entender desqualificadas as críticas no sentido de que uma decisão judicial é política e não jurídica, não ignora que a linha divisória entre Direito e Política “nem sempre é nítida e certamente não é fixa”.<sup>328</sup> Nessa ambiguidade, nas palavras do constitucionalista, Direito pode ser considerado política:

[...] no sentido de que (i) sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e nas leis; (ii) sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; (iii) juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com os juízos de valor que formula. A Constituição faz a interface entre o universo político e jurídico, como a justiça, a segurança e o bem-estar social. Sua interpretação, portanto, sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente.<sup>329</sup>

Entretanto, apesar de todas essas constatações, ressalta que “Direito não é política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidárias”<sup>330</sup>. Isso porque o juiz tem “o dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação”<sup>331</sup>.

Nessa mesma linha, Daniel Sarmiento discorda da crítica que acusa essa teoria de “promover o decisionismo ou de defender a tomada de decisões judiciais puramente emotivas, sem lastro em argumentação racional sólida”. Ora, um dos objetivos descritos é exatamente “a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e, sobretudo, dos juízes em matéria de fundamentação das suas decisões”.<sup>332</sup>

<sup>327</sup> ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo... Op. cit., p. 200.

<sup>328</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2012, p. 13.

<sup>329</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>330</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>331</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>332</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit.

É certo que, na prática dos Tribunais, há um desvirtuamento no uso dos princípios, os quais são utilizados de forma extremamente vaga e desnecessária; porém, coibir isso não deve significar o retrocesso quanto à inaplicabilidade de princípios. Alerta que:

O importante é encontrar uma justa medida, que não torne o processo de aplicação do Direito amarrado demais, como ocorreria num sistema baseado exclusivamente em regras, nem solto demais, como sucederia com um que se fundasse apenas em princípios. Penso que é chegada a hora de um retorno do pêndulo no Direito brasileiro, que, sem descartar a importância dos princípios e da ponderação, volte a levar a sério também as regras e a subsunção.

[...] A tendência atual de invocação frouxa e não fundamentada de princípios colide com a lógica do Estado Democrático de Direito, pois amplia as chances de arbítrio judicial, gera insegurança jurídica e atropela a divisão funcional de poderes, que tem no ideário democrático um dos seus fundamentos — a noção básica de que as decisões sobre o que os cidadãos e o Estado podem e não podem fazer devem ser tomadas preferencialmente por quem represente o povo e seja por ele escolhido.<sup>333</sup>

De qualquer forma, apesar da existência de riscos, a abertura principiológica e, assim, o diálogo com a Moral, proporcionados pelo constitucionalismo contemporâneo, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, são medidas necessárias para a justificação do Direito como um todo imerso em um sistema maior formado pela própria sociedade.

Sarmiento sugere que para se conterem os excessos é preciso que se tenha um “maior cuidado metodológico, adicionado à adoção de uma diretriz hermenêutica substantiva, que afirme a missão essencial do Direito de assegurar justiça e segurança às pessoas, tratando-as como livres e iguais”,<sup>334</sup> de onde se detecta a necessidade do desenvolvimento de uma teoria da argumentação jurídica que viabilize a realização dos ideais existentes no constitucionalismo contemporâneo.

Portanto, o presente trabalho se propõe a analisar a legitimidade da atuação do Poder Judiciário nesse contexto do constitucionalismo contemporâneo, a partir de todas as consequências por ele geradas no âmbito da jurisdição e do processo.

---

<sup>333</sup> SARMENTO, Daniel. Op. cit.

<sup>334</sup> Ibidem.

### **3.3 Contribuição filosófica do giro linguístico na sedimentação de uma nova hermenêutica constitucional**

Na linha do que foi tratado no tópico acerca da necessidade de uma nova hermenêutica constitucional em um contexto de constitucionalismo contemporâneo, passa-se a analisar a contribuição do giro linguístico principalmente para a evolução do entendimento de interpretação e, como se verá, da mudança do conceito de jurisdição no âmbito do processo civil.

Para tanto, retoma-se a ideia já consignada acerca do racionalismo limitado da condição humana. A razão humana é mutável, pois está imersa em uma gramática de práticas sociais que, apesar de se basear em uma tradição, de usos e costumes, é construída diariamente por novas experiências. Com isso, torna-se mais claro que não é possível engessar o sentido de uma palavra, seja ela escrita em um texto ou falada em um discurso, pois a sua compreensão depende da cabeça que pensa a partir de onde os pés pisam, ou seja, depende da vivência de quem lê, fala e ouve.

A linguagem não é objeto externo sobre o qual o homem exerce controle. Existe uma simbiose entre o homem (e, portanto, a razão, o pensamento) e a linguagem, pois a linguagem é produto do homem e o homem é produto da linguagem, uma vez que é somente por meio desta que consegue ter acesso ao mundo.

Quando se pronuncia uma palavra, parte-se do pressuposto de que esta pode ser entendida por qualquer pessoa. Ao se pensar no sentido de uma palavra, imagina-se que este pertence ao senso comum, a um momento pré-linguístico onde prevalece o silêncio do não dito, e onde não existe qualquer discordância entre os indivíduos.

Porém, quando, em um segundo momento, se tematiza o sentido dessa palavra por meio do discurso, depara-se com o fato de que cada pessoa tem um entendimento próprio quanto ao sentido de uma palavra a partir de sua própria vivência e, com isso, surge a discordância. Desta forma, para que se chegue a um bom termo estabelece-se a comunicação. Menelick de Carvalho Neto afirma, juntamente com Guilherme Scotti, que:

Ao retirarmos do pano de fundo tacitamente compartilhado de silêncio de qualquer palavra que consideremos de sentido óbvio, trazendo-a para o universo do discurso, como fizemos com o termo ciência, veremos que acerca de seu significado não havia um acordo racional mas mero preconceito, ou seja, uma apreensão irrefletida, um saber que se acreditava absoluto e que, por isso mesmo, não era saber nenhum. E conquanto efetivamente possamos provar empiricamente que a comunicação

não se dá, ao fazê-lo, provamos unicamente que o mal entendido é possível, o que portanto apenas confirma o entendimento como regra geral. A comunicação como tal, por meio da linguagem, é muito improvável e, no entanto, ela se dá, nós nos comunicamos graças a esse pano de fundo compartilhado de silêncio que, é claro, é sentido naturalizado. Daí a natureza contrafactual desse pressuposto residir precisamente no paradoxo da linguagem: “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos”.<sup>335</sup>

Como aponta Alexandre de Castro Coura, reconhece-se o papel fundamental do silêncio para a linguagem, uma vez que “a comunicação só ocorre graças à existência de esferas gerais de pré-compreensão”. Essas esferas “compõem um pano de fundo compartilhado de silêncio, sob o qual se assentam as palavras consideradas de sentido óbvio e que, exatamente por isso, não são tematizadas, tornando-se indispensáveis à comunicação”.<sup>336</sup>

Portanto, “toda reflexão envolve interpretação, o que ocorre num contexto histórico específico e pressupõe um pano de fundo compartilhável, que não pode ser simplesmente desconsiderado, seja pela tentativa de abstração, seja pela pretensão de distanciamento do intérprete”, como afirma Alexandre de Castro Coura, em texto sobre a (re)interpretação da tarefa de interpretar o direito a partir da reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea.<sup>337</sup>

### 3.3.1 Breves noções sobre o giro linguístico

Nesse contexto, em que se enfatiza o papel da linguagem, pretende-se demonstrar a contribuição dada pelo **giro linguístico, pragmático e hermenêutico**, ocorrido do início da década de 1920 ao final da década de 1980, à Filosofia contemporânea e ao Direito Constitucional e, conseqüentemente, ao Direito Processual Civil.

Essa pretensão é meramente no sentido de contextualizar as tendências filosóficas que acompanharam a consolidação de um modelo constitucional de processo. Desta forma, não há qualquer pretensão de exaurir ou aprofundar o tema, de forma que não se propõe, por não ser o objetivo, expor nesse trabalho o pensamento de cada um dos filósofos da modernidade.

A ideia expressa anteriormente pode ser sintetizada nas primeiras linhas do trabalho de Manfredo de Oliveira, no qual afirma que “a linguagem se tornou, em nosso século, a questão

<sup>335</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 31-32.

<sup>336</sup> COURA, Alexandre de Castro. A (re)interpretação da tarefa de interpretar o Direito a partir da reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea. **Depoimentos**, Vitória, n. 13, p. 9-20, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n13/editorial.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012 p. 16.

<sup>337</sup> Ibidem, p. 10.



central da filosofia”.<sup>338</sup> Assim, “a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a ‘esfera dos fundamentos’ de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser ‘a filosofia primeira’ à altura do nível de consciência crítica de nossos dias”.<sup>339</sup>

Em outras palavras, “é impossível tratar qualquer questão filosófica sem esclarecer previamente a questão da linguagem”, uma vez que “não existe mundo que não seja exprimível na linguagem”. Em suma, “a linguagem é o espaço da expressividade do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade”.<sup>340</sup> O autor resume que:

A reviravolta lingüística do pensamento filosófico do século XX se centraliza, então, na tese fundamental de que é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre a infra-estrutura lingüística.<sup>341</sup>

Isto significa que esse “giro”, ou “reviravolta lingüística” representou um novo paradigma, como uma grade seletiva que molda de forma diferente nosso olhar do mundo a partir de uma ruptura.

Com efeito, a preocupação com a linguagem, que se inicia, principalmente, com a pragmática analítica de Wittgenstein<sup>342</sup> e a hermenêutica de Gadamer,<sup>343</sup> consolida uma transição de marcos filosóficos fundamentais, qual seja, a ruptura com a filosofia da consciência — que predominou por séculos e partia da concepção de que para se conhecer o mundo externo bastava voltar-se para si mesmo, para o mundo interno, uma vez que a razão era suficiente para explicar a realidade — para a inauguração da filosofia da linguagem.

Manfredo de Oliveira divide essa trajetória em três etapas. A primeira teria sido a “**semântica tradicional**”, que se inicia com Platão e Aristóteles e vai até a primeira fase de Wittgenstein. A segunda etapa, denominada “**reviravolta pragmática**”, tem como começo o próprio Wittgenstein, em oposição a si mesmo, ao fundar a “pragmática analítica” (1953); passa pelas “teorias dos atos de fala” de John Austin e John Searle, e também aborda a “pragmática existencial” de Heidegger. Por fim, a terceira etapa vem a ser a “**reviravolta**

<sup>338</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 11.

<sup>339</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 12-13.

<sup>340</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>341</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>342</sup> Segunda fase do autor, inaugurada com a publicação de sua obra “Investigações filosóficas”, em 1953.

<sup>343</sup> Filosofia explicitada, principalmente, em sua obra “Verdade de método”, de 1960.

**hermenêutica-transcendental**”, composta pela hermenêutica de Gadamer, a “pragmática transcendental” de Karl-Otto Apel e a “pragmática universal” de Habermas.<sup>344</sup>

O giro, portanto, teria colhido as duas últimas etapas, quando, a partir do questionamento sobre se a linguagem cotidiana é suficiente para explicar o mundo e a vida real, se principia a análise da dimensão pragmática da linguagem, o que levou a um afastamento do movimento da semântica tradicional, isto é, da linguagem como instrumento secundário do conhecimento humano e de caráter meramente designativo. Essa guinada se deu com a constatação de que a linguagem é constitutiva e não mero instrumento, pois, como já afirmado acima, o próprio homem “é” linguagem e, portanto, é um constructo social.

Em outras palavras, houve uma mudança do enfoque dado à racionalidade humana — que deixa de ser capaz de revelar verdades eternas e imutáveis —, bem como uma retomada da centralidade da Filosofia do Direito como reflexão filosófica, não mais pensada por “juristas” e nem reduzida à Teoria Geral do Direito.

Com a reviravolta pragmática, questiona-se a concepção individualista do conhecimento e da linguagem, para situar o homem e seu conhecimento no processo de interação social. Faz-se o resgate do “indivíduo” como produto da sociedade, uma vez que não existe sozinho.

Há uma mudança da racionalidade humana. A razão não mais é responsável pelo conhecimento da realidade, ela passa a ser ação, ter movimento, e, portanto, ser fugaz, mutável e transitória. Já a linguagem deixa de ser instrumento da simples comunicação de um conhecimento já concebido pela razão para ser “condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento enquanto tal”.<sup>345</sup>

### **3.3.1.1 Contribuição de Heidegger**

Martin Heidegger, em sua busca incessante pela questão do “ser”, lançou bases importantes para esse movimento linguístico. Sem incursionar em sua experiência filosófica, consigna-se apenas que ele pretendeu refletir acerca da relação entre o homem (ser) e sua realidade (tempo). E para sua própria compreensão este ser deve estar ancorado em um contexto existencial concreto (ser-no-mundo) e com consciência de sua tradição cultural (historicidade) que condiciona sua interpretação. Heidegger elucida que:

---

<sup>344</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit.

<sup>345</sup> Ibidem, p. 128.

Essa historicidade elementar da presença pode permanecer escondida por ela mesma, mas pode também ser descoberta e tornar-se objeto de um cultivo especial. A presença pode descobrir a tradição, conservá-la e investigá-la explicitamente. Pode-se até considerar uma tarefa autônoma descobrir a tradição e explicar o que a tradição “lega” e como ela o faz. Nesse caso, a presença se assume no modo de ser do questionamento e da pesquisa. [...] Pois, somente apropriando-se positivamente do passado é que ela pode entrar na posse integral das possibilidades mais próprias de seu questionamento. Segundo seu modo próprio de realização, a saber, a explicação preliminar da presença em sua temporalidade e historicidade, a questão sobre o sentido do ser é levada, a partir de si mesma, a se compreender como questão referente a fatos históricos.<sup>346</sup>

Portanto, “a interpretação de algo como algo funda-se, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação nunca é apreensão de um dado preliminar, isenta de pressuposições”.<sup>347</sup> Dessa forma, toda interpretação “move-se na estrutura prévia já caracterizada” e “toda interpretação que se coloca no movimento de compreender já deve ter compreendido o que se quer interpretar”.<sup>348</sup>

Nesses termos, Alexandre de Castro Coura afirma que

Heidegger lançou as bases para que a noção de temporalidade fosse vinculada à de humanidade, ou seja, para que o homem fosse enfocado como marca de seu tempo. Como o homem é tempo, sua verdade é também datada, precária e contextualizada, passível, portanto, de ser modificada.<sup>349</sup>

Demais disso, Heidegger entende que o fenômeno da linguagem “se radica na constituição da abertura da presença”.<sup>350</sup> Nesse passo, imprescindível a transcrição das lições de Manfredo de Oliveira sobre Heidegger:

Para Heidegger, a linguagem se revela precisamente como a vinculação do homem com o evento do ser. O evento reúne os homens enquanto ouvintes na linguagem. O ser acontece na linguagem e, agora, aparece com todo o sentido dizer que ela é *a casa do ser*, isto é, o lugar onde o sentido do ser se mostra. É, portanto, na linguagem que o ser, enquanto evento da verdade, se desvela precisamente no acontecer da diferença. O homem é, assim, utilizado em sua essência para trazer uma comunicação, para guardar uma mensagem. Em síntese, o homem acontece como homem na medida em que se deixa solicitar para guardar a diferença ontológica: o homem é enquanto manifestação do ser, e isso só acontece enquanto linguagem.<sup>351</sup>

<sup>346</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 4. ed. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 58-59.

<sup>347</sup> Ibidem, p. 211.

<sup>348</sup> Ibidem, p. 213.

<sup>349</sup> COURA, Alexandre de Castro. Op. cit., p. 11.

<sup>350</sup> HEIDEGGER, Martin. Op. cit., p. 223.

<sup>351</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 215.

Em suma, a linguagem é o caminho necessário do encontro do homem com o mundo, pois o ser acontece como fenômeno “na” linguagem e “enquanto” linguagem. Isso demonstra a total superação da filosofia da consciência, pois não se pode escolher arbitrariamente o sentido histórico do mundo e de si próprio, separando-se linguagem de pensamento. Assim, “o homem é originariamente diálogo, linguagem: diálogo com o ser, com o sentido originário que historicamente nos interpela”, e o ser “não é objeto de uma conquista do homem; antes, é o ser que possibilita as conquistas do homem, o conceituar e o dominar o mundo das coisas”.<sup>352</sup>

### 3.3.1.2 Contribuição de Gadamer

Na linha proposta por Heidegger, seu discípulo Hans-Georg Gadamer foi o responsável pela “**reviravolta hermenêutica**” com a premissa de que o “homem é hermenêutico, isto é, finito e histórico”, o que marca “o todo de sua experiência no mundo” e torna fundamental a análise da temporalidade.<sup>353</sup>

Considerando que “Heidegger redesperta a questão do ser, ultrapassando assim toda a metafísica tradicional”, a partir da qual “compreender é o caráter ontológico original da própria vida humana”, ele “revelou o caráter de projeto que reveste toda a compreensão e pensou a própria compreensão como movimento da transcendência, da ascendência acima do ente”.<sup>354</sup>

Nesse passo, Gadamer pretende desenvolver o novo aspecto do problema hermenêutico ocasionado pela análise existencial da *pre-sença*, que torna “visível pela primeira vez a estrutura da compreensão histórica em toda sua fundamentação ontológica”, tendo em vista que “só fazemos história na medida em que nós somos ‘históricos’”.<sup>355</sup> Nas palavras de Gadamer:

O que a princípio parecia apenas uma barreira que atrapalhava o conceito tradicional de ciência e método, ou uma condição subjetiva de acesso ao conhecimento histórico, passa agora a ocupar o lugar central de um questionamento fundamental. A pertinência é uma condição para o sentido originário do interesse histórico não porque a eleição de temas e o

<sup>352</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 220-221.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 228.

<sup>354</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 348.

<sup>355</sup> Ibidem, p. 350.

questionamento estejam submetidos a motivações subjetivas e extracientíficas (nesse caso a pertença não seria mais que um caso especial de dependência emocional do tipo da simpatia), mas porque a pertença a tradições faz parte da finitude histórica da pre-sença tão originária e essencialmente como seu estar-projetado para possibilidades futuras de si mesma. [...] Assim, não há compreensão ou interpretação que implique a totalidade dessa estrutura existencial, mesmo que a intenção do conhecedor seja apenas ler “o que está aí” e extrair das fontes “como realmente foi”.<sup>356</sup>

O filósofo afirma que demonstrar o sentido da pertença do intérprete ao seu objeto é a tarefa da hermenêutica, que tinha como objetivo pragmático original ser a “disciplina clássica da arte de compreender textos” e “defender o sentido razoável do texto contra toda e qualquer imposição”,<sup>357</sup> mas que “experimentou no século XIX um desenvolvimento sistemático que a transformou em fundamento para o conjunto das atividades das ciências do espírito”.<sup>358</sup>

Demais disso, “a estrutura universal da compreensão atinge sua concreção na compreensão histórica, uma vez que os vínculos concretos de costume e tradição e suas correspondentes possibilidades de futuro tornam-se operantes na própria compreensão”.<sup>359</sup>

Há, pois, uma elevação da historicidade da compreensão a um princípio hermenêutico. Para tanto, “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas elas mesmas’”.<sup>360</sup>

Assim, a compreensão do que está posto no texto consiste na elaboração de um projeto prévio, em que “o intérprete prelineia um sentido do todo”, a partir de “determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado”. Esse projeto prévio, porém, “tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”.<sup>361</sup>

Isso porque “quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas”, de maneira que o intérprete deve sempre examinar “essas opiniões quanto à sua legitimação”,<sup>362</sup> pois “são os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para as coisas de que nos fala a tradição”.<sup>363</sup> Não se deve ignorar a opinião do próprio texto, uma vez que “é só o reconhecimento do caráter

<sup>356</sup> GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 351.

<sup>357</sup> Ibidem, p. 369.

<sup>358</sup> Ibidem, p. 231.

<sup>359</sup> Ibidem, p. 353.

<sup>360</sup> Ibidem, p. 355.

<sup>361</sup> Ibidem, p. 356.

<sup>362</sup> Ibidem, p. 356.

<sup>363</sup> Ibidem, p. 359.

essencialmente preconceituoso de toda compreensão que pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza”.<sup>364</sup> Gadamer aduz que:

[...] uma consciência formada hermeneuticamente deve, desde o princípio, mostrar-se receptiva à alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe uma “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco um anulamento de si mesma; implica antes uma destacada apropriação das opiniões prévias e preconceitos pessoais. O que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.<sup>365</sup>

Em suma, “os preconceitos de um indivíduo, muito mais que seus juízos, constituem a realidade histórica de seu ser”. Realmente, “muito antes de nos compreendermos na reflexão sobre o passado, já nos compreendemos naturalmente na família, na sociedade e no Estado em que vivemos”, sendo que “a autorreflexão do indivíduo não passa de uma luz tênue na corrente cerrada da vida histórica”.<sup>366</sup> Por isso, tomadas as devidas cautelas, é preciso reabilitar o conceito de preconceitos legítimos, diante do modo de ser finito e histórico do homem.

Além disso, Gadamer define tradição como “ter validade sem precisar de fundamentação”, de modo que, “ao lado dos fundamentos da razão, a tradição conserva algum direito e determina amplamente nossas instituições e comportamentos”.<sup>367</sup> Entretanto, a “tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas”<sup>368</sup> e o que importa é reconhecer o momento desta “no comportamento histórico e indagar pela sua produtividade hermenêutica”.<sup>369</sup> Portanto:

[...] encontramos-nos sempre inseridos na tradição, e essa não é uma inserção objetiva, como se o que a tradição nos diz pudesse ser pensado como estranho ou alheio; trata-se sempre de algo próprio, modelo e intimidação, um reconhecer a si mesmos no qual o nosso juízo histórico posterior não verá tanto um conhecimento, mas uma transformação espontânea e imperceptível da tradição.<sup>370</sup>

Nesse sentido, “a compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição, onde se

<sup>364</sup> GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 360.

<sup>365</sup> Ibidem, p. 358.

<sup>366</sup> Ibidem, p. 368.

<sup>367</sup> Ibidem, p. 372.

<sup>368</sup> Ibidem, p. 373.

<sup>369</sup> Ibidem, p. 375.

<sup>370</sup> Ibidem, p. 374.

intermedeiam constantemente passado e presente”. Tem-se, pois, que “é isso que deve ser aplicado à teoria hermenêutica, que está excessivamente dominada pela ideia dos procedimentos de um método”.<sup>371</sup>

Como as ciências do espírito são contaminadas pela experiência de mundo, pela historicidade de seu engajamento e pela contextualidade de sua produção, como aponta Alexandre de Castro Coura, “Gadamer atentou contra o postulado maior das ciências desde o positivismo científico e filosófico do século XIX: a crença na neutralidade do método”.<sup>372</sup>

A partir dessas ideias, Gadamer aquiesce com a descrição heideggeriana de círculo hermenêutico, o qual demonstra que “a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento da concepção prévia da pré-compreensão”. Afirma que:

O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é objetivo nem subjetivo, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação do sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. Não é uma mera pressuposição sob a qual sempre já nos encontramos, mas nós mesmos vamos instaurando-a na medida em que compreendemos, na medida em que participamos do acontecer da tradição e continuamos determinando-o a partir de nós próprios. O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um “círculo metodológico”; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão.<sup>373</sup>

A experiência hermenêutica tem a ver com a *tradição*, que “não é simplesmente um acontecer que aprendemos a conhecer e dominar pela experiência, mas é uma *linguagem*, isto é, fala por si mesma, como um tu”, ou seja, é “um verdadeiro interlocutor”.<sup>374</sup>

Deixa-se a tradição valer “em suas próprias pretensões, e não no sentido de um mero reconhecimento da alteridade do passado, mas de reconhecer que ela tem algo a nos dizer”. Com isso, “a consciência hermenêutica tem sua consumação não na certeza metodológica sobre si mesma, mas na comunidade de experiência que distingue o homem experimentado daquele que está preso aos dogmas”.<sup>375</sup> Nessa toada, Gadamer esclarece que:

[...] compreender é sempre interpretar e, por conseguinte, a interpretação é forma explícita da compreensão. Relacionado com isso está também o fato

<sup>371</sup> GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 385.

<sup>372</sup> COURA, Alexandre de Castro. Op. cit., p. 12.

<sup>373</sup> GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 388-389.

<sup>374</sup> Ibidem, p. 467-468.

<sup>375</sup> Ibidem, p. 472.

de que a linguagem e a conceptualidade da interpretação foram reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão; com isso o problema da linguagem que ocupava uma posição ocasional e marginal passa a ocupar o centro da filosofia.<sup>376</sup>

Ademais, quem “quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala”; todavia, deve ter consciência de que não pode estar vinculado à coisa em questão de modo a se tornar uma unidade inquestionável. “Existe realmente uma polaridade entre familiaridade e estranheza, e nela se baseia a tarefa da hermenêutica”.<sup>377</sup> Esta deve ser compreendida em referência a algo que foi dito, a linguagem em que fala a tradição, o que manifesta uma tensão.

Em outras palavras, é no entremeio “entre a estranheza e a familiaridade que a tradição ocupa junto a nós, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição”, que se situa o “verdadeiro lugar da hermenêutica”.<sup>378</sup>

Diante disso, Gadamer enfrenta o problema hermenêutico da aplicação, que “não é uma parte última, suplementar e ocasional da compreensão, mas o determina desde o princípio e no seu todo”.

A aplicação consiste em relacionar algo geral prévio com uma situação particular. Porém, “o intérprete não quer apenas compreender esse universal, o texto, isto é, compreender o que diz a tradição e o que constitui o significado do texto”, mas, para tanto, “não pode ignorar a si mesmo e a situação hermenêutica concreta na qual se encontra”, pois “se quiser compreender, deve relacionar o texto com essa situação”.<sup>379</sup>

Conclui, então, que a distância entre a hermenêutica das ciências do espírito e a *hermenêutica jurídica* não é tão grande como se supunha. Nesse passo, ressalta que:

É verdade que o jurista sempre teve em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo deve ser determinado em relação ao caso em que deve ser aplicado. E para determinar com exatidão esse conteúdo não pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e é só por isso que o intérprete jurídico leva em conta o valor posicional histórico atribuído a uma lei em virtude do ato legislador. No entanto, ele não pode prender-se ao que informam os protocolos parlamentares sobre a intenção dos que elaboram a lei. Ao contrário, deve admitir que as circunstâncias

<sup>376</sup> GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 406.

<sup>377</sup> Ibidem, p. 391.

<sup>378</sup> Ibidem, p. 391.

<sup>379</sup> Ibidem, p. 426.



foram mudando, precisando assim determinar de novo a função normativa da lei.<sup>380</sup>

E confirma a ideia de que “a hermenêutica jurídica está em condições de recordar em si mesma o autêntico procedimento das ciências do espírito”, pois nela se encontra exatamente “o modelo de relação entre passado e presente” descrito acima.<sup>381</sup> Realmente:

Quando o juiz adapta a lei transmitida às necessidades do presente, quer certamente resolver uma tarefa prática. O que de modo algum quer dizer que sua interpretação da lei seja uma tradução arbitrária. Também em seu caso, compreender e interpretar significa conhecer e reconhecer um sentido vigente. O juiz procura corresponder à “ideia jurídica” da lei, intermediando-a com o presente. Claro que ali se trata de uma mediação jurídica. O que tenta reconhecer é o significado jurídico da lei, não o significado histórico de sua promulgação ou certos casos quaisquer de sua aplicação. Assim, não se comporta como historiador, mas se ocupa de sua própria história, que é seu próprio presente. Assim, a cada momento ele pode assumir a posição de historiador, e dirigir-se às questões que implicitamente já o ocuparam como juiz.<sup>382</sup>

Em suma, segundo Gadamer, “a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*. A complementação produtiva do direito que se dá aí está obviamente reservada ao juiz, mas este se encontra sujeito à lei como qualquer outro membro da comunidade jurídica”. Assim, entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe “uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém a primazia”.<sup>383</sup>

Nas suas considerações, portanto, o filósofo entende que em “toda leitura tem lugar uma aplicação, e aquele que lê um texto se encontra, também ele, dentro do sentido que percebe”, isto é, “ele próprio pertence ao texto que compreende”. Dessa forma, “sempre há de ocorrer que a linha de sentido que vai se mostrando a ele ao longo da leitura de um texto acabe abruptamente numa indeterminação aberta”. Por isso, “o leitor pode e até precisa reconhecer que as gerações vindouras compreenderão de uma forma diferente o que ele leu nesse texto”.<sup>384</sup>

Por fim, aduz Alexandre de Castro Coura que, pela concepção de Gadamer, a linguagem possibilitou toda a experiência hermenêutica como “ponto de partida para o desenvolvimento da experiência humana e ponte para a efetivação do entendimento e da compreensão de forma geral”. E conclui que:

<sup>380</sup> GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 429.

<sup>381</sup> Ibidem, p. 430.

<sup>382</sup> Ibidem, p. 430-431.

<sup>383</sup> Ibidem, p. 431-432.

<sup>384</sup> Ibidem, p. 445-446.

Dessa forma, Gadamer marcou a reviravolta hermenêutica na filosofia, ao afirmar a importância da história, da tradição e dos preconceitos humanos para a (re)construção da ideia de verdade, defendendo a noção de que toda a compreensão é interpretação e de que toda interpretação desenvolve-se no seio da linguagem e demonstrando como o problema hermenêutico revela-se a partir da relação fundamental existente entre pensamento, compreensão e linguagem.<sup>385</sup>

Tem-se, em síntese, que, até então, a filosofia da linguagem — de Wittgenstein e Austin — e a hermenêutica — de Heidegger e Gadamer — buscam compreender o sentido da linguagem a partir do contexto intersubjetivo que o gera, ou seja, enfrentam o problema da “constituição e da compreensão do sentido”. Porém, o enfrentamento da questão da “validade do sentido” intersubjetivamente construído, quer dizer, de sua justificação, só é feito por Karl-Otto Apel, em sua pragmática transcendental, e por Jürgen Habermas, em sua pragmática universal, quando se questiona acerca da fundamentação do pensar e do agir do homem no mundo.<sup>386</sup>

### 3.3.1.3 Contribuição de Habermas

Nessa segunda fase questiona-se a “linguagem humana enquanto condição de possibilidade da compreensão intersubjetiva”,<sup>387</sup> ou seja, retoma-se a mediação da filosofia transcendental kantiana, mas com os avanços de conhecimento proporcionados pela Linguística e pela Filosofia da Linguagem, mesmo porque com o giro linguístico as estruturas de racionalidade são marcadas pela linguagem.

Jürgen Habermas desenvolveu a “**pragmática universal**” como “programa de estudo que tem por objetivo reconstruir a base de validade universal do discurso”.<sup>388</sup> Aduz que “a função da pragmática universal é identificar e reconstruir condições universais de possível compreensão mútua”, ou melhor, os “pressupostos gerais de ação comunicativa”, que visam conseguir o entendimento. Para tanto, como esse objetivo somente é atingido pela linguagem, procura “isolar as ações de discurso específicas de outras formas de ação comunicativa”.<sup>389</sup>

<sup>385</sup> GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 14.

<sup>386</sup> OLIVEIRA, Manfredo de. Op. cit., p. 168-169.

<sup>387</sup> Ibidem, p. 250.

<sup>388</sup> HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Tradução Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 15.

<sup>389</sup> Ibidem, p. 9.

Nesse sentido, o autor defende a ideia de que “não só a língua mas também a fala (ou seja, o uso de frases em expressões) é susceptível de ser submetida a uma análise formal”, isto é, “também podem ser analisadas do ponto de vista da metodologia de uma ciência reconstrutiva”.<sup>390</sup> Ademais, o objetivo “da análise reconstrutiva da linguagem é a descrição específica das regras que um falante competente deve dominar de forma a poder formar frases gramaticais e proferi-las de uma forma aceitável”.<sup>391</sup>

Assim, qualquer pessoa que aja segundo uma atitude comunicativa para chegar a um entendimento deve apresentar em seu ato de fala “pretensões de validade universal e supor que estas podem ser defendidas”, como as seguintes: (a) enunciar de uma forma *inteligível*; (b) dar (ao ouvinte) *algo* que este compreenderá; (c) fazer-se *a si próprio* entender; (d) atingir seu objetivo de compreensão junto a *outrem*.<sup>392</sup>

Afirma que o objetivo de se conseguir um entendimento é chegar-se a uma concordância “que termine na mutualidade de compreensão recíproca, no conhecimento partilhado, na confiança mútua e na concordância entre os ouvintes”. A concordância, portanto, “baseia-se no reconhecimento das quatro pretensões de validade correspondentes: compreensibilidade, verdade, sinceridade e acerto”.<sup>393</sup>

Explica essas pretensões da seguinte forma:

A compreensibilidade é a única exigência universal que deverá ser cumprida de uma forma imanente à linguagem que pode, em termos de frase, ser colocada pelos participantes do acto da comunicação. A validade de uma determinada proposta, pelo contrário, dependerá de esta última representar ou não um facto ou uma experiência (ou de os pressupostos essenciais do conteúdo proposicional mencionados serem válidos ou não). Já a validade de uma intenção expressa dependerá de esta corresponder ou não àquilo que o falante realmente pretende. Por fim, a validade do acto de fala levado a cabo dependerá de esta acção se encontrar ou não em conformidade com uma base normativa reconhecida.<sup>394</sup>

Portanto, para além da compreensibilidade, existem três pretensões de validade no ato de fala: “ser considerada verdadeira pelos participantes do ponto de vista em que representa algo que existe no mundo, ser considerada sincera da perspectiva em que expressa uma intenção do falante e, por fim, ser considerada acertada do ponto de vista em que se encontre em conformidade com as expectativas socialmente reconhecidas”. Em suma, as características

---

<sup>390</sup> HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade...** Op. cit., p. 17.

<sup>391</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>392</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>393</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>394</sup> Ibidem, p. 49.

da estrutura da fala são “representar algo, expressar uma intenção e estabelecer uma relação interpessoal”.<sup>395</sup>

Entretanto, para além dessas pretensões listadas, Habermas entende que a pretensão de validade mais “bem definida e universalmente reconhecida” que os atos de fala implicam é a pretensão de validade de “verdade”. Assim, a pretensão de verdade é “um tipo de pretensão de validade cuja construção assenta sobre uma estrutura do discurso possível de um modo geral”.<sup>396</sup> Nas palavras de Manfredo de Oliveira:

A verdade implica, pois, para Habermas, uma pretensão de validade que deve poder ser legitimada discursivamente, isto é, por meio de argumentos. Ora, a justificação discursiva significa consenso, não no sentido de um acordo casualmente realizado, mas no sentido de que qualquer parceiro possível da conversa atribuirá o mesmo predicado ao objeto em tela. Assim, o consenso aqui visado é um consenso legitimado. Como se legitima, em última análise, esse consenso? Segundo Habermas, somente por meio da referência a uma “situação lingüística ideal”. Essa situação não é nem fenômeno empírico, nem uma pura construção do espírito, mas simplesmente uma pressuposição mútua inevitável nos discursos. Nesse sentido, a situação ideal se manifesta como o fundamento normativo da compreensão lingüística: ela é antecipada e, enquanto antecipada, eficaz. Um consenso legitimado é um consenso racional e funciona como critério para distinguir o falso do verdadeiro consenso.<sup>397</sup>

Diante disso, o aspecto “transcendental” de sua tese está no fato de que “qualquer agente comunicativo, na execução de qualquer ação lingüística, levanta pretensões universais de validade” — ao expressar-se compreensivamente, ao dar a entender algo, fazer-se compreensível, compreender-se mutuamente — e deve pressupor sua legitimação.<sup>398</sup> Busca, pois, “condições de legitimação argumentativa de pretensões de validade, as quais, pelo menos implicitamente, se referem a uma legitimação discursiva”.<sup>399</sup>

Como aponta Habermas, “a racionalidade dos processos de entendimento é avaliada em relação às interligações entre (a) as condições de validade dos atos de fala, (b) as pretensões de validade apresentadas por esses mesmos atos de fala, (c) as razões veiculadas para a justificação dessas pretensões de discurso”.<sup>400</sup>

Habermas, porém, não renuncia “à pesquisa sobre a constituição da experiência como também aos problemas da validade”, sendo que seu referencial da “moral” como atribuição de

<sup>395</sup> HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade...** Op. cit., p. 49.

<sup>396</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>397</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 313-314.

<sup>398</sup> Ibidem, p. 322.

<sup>399</sup> Ibidem, p. 333.

<sup>400</sup> HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade...** Op. cit., p. 108.

validade a normas deixa de partir do conceito de sujeito transcendental e cognoscente para se basear no caráter intersubjetivo que surge da interação de sujeitos, ou seja, passa a ser uma moral universal, formada socialmente.

Nessa toada, aprofunda seus estudos com o desenvolvimento da “teoria da ação comunicativa”, em que tenta articular a filosofia analítica — a partir da teoria dos jogos de linguagem e das teorias dos atos de fala — com a filosofia hermenêutica — onde se trabalhou o conceito de “mundo da vida” de Husserl, como condição de possibilidade de um processo comunicativo.<sup>401</sup>

De fato, da perspectiva dos participantes, o processo de comunicação, e o resultado a que se pretende que todo este processo conduza, coloca-os como entidades de um mundo que não é interno. Habermas explica que “falante e ouvinte assumem uma atitude performativa na qual se encontram na qualidade de elementos de um mundo da vida intersubjetivamente partilhado da sua comunidade linguística, ou seja, na segunda pessoa”.<sup>402</sup> Nas palavras do filósofo:

Os agentes participantes tentam adequar seus respectivos planos *cooperativamente*, dentro do horizonte de um mundo da vida partilhado e com base em interpretações comuns da situação. [...] Conseguir entendimento de modo linguístico é algo que funciona de uma forma que permite aos participantes na interação chegar a acordo mútuo sobre a validade pretendida para os seus actos de fala ou, se for caso disso, levar em consideração os desacordos que foram averiguados.<sup>403</sup>

Ademais, “o acesso hermenêutico a esta reserva de conhecimento” do mundo da vida partilhado entre os participantes, “processa-se através da participação (pelo menos virtual) nas práticas comunicativas quotidianas”.<sup>404</sup> Habermas assevera que:

O significado sedimentado nos contextos e nas auto-interpretações simbólicas da sociedade só se revela perante uma abordagem hermenêutica. Quem não quiser vedar-se a si próprio este caminho, mas desejar em vez disso dar a conhecer o contexto sociocultural da vida *a partir do interior*, terá de tomar como ponto de partida uma concepção de sociedade que pode ser relacionada com as perspectivas sobre a acção e os esforços interpretativos dos participantes na interação. Para este primeiro passo, apresenta-se o conceito de mundo da vida, cuja análise formal-pragmática

---

<sup>401</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. Op. cit., p. 334-335.

<sup>402</sup> HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade...** Op. cit., p. 107.

<sup>403</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>404</sup> Ibidem. P. 125.

das pressuposições da acção comunicativa começa logo a surgir antes de qualquer teorização sociológica.<sup>405</sup>

O autor reconhece que na interação existente na ação comunicativa há um presente risco de desacordo. Porém, sugere que esse risco pode ser absorvido, regulado e controlado nas práticas cotidianas a partir da “pré-compreensão sedimentada num estrato enraizado de coisas com as quais contamos sempre, de certezas e de presunções inquestionadas”. Para tanto, aproveita o conteúdo das investigações de Husserl sobre o “mundo da vida”, onde “procurou explorar o terreno do imediatamente familiar e do inquestionavelmente certo”.<sup>406</sup>

Parte, assim, do princípio de que a ação comunicativa está “inserida num mundo da vida que fornece uma cobertura protetora dos riscos sob a forma de um imenso consenso de fundo”, uma vez que “as proezas da comunicação explícitas que são alcançadas pelos agentes comunicativos dão-se no horizonte das convicções partilhadas e não problemáticas”.<sup>407</sup>

Em suma, no processo de se obter o entendimento existe concomitantemente um conhecimento não tematizado e um conhecimento tematizado decorrente dos atos de fala. O primeiro é dominado intuitivamente como conhecimento concreto da linguagem e do mundo que se vive, e constitui a “plataforma não problemática para todo o conhecimento temático e concomitantemente tematizado”.<sup>408</sup> Esta parte “escapa às críticas e evita a pressão da surpresa exercida pelas críticas, uma vez que recorre antecipadamente à validade das certezas acordadas de antemão, por outras palavras, às certezas do mundo da vida”.<sup>409</sup> Demais disso, como explicita Habermas:

A teoria da acção comunicativa destranscendentaliza o reino do Inteligível de Kant, revelando a força idealizadora de antecipação nas inevitáveis pressuposições pragmáticas dos actos de fala, ou seja, no cerne das próprias práticas comunicativas do quotidiano — idealizações que se limitam a surgir de um modo mais evidente nas extraordinárias formas de comunicação que as argumentações constituem. A ideia de justificar pretensões de validade criticáveis exige idealizações que, tendo descido dos céus transcendentais à terra do mundo da vida, desenvolvem a sua eficácia no meio da linguagem natural.<sup>410</sup>

Esse mundo da vida, portanto, caracteriza-se pelo seu modo de *certeza imediata*, que somente se transforma em falível no momento em que é expresso em linguagem. Além disso,

---

<sup>405</sup> HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade...** Op. cit., p. 125.

<sup>406</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>407</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>408</sup> Ibidem, p. 129.

<sup>409</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>410</sup> Ibidem, p. 130.

este conhecimento de fundo distingue-se pelo seu *poder totalizante*, onde “o mundo da vida constitui um todo que tem um centro e fronteiras, indeterminadas e porosas, que recuam em vez de se deixar transcender”. No entender de Habermas, “nós, no nosso corpo, e nós, enquanto nosso corpo, encontramos-nos sempre já a ocupar um mundo intersubjectivamente partilhado, em que estes mundos de vida colectivamente habitados se observam um ao outro, se ultrapassam e entrelaçam como texto e contexto”.<sup>411</sup>

Nesse sentido, o autor conclui que o que entra na ação comunicativa “a partir dos recursos do pano de fundo do mundo da vida” — cujos componentes que formam contextos de significados complexos e entrelaçados no mercado das práticas comunicativas quotidianas são (a) os paradigmas culturais, (b) a sociedade por meio das ordens legítimas reguladas pelos grupos sociais a que os participantes se filiam, e (c) estruturas de personalidade que asseguram identidade a cada um — “flui através das comportas da tematização e possibilita o domínio das situações, constitui reserva de conhecimento preservado no seio das práticas comunicativas”.<sup>412</sup> Ademais:

Esta reserva de conhecimento solidifica-se, ao longo dos caminhos da interpretação, em paradigmas interpretativos que vão sendo transmitidos; o conhecimento vai sendo comprimido — na rede de interações dos grupos sociais — em valores e normas, e condensa-se, através de processos de socialização, em atitudes, competências, modos de percepção e identidades. As componentes do mundo da vida resultam da continuação do conhecimento válido, da estabilização das solidariedades de grupo e da formação de agentes responsáveis, factores que são igualmente responsáveis pela sua manutenção.<sup>413</sup>

Dessa forma, o conceito de mundo da vida, formado desses três componentes (cultura, sociedade e estruturas da personalidade), “não se limita a fornecer uma resposta para a questão clássica de como a ordem social é possível”, pois, a partir da interligação destes componentes, “responde também a outra questão da teoria social clássica: a da relação entre o indivíduo e a sociedade”.<sup>414</sup>

Porém, tal conceito rompe com a perspectiva da filosofia do sujeito de que a sociedade foi concebida como um todo que é composto de partes, “na medida em que os sujeitos

---

<sup>411</sup> HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade...** Op. cit., p. 134-135.

<sup>412</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>413</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>414</sup> Ibidem, p. 142.

comunicativamente socializados jamais seriam sujeitos sem a rede de ordens institucionais e de tradições da sociedade e da cultura”.<sup>415</sup>

Assim, esses sujeitos comunicativamente atuantes “vivem os respectivos mundos da vida como uma totalidade intersubjetivamente partilhada e situada em pano de fundo”, de maneira que as práticas comunicativas “são alimentadas por intermédio de uma *interacção* entre reprodução cultural, integração social e socialização, que se encontra por sua vez enraizada nestas práticas”.<sup>416</sup>

Importante ressaltar, ainda, quanto aos componentes do mundo da vida, que:

O conteúdo das tradições culturalmente transmitidas de geração em geração é sempre um conhecimento adquirido por pessoas. Sem a apropriação hermenêutica e o posterior desenvolvimento do conhecimento cultural através das pessoas, nenhuma tradição pode progredir ou ser mantida. Nesse sentido, as pessoas alcançam algo para a cultura através dos seus feitos interpretativos. [...]

De uma maneira correspondente, as ordens normativas, quer se solidifiquem em instituições ou permaneçam livres como contextos transitórios, são sempre ordens de relações interpessoais. [...] Mais uma vez, a sociedade e o indivíduo constituem-se reciprocamente. Todos os processos de integração social de contextos de acção *são* simultaneamente um processo de socialização para os sujeitos capazes de discurso e acção formados neste processo e que, por sua parte, e em igual medida, renovam e estabilizam a sociedade como totalidade das relações interpessoais legitimamente ordenadas.<sup>417</sup>

Em resumo, o mundo da vida é o local do saber implícito, organizado linguisticamente e passado culturalmente como fonte de modelos de interpretação, acessível às pessoas, situadas em uma sociedade e por ela reguladas, para que compreendam determinada situação em um processo comunicativo de interação social.

Com base nessas ideias, como já antecipado nas linhas iniciais desse tópico, Alexandre de Castro Coura destaca que a comunicação é viabilizada por este “pano de fundo compartilhado de silêncio ou, para usar a expressão de Habermas, ‘pano de fundo de mundos da vida compartilháveis’, sob o qual se assentam as palavras que, presumidamente, têm significado óbvio, compartilhado, conhecido por todos, e que, por isso, não são sequer discutidas”. Por isso que se afirma que “nos comunicamos porque não nos comunicamos”.<sup>418</sup> Essas lições têm implicação na nova hermenêutica, na medida em que:

<sup>415</sup> HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade...** Op. cit., p. 143.

<sup>416</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>417</sup> Ibidem, p. 144.

<sup>418</sup> COURA, Alexandre de Castro. Op. cit., p. 16.



[...] Reafirmou-se, então, a noção de que toda comunicação depende da interpretação, da atribuição de sentido, da compreensão do que se comunica, sob o pano de fundo de tradições e mundo da vida compartilháveis, apesar das particularidades que cada ser humano vivencia e preserva. Com efeito, tal noção demonstra que também os supostos da atividade de interpretação de todos os operadores jurídicos, do legislador ao destinatário da norma, devem ser considerados indispensáveis para a implementação de um ordenamento, o que remete à tematização das gramáticas subjacentes às práticas sociais instauradas.<sup>419</sup>

Demais disso, também correspondem a reflexos dessas concepções paradigmáticas “as discussões acerca da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, recorrentemente associadas à exigência de legitimidade das decisões judiciais”. Nas palavras de Alexandre de Castro Coura, “toda interpretação, bem como qualquer atividade humana, vincula-se, inevitavelmente, a um determinado contexto histórico, pressupondo, por consequência, um pano de fundo compartilhado, que não pode, simplesmente, ser descartado”.<sup>420</sup>

Amparado em Habermas, o autor atesta que “um paradigma jurídico delinea ou conforma uma determinada concepção de sociedade, a fim de explicar como direitos constitucionais e princípios devem ser concebidos e implementados”.<sup>421</sup> E conclui magistralmente acerca da relação entre a interpretação e a efetivação da Constituição:

Dessa forma, a problemática acerca da efetivação da Constituição envolve uma disputa de pré-compreensões a respeito de como se deve interpretar e aplicar o Direito, especialmente os princípios constitucionais. Considerando que a noção de paradigma aplica-se também ao Direito, é importante tematizar, de forma crítico-reflexiva, os supostos subjacentes à gramática das práticas jurídicas, ainda que profundamente instauradas, para que, se necessário for, sejam redimensionadas à luz do atual paradigma constitucional, o Estado Democrático de Direito.

[...]

Logo, para que se preserve, hoje, a pretensão de racionalidade, consistência e legitimidade em relação à interpretação jurídica e ao exercício da jurisdição, não apenas as razões aparentes devem ser apresentadas e discutidas no processo de decisão, mas também seus pressupostos condicionantes, que se vinculam ao paradigma no qual se constitui a interpretação, o qual deverá ser desvelado e integrado ao plano de toda análise e reflexão que se pretenda realizar.<sup>422</sup>

Em suma, somente com a concepção de Habermas, a partir da década de 1980, há uma consolidação do resultado do giro linguístico no sentido de transformar a antiga razão da

---

<sup>419</sup> COURA, Alexandre de Castro. Op. cit., p. 16.

<sup>420</sup> Ibidem, p. 17-18

<sup>421</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>422</sup> Ibidem, p. 18-19.

filosofia da consciência em uma razão comunicativa, como um constructo social que possibilita, em uma sociedade cada vez mais complexa, a manutenção do pluralismo de formas de vida junto com a individuação de cada uma delas.

É nesse estágio do pós-giro, em que se operou a mudança da racionalidade humana com a inauguração de um novo paradigma, que a reflexão filosófica assume relevante papel na análise e estudo do Direito, principalmente pelo direcionamento que proporciona para a nova hermenêutica.

### 3.3.2 Reflexos do giro linguístico no Direito

O giro linguístico abordado no tópico anterior, que teve lugar no âmbito da Filosofia, em tudo se relaciona com o Direito como um todo, como visto em Gadamer, mas especialmente com o Direito Constitucional.

Diferentemente do Direito Natural, que era inerte por ser tão somente a retratação de princípios morais universais inatos ao homem, o Direito moderno é ativo, cria e recria, altera as regras escritas, com intuito de regular as relações sociais e organizar as instituições da sociedade.

Como afirma Habermas, “as normas jurídicas são hoje o que resta de um cimento social que se acha esfarelado”. Isso porque, “se todos os demais mecanismos de integração social estão exauridos, o direito ainda provê alguns meios para manter agregadas sociedades complexas e centrífugas que de outra forma teriam caído aos pedaços”.<sup>423</sup> Realmente:

O direito moderno é editado por um legislador político e confere com sua forma uma autoridade vinculante a políticas flexíveis e sua implementação. Assim, ele atende ao modo particular de operação do moderno estado administrativo.

O direito moderno é imposto pela ameaça de sanções estatais e gera a “legalidade” do comportamento, no sentido de que a média das pessoas irá cumpri-lo. Ele se amolda, portanto, à situação das sociedades plurais, nas quais as normas jurídicas não estão mais embebidas de um *ethos* que seja compartilhado por uma população como um todo.

O direito moderno gera, todavia, estabilidade de comportamento apenas sob a condição de que as pessoas possam aceitar normas promulgadas e impositivas ao mesmo tempo como normas *legítimas* que *mereçam* reconhecimento intersubjetivo. O direito então se amolda à consciência moral pós-tradicional de cidadãos que não mais estão dispostos a seguir comando, salvo por boas razões.<sup>424</sup>

<sup>423</sup> HABERMAS, Jürgen. Facticidade... Op. cit., p. 937-938.

<sup>424</sup> Ibidem, p. 937-938.

Vê-se, portanto, que o Direito é uma criação do próprio homem. Ora, se o Direito é produto do homem, e o homem é produto da linguagem, infere-se que Direito também é produto da linguagem. Desse modo, a reviravolta linguística, que trouxe a linguagem como base do “filosofar” — como novo paradigma para a análise do conhecimento humano e da fundamentação do pensar e do agir do homem no mundo —, também transformou a forma de ver e pensar o Direito. Menelick de Carvalho e Guilherme Scotti pontuam que:

No nosso campo científico, o do conhecimento acerca do Direito, um grande complexo de inferioridade marcava a reflexão teórica jurídico-científica [...], pois a visível base convencional do direito moderno, positivado e contingente, parecia impedir aqui uma ciência que pudesse se apresentar como conhecimento irrefutável, eterno e imutável. Hoje, não mais precisamos ter qualquer complexo de inferioridade, porque a base convencional de qualquer ciência tornou-se clara. [...] O saber que se sabe limitado funda-se no permanente debate público acerca de seus próprios fundamentos e, assim, é precário, contingente e sempre aprimorável. Seus fundamentos são históricos e datados. A nossa racionalidade é, ela própria, um produto humano e como tal porta todas as nossas características.<sup>425</sup>

Não se pode desvincular o Direito da Filosofia, pois o exercício do pensar filosófico aplicado ao campo do Direito, “volta-se tanto para o questionamento acerca das condições da produção do conhecimento neste campo” — Filosofia da Ciência aplicada ao Direito —, assim “como para as indagações acerca da justiça, de uma sociedade justa e de instituições justas” — Filosofia Moral aplicada ao Direito —, em especial no que tange ao exercício da democracia e da prática do constitucionalismo.<sup>426</sup>

Demais disso, infere-se, como resultado da consolidação do giro linguístico, que a correta aplicação do Direito demanda uma compreensão da realidade jurídica, conceito que foi bem trabalhado por Martin Heidegger e por Hans-Georg Gadamer. Realmente, esses filósofos, em defesa da hermenêutica, declararam guerra aos dogmas do positivismo e do Direito natural, que pregavam a filosofia da consciência e o conceito objetivista de conhecimento, dentro de um sistema fechado. Conforme explicação de Arthur Kaufmann:

A hermenêutica suprime o esquema sujeito-objeto (o sujeito cognoscente conhece o objeto na sua pura objectividade sem interferência de elementos subjectivos — o conhecimento como “decalque” do objecto na consciência) no fenômeno de compreensão [...] Pelo contrário, a compreensão é *simultaneamente objectiva e subjectiva*, o sujeito que compreende insere-se no “horizonte de compreensão” e não se limita a representar passivamente o objecto da compreensão na sua consciência, mas *configura-o* — por outras

<sup>425</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 26-27.

<sup>426</sup> Ibidem, p. 24-25.

palavras não “subsume” simplesmente o caso à lei, situando-se à margem deste processo, antes desempenha na chamada “aplicação do direito” um *papel activo-configurador*.<sup>427</sup>

Com essa nova forma de encarar o Direito, a partir da hermenêutica, deixa o sujeito de ser passivo, utilizando-se apenas da mera “subsunção”, para ser ativo e, pela compreensão e interpretação, “aplicar” o Direito, considerando que sua natureza é “relacional”, ou seja, “existe na relação dos homens entre si e com as coisas”.<sup>428</sup>

Nesse sentido, esse pensamento só pode existir em um “sistema aberto” que comporta uma “intersubjetividade” e, sendo assim, o processo de compreensão do que tem sentido, que deixa de depender exclusivamente do objeto, “é sempre e antes do mais uma *compreensão de si mesmo* por parte do sujeito que compreende”.<sup>429</sup>

Nesse ponto, é possível vislumbrar a contribuição de Heidegger, para quem o “ser” que pode ser compreendido é linguagem, e esta — como casa do ser —, não é simplesmente objeto e, sim, horizonte de sentido aberto estruturado, o que somente é dado pela compreensão. Ademais, com a contribuição de Gadamer, como já alinhavado anteriormente, consolidam-se as bases de uma hermenêutica jurídica, que leva em conta a história, a tradição e os preconceitos humanos, a partir da ideia de que toda a compreensão é interpretação e de que toda interpretação desenvolve-se no seio da linguagem.

Ora, somente a partir da hermenêutica é possível a real compreensão do Estado Democrático de Direito e, com isso, é possibilitada a autêntica e verdadeira aplicação da Constituição.

De fato, como ressalta Lenio Streck, o Direito, no Estado Democrático de Direito, está em constante ameaça, seja por ataques externos — com influxos da política, moral e economia — e internos — que ocorrem diante da “discrecionabilidade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente decisionismo que disso surge” —, seja pela “crescente produção legislativa que enfraquece a força normativa da Constituição”.<sup>430</sup>

Diante disso, propõe “a resistência através da hermenêutica, apostando na Constituição (Direito produzido democraticamente) como instância da autonomia do Direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção”.

<sup>427</sup> KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. Tradução Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 150.

<sup>428</sup> Ibidem, p. 151.

<sup>429</sup> Ibidem, p. 151.

<sup>430</sup> STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discrecionabilidade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Orgs.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 16.

Conclui que “a partir da hermenêutica filosófica e de uma crítica hermenêutica do Direito, é perfeitamente possível alcançar uma resposta hermeneuticamente adequada à Constituição ou, se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada — espécie de resposta hermeneuticamente correta — a partir do exame de cada caso”.<sup>431</sup>

Segundo Alfredo Copetti Neto e Felipe Daniel Amorim Machado:

A única alternativa à barbárie teológica desenvolvida pelos tribunais é a hermenêutica jurídica, que vem em defesa da civilização e resgata o modo-de-ser-no-mundo do poder judiciário da esfera privada — pois está envolto de pré-juízos calcados em uma cultura liberal-individualista-privatista, sem a mínima compreensão do evento constitucional que se desenvolveu —, e, a partir da viragem linguística, o (re)coloca na esfera pública, para que, autenticamente, se compreenda a ausência dessa dicotomia, haja vista que em 1988 foi promulgada uma Constituição social e democrática, portanto, enfaticamente pública e, assim sendo, àquilo que se mostra contrário a ela deve ser declarada a inconstitucionalidade, inclusive as arbitrariedades oriundas de instâncias de poder mormente destinadas a implementar e garantir direitos de liberdade, sociais-coletivos e difusos, e que taxativamente, por isso, têm compromisso social.<sup>432</sup>

A hermenêutica jurídica, pois, “é a condição de possibilidade à defesa da civilização”, pois está “amarrada pela linguagem na tradição (autêntica), cujo pressuposto é a inserção na interpretação da vida cotidiana do mundo vivido, o que estabelece um compromisso social de ver a constituição ‘como’ Constituição, ou seja, ‘a coisa mesma’ que constitui-a-ação de um determinado Estado Democrático de Direito”, o que significa que, dentro desse contexto, “só pode ser de um modo (assim) e não de outro (qualquer)”.<sup>433</sup>

Em outras palavras, “reconhece-se a importância da hermenêutica ao direito, em específico ao direito constitucional pátrio, decorrente da tradição constitucional do Estado Democrático de Direito, na medida em que demonstra estar pré-estruturado pela tradição, e, com isso, pretende enraizar o sujeito que compreende em seu lugar histórico determinado”.<sup>434</sup>

É a partir do “reconhecimento da invasão da filosofia pela linguagem” que se possibilita desencadear uma prática constitucional tradicionalmente construída em um Estado de Democrático de Direito, a fim de resgatar a força normativa da Constituição e vincular “a

<sup>431</sup> STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 16-17.

<sup>432</sup> COPETTI NETO, Alfredo; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. A hermenêutica jurídica em defesa da civilização: uma contraposição à barbárie teológica dos tribunais. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA Marcelo Andrade Cattoni (Org.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 192.

<sup>433</sup> Ibidem, p. 194.

<sup>434</sup> Ibidem, p. 193.

atividade dos tribunais ao mundo da vida, ao contexto, à prática cotidiana da tradição do ser humano, base para a compreensão do pensamento civilizatório”.<sup>435</sup>

Nessa toada, considerando o desafio, diante do advento da Constituição de 1988 e da matriz adotada pelo constitucionalismo contemporâneo de, por um lado, “combater a dogmática jurídica, calcada no positivismo e na filosofia da consciência”, e, por outro lado, “enfrentar as teorias neopositivistas, as teorias da argumentação, as teorias pragmatistas etc.”, André Karam Trindade e Roberta Magalhães Gubert julgam fundamental “a importância das teorias hermenêuticas de cunho filosófico para rompimento do esquema sujeito-objeto, próprio da filosofia da consciência”, a fim de desenvolver um “paradigma intersubjetivo da interpretação, sempre calcado na ideia de *applicatio*, que tem por fundamento de validade o texto constitucional e que possibilita a indispensável manutenção do caráter integrativo do direito”.<sup>436</sup>

Isso demonstra a contribuição da Filosofia e do giro linguístico “no sentido de ser capaz de oferecer um (novo) *standard* de racionalidade, ou, no caso do direito, um fundamento de validade que permita afirmar a possibilidade de respostas corretas que garantam a integridade da teoria jurídica”.<sup>437</sup> Desta forma, “o direito é, inevitavelmente, filosofia aplicada; e a filosofia, por sua vez, não é mero ornamento ou orientação, mas, sim, ‘condição de possibilidade’”. Concluem, pois, que:

Assim, a contribuição da hermenêutica jurídica aqui defendida busca oferecer um paradigma de racionalidade que permita aos juristas pensar os problemas inerentes à tríplice questão pós-positivista com a qual se ocupam as teorias do direito contemporâneas, ou seja, “como se interpreta, como se aplica e como se fundamenta”, buscando, assim, as condições interpretativas capazes de garantir repostas corretas diante da indeterminabilidade do direito e, assim, garantindo aquilo que referimos como integridade do direito.<sup>438</sup>

Entretanto, é conveniente recordar que, segundo Gadamer, a hermenêutica é teoria da arte de compreender e, como aponta Arthur Kaufmann, na sua essência, não é um método, mas sim filosofia transcendental, “no sentido em que designa as condições de possibilidade de compreensão do sentido em geral”. Assim, “enquanto tal, não prescreve nenhum método”,

<sup>435</sup> COPETTI NETO, Alfredo; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Op. cit., p. 195.

<sup>436</sup> TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Breve balanço dos 20 anos de constitucionalismo democrático no Brasil e a contribuição da hermenêutica jurídica na concretização dos direitos fundamentais. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA Marcelo Andrade Cattoni (Orgs.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 175-176.

<sup>437</sup> Ibidem, p. 177.

<sup>438</sup> Ibidem, p. 179.

limitando-se a indicar “sob que pressupostos se pode compreender algo no seu sentido”, sendo que, como “não existe nada inacessível ao espírito que compreende, a hermenêutica tem caráter universal”.<sup>439</sup>

Nesses termos, não seria “tarefa da hermenêutica descobrir métodos para uma correta interpretação, mas refletir sobre o acontecer da própria interpretação”, uma vez que interpretar um texto normativo é produzir uma significação, de acordo com o momento histórico em que recaia a sua aplicação, e que a produção desta ocorre por meio da “compreensão”, ou seja, de uma “mediação entre presente e passado”.<sup>440</sup>

Além disso, a teoria habermasiana também é fundamental para esse novo cenário que se apresenta para a Filosofia e o Direito e, conseqüentemente, para a “nova hermenêutica” decorrente do constitucionalismo contemporâneo.

Como visto, a partir da percepção de uma razão comunicativa, Habermas demonstra que o desenvolvimento do conhecimento deve ser feito de forma intersubjetiva em um ambiente de interação social, em que, para além da situação presente, existe um pano de fundo de herança cultural e de vivências pretéritas que geram experiências para um futuro que é sempre inconstante e de difícil previsão.

Desta forma, essa racionalidade comunicativa de Habermas, antes de mais nada, é humana, e, portanto, “histórica, limitada, datada, ela própria uma construção social vinculada a determinadas tradições, práticas, vivências, interesses e necessidades, no mais das vezes naturalizados e apenas pressupostos”.<sup>441</sup>

Conforme ponderações de Menelick de Carvalho e Guilherme Scotti, a partir do surgimento desse novo paradigma constitucionalmente consagrado no Brasil, denominado pela doutrina de Estado Democrático de Direito, que possibilitou um “novo pano de fundo para a comunicação social”, desenvolveu-se um “reencantamento do Direito, seja como ordenamento ou esfera própria da ação comunicativa”, na qual ocorre o reconhecimento e o entendimento mútuo dos cidadãos, a fim de se estabelecer e implementar a normativa que deve reger sua vida em comum, “seja como simples âmbito específico de conhecimento e exercício profissionais”.<sup>442</sup>

Ressalta-se, assim, uma vez mais, que essa retomada da reflexão filosófica na Filosofia do Direito, ocasionada especialmente pelo giro linguístico, conduz a uma nova visão e interpretação do Direito.

---

<sup>439</sup> KAUFMANN, Arthur. Op. cit., p. 150.

<sup>440</sup> Ibidem, p. 150.

<sup>441</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 27-28.

<sup>442</sup> Ibidem, p. 33-34.

De fato, o Direito não mais pode ser compreendido de modo puramente formal, como se fosse limitado a um sistema de regras escritas, que abarcaria todas as situações possivelmente conflituosas que poderiam ocorrer na sociedade, e que teria em seu ápice a norma hipotética fundamental, como pretendia Hans Kelsen. Com a consolidação do giro linguístico não é mais possível reduzir a legitimidade do Direito à textualidade legal.

Essa constatação deriva do simples fato de não se poder e nem se conseguir o congelamento e o controle da linguagem. Como afirmam os professores acima citados:

é óbvio que não há dicionário ou gramática, por mais bem feita que seja, capaz de congelar a linguagem. Dicionários e gramáticas ficam defasados em pouquíssimo tempo diante da força atribuidora de sentido da *gramática das práticas sociais* em permanente transformação. A linguagem é algo vivo e vivenciado que não se deixa aprisionar.<sup>443</sup>

Nesse enfoque, como centro refletor do todo normativo regulador da sociedade e do próprio Estado, onde se insculpem e resguardam os direitos fundamentais individuais e coletivos, o Direito Constitucional ganha especial destaque nessa nova ótica.

Em sendo assim, com base em tudo o que foi analisado até o presente momento, a consideração inicial que se faz é que a Constituição, como um conjunto sistematizado de normas gerais e abstratas, não constitui nada de concreto, pois é texto, que como tal não pode ser fechado na literalidade, uma vez que é aberto no sentido.

Ora, tudo o que se encontra na Constituição é texto e, como texto, isto é, como uma comunicação diferida no tempo, requer contexto. Quer-se com isso dizer que para se ler um texto é preciso recuperar o contexto em que ele foi escrito e perquirir sobre o seu significado tanto naquela época (passado) como no momento de sua interpretação (presente).

Há interação entre texto e contexto o tempo inteiro, ainda que isso vá contra a literalidade do texto. Demais disso, nenhum texto é capaz de tratar de todas as questões, pois estas surgem ao longo do tempo e da vivência dos sujeitos que interagem em uma sociedade cada vez mais complexa e plural. Tal é o pressuposto do giro linguístico.

O texto em si, como forma de linguagem, é, um objeto sociocultural autêntico. Não se questiona que o texto escrito tenha uma permanência, mas esta só se dá na temporariedade, uma vez que a leitura do texto é regulada pela experiência do sujeito que o lê. De certa forma, o texto tem capacidade de ser atemporal e transcender o tempo, mas somente para ser sempre temporal, uma vez que o leitor de cada tempo é que dá o sentido ao texto em sua época.

---

<sup>443</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 50.



De qualquer modo, persiste-se na ideia de que, para efetiva regulação da sociedade, é essencial a existência de uma ordem jurídica concretizada por normas gerais e abstratas em forma de texto, porque este é sempre atual, considerando que esse texto não controla a própria interlocução e, por isso, depende do intérprete, que é quem dá sentido a ele.

E é por isso que a estrutura aberta da Constituição é um problema que, na realidade, é uma solução. Em um ordenamento de perfil principiológico existe uma indeterminação em abstrato e uma determinação em concreto, sendo o ordenamento aberto “hermeneuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos das normas universalistas positivadas enquanto direito fundamentais”.<sup>444</sup> Isso possibilita uma permanente abertura para o futuro. Como expõe com sobriedade Michel Rosenfeld:

Um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis. Ele é incompleto não somente porque não recobre todas as matérias que ele deveria idealmente contemplar, mas porque, além do mais, ele não é capaz de abordar exaustivamente todas as questões concebíveis que podem ser levantadas a partir das matérias que ele acolhe. Mais ainda, precisamente em razão da incompletude do texto constitucional, as constituições devem permanecer abertas à interpretação; e isso, no mais das vezes, significa estarem abertas às interpretações conflitantes que pareçam igualmente defensáveis.<sup>445</sup>

Ao tratarem da teoria de Dworkin, Menelick e Scotti esclarecem que, na visão desse autor, para que todas as normas — regras ou princípios — sejam aplicadas de modo racional, no sentido de que, por si sós, nada regulam:

[...] requerem a intermediação da sensibilidade do intérprete capaz de reconstruir não o sentido de um texto normativo tido *a priori* aplicável, mas aquela específica situação individual e concreta de aplicação, em sua unicidade e irrepitibilidade, do ponto de vista de todos os envolvidos, levando a sério as pretensões a direitos, as pretensões normativas, levantadas por cada um deles, para garantir a integridade do direito, ou seja, que se assegure na decisão, a um só tempo, a aplicação de uma norma previamente aprovada [...] e a justiça no caso concreto, cada caso é único e irrepitível. É nesse contexto que Dworkin levanta a tese da única resposta correta. A integridade do direito significa a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como coautores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz

<sup>444</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 59.

<sup>445</sup> ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 18-19.

da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal.<sup>446</sup>

Com base nessas concepções, inclusive na ideia central do giro linguístico, a primeira conclusão a que se chega é que a linguagem tem papel constitutivo e, por isso, é fundamental que haja uma estrutura aberta na Constituição para que o sujeito que a interprete — o qual também é produto da linguagem —, o faça a partir da consideração de todos os envolvidos na relação intersubjetiva presente e do pano de fundo da própria linguagem, ou seja, do silêncio composto por todas as experiências e vivências do passado.

A segunda conclusão possível é que, diante da mudança de paradigma derivada da linguagem, a edição de novas normas gerais e abstratas, seja para alterar antigas diante de suposta defasagem, seja para regular uma situação que não tenha uma previsão legal específica, não simplificam a aplicação do Direito por suprir lacunas. Ao contrário, não diminuem o problema do Direito e aumentam a complexidade social, pois a mera edição em texto do Direito, na forma de norma geral e abstrata, incentiva “pretensões abusivas de aplicação em situações concretas que, na verdade, nunca se deixaram reger por elas”.<sup>447</sup>

Portanto, como afirmam os doutrinadores acima mencionados, a grande questão é “aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas”.<sup>448</sup> Assim, não se pode mais pretender transferir os problemas aos textos, uma vez que “muitas alterações constitucionais profundas verificaram-se na história do constitucionalismo mediante alterações na gramática das práticas sociais”, a ponto de se passar ler tais textos a partir da lógica da razão comunicativa, que considera a herança da vivência do passado e o desafio do presente, com uma “ressignificação dos próprios direitos fundamentais”.<sup>449</sup>

A terceira conclusão é que somente a partir de uma reflexão filosófica do giro linguístico é possível compreender o verdadeiro papel da Constituição e a natureza principiológica e tensional dos direitos fundamentais. Conforme ensinamentos de Menelick e Scotti, o desafio à compreensão dos direitos fundamentais está em tomá-los como algo permanentemente aberto, em ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania.

Assim, “se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro lado e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais”, uma vez que “a qualquer

---

<sup>446</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 66-67.

<sup>447</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>448</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>449</sup> Ibidem, p. 36.

afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde o fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo inicialmente invisível dos excluídos de tais direitos”.<sup>450</sup>

Essa natureza paradoxal dos direitos fundamentais, porém, é apenas aparente, com a finalidade de instaurar uma permanente e produtiva tensão entre inclusão e exclusão, pois, “ao dar visibilidade à exclusão, permite a organização e a luta pela conquista de concepções cada vez mais complexas e articuladas da afirmação constitucional da igualdade e da liberdade”.

A reflexão filosófica que se faz, pois, é que o ser humano como ser linguístico, por ser histórico e limitado em seus conhecimentos, está em constante mudança, e, por isso, os direitos fundamentais que, a princípio, calçam em proteção e inclusão, ao mesmo tempo, descalçam em exclusão por revelar, a todo momento, os antigos e atuais preconceitos a cada novo fundamento que se apresenta na relação intersubjetiva social. Desta forma, essa constante relação de oposição e complementaridade faz com que um sujeito aprenda com o olhar do outro, o que somente é possível em um debate público e por meio de uma racionalidade comunicativa, que possibilita sistemicamente a modernidade.

Em suma, a presença dessa tensão dos direitos fundamentais no próprio conteúdo da Constituição segue a lógica da razão comunicativa de Habermas, no sentido de apresentar como solução ao debate entre lados aparentemente opostos não mais a opção por um deles, mas sim um pensar junto dos dois. Isso se exemplifica na impossibilidade de se pensar um espaço público sem a consideração do espaço privado, e vice-versa, o que significa que não se considera um ou outro, mas analisa-se o conjunto.

Em um caminho paralelo, porém em tudo atrelado com o rumo filosófico trilhado pelo giro linguístico, bem como com o novo paradigma inaugurado no Direito, que se sustenta no fortalecimento dos direitos fundamentais e do regime democrático, o Direito Processual Civil seguiu a mesma evolução com um nítido progresso rumo à “constitucionalização do processo”.

Portanto, no intuito de se chegar ao modelo de um processo jurisdicional democrático, pode-se, por ora, antecipar a conclusão de que este é produto da reflexão filosófica propiciada pelo giro linguístico, que encontrou na valorização da linguagem feita por Gadamer, na abertura da interpretação e na teoria discursiva de Habermas o respaldo necessário para a implementação do novo paradigma proposto a partir de uma racionalidade comunicativa no âmbito do Direito Processual.

---

<sup>450</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. Op. cit., p. 43.

### 3.4 Importância da teoria da argumentação jurídica no constitucionalismo contemporâneo

Diversos foram os fatores que atribuíram um caráter central à argumentação jurídica na cultura ocidental. Um dos principais, para além da ordem prática, teórica, pedagógica e política, “está vinculado a uma mudança geral nos sistemas jurídicos, produzida pela passagem do ‘Estado legislativo’ ao Estado constitucional”, ou seja, o Estado no qual a Constituição contém: (a) “distribuição formal do poder entre diversos órgãos estatais”; (b) “certos direitos fundamentais que limitam ou condicionam (também em relação ao conteúdo) a produção, a interpretação e a aplicação do Direito”; e (c) “mecanismos de controle da constitucionalidade das leis”.<sup>451</sup> Como leciona Manuel Atienza:

O Estado constitucional supõe assim um incremento para a tarefa justificativa dos órgãos públicos e, portanto, uma demanda maior de argumentação jurídica (do que a requerida pelo Estado liberal — legislativo — de Direito). Na realidade, o ideal do estado constitucional (o ápice do estado de Direito) supõe a submissão completa do poder ao Direito, à razão: a força da razão, frente à razão da força. Por isso, parece bastante lógico que o avanço do Estado constitucional tenha sido acompanhado por um incremento quantitativo e qualitativo da exigência de justificação das decisões dos órgãos públicos.<sup>452</sup>

Ora, “a argumentação jurídica é elemento imprescindível ao neoconstitucionalismo”. Essas são palavras de Eduardo Ribeiro Moreira para afirmar “o poder da argumentação em uma concepção do Direito voltada para a transformação e com preocupações de correção”. Nesse sentido, para se aferir corretamente o Direito precisa-se de certa efetividade, e é a partir dessa concepção de funcionamento efetivo de Direito aliada à argumentação que se traduz a natureza da razão prática.<sup>453</sup> Tal conceito é fundamental para a compreensão da teoria da argumentação jurídica, a fim de que o Direito não escape da realidade.

Nesse passo, importante retomar a relevância do giro linguístico — em especial a pragmática universal habermasiana —, que possibilitou a reabilitação da razão prática, em vista da “valorização da dimensão performativa da linguagem em geral”. Rachel Nigro explicita essa “influência da dimensão performativa/comunicativa da linguagem para a fundamentação da nova racionalidade prática — a razão comunicativa — que, por sua vez,

<sup>451</sup> ATIENZA, Manuel. O Direito como argumentação. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 59.

<sup>452</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>453</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo argumentativo constitucional. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 187.

possibilita a justificação do discurso jurídico contemporâneo conhecido como pós-positivismo”.<sup>454</sup>

Demais disso, afirma que “para além da inevitável inspiração kantiana, onde a noção de razão prática nos remete ao ‘mundo das normas’ e à capacidade racional de estabelecer regras para a ação humana, a razão prática habermasiana aponta para o campo da intersubjetividade, da comunicação e da linguagem”.<sup>455</sup>

Em suma, “a razão prática que deve ser resgatada, segundo Habermas, é a razão comunicativa cujo ambiente próprio é a linguagem, especialmente na sua forma discursiva” e, por isso, “Habermas opera uma mudança significativa no enfoque da teoria crítica ao fazer a virada comunicativa e trazer para primeiro plano as discussões acerca da razão prática, ou seja, de um alargamento do campo da racionalidade”.<sup>456</sup>

Dessa forma, quando se apontou que o Direito visto sob o enfoque da argumentação traduz a natureza da razão prática, tem-se em mente a proposta habermasiana de uma razão emancipatória, como “uma razão intersubjetiva, dialógica, fonte de uma nova racionalidade discursiva calcada no poder comunicacional”.<sup>457</sup>

Vale ressaltar, porém, que a teoria da argumentação jurídica não garante a resposta certa, mas diminui a incidência de arbitrariedade, pois “a ideia moderna de justiça submete-se à correção racional das decisões pelas suas motivações” e essa noção de correção é procedimental, assim como a teoria de argumentação mais em voga atualmente.

De fato, a argumentação adota procedimentos racionais, por meio de filtros argumentativos estruturantes, a fim de não escapar de seu discurso legitimador, o que lhe confere o *status* de elemento indispensável. Não é por outro motivo que o jogo da justiça tornou-se jogo da argumentação, e o neoconstitucionalismo detectou isso.

Assim, a argumentação no constitucionalismo contemporâneo produz uma modificação da concepção do Direito, que deixa de ser visto como um conjunto estático de normas, para ser um conjunto dinâmico que possibilita a “aplicabilidade da dimensão argumentativa dos direitos fundamentais”,<sup>458</sup> que incide tanto na elaboração do Direito, como na aplicação deste, por meio da motivação das decisões judiciais.

Segundo Manuel Atienza, “frente ao formalismo e sua concepção fechada, estática e

---

<sup>454</sup> NIGRO, Rachel. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 34, jan./jun. 2009. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/nigro\\_direito34.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/nigro_direito34.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2013, p. 174.

<sup>455</sup> Ibidem, p. 174.

<sup>456</sup> Ibidem, p. 174.

<sup>457</sup> Ibidem, p. 175.

<sup>458</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo... Op. cit., p. 189.

insular do Direito, se necessitaria uma mais aberta e dinâmica”.<sup>459</sup> Aduz que:

O Direito tem que ser contemplado em relação ao sistema social e aos diversos aspectos do sistema social: morais, políticos, econômicos, culturais etc. A consideração do “contexto” leva necessariamente a abandonar uma concepção demasiadamente simples do raciocínio jurídico, como é a do formalismo. No entanto (seria o outro sentido de “formalismo jurídico”), a abertura do Direito tem que ter um limite; tem que haver sinais de identidade do Direito (e do raciocínio jurídico) que o distinga de outros elementos da realidade social, que outorgue algum grau de autonomia ao raciocínio jurídico. Na terminologia de Friedmann, poderia dizer-se que o raciocínio jurídico tem que estar minimamente “fechado”.<sup>460</sup>

Ora, o Direito é “uma atividade, uma empresa no qual se faz parte, na qual se participa”. Além do mais, o “Direito como argumentação está comprometido com um objetivismo mínimo em matéria ética”, devendo, pois, “oferecer uma reconstrução satisfatória do raciocínio jurídico que dê conta de seus elementos morais e políticos; ou, dito de outra maneira, das peculiaridades do raciocínio jurídico dentro da unidade da razão prática”.<sup>461</sup>

Outro ponto ligado a essa faceta argumentativa do Direito é que este tem origem no conflito, o que conduz a um raciocínio de que o Direito surge para solucionar os conflitos e, dessa forma, é visto como um instrumento utilizado para se tomarem decisões quanto ao problema concreto amparadas em razões, isto é, em argumentos.<sup>462</sup>

Em outras palavras, “o Direito pode ser visto (ainda que essa não seja a única perspectiva possível) como uma complexa instituição voltada para a resolução (ou o tratamento) de conflitos por meios argumentativos e nas diversas instâncias da vida jurídica”. Atienza conclui que “se a experiência jurídica consiste de maneira tão proeminente em argumentar”, a teoria do Direito tem que ser, em boa medida, construída como uma teoria de argumentação jurídica.<sup>463</sup>

Com isso, “a teoria da argumentação engloba a situação fática em espaços abertos, o que permite a contextualização do Direito”, pois as normas jurídicas são aplicadas por critérios argumentativos procedimentais de legitimação — os quais são normas não jurídicas, que, de forma neutra, sem qualquer valor próprio, conduzem os princípios, tendo como exemplos a razoabilidade, a ponderação, a coerência a universalidade dos métodos de

---

<sup>459</sup> ATIENZA, Manuel. O Direito... Op. cit., p. 92.

<sup>460</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>461</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>462</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>463</sup> Ibidem, p. 99.

interpretação e a transparência<sup>464</sup> — e pela pré-compreensão do intérprete.

Nesses termos, a argumentação jurídica consegue “diminuir a distância do ser e do dever ser, pois avalia as conjunturas jurídico-morais e preenche, racionalmente, as decisões jurídicas”. Demais disso, por ser um processo de correção, funciona como filtro argumentativo necessário em um Estado democrático ativo, uma vez que “ao detectar uma incompatibilidade e incoerência, produz mudança no Direito, expõe suas vicissitudes”.<sup>465</sup>

Em suma, a teoria da argumentação jurídica “deve ser vista como dinâmica para a abertura da solução do caso concreto”, momento em que valida a moral — não uma moral dos valores —, “oriunda de um código universal de preferências” e “inserida nos princípios e normas constitucionais”. Como pontua Eduardo Ribeiro:

A dispersão dos códigos universais, no agir concreto como a jurisprudência, impõe a concretização racional dos direitos fundamentais, corrigindo eventuais injustiças produzidas socialmente. Essa correção é procedimental e alcançada, principalmente, no momento da aplicação do Direito. Os princípios constitucionais pautam a moralidade pública contemporânea.<sup>466</sup>

Diante dessas considerações, importante pontuar, no esteio de Manuel Atienza,<sup>467</sup> os traços característicos, comumente compreendidos como decorrentes da teoria da argumentação jurídica, que estão estreitamente ligados ao enfoque argumentativo ao Direito nesse momento de um constitucionalismo contemporâneo:

- a) a importância dada aos princípios, juntamente com as regras, para compreender a estrutura e o funcionamento do sistema jurídico;
- b) a ideia de que o Direito é uma realidade dinâmica que, para além de normas e enunciados, consiste em uma prática social complexa;
- c) a importância concedida à interpretação, que mais do que resultado é vista como um processo racional e formador do Direito;
- d) a reivindicação do caráter prático da teoria e da ciência do Direito;
- e) a ideia de que a “jurisdição não pode ser vista em termos simplesmente legalistas — de sujeição do juiz à lei — pois a lei deve ser interpretada de acordo com os princípios

---

<sup>464</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Novos usos da argumentação jurídica. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012, p. 124.

<sup>465</sup> Idem. Modelo... Op. cit., p. 188.

<sup>466</sup> Ibidem, p. 188.

<sup>467</sup> ATIENZA, Manuel. O Direito... Op. cit., p. 94-96.

- constitucionais”;<sup>468</sup>
- f) a “tese de que entre o Direito e a moral existe uma conexão e não só em relação ao conteúdo, mas de tipo conceitual ou intrínseco”;<sup>469</sup>
- g) a “ideia de que a razão jurídica não é só razão instrumental, mas sim razão prática (não só sobre meios, mas também sobre fins)”;<sup>470</sup> de modo que a atividade do jurista está guiada também pela pretensão de correção e justiça;
- h) a “importância colocada na necessidade de tratar de justificar racionalmente as decisões — e, portanto, no raciocínio jurídico — como característica essencial de uma sociedade democrática”;<sup>471</sup>
- i) “a convicção de que existem critérios objetivos (como o princípio de universalidade ou o de coerência ou integridade) que outorgam caráter racional à prática da justificação das decisões, ainda que não se aceite a tese de que existe uma resposta correta para cada caso”;<sup>472</sup>
- j) “a consideração de que o Direito não é só um instrumento para alcançar objetivos sociais, senão que incorpora valores morais”, os quais pertencem a uma “moral racionalmente fundamentada”;<sup>473</sup>

É centrada nessas concepções que vem se afirmando a “teoria da argumentação jurídica” como de suma importância para o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo. Ademais, para muitos, é sinônimo de “metodologia jurídica”, ou seja, pode ser vista como a “versão contemporânea da velha questão do método jurídico”;<sup>474</sup> a fim de se “esclarecer os processos de interpretação e aplicação do Direito e oferecer um guia e uma fundamentação ao trabalho dos juristas”.<sup>475</sup>

Ora, as doutrinas precedentes,<sup>476</sup> como a *tópica* de Viehweg, a *nova retórica* de Perelman e a *lógica informal* de Toulmin, que possuem em comum o fato de rejeitarem o modelo da “lógica formal ou dedutiva” — pela demonstração de que esta não só tem limites,

<sup>468</sup> ATIENZA, Manuel. O Direito... Op. cit., p. 95.

<sup>469</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>470</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>471</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>472</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>473</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>474</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p. 22.

<sup>475</sup> Idem. O Direito..., p. 55.

<sup>476</sup> Essas teorias se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade).



como não pode servir de base para a construção de uma argumentação jurídica —, abriram um novo campo de investigação: demonstração de “como as decisões jurídicas se justificam de fato” e também “como deveriam ser justificadas”, ou seja, “partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas”.<sup>477</sup>

De fato, conforme observação feita por Thamy Pogrebinschi, “com o constitucionalismo moderno, entra em cena a exigência de segurança jurídica e, com ela, a necessidade de que as decisões judiciais não sejam mais fundadas na autoridade formal e na arbitrariedade”, como se tinha até o Estado Legislativo, passando a ser exigida a fundamentação “na competência epistemológica dos juízes e no seu legítimo papel de arbitrar, em última instância, aquilo que chamamos de razão pública”.<sup>478</sup>

Por fim, no que tange à diferença entre argumentação jurídica e método jurídico, Atienza aduz que, enquanto o segundo é mais amplo, envolvendo diversas operações desempenhadas pelos juristas, a primeira é centrada no discurso justificativo. Assim:

[...] a teoria da argumentação jurídica de nossos dias se ocupa, quase exclusivamente, do discurso justificativo dos juízes, isto é, das razões que oferecem como fundamento — motivação de suas decisões (o contexto da justificação das decisões), e não da descrição e explicação dos processos de tomada de decisão (o contexto da descoberta) que exigiriam levar em conta fatores do tipo econômico, psicológico, ideológico etc.<sup>479</sup>

### 3.4.1 Teoria padrão da argumentação jurídica

Segundo Manuel Atienza, entre as diversas teorias que surgiram nestes últimos anos, duas — elaboradas por Neil MacCormick e por Robert Alexy — são as que têm maior interesse e constituem o que se pode chamar de “teoria padrão da argumentação jurídica”.

Atienza elucida que:

embora provindo de tradições filosóficas e jurídicas muito diferentes, — no caso de MacCormick, basicamente Hume, Hart e a tradição da *common law* (não apenas a inglesa como também a escocesa); no de Alexy, Kant, Habermas e a ciência jurídica alemã —, eles chegam, no final, a formular concepções da argumentação jurídica essencialmente semelhantes.<sup>480</sup>

<sup>477</sup> ATIENZA, Manuel. **As razões...** Op. cit., p. 22.

<sup>478</sup> POGREBINSCHI, Thamy. O problema da justificação no Direito: algumas notas sobre argumentação e interpretação. In: CAVALCANTI, Antonio (Org.). **Perspectivas atuais da filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 449.

<sup>479</sup> ATIENZA, Manuel. O Direito... Op. cit., p. 56.

<sup>480</sup> Idem. **As razões...** Op. cit., p. 118.

Portanto, diante da relevância desses doutrinadores da argumentação, sem a menor pretensão de exaurir o tema ou de fazê-lo objeto desse trabalho, entende-se por bem pincelar algumas linhas da tese de cada um deles.

### 3.4.1.1 Tese de Neil MacCormick

A teoria da argumentação de Neil MacCormick “objetiva assegurar consequências adequadas de uma maneira que seja tanto consistente quanto coerente com as regras de Direito estabelecidas”, o que significa que sua teoria inclui, necessariamente, “uma abordagem dos princípios e políticas”. Desta forma, “abandona o ceticismo valorativo de Hume e adota uma variante da ‘tese da resposta certa’ de Ronald Dworkin”.<sup>481</sup>

Realmente, o autor, juntamente com Beverly Brown, em ensaio sobre Filosofia do Direito, reconhece a insuficiência da mera existência de um corpo de textos que incorporam normas jurídicas — como resultado do ideal do “primado do Direito”, no sentido de haver um Estado de Direito e um Direito equiparado a leis, fundando em normas claramente identificáveis<sup>482</sup> — para qualquer explicação do Direito socialmente realista, ou para qualquer visão politicamente persuasiva do primado do Direito. Ao final do texto fazem a seguinte provocação:

O código legislativo não se auto-aplica nem auto-interpreta. Para assegurar o primado do direito é necessário ter regras prospectivas conhecidas por todos. Mas, como destaca L. L. Fuller, é necessário que elas sejam interpretadas de uma forma razoável e propositada, e fielmente postas em acção pelos oficiais do estado respectivo. Como se há-de assegurar isto?<sup>483</sup>

De qualquer forma, percebe-se na teoria de MacCormick, em especial na obra “Retórica e o Estado de Direito”, uma aposta institucional que prega a necessidade de reconhecimento, dentro de um Estado de Direito, não somente de regras jurídicas, mas também de moralidade, valores e princípios.

O autor conceitua Direito como “uma ordem normativa institucional”, em que se tem um conjunto de normas organizado e sistemático em sua natureza, que, ao estabelecer padrões, por meio de normas, para as condutas das pessoas, “oferece uma moldura para

<sup>481</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões...* Op. cit., p. 368.

<sup>482</sup> BROWN, Beverly; MACCORMICK. *Filosofia do Direito*. Tradução Rui Vieira da Cunha. *Crítica*. 29 maio 2006. Disponível em: <[http://criticanarede.com/fil\\_direito.html](http://criticanarede.com/fil_direito.html)>. Acesso em: 02 ago. 2011.

<sup>483</sup> *Ibidem*.

entender a vida dentro de um Estado ou de uma dada coletividade como sendo algo organizado, ainda que imperfeitamente”.<sup>484</sup>

Demais disso, demonstra a necessidade da existência de “critérios” para saber: quais são as qualificações exigíveis da pessoa que será competente para julgar; diante de quais circunstâncias a competência será exercida; e quais formalidades processuais deverão ser observadas. Em outras palavras, sustenta a institucionalização do Direito também para assegurar o exercício apropriado do poder. Afirma que:

Uma ordem institucional equivale a uma moldura comum de interpretação compartilhada entre pessoas de um mesmo contexto social. Como uma ordem normativa, ela tem contínua necessidade de interpretação e, como uma ordem prática, tem contínua necessidade de adaptação aos problemas práticos atuais. Tal interpretação envolve interesses e valores de grande importância para os indivíduos e grupos. Por isso, especialmente no contexto de um julgamento, ela é acompanhada de uma prática argumentativa, por um processo de tomada de decisões entre argumentos rivais envolvendo questões de interpretação e de tomada prática de decisão.<sup>485</sup>

Em suma, MacCormick entende que “há valores morais e específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional, para o bem da paz e da previsibilidade entre os seres humanos, e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles”.<sup>486</sup>

Portanto, e isso se justifica no contexto do constitucionalismo contemporâneo, MacCormick se afasta do positivismo exclusivamente normativista na medida em que compreende que os valores morais estão presentes no sistema jurídico, justamente porque dentro dele há princípios que servem para realizar esses valores. Reconhece, assim, que não é correta a ideia de que o Direito possa ser isento de valor, que se faz presente na postura de avaliação do operador do Direito diante de uma norma.

Entretanto, apesar de sustentar o intercâmbio entre Direito e Moral, por ser indispensável que existam elementos mínimos de respeito pela justiça, essenciais para o reconhecimento de uma ordem normativa como “jurídica”, ressalta que são esferas distintas. Segundo MacCormick:

---

<sup>484</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 7.

<sup>485</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>486</sup> Ibidem, p. 9.

O Direito não tem, é claro, valor moral em si mesmo, pois as regras podem se distanciar consideravelmente de qualquer ideal moral razoável, e até mesmo se afastar da moralidade.

Isso não significa que o Direito seja sempre certo ao passo que a moralidade é incerta. O reverso às vezes acontece. Ainda que o Direito compreenda ou inclua um vasto corpo de regras, ele pode também ser palco de controvérsias e disputas amargas e infundáveis. A interpretação adequada e a aplicação das regras jurídicas, e a prova e a interpretação dos fatos relevantes à aplicação do Direito podem ser questões enormemente problemáticas.<sup>487</sup>

Desta feita, desenvolve uma teoria da argumentação para tentar solucionar, de forma racional, isto é, por meio de razões razoáveis, os problemas de indeterminação que surgem no campo do Direito, não somente nos casos em que inexiste norma jurídica, mas especialmente nos casos em que esta existe, porém gera controvérsia quanto à sua aplicação.

Esclarece, porém, que a defesa de uma argumentação no Direito — que deve existir pelo fato de não ser uma ciência lógica e exata, e que se faz por meio de um processo de avaliação da força relativa de argumentos que demandam um julgamento, sem que se tenha certeza de qual é o mais forte — não é contraditória às ideias de certeza e segurança jurídicas originadas da concepção de Estado de Direito — visto como um conjunto de normas estabelecido e reconhecido para governar os arranjos entre as pessoas na sociedade, inclusive para a realização de valores humanos e morais fundamentais, e que serve para limitar o poder, no sentido de proteger o cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes.

MacCormick deixa bem clara a importância de os tribunais e juízes respeitarem regras estabelecidas na ordem normativa institucional, como um aspecto relevante do Estado de Direito, por meio da justificação das pretensões e das decisões, quando possível, pelo silogismo. Por outro lado, alerta que as “regras não resolvem tudo por si mesmas, pois problemas de classificação, de avaliação, de interpretação, de relevância e de prova podem surgir, e podem ser apontados pelas partes em processos de todos os tipos”.<sup>488</sup> Assim, tendo a aplicação do Direito sido problematizada, os problemas devem ser solucionados e a questão passa a ser “como resolvê-los”.

Nesse sentido, para reconciliar as noções de argumentação e de Estado de Direito, o autor faz uso de *teorias retóricas*, que lançariam luz sobre a natureza da argumentação no Direito, e de *teorias procedimentais*, que ofereceriam a esperança de uma moldura racional aceitável para a argumentação no Direito e em outros campos práticos.

---

<sup>487</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 18.

<sup>488</sup> *Ibidem*, p. 105.

No entanto, a total reconciliação somente ocorre quando se compreende que no contexto jurídico é fundamental a ideia de *coerência*, no sentido de que a solução apresentada deve se fundar em alguma proposição, que pode ser lei e/ou precedente, que seja coerente com as demais proposições estabelecidas pelo Estado. Como afirma o autor:

Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletora de materiais que servem para guiar e justificar tais decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente.<sup>489</sup>

Nesse sentido, o autor, em sua obra “Argumentação jurídica e teoria do direito”, tem como objeto de investigação o processo de raciocínio que é revelado em sentenças publicadas de Tribunais de Justiça nos sistemas jurídicos inglês e escocês. Seu objetivo é duplo: explicar, afirmar e justificar a tese acerca da razão prática e “apresentar uma explicação da natureza da argumentação jurídica como manifestada no processo público de litígios e decisões judiciais referentes a disputas sobre questões de direito”.<sup>490</sup>

Por um lado, admite que um fator determinante na concordância com um “princípio” (premissas gerais e normativas fundamentais) está na natureza afetiva do indivíduo, suas paixões, e que, por isso, variam conforme o aspecto social em que está inserido, e não são em si demonstráveis. Por outro lado, apesar dessa adesão à ideia de um princípio não derivar de um raciocínio de natureza científica, demonstra a relevância da “razão prática”, pois tal adesão é uma manifestação da “natureza racional do indivíduo”, tendo em vista que o ser humano, quando chega a agir, o faz por alguma razão. A aplicação desse tipo de razão para decidir qual é a forma correta de se comportar em situações onde haja escolha é denominada “argumentação prática”.

A argumentação jurídica, por sua vez, apresenta-se como espécie de raciocínio prático e o que importa é “ver como o recurso a normas se justifica em si”. O autor explicita que este “se justifica, em princípio, por referência a princípios fundamentais do discurso racional prático”. Ressalta, ainda, que foi convencido por Robert Alexy, e conseqüentemente por Habermas, de que “pode ser construída uma explanação do discurso racional prático que chegue a uma justificação para instituições legais e para a argumentação jurídica a partir das

---

<sup>489</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica...* Op. cit., p. 33.

<sup>490</sup> Idem. *Argumentação jurídica e teoria do Direito*. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 9-10.

exigências da razão geral prática, e que submeta totalmente a argumentação jurídica aos princípios gerais da racionalidade prática”.<sup>491</sup>

MacCormick identifica, porém, vários problemas nos processos de aplicação de normas, o que demanda a análise de “argumentos de princípios no passado (e no futuro) para solucionar dificuldades acerca das normas e de sua correta aplicação e interpretação”. Diante disso, se opõe à utilização do raciocínio dedutivo como suficiente para a justificação jurídica. Afirma que:

[...] a argumentação a partir de normas somente pode nos levar até certo ponto; e é inerente à própria natureza do direito que as normas com frequência fiquem aquém de sua própria virtude essencial, revelando-se vagas para um determinado contexto prático. [...] os problemas de interpretação, de classificação e de pertinência são endêmicos no pensamento jurídico e nos processos da lei. As modalidades de raciocínio prático que podem ser desenvolvidas para solucionar esses problemas são, portanto, um tópico para estudo mais detido em qualquer tentativa de elucidar a plena complexidade da argumentação jurídica.<sup>492</sup>

Realmente, é possível que a argumentação puramente dedutiva<sup>493</sup> sirva de justificação conclusiva de uma decisão, entretanto, em razão da complexidade das situações, não consegue responder a todos os casos. Isso se verifica, entre outros motivos, porque “a justificação por dedução ocorre dentro de uma estrutura de razões de sustentação que ela mesma não explica”, o que caracteriza um dos limites da justificação por dedução.<sup>494</sup> Assim, a determinação de tais limites é a questão principal na obra do autor.

Nesse passo, alerta que existem casos em que se depara com problemas de (a) interpretação,<sup>495</sup> (b) pertinência,<sup>496</sup> que envolvem questões de Direito, ou (c) classificação,<sup>497</sup> cuja solução deve transcender os limites da argumentação dedutiva.

<sup>491</sup> Entretanto, reconhece que, “isso não significa nem acarreta necessariamente que o direito sempre seja, ou sempre possa ser, perfeitamente determinado; ou que a razão prática possa fornecer respostas determinadas sempre que o direito deixe de estipular uma resposta” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação...** Op. cit.).

<sup>492</sup> Ibidem, preâmbulo, xv.

<sup>493</sup> Uma argumentação dedutiva se propõe a demonstrar que uma proposição — a conclusão da argumentação — está implícita em alguma(s) outra(s) proposição(ões), as “premissas” da argumentação. Ela “será válida se, não importa qual seja o teor das premissas e da conclusão, sua forma for tal que suas premissas de fato impliquem (ou acarretem) a conclusão”. Com isso, “seria uma contradição que alguém afirmasse as premissas e ao mesmo tempo negasse a conclusão” (Ibidem, p. 26).

<sup>494</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>495</sup> Quando as normas são “ambíguas em determinados contextos e podem ser aplicadas de um modo ou de outro somente quando a ambiguidade for resolvida”, isso demanda uma escolha entre duas versões rivais da norma e o grande problema está em como essa escolha é justificada (Ibidem, p. 86).

<sup>496</sup> O problema surge quando existem decisões que são “justificadas de um modo que não pode ser representado em termos plausíveis como algo que envolva a simples aplicação de normas do direito já estabelecidas, válidas e obrigatórias”, ou seja, como se houvesse uma norma incontestável a ser aplicada ao fato. Isto é, saber se no Direito é justificável afirmar ou negar alguma proposição ou se a justificação da decisão envolve alguma

Diante das limitações existentes, portanto, conclui que a justificação de uma decisão de um caso particular deve envolver a criação de uma “deliberação” que seja universal ou genérica, podendo-se para tanto recorrer ao conceito de “justiça formal”<sup>498</sup> para argumentação, que é um “princípio essencialmente envolvido em qualquer processo de justificação”.<sup>499</sup> O autor magistralmente ensina que:

O dever que tenho de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica que devo decidir o caso de hoje com fundamentos que eu esteja disposto a adotar para a decisão de casos semelhantes no futuro, exatamente tanto quanto implica que hoje eu devo levar em consideração minhas decisões anteriores em casos semelhantes no passado. As duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal. [...] Ademais, eu afirmaria que a exigência de pensar no futuro é ainda mais rigorosa que a de contemplar o passado, só porque — como vimos — pode haver genuinamente um conflito entre a justiça formal de observância de precedentes e a percepção da justiça substantiva do caso atual. Esse conflito não pode na natureza do caso surgir quando, livre das peias de leis inequívocas ou de precedentes vinculantes, eu decido o caso de hoje com o conhecimento de que com ele devo me comprometer a fixar fundamentos para a decisão dos casos semelhantes de hoje e do futuro. [...] Essa é decerto uma forte razão para eu ter cuidado com meu modo de decidir o caso atual.<sup>500</sup>

Esclarece, pois, que a tese defendida é a de que “a noção de justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual”.<sup>501</sup>

Porém, questiona-se como se pode justificar a criação de deliberações em conformidade com as quais se justificam as decisões concretas e particulares. Esse processo de criação não é arbitrário e, portanto, deve ser justificado. Nesse sentido, tem-se a chamada justificação de segunda ordem, que deve envolver a justificação de “escolhas” entre possíveis

---

proposição geral como fundamento legal suficiente para uma decisão favorável (MACCORMICK, Neil. **Argumentação...** Op. cit., p. 87).

<sup>497</sup> O problema de classificação envolve questões de fato, e apesar de ser bem semelhante ao problema de interpretação, a controvérsia está no “fato”, isto é, em classificar ou não os fatos primários comprovados como pertencentes a alguma categoria de “fatos secundários”, que constitui os “fatos operativos” para uma determinada norma.

<sup>498</sup> O autor acompanha o pensamento de John Rawls e entende que esse conceito de justiça “é formal e abstrato. A exigência formal de justiça consiste em tratarmos casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que lhe é devido. O que várias concepções de justiça oferecem são diferentes conjuntos de princípios e/ou normas à luz dos quais é preciso determinar quando os casos são semelhantes e quando são diferentes em termos materiais, além do que o que é devido a cada pessoa” (Ibidem, p. 93-94).

<sup>499</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>500</sup> Ibidem, p. 96-97.

<sup>501</sup> Ibidem, p. 126.

deliberações rivais, as quais devem ser feitas dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante, o qual impõe algumas limitações óbvias ao processo, que por não ser uma ciência natural inviabiliza, por exemplo, o processo de experimentação como processo de verificação da hipótese.<sup>502</sup>

No entanto, existem pontos de contato com a ciência natural, pois as decisões jurídicas tratam do “mundo real” e o fazem no contexto de toda uma estrutura de “conhecimento” (corpo do sistema normativo). Assim, “as decisões jurídicas devem fazer sentido no mundo e devem também fazer sentido no contexto do sistema jurídico”. É preciso, pois, fazer “a verificação de possíveis deliberações reciprocamente opostas, por meio da comparação de uma com a outra, bem como a rejeição daquelas que não satisfizerem testes pertinentes”.<sup>503</sup>

Nesse passo, é preciso ressaltar que as deliberações legais são “normativas”, ou seja, fixam padrões de comportamento e ordenam as consequências a serem seguidas (não relatam e nem descobrem consequências). Assim sendo, os elementos essenciais dessa justificação dizem respeito ao que faz sentido “no mundo” e “no sistema”.

“Fazer sentido no mundo” envolve argumentos consequencialistas,<sup>504</sup> que são essencialmente de caráter avaliatório, pois indaga sobre a aceitabilidade ou não dessas consequências e, em certo sentido, subjetivo, uma vez que os juízes “podem atribuir pesos diferentes a critérios diferentes de avaliação”.

“Fazer sentido no sistema” parte da ideia básica de que o sistema jurídico deve ser dotado de (a) coesão, ou seja, a deliberação “não pode ser adotada se estiver em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório do sistema”, e (b) coerência, que deve ter como finalidade a busca de um valor ou linha de ação inteligível, para que as normas existentes sejam ou possam ser racionalizadas em termos de princípios mais gerais, cujo teor vai além do âmbito das normas já estabelecidas.<sup>505</sup>

Em suma, a justificação de segunda ordem envolve dois elementos: (1) argumentação consequencialista e (2) argumentação que testa deliberações propostas para verificar a coesão e a coerência com o sistema jurídico existente.<sup>506</sup>

Diante disso, conforme os ensinamentos do autor, é prudente supor que os juízes devam examinar e avaliar as consequências de várias deliberações alternativas que lhe estão

---

<sup>502</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação...** Op. cit., p. 129.

<sup>503</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>504</sup> “Ele considera as consequências de adotar uma deliberação por um lado ou pelo outro, pelo menos até o ponto de examinar os tipos de decisão que teriam de ser tomados em outros casos hipotéticos que poderiam ocorrer e que se enquadrariam nos termos da deliberação” (Ibidem, p. 133).

<sup>505</sup> Ibidem, p. 135.

<sup>506</sup> Ibidem, p. 137.



disponíveis em casos que envolvem os problemas de interpretação, pertinência e classificação. E, citando John Austin, ressalta que é preciso que a decisão seja determinada “por uma reflexão sobre os efeitos que os fundamentos da decisão possam produzir como lei ou norma geral”.

Existem dois tipos de casos que comprovam essa reflexão: (a) o primeiro demanda avaliação quanto às consequências da decisão quando se trata de abrangência e limite da norma aplicada e envolve problemas constitucionais; e (b) o segundo demanda avaliação quanto às consequências da decisão quando se trata de problemas quanto à interpretação que se faz da norma, assim como sua pertinência e classificação, em que a justificação dedutiva não é suficiente. Os problemas deste tipo são demonstrados pelo consequencialismo aleatório para refutar que a opinião de que esse tipo de raciocínio é próprio de casos importantes de primeira linha e de decisões constitucionais.

De fato, o “processo de avaliação de consequências depende muito de seu meticuloso exame à luz daqueles que são considerados os princípios constitucionais fundamentais”.<sup>507</sup>

O primeiro tipo de caso demonstra como são necessários os argumentos consequencialistas nos problemas constitucionais, isto é, nas questões fundamentais que se referem à abrangência e limites da norma de reconhecimento.

A norma de reconhecimento<sup>508</sup> também diz respeito à autoridade dos precedentes, em que a questão é saber quais hão de ter caráter obrigatório e por quê. MacCormick entende que “o defeito de um sistema que trata até mesmo um único precedente como tendo um caráter inarredavelmente vinculante está no fato de ele excluir essa possibilidade de uso da experiência para confirmar ou negar argumentos consequencialistas de justificação de decisões anteriores”.<sup>509</sup> Ademais, aponta “uma fraqueza enraizada numa ‘doutrina de precedentes’ segundo a qual o precedente vinculante de um caso decidido é totalmente independente da força e validade dos argumentos justificatórios empregados no caso”.<sup>510</sup>

De fato, em casos de “erro de argumentação na opinião justificatória proferida pelo tribunal anterior” e de precedente “baseado em princípios que cultuam concepções sociais ou econômicas que tenham sido abandonadas em termos legislativos ou estejam de outro modo superadas”, entende-se que é perfeitamente possível deixar de acompanhar um precedente. Isso enseja, pois, “a reavaliação consequencialista de precedentes e linhas de jurisprudência,

---

<sup>507</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação...** Op. cit., p. 171.

<sup>508</sup> Aquela que possui aceitação geral, por parte dos juízes daquele sistema, que impõe o dever de aplicar normas identificáveis por referência a ela.

<sup>509</sup> Ibidem, p. 174.

<sup>510</sup> Ibidem, p. 175.

cujas justificações originais sejam poucas sólidas ou tenham deixado de ser adequadas às condições sociais contemporâneas”.<sup>511</sup> Nesse ponto, MacCormick é enfático ao dizer que:

Ao examinar elementos consequencialistas em argumentos referentes aos poderes de legislatura e à natureza vinculante de precedentes, estamos estudando COMO os juízes chegam a conclusões a respeito da real aplicação de “critérios de reconhecimento” para “normas válidas de direito” no interior do sistema. [...]

[...] os juízes podem ter, e ocasionalmente podem precisar expressar “razões de sustentação” que justifiquem (a) a aceitação de critérios particulares de reconhecimento e (b) suas deliberações quanto à correta aplicação desses critérios a casos controversos.<sup>512</sup>

Tais razões de sustentação, qualificadas como justificação da decisão, são argumentos cuja “avaliação de consequências pertinentes depende de critérios de ‘justiça’ e de ‘senso comum’ e acima de tudo da referência a princípios constitucionais básicos”. Assim sendo, o que confere a qualidade conclusiva de “justificação” é a “tácita pressuposição do caráter obrigatório do respeito pelos critérios de reconhecimento”. O autor esclarece que:

As justificações por deduções não explanam uma estrutura de valores que fornece a base para que elas sejam tratadas como conclusivas, mas ocorrem dentro dessa estrutura.

[...] O que deve ser essencial ao aspecto interno da “norma de reconhecimento” é algum compromisso consciente de exercer os valores políticos que parecem ampará-la e de sustentar de modo concreto os princípios políticos considerados inerentes à ordem constituída da sociedade em questão.<sup>513</sup>

Já com relação ao segundo tipo de caso, referente aos problemas de pertinência, interpretação e classificação da norma, a avaliação consequencialista de proposições gerais deve ser levada em conta como um elemento essencial da justificação jurídica, sempre que surgir os problemas limitantes da justificação dedutiva. Ademais, o processo de teste dessas possíveis deliberações deve considerar o senso comum, o sentido de justiça de cada um, princípios jurídicos e política de interesse público. Conclui que:

Ao que parece — e que outros exemplos confirmam — as leis têm objetivos racionais voltados para garantir benefícios sociais e evitar males sociais de um modo compatível com a justiça entre indivíduos. E a busca desses valores deveria exibir uma coesão racional, na medida em que as consequências de uma decisão particular estivessem em consonância com os

<sup>511</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação...** Op. cit., p. 176.

<sup>512</sup> Ibidem, p. 178.

<sup>513</sup> Ibidem, p. 178-179.

propósitos atribuídos a princípios afins do direito, [...]. O “senso comum” tem um duplo papel a desempenhar, ao tornar implícito o tipo de consenso contemporâneo aproximado acerca de valores sociais que os juízes consideram pôr em uso; e ao abranger a verificação da compatibilidade de dois objetivos possíveis, para decidir o que torna a busca de um deles “autodestrutiva” no contexto da busca do outro.<sup>514</sup>

A justificação nesses casos não deve ser apenas quanto aos efeitos específicos da decisão sobre o caso concreto, mas a demonstração das consequências pertinentes da deliberação genérica envolvida na decisão de uma forma ou de outra. “Esse modo de procedimento é exigido necessariamente pelo elemento prospectivo no princípio da justiça em decisões judiciais – o tratamento igual para casos semelhantes. Logo, tratar o caso em tela de uma forma pela qual seja justificável tratar casos futuros semelhantes”.<sup>515</sup>

Em suma, MacCormick entende que qualquer estudo da argumentação jurídica é “uma tentativa de perscrutar e explicar os critérios referentes ao que constitui um tipo positivo ou negativo, aceitável ou inaceitável de argumento perante a lei”.<sup>516</sup> A noção essencial, então, é de dar boas razões justificatórias em defesa de decisões, sendo que “o processo que vale estudar é o processo de argumentação como processo de justificação”.<sup>517</sup>

As razões que levam os juízes a uma decisão devem ser aquelas que “façam com que eles aparentem ser o que se espera que sejam: em suma, razões que demonstrem que suas decisões garantem a ‘justiça de acordo com a lei’, e que sejam pelo menos nesse sentido justificatórias”.<sup>518</sup>

A tese da argumentação jurídica, portanto, pretende estabelecer o modo como as decisões deveriam ser justificadas, sempre tendo em mente que as decisões judiciais devem conter um elemento prospectivo no princípio da justiça, no sentido de se utilizar de argumentos consequencialistas para “criar” normas concretas que possam ser utilizadas para casos semelhantes no futuro, deixando, assim, de se pautar somente em decisões passadas (precedentes).

Isso porque, como pondera o autor, tem-se que o processo jurídico se move “por meio de uma cadeia de certezas putativas que são a cada ponto passíveis de questionamento”, de maneira que a ideia de Estado de Direito, sugerida por MacCormick, insiste no direito de defesa de questionar e rebater alegações e argumentos que lhes são apresentados, pois não há “segurança” contra governos arbitrários sem essa liberdade de questionamento. Pondera que:

<sup>514</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação...** Op. cit., p. 192.

<sup>515</sup> Ibidem, p. 193.

<sup>516</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>517</sup> Ibidem, p. 19.

<sup>518</sup> Ibidem, p. 21.

[...] é preciso reconhecer que a representação original do princípio do Estado de Direito como antítese do “Caráter Argumentativo do Direito” consistia em uma afirmação equivocada da ênfase que esse princípio daria à certeza no Direito. Ela não é o único valor presente no Estado de Direito, ainda que consista em um benefício que as pessoas legitimamente esperam que os legisladores e juízes lhes confirem na maior medida possível.<sup>519</sup>

Ademais, os “materiais” considerados como fontes do Direito que servem de base para as soluções jurídicas serão sempre sujeitos a alteração, em especial após o trâmite de um processo judicial em que analisa argumentos da acusação e da defesa.

Desta forma, certeza do Direito é uma “certeza excepcionável (*defeasible*), sujeita a mudanças”, o que comunga com um fundamento comum com o caráter argumentativo do Direito, que é a “concepção do direito de defesa construída dentro da ideologia do Estado de Direito, compreendido como proteção contra a ação arbitrária dos governos”.<sup>520</sup>

MacCormick adota a metodologia da “reconstrução racional”, que visa a estudar a própria atividade de interpretação, e reconhece que “refletir sobre o Estado de Direito é necessariamente engajar-se em um discurso a respeito do que seja digno de valor”,<sup>521</sup> sendo que qualquer tentativa de se produzir uma teoria da argumentação jurídica ou do Direito depende da opinião que se tenha a respeito desse valor.

Não há contradição entre o caráter argumentativo do Direito e Estado de Direito, mas para se chegar a essa conclusão é preciso que não se considerem apenas aspectos estáticos do que se entende por “Estado de Direito” — como certeza e segurança de expectativas —, mas também levar em conta seus aspectos dinâmicos, ilustrado pelo direito de defesa que oportuniza a contestação de todas as alegações. A partir disso, constata-se que, ao invés de configurar-se como antítese, o caráter argumentativo do Direito revela-se um dos componentes do Estado de Direito.<sup>522</sup>

Como aponta o autor, o princípio do Estado de Direito exige que qualquer intervenção em situações particulares seja, e se mostre, sempre fundada “em um direito preestabelecido de algum modo julgado apropriado”. Assim, “a universalização que ocorre no Direito opera em um contexto que já é definido pelo Direito em grande medida, e diz respeito à seleção das questões quando o propósito do Direito estabelecido é questionado ou questionável”.<sup>523</sup>

<sup>519</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 38.

<sup>520</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>521</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>522</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>523</sup> Ibidem, p. 132.

Diante disso, a justificação como “apresentação de razões como razões públicas utilizadas por agentes estatais comprometidos com uma justiça imparcial em todos os casos necessariamente é caracterizada pela universalidade, ainda que excepcionável (*defeasible*)”.<sup>524</sup>

Como aponta o autor:

Regras particulares devem ocupar seu espaço sob os constrangimentos de consistência, coerência e de uma avaliação das conseqüências dentro de um corpo jurídico existente, mesmo que incompleto. Assim, as partes e os juízes têm apenas uma liberdade limitada ao tentarem alcançar uma decisão *justificada como uma conclusão especificamente jurídica* num caso percebido como caso jurídico.<sup>525</sup>

Porém, mesmo tendo o juiz o dever de universalizar a regra dentro do contexto de uma ordem jurídica institucionalizada, isso não significa que a justificação jurídica não tenha fundamento moral. MacCormick, na linha do constitucionalismo contemporâneo, entende que existe uma imbricação entre Direito e Moral, mas entende que, em matéria de indeterminação da razão e de justificação, o fundamento deve se restringir ao sistema jurídico comum. E reconhece:

Isso não garante que a melhor justificativa jurídica para um determinado tipo de caso será sempre a melhor justificativa possível do ponto de vista moral. Dessa maneira, a justificação jurídica, apesar de ser uma prática moralmente justificada, não é a mesma coisa e tampouco conduz às mesmas conclusões alcançadas pela argumentação moral.<sup>526</sup>

Entretanto, ainda que se faça essa divisão, permanece a dúvida quanto ao papel dos valores na argumentação jurídica, em especial quando se pensa no Poder Judiciário. As decisões, apesar da necessidade de serem pautadas no Direito — como conjunto de regras jurídicas —, são aplicadas pela mediação da subjetividade do agente, que deve, por sua vez, ser uma pessoa “razoável” para fazer avaliações críticas das considerações relevantes do caso concreto.

Dessa maneira, o conceito-valor da “razoabilidade” é tido como um parâmetro operativo no Direito, pela pressuposição de que múltiplos fatores estão envolvidos na análise de um caso concreto e que “precisam ser colocados dentro de balanceamento geral de valores”. Em suma, o autor estudado afirma que:

---

<sup>524</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 132.

<sup>525</sup> Ibidem, p. 199.

<sup>526</sup> Ibidem, p. 201.

O que justifica que o Direito recorra a um parâmetro tão complexo quanto a razoabilidade na formulação de princípios ou regras para orientar autoridades públicas e cidadãos é a existência de tópicos para os quais uma pluralidade de fatores valorativos é relevante de um modo dependente do contexto.<sup>527</sup>

Ressalta, porém, que a razoabilidade é um valor de ordem superior que orienta a ação do intérprete num dado contexto no sentido de “identificar os valores, interesses e assemelhados que são relevantes, dado um certo foco de atenção”, o que depende dos “tipos de situação em jogo e de uma visão sobre o princípio ou racionalidade central que estrutura a respectiva área do Direito”.<sup>528</sup>

Diante disso, para que o juiz observe tal parâmetro em sua decisão deve ser feito o “debate sobre o razoável”, o qual depende da participação, de forma dialética, de todas as partes envolvidas no caso concreto, até mesmo diante do aspecto procedimental da argumentação.

Assim, “o julgamento final é proferido por meio de uma avaliação relativa das considerações oferecidas por cada lado”, que devem ser tomadas tanto em separado quanto em conjunto, sendo que “os valores relativos a cada um dos fatores trazidos à consideração podem ser sensíveis ao contexto particular, em vez de permanecerem invariáveis em qualquer caso no qual ocorram”.<sup>529</sup>

A partir dessas noções, torna-se mais fácil entender a razão por que, no Estado de Direito, o ideal da “certeza jurídica” — importante no sentido de dar conhecimento exato das regras existentes no sistema jurídico para que os indivíduos possam cumpri-las com segurança — não é absoluto.

Realmente, não se pode olvidar que, na prática, a solução de impasses ocorre no âmbito do Poder Judiciário, após provocação das partes que pleiteiam a atuação do poder coercitivo do Estado. Aliás, é esse mesmo Estado de Direito que garante ao indivíduo o direito de demanda, bem como o direito de defesa quando se é demandado, o que confere ao processo um caráter dialógico, de afirmação *versus* negação, por meio de inúmeras intervenções permitidas às partes.

Em razão desse aspecto pragmático do processo, MacCormick lança mão da ideia de *defeasibility*, no sentido de que apesar de, inicialmente, ter-se um arranjo, ou estado de coisas, construído com base em certos eventos e regras jurídicas e com aparência de validade, é

---

<sup>527</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 227.

<sup>528</sup> Ibidem, p. 234.

<sup>529</sup> Ibidem, p. 243.

possível que, após a intervenção da outra parte, este se torne aberto a contestação e passível de perder sua validade. Isto significa que “o arranjo (ou seja lá o que for) em questão é excepcionável (*defeasible*), e os eventos invalidantes provocam a exceção (*defeasance*)”.<sup>530</sup>

Em outras palavras, o “direito” é um fato institucional que existe somente se houver o preenchimento de todas as condições, que podem ser expressas ou não, exigidas num caso concreto, sem qualquer tipo de questionamento. A atribuição do direito pode ser excepcionada, a depender do questionamento da outra parte e da avaliação do juiz. Aduz que:

Seja como for, o sopesamento de princípios e valores contra regras expressas, com o objetivo de determinar se eles dão suporte a uma exceção, é, sob qualquer perspectiva, uma questão de julgamento. Algum tipo de discricionariedade está envolvido aqui. A única questão em aberto é saber se isso implica uma escolha judicial puramente subjetiva, ou um julgamento que envolve fatores, em princípio, objetivos. A melhor resposta parece ser a de que há fatores objetivos aqui, mas eles são necessariamente mediados pela subjetividade judicial. O processo é de determinação, não de dedução.<sup>531</sup>

Portanto, a teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick possui como moldura as regras jurídicas do sistema, mas também prevê expressamente o recurso a princípios e valores. Dessa forma, não isola o Direito da Moral, muito embora entenda que nos casos de indeterminação seja possível se utilizar “certa” discricionariedade,<sup>532</sup> que não é pautada somente no argumento de autoridade, por ser limitada pela necessidade de embasamento em fatos objetivos, bem como a justificação da decisão.

Em suma, entende que “o objetivo do Direito e da argumentação jurídica é conferir maior determinação às coisas que nossas ideias gerais de razoabilidade deixariam muito indeterminadas”. Para tanto desenvolve “regras, princípios, fundamentos para decisão, práticas de argumentação”, na tentativa de “assegurar decisões razoáveis e fundamentadas dentro de uma moldura institucional jurídica”.<sup>533</sup>

#### 3.4.1.2 Tese de Robert Alexy

A teoria de Robert Alexy trilha o mesmo caminho que a de Neil MacCormick, porém,

<sup>530</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica...** Op. cit., p. 311.

<sup>531</sup> Ibidem, p. 322.

<sup>532</sup> A rigor, de discricionariedade não se trata, mas sim de eleição de certa postura que, após esse momento, é considerada como a única correta, e que é revisível por outras esferas jurisdicionais superiores, diferentemente do que ocorreria se se tratasse de discricionariedade cuja marca, no conceito tradicional, é justamente a irrevisibilidade.

<sup>533</sup> Ibidem, p. 360.

ao contrário deste, que parte do caso concreto das instâncias judiciais para o geral, Alexy parte da projeção de uma teoria da argumentação prática geral para chegar ao campo jurídico.

Em razão de vários motivos — tais como a imprecisão da linguagem jurídica, a possibilidade de conflitos entre normas, a possibilidade de casos que requeiram uma regulamentação jurídica, por não existir norma válida existente, ou a possibilidade de decisão que contraria a literalidade da norma —, Alexy entende que muitas vezes a decisão jurídica que põe fim a uma disputa judicial não se segue logicamente das formulações das normas jurídicas que se supõem vigentes em um sistema qualquer, juntamente com os enunciados empíricos que se devam reconhecer como verdadeiros ou provados.

Nesses casos, resta ao intérprete escolher entre várias soluções para determinar qual enunciado normativo singular é afirmado ou é ditado como enunciado (decisão sobre o que deve ou pode ser feito ou omitido). A escolha de preferência por determinado caminho, em oposição a outros, envolve uma *valoração* ou *juízo de valor*.

A tese proposta pelo autor é que os valores moralmente corretos devem orientar de forma relevante o sentido jurídico adotado pelo aplicador do Direito. Nesse sentido, sua teoria pretende, entre outras coisas, oferecer um modelo que leve em conta os precedentes, isto é, os resultados e convicções já discutidos e aceitos no passado, mas deixa espaço para critérios de correção destes resultados.<sup>534</sup>

Para tanto, dispõe-se a analisar esse tipo de “argumentação jurídica” como um “discurso prático”, uma vez que é “uma atividade linguística da correção dos enunciados normativos”. Entretanto, por ter a liberdade de escolha limitada pela lei, precedente e dogmática e, no caso do processo, pelas leis processuais, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral.

A tese central de Alexy é “considerar o discurso jurídico, a argumentação jurídica, como um caso especial do discurso prático geral, isto é, do discurso moral”. Essa tese “afirma que é necessário interpretar a racionalidade jurídica de acordo com a teoria do discurso”.<sup>535</sup> O autor explicita sua própria teoria ao dizer que:

O núcleo da tese do caso especial consiste, por isso, em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico, mas esta, diferentemente do discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no ordenamento

---

<sup>534</sup> ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 40.

<sup>535</sup> *Ibidem*, p. 309.



jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas. Mas o que é uma fundamentação racional no ordenamento jurídico vigente?  
Para responder a isso, é preciso traçar as linhas fundamentais da teoria da argumentação jurídica.<sup>536</sup>

Essa “teoria do discurso é uma teoria procedimental”, segundo a qual “uma norma só é correta se pode ser o resultado de um procedimento definido através das regras do discurso”.<sup>537</sup> Demais disso, ela “não leva à conclusão de ser correto qualquer resultado de uma comunicação linguística, mas apenas o resultado de um discurso racional”, sendo certo que essa racionalidade “se define por meio da observação de regras do discurso”,<sup>538</sup> que devem ser observadas por todos os participantes. Dessa forma, “a teoria do discurso pretende tornar factível a argumentação racional tanto quanto possível, também no campo especificamente valorativo”.<sup>539</sup>

Trata-se de uma teoria mais articulada e sistemática, que não pretende simplesmente elaborar uma teoria normativa de argumentação — no sentido de distinguir os bons dos maus argumentos —, mas também uma teoria que seja analítica — que penetre na estrutura dos argumentos — e descritiva — que incorpore elementos de tipo empírico.

A teoria de Alexy, pois, “significa, por um lado, uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático habermasiano<sup>540</sup> e, por outro lado, uma extensão dessa tese para o campo específico do Direito”.<sup>541</sup>

As exigências de liberdade e simetria, que Habermas estipula para a viabilização de um “consenso racional” entre os participantes de um “diálogo”, constituem o conteúdo das regras do discurso racional, que Alexy denomina de “regras de razão”. A adoção de tais regras, que compõem a *teoria do discurso prático racional geral*,<sup>542</sup> “deve ser suficiente para

<sup>536</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 217.

<sup>537</sup> Ibidem, p. 289.

<sup>538</sup> Ibidem, p. 290.

<sup>539</sup> Ibidem, p. 291.

<sup>540</sup> Atienza esclarece que para Habermas, quando se problematiza as pretensões de verdade ou de correção ocorre a passagem da ação comunicativa para o discurso, a fim de dar razões para fundamentar suas asserções como verdadeiras (discurso teórico) ou como corretas (discurso prático). O discurso, ou seja, a argumentação, não se resume a um encadeamento de proposições, mas é também um tipo de interação, de comunicação, pela qual todos os participantes tentam chegar a um acordo sobre a validade ou não das pretensões problemáticas. Submetem, pois, a uma “coação não-coativa do melhor argumento”, com a finalidade de chegar a um consenso racional, numa situação de total liberdade e simetria. Desse modo, o discurso “remete a uma situação ideal de fala ou de diálogo” (ATIENZA, Manuel. *As razões...* Op. cit., p. 162-163).

<sup>541</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>542</sup> Teoria formada por 5 grupos de um total de 22 regras, assim como um quadro de 6 formas de argumentos.

que o resultado fundamentado na argumentação possa estabelecer a pretensão de correção”.<sup>543</sup>

Nas palavras de Alexy:

O ponto decisivo é que, se a máxima medida de racionalidade possível deve ser realizada, estes argumentos devem estar presentes em uma estrutura comunicativa. Como devem ser interpretados, sopesados e modificados os interesses, é uma questão do (ou dos) respectivamente afetado(s). Quem se opõe a isso, não respeita a autonomia do outro. Fica, assim, nítido que há duas coisas que conduzem a uma necessária estrutura comunicativa da ação de fundamentar: em primeiro lugar, a possibilidade de ponderação e modificação das interpretações de interesses, com base em argumentos, que se mostrem necessárias se se deseja um correto e, por isso, justo equilíbrio de interesses; e, em segundo lugar, a exigência de levar a sério os outros enquanto indivíduos.<sup>544</sup>

Manuel Atienza alerta, porém, para a existência de uma dupla limitação do discurso prático geral. A primeira refere-se à impossibilidade de se alcançar um acordo para cada questão prática — problema de conhecimento —, o que se deve a algumas razões.<sup>545</sup> A segunda está relacionada ao fato de que, ainda que houvesse um acordo, nem todo mundo estaria disposto a segui-lo — problema de cumprimento —, em razão da distinção que existe entre a formação do juízo e a formação da vontade (saber o que é certo não significa necessariamente estar disposto a agir nesse sentido). Atienza ressalta que:

Essa dupla limitação suscita a necessidade de estabelecer um sistema jurídico que sirva, em certo sentido, para preencher essa lacuna de racionalidade. Assim, o Direito é justificado em termos discursivos, tanto na sua dimensão propriamente normativa, isto é, como um conjunto de normas (como veremos depois, de regras e princípios) que movendo-se dentro do campo do discursivamente possível, fazem com que aumente a possibilidade de resolução de questões práticas, quanto na sua dimensão coativa isto é, na medida em que suas normas podem se impor, também, a quem não está disposto a segui-las de bom grado.<sup>546</sup>

Diante disso, a teoria de Alexy aponta a necessidade de acrescentar “procedimentos jurídicos” ao procedimento do discurso prático geral, tais como: (i) criação estatal de normas

<sup>543</sup> Ressalve-se, entretanto, que como essas “regras não prescrevem de quais premissas devem partir os participantes do discurso” — que continua sendo as convicções normativas, interesses e interpretações de necessidades, e informações empíricas dos participantes — são possíveis diferentes resultados. Ademais, tais regras “definem um processo de decisão em que não está determinado o que se deve tomar como base da decisão e em que nem todos os passos estão prescritos” (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 47).

<sup>544</sup> Ibidem, p. 297.

<sup>545</sup> Por exemplo: algumas regras do discurso só podem ser cumpridas de modo aproximado; nem todos os passos da argumentação estão determinados; todo discurso deve começar a partir das convicções normativas dos participantes, que estão determinadas historicamente e são, além do mais, variáveis.

<sup>546</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões...* Op. cit., p. 171.

jurídicas, para selecionar apenas algumas das normas discursivamente possíveis, o que, entretanto, não é suficiente para garantir que todos os casos possam ser resolvidos de forma puramente lógica; (ii) argumentação jurídica ou discurso jurídico, que também tem seus limites, porque não proporciona sempre uma única resposta correta para cada caso, o que demanda um novo procedimento que preencha a lacuna de racionalidade; e este, por fim, se consolida no (iii) processo judicial, ocasião em que, após sua conclusão, resta apenas uma resposta entre as discursivamente possíveis.

Portanto, tanto o discurso prático geral como o discurso jurídico (caso especial), discutem questões práticas (fundamentação de enunciados normativos) e têm, portanto, a “pretensão de correção”.<sup>547</sup>

Com relação ao conceito de correção, como ideia reguladora, no âmbito de um discurso ideal, Alexy aduz que este “não pressupõe que exista para cada questão prática uma resposta correta que deve ser descoberta”, mas que a “única resposta correta é a finalidade a que se deve aspirar”, pois os participantes em um discurso prático “devem formular a pretensão de que sua resposta é a única correta” (caso contrário, seriam sem sentido suas afirmações e fundamentações). Nesses termos, “a teoria do discurso tem como base uma concepção absolutamente procedimental de correção”.<sup>548</sup>

Já no que tange ao âmbito do discurso real, “o conceito de correção procedimental relativa corresponde à possibilidade discursiva”, cuja relatividade se refere às regras do discurso, ao seu cumprimento, aos participantes e à duração do discurso. Assim, “a aplicação das regras do discurso não leva à segurança em toda questão prática, mas a uma considerável redução da existência de racionalidade”.<sup>549</sup>

Porém, como ressalta Alexy, “no caso do enunciado jurídico a pretensão é a de que ele seja racionalmente fundamentável sob a consideração das condições limitadoras”, ou seja, “em uma decisão judicial se formula necessariamente a pretensão de que o Direito se aplica corretamente, ainda que essa pretensão possa cumprir-se em muito pouca medida”.<sup>550</sup> Nesse

---

<sup>547</sup> Quer-se dizer que não é admissível afirmar algo e depois se negar a fundamentá-lo, sem indicar razões para isso, ou seja, ambos formulam uma pretensão de correção, que se pode satisfazer certamente de diversas formas. Segundo Hermes Zaneti Júnior, “trata-se de uma regra pensada para solucionar o dilema entre direito e moral. A pretensão de correção significaria, nesse quadro, o comprometimento com a aporia fundamental do direito: a justiça”. Contudo, a pretensão de correção não se confunde com a moral. “A pretensão de correção se insere no movimento mais amplo da racionalidade prático procedimental. Não se trata de adotar uma moralidade objetiva ou da aceitação de um texto legal como resposta justa, verificado apenas quanto à sua validade e eficácia. Trata-se de buscar, mediante o procedimento discursivo, a solução mais adequada” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 109-110).

<sup>548</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 300.

<sup>549</sup> Ibidem, p. 301.

<sup>550</sup> Ibidem, p. 310.

caso, “é preciso determinar mais exatamente as regras segundo as quais se tem de considerar as condições delimitadoras e as formas de argumentos que podem ser tomadas como referência”.<sup>551</sup> Como afirma Atienza sobre a teoria da argumentação jurídica de Alexy:

No discurso jurídico não se pretende sustentar que uma determinada proposição (uma pretensão ou “*claim*”, na terminologia de Toulmin) seja mais racional, e sim que ela pode ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente. Assim, por um lado, o procedimento do discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral e, por outro lado, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico [...].<sup>552</sup>

Alexy distingue dois aspectos da justificação nos discursos jurídicos: justificação interna — pela qual se verifica “se a decisão se segue logicamente das premissas que se expõem como fundamentação”,<sup>553</sup> sendo que os problemas que surgem são discutidos sob o nome de “*silogismo jurídico*” — e justificação externa — cujo objeto é a correção, isto é, a “fundamentação das premissas usadas na justificação interna”,<sup>554</sup> as quais podem ser de tipos bastante diferentes, às quais correspondem diferentes métodos de fundamentação.

Desta feita, a fundamentação é diversa para cada tipo de premissa. Quando esta for: (a) regra de direito positivo, a fundamentação pretende mostrar conformidade com os “critérios de validade do ordenamento jurídico”; (b) enunciado empírico, a fundamentação recorre à escala completa de formas de proceder (métodos de ciências empíricas, máximas da presunção racional, regras de ônus da prova no processo); e, por fim, (c) premissa que não é nenhum dos casos anteriores, a fundamentação se encontra na “argumentação jurídica”.

As regras de justificação e formas específicas de argumentos do discurso jurídico (argumentação jurídica)<sup>555</sup> concentram-se em seis grupos e exprimem a sujeição deste discurso: (i) à lei (cânones de interpretação), (ii) à dogmática jurídica (argumentação da Ciência do Direito), (iii) aos precedentes judiciais, (iv) à argumentação prática geral (razão), (v) à argumentação empírica, e (vi) aos argumentos jurídicos especiais (argumento *a contrario*, analogia e redução ao absurdo).

<sup>551</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 48.

<sup>552</sup> ATIENZA, Manuel. *As razões...* Op. cit., p. 172.

<sup>553</sup> As regras dessa justificação submetem-se ao princípio da universalidade, ou seja, sua subordinação ao princípio de justiça formal de tratar igualmente o igual (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 277).

<sup>554</sup> A tarefa da justificação externa é a análise lógica das formas de argumentação que se reúnem nesses grupos, tendo esta análise como principal resultado a compreensão da necessidade e possibilidade de sua vinculação.

<sup>555</sup> As disputas jurídicas não submetem todas as questões à discussão, pois são feitas com algumas limitações, que são diferentes nas diversas formas de discussão, sendo que a mais livre está no âmbito da “Ciência do Direito” e a mais limitada está no “processo”.

Desta feita, “não se pretende que as afirmações jurídicas e decisões judiciais sejam mais corretas, mas apenas que são corretas de acordo com a ordem jurídica vigente; isso ocorre se se podem fundamentar racionalmente levando em conta a lei, o precedente e a dogmática”.<sup>556</sup>

A presente teoria da argumentação jurídica “surge da debilidade das regras e formas do discurso prático geral”, bem como do fato de as normas jurídicas não solucionarem todos os problemas, dando origem a lacunas, o que leva à necessidade de se introduzir formas e regras especiais de argumentação, para se “limitar ainda mais a área do possível discursivamente”.<sup>557</sup> Isto é, para além do “trajeto do discurso prático através da institucionalização do processo da legislação até o discurso jurídico”, fica clara a necessidade de outro passo: “a institucionalização da forma o mais racional possível de processo judicial”,<sup>558</sup> para resolver as questões abertas e pendentes no discurso jurídico, a fim de preencher racionalmente as lacunas do sistema jurídico. Porém, este sempre permanece dependente da racionalidade e argumentação prática geral.

Essa teoria não tem por objetivo garantir “um procedimento que garanta a segurança do resultado”, mas sim conferir um caráter racional à Ciência do Direito, por meio do cumprimento de uma série de condições, critérios ou regras. A identificação e a tentativa de exposição dos critérios mais fortes são o objeto de estudo de Alexy, que pretende entender o que seja a argumentação jurídica racional para que haja sua compreensão teórica.

O conceito de argumentação jurídica se dá pela descrição de uma série de regras, denominadas *regras de razão*, para que, ao final, se alcance o resultado “correto” e, portanto, tais regras se caracterizariam como um critério de correção, ainda que hipotético, para as decisões jurídicas.

Entretanto, além disso, essas regras contêm “exigências sobre as argumentações que ocorrem de fato”, de maneira que “constituem um critério para a análise das limitações necessárias na busca da decisão jurídica, por exemplo, no processo”, bem como oferecem critérios para a racionalidade das decisões. Alexy conclui que:

Com tudo isso, não fica ainda afastada a possibilidade de uma lei irracional ou injusta, também em um sistema jurídico dotado de jurisdição constitucional desenvolvida e/ou que permite nos casos difíceis decisões contra o teor da lei. Por isso, o discurso jurídico desempenha um papel essencial na decisão da justiça constitucional ou na fundamentação de uma decisão *contra legem*. [...]

---

<sup>556</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 310.

<sup>557</sup> Ibidem, p. 275.

<sup>558</sup> Ibidem, p. 311.

Todo sistema jurídico contém margens que podem ser preenchidas com discursos jurídicos.<sup>559</sup>

Em suma, Robert Alexy vislumbra a necessidade de uma teoria da argumentação jurídica racional por entender que “o juiz deve atuar sem arbitrariedade” e “sua decisão deve ser fundamentada” e, sendo assim, elabora uma teoria que proporciona um mínimo de verificabilidade da decisão judicial.

### 3.4.2 Interface entre hermenêutica e argumentação jurídica

Diante das ideias apontadas, tem-se que tanto a hermenêutica quanto a argumentação jurídica procuram estabelecer padrões de racionalidade para a compreensão do Direito. Ambas surgiram como movimentos de oposição ao Direito natural e ao positivismo, no sentido de se oporem à compreensão do Direito em um “sistema fechado”, assim como fugir à cientificidade que ameaçava o Direito.

Entretanto, houve certa celeuma entre os seguidores de cada teoria quanto à conciliação entre a hermenêutica e a argumentação jurídica.

Os hermeneutas entendiam a argumentação como um estudo filosófico pouco prático, além do discurso opositor da filosofia da linguagem, “que concebe a analítica como o preciso e único espaço para hermenêutica”. Segundo esta, “a interpretação não deveria seguir métodos, pois o texto não é nada sem o sentido que lhe será atribuído pelo intérprete, e, conseqüentemente, os pilares da hermenêutica estariam separados da metodologia por completo, e até a argumentação jurídica não estaria livre de métodos”.<sup>560</sup>

Por outro lado, os discípulos da argumentação se dizem anti-hermenêuticos, por verem “a hermenêutica como uma metafísica irracional”; porém, equivocam-se, uma vez que a “hermenêutica é racional, ela tão-só se ocupa (total ou parcialmente) de processos irracionais, como é o caso da determinação do direito, segundo a divisa: lidar com o irracional do modo mais racional possível”.<sup>561</sup> Assim, como aponta Eduardo Ribeiro Moreira:

A hermenêutica propiciou as dimensões necessárias para a percepção da pré-compreensão do intérprete — sentido daquilo que buscamos compreender — e da tradição do sujeito — esta, sim, leva em conta os caracteres de formação pessoal do intérprete e evita os preconceitos.

<sup>559</sup> ALEXY, Robert. Op. cit., p. 312.

<sup>560</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo... Op. cit., p. 179.

<sup>561</sup> KAUFMANN, Arthur. Op. cit., p. 154.

O desconhecimento do verdadeiro aspecto filosófico da hermenêutica jurídica, aliado à falsa noção de que a argumentação jurídica era um estudo filosófico pouco prático, contribui para afastar a união dos dois saberes durante longos anos.<sup>562</sup>

Portanto, considerando que as teorias em estudo possuem o mesmo objetivo, percebe-se que as contradições são mais aparentes do que reais. Nas palavras de Arthur Kaufmann “a hermenêutica é uma das muitas possibilidades de lidar com o mundo e, como tal, com o direito, não podendo, por isso, fechar-se perante outras teorias como, por exemplo, a teoria analítica ou a teoria da argumentação”. Ressalta, inclusive, que a própria hermenêutica “aponta para a necessidade dessas teorias”.<sup>563</sup>

Esse autor observa que, na hermenêutica, o sujeito somente “conseguirá dar expressão ao texto” por meio de um processo de compreensão de si mesmo, quando entrar, “ele mesmo, no horizonte da compreensão — com toda a tradição de que é portador”. Assim, “logrará fundamentar argumentativamente aquilo que já ele já tinha antecipado como ‘resultado provisório’ (*‘círculo hermenêutico’* ou *‘espiral’*). A hermenêutica não é teoria da argumentação, mas exige-a”.<sup>564</sup>

Ademais, é de grande importância a argumentação, pois “embora o método, no sentido atribuído pela ciência, seja contestado pela doutrina da hermenêutica filosófica, não há como negar que ele — procedimental ou argumentativo substantivo — afasta as incertezas do Direito”.<sup>565</sup>

Demais disso, “a argumentação jurídica não aprisiona a hermenêutica, mas cria parâmetros de exploração dos atos da fala, contida na interpretação”,<sup>566</sup> o que auxilia na solução dos casos de difícil análise. Nesse sentido, de nada adiantam múltiplos métodos de interpretação se não se sabe qual e quando utilizá-los, sendo que é “a argumentação que dá suporte complementando o ciclo pela justificação da escolha e correção do critério empregado”.

Como elucida Eduardo Ribeiro, não se trata apenas de uma teoria material: a argumentação jurídica, “como visto em Robert Alexy, é procedimental, e busca o incremento da racionalidade prática, e, assim, fornece à hermenêutica a possibilidade de justificação dos métodos, e, sobretudo, elementos para combater os equívocos e apontar os possíveis acertos

<sup>562</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo... Op. cit., p. 178.

<sup>563</sup> KAUFMANN, Arthur. Op. cit., p. 150.

<sup>564</sup> Ibidem, p. 152.

<sup>565</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo... Op. cit., p. 179-180.

<sup>566</sup> Ibidem, p. 179-180.

nos *hard cases*”.<sup>567</sup> Portanto, “a argumentação trabalha intensamente no momento da interpretação”, de maneira que, nesse processo hermenêutico, “os pré-juízos dão elementos para a tomada de decisão justificável ou contestável pela argumentação encontrada”.<sup>568</sup>

Diante dessas considerações, tem-se que a hermenêutica e a argumentação jurídica não são teorias excludentes entre si. Ambas são facetas de uma mesma moeda, ou, melhor dizendo, perspectivas diferentes de se analisar o mesmo objeto, isto é, a aplicação do Direito no caso concreto. É nesse sentido que Margarida Lacombe Camargo adota seu marco teórico:

Nossa ideia é aproximar mais a teoria da argumentação da hermenêutica, ou vice-versa, pois que, em geral, elas são tratadas separadamente. Por isso, situam-nos no que agora tem sido chamado de “tradição tópico-retórica”, relativa às ciências que se ocupam do discurso e da dialética, mais especificamente, das chamadas “ciências do espírito”. Assim, definimos o seguinte marco teórico: a hermenêutica relacionada à compreensão; a decisão jurídica à atividade criadora ou de concretização; o direito circunscrito fundamentalmente ao campo dogmático; a teoria da argumentação como técnica jurídica, para, finalmente, tratarmos da interpretação como processo de intermediação entre a compreensão e a concretização da norma, tendo em vista a fundamentação legitimadora das decisões judiciais.<sup>569</sup>

Nesses termos, a compreensão de um texto (interpretação) tem na hermenêutica sua ferramenta — no sentido de situar na conformidade dos padrões racionais valorativos pela contextualização tempo-espaço —, que, por sua vez, depende da argumentação como “método” de se chegar a uma resposta correta para o caso concreto. Em outras palavras, “o direito consiste na realização de uma prática que envolve o método hermenêutico da compreensão e a técnica argumentativa”.<sup>570</sup>

### 3.4.3 Influência da argumentação jurídica no processo

Com todas as inovações trazidas pelo novo paradigma inaugurado pelo Estado Democrático de Direito, acompanhado do constitucionalismo contemporâneo, houve considerável avanço do estudo do Direito e, naturalmente, consequências na disciplina de Processo Civil.

Progrediu-se, assim, para um Direito Processual Constitucional. Com isso não se está

<sup>567</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo... Op. cit., p. 180.

<sup>568</sup> Ibidem, p. 181.

<sup>569</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 10.

<sup>570</sup> Ibidem, p. 22.



falando apenas das ações constitucionais que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, mas como disciplina que tem como fim último o cumprimento, a efetividade e a garantia da Constituição e de seus valores, o que abrange um estudo aberto e projetivo de toda norma e ações, ainda que infraconstitucionais, que sejam capazes de cumprir com esse objetivo, em um “esforço incessante que se renova e se (re)descobre a todo momento”.<sup>571</sup>

Realmente, como afirma Hermes Zaneti Júnior, não se pode admitir, nesse contexto, “qualquer contrariedade entre a Constituição, sua ideologia democrática, e o processo civil legislado infraconstitucionalmente, muito menos o praticado no fórum e nos altos pretórios”. Isso porque “não há um direito processual da Constituição e um direito processual da lei. Esse é um falso paradoxo. Todo processo judicial ou de direito é processo constitucional”.<sup>572</sup>

Nesse sentido, “o Direito Processual Constitucional deve direcionar a finalidade do processo ao resguardo substancial da Constituição”, uma vez que “deve em primeiro lugar ser o veículo que representa o Direito fundamental e a tutela constitucional”. Tal resguardo “interage diretamente com a hermenêutica (neo)constitucional, já que é esta que descobre, que interpreta as normas de forma a garantir e buscar a força normativa da Constituição”. Eduardo Ribeiro ressalta ainda que:

O processo constitucional no neoconstitucionalismo transcende a verificação das regras (processuais) postas, pois, agora, o processo tem uma finalidade maior do que a relação entre o juiz e as partes envolvidas, “aliás, no que interessa a um processo comprometido com os valores do Estado constitucional, a simples e pura existência de uma relação jurídica quer dizer *absolutamente nada*”.

[...] O processo deve observar, no seu desenvolvimento, a legitimidade do procedimento a partir dos Direitos fundamentais, e não em um sistema sem conteúdo que prisma pela neutralidade. A relação jurídica processual, nos moldes positivistas, está superada, pois não disciplina o processo em torno do seu fim: o conteúdo do processo é o instrumento pelo qual a jurisdição profere ou não a defesa dos Direitos fundamentais.<sup>573</sup>

Outra decorrência direta dessa constitucionalização está no fato de que “os princípios e as cláusulas gerais passaram a constituir, por necessidade hermenêutica, a jurisprudência como uma das fontes primárias, ao lado da lei”, consolidando a concepção de que “o Direito não se reduz ao texto legal”,<sup>574</sup> o que demonstra mais uma vez a superação do positivismo.

Entretanto, no Estado Constitucional contemporâneo, “a necessidade de compreensão

<sup>571</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo... Op. cit., p. 131.

<sup>572</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 172.

<sup>573</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo... Op. cit., p. 131.

<sup>574</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 56.

da lei a partir da Constituição aumenta o risco de subjetividade das decisões judiciais, o que vincula a legitimidade da prestação jurisdicional à sua precisa justificação”, ou seja, “dar-lhe as razões apropriadas” e com isso “assegurar a aceitabilidade racional dessa decisão”.<sup>575</sup>

Nesse ponto é que se percebe “como o processo se entrelaça com a filosofia do Direito e, em especial, com a argumentação jurídica”.<sup>576</sup> É a racionalidade de uma argumentação que fundamenta a decisão judicial, e como todo processo judicial tem argumentação e decisão, há uma íntima relação entre a Filosofia do Direito, no âmbito da teoria da argumentação jurídica, e o processo.

---

<sup>575</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 125.

<sup>576</sup> MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Modelo...* Op. cit., p. 131.

#### 4 PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO: MODELO DE PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Com a derrocada do Estado Liberal e do Estado Social, e com o advento de um Estado Democrático de Direito, inaugurado no Brasil pela Constituição de 1988, tornou-se possível pensar em uma “revolução democrática da justiça” a partir de um “repensar radical das concepções dominantes do Direito”.<sup>577</sup>

Essa nova atitude teórica, prática e epistemológica, que é denominada por Boaventura Sousa Santos de “novo senso comum jurídico”, baseia-se em três premissas: (a) “uma crítica ao monopólio estatal e científico do Direito”, o que demanda alternativas ao dogmatismo jurídico e à teoria positivista do Direito; (b) o “questionamento do caráter despolitizado do Direito e a sua necessária repolitização”; e (c) a ampliação da “compreensão do Direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada”.<sup>578</sup>

Nesse contexto, com o novo marco constitucional que propiciou uma ampliação do rol de direitos, dentre os quais, como já mencionado, o direito de participação, houve uma maior credibilidade no uso da via judicial para a obtenção desses direitos, até mesmo consagrando “princípios e normas constitucionais para além ou ao contrário do que está estabelecido na lei ordinária”.<sup>579</sup> Consolidou-se a onda renovatória do amplo acesso à justiça, que demandava cada vez mais a efetivação do extenso número de direitos previstos constitucionalmente.

Diante disso, a nova visão do Direito, cuja função vai além de regular a sociedade, leva ao questionamento de qual seria sua contribuição para obtenção de uma sociedade mais justa e quais seriam as “condições para a construção de um novo senso comum jurídico e o seu papel para a emancipação social”.<sup>580</sup>

Como visto, a nova onda do constitucionalismo contemporâneo proporciona as bases para essa revolução, principalmente no tocante à repolitização do Direito, à nova hermenêutica e à ampliação da atuação do Poder Judiciário.

Nesse último ponto, importante ressaltar que, apesar das reformas já sofridas por este poder, inclusive com aumento dos poderes do juiz, é preciso, mais que tudo, atualizar a mentalidade dos magistrados e de toda sociedade.

Assim, com o abandono do puro positivismo, deve-se praticar o desapego “às

---

<sup>577</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 14-15.

<sup>578</sup> Ibidem, p. 14-15.

<sup>579</sup> Ibidem, p. 28-29.

<sup>580</sup> Ibidem, p. 33.

formalidades legais, sem preocupação com a justiça”, que, como afirma Dalmo Dallari, “foi uma aplicação degenerada de um preceito muito antigo, enunciado por Platão e desenvolvido por Aristóteles, segundo o qual ‘um governo de leis é melhor do que um governo de homens’”.<sup>581</sup> Dallari pontua que:

Essa concepção de direito é conveniente para quem prefere ter a consciência anestesiada e não se angustiar com a questão da justiça, ou então para o profissional do direito que não quer assumir responsabilidades e riscos e procura ocultar-se sob a capa de uma aparente neutralidade política. Os normativistas não precisam ser justos, embora muitos deles sejam juízes.<sup>582</sup>

Esse posicionamento legalista ao pretender fazer com que as leis sejam servidas pelos homens acaba invertendo a lógica do razoável, “segundo a qual as leis são instrumentos da humanidade”, pois são as leis que devem servir aos homens, com base e conforme sua realidade social.<sup>583</sup>

Dalmo Dallari afirma que, no Direito brasileiro, foi estabelecido e se tornou predominante um culto à legislação, que deve permanecer engessada, na medida em que se reduz o direito àquele positivado em lei. Nesse sentido, essa “atitude de acomodação, conservadora ou mesmo reacionária” é o que provoca o abismo existente entre o direito positivado em lei e a realidade social.<sup>584</sup>

O autor conclui que o “Poder Judiciário envelheceu e o que muitos, dentro dele, veneram como tradições não passa de sinais da velhice”. Assim:

Pelo que se verifica na prática, muitos juízes não aprenderam a advertência de Ruy Barbosa, um dos mais notáveis juristas brasileiros: “A tradição não deve significar o governo dos vivos pelos mortos”. No Judiciário o passado determina o presente, influenciando tanto na forma das solenidades, dos rituais e dos atos de ofício quanto no conteúdo de grande número de decisões. Esse é um dos principais motivos pelos quais há evidente descompasso entre o Poder Judiciário e as necessidades e exigências da sociedade contemporânea.<sup>585</sup>

Não se ignora que essa postura do juiz como “escravo” e mero aplicador da lei, a fim de garantir sua suposta imparcialidade e neutralidade, decorre de antecedentes históricos que ocasionaram uma resistência, por meio do formalismo, aos excessos praticados por juízes, que

<sup>581</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 85.

<sup>582</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>583</sup> Ibidem, p. 87.

<sup>584</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>585</sup> Ibidem, p. 8.

“julgando por delegação do chefe do Executivo e pretextando a necessidade de interpretação das disposições legais, mudavam completamente o sentido e o alcance das leis aprovadas pelo Parlamento, praticamente fazendo uma lei nova”.<sup>586</sup>

Entretanto, essa ressalva não justifica o legalismo formal adotado pelos juízes brasileiros. Como aponta Dalmo Dallari, no Brasil a própria Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4657, de 1942), atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (alteração feita pela lei n. 12.376, de 2010), em seu art. 5º, aduz que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Portanto, “não é possível julgar com justiça aplicando a lei em seu estrito sentido literal, ignorando a mudança do sentido das palavras, das circunstâncias sociais, dos costumes e da própria escala de valores dos povos, influenciados por novas condições de vida e de convivência”. É necessário, pois, “levar em conta a atualização do sentido das palavras”.<sup>587</sup>

Demais disso, é necessário não só considerar as circunstâncias históricas, uma vez que pode “haver grande diferença entre o momento da elaboração da lei e o de sua aplicação”, como também “considerar os valores sociais e os efeitos da aplicação da lei sobre os indivíduos, os grupos sociais ou todo um povo, para que haja aplicação justa”.<sup>588</sup>

Nesse passo infere-se a grande importância da contribuição filosófica do giro linguístico na sedimentação de uma nova hermenêutica constitucional, como demonstrado no capítulo anterior.

Por isso, como resume Dalmo Dallari, “o juiz não só pode, mas na realidade *deve* procurar alternativas de aplicação que, preservando a essência das normas legais, estejam mais próximas da concepção de justiça vigente no local e no momento da aplicação”.<sup>589</sup> Para que se tenha um Tribunal (Poder Judiciário) de “justiça” e não de mera “legalidade”:

Será mais fácil agora, não acarretando qualquer risco nem a renúncia a princípios éticos e jurídicos, inovar aplicando a Constituição, fazer a complementação das disposições legais já existentes, para adequá-las ao caso concreto, tomando por base os princípios e as normas gerais já integrados na legislação. É perfeitamente possível fazer isso com base no direito já existente, sobretudo na Constituição, sem a necessidade de substituir o legislador.<sup>590</sup>

<sup>586</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder...** Op. cit., p. 99.

<sup>587</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>588</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>589</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>590</sup> Ibidem, p. 102.

Realmente, Nicola Picardi ressalta que para além da desvalorização da lei, em razão da inflação legislativa derivada da passagem de um Estado Liberal para Estado Social mais interventivo — o que comporta “um desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinações: quanto mais regras, maior a possibilidade de antinomias e de contradições internas do ordenamento” —, tem-se também “várias formas de inatividade do legislador”, que “representam uma das principais causas que estão na origem do deslocamento dos poderes ao judiciário”.<sup>591</sup>

Demais disso, é inconteste que a lei possui uma textura aberta. Assim, a fim de ajustá-la às diversidades dos casos concertos ou mantê-la atualizada à realidade social com o passar do tempo, “o legislador é levado com maior frequência a adotar técnicas legislativas elásticas, flexíveis e matizadas”. Nesse movimento de se deixar espaços para escolhas integrativas, por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, dentre outros, acaba-se “por delegar ao juiz escolhas que o legislador não pode ou não quer fazer”.<sup>592</sup>

Dessa forma, como afirmam Alexandre Coura e Silvagner Andrade, “juízes e tribunais, conscientes da indeterminação estrutural do Direito, podem assumir o compromisso de preservar e conciliar dois pilares no processo decisório, quais sejam: a observância do direito vigente e a busca pela justiça da decisão”.<sup>593</sup> A partir disso, é possível desconstruir o falso dilema Direito *versus* Justiça, desde que se leve em conta a “nova hermenêutica” como estratégia para efetivação da Constituição no paradigma do Estado Democrático de Direito. Conforme os autores:

Com efeito, no que se refere à nova postura do Judiciário, em que se busca a realização de justiça, considerar o contexto e os fatos que integram a situação de aplicação normativa, nada mais correto. Contudo, a pretendida justiça igualmente depende de que tais decisões sejam tomadas de acordo com o sistema jurídico vigente, concebido de forma mais aberta, e não apenas como um sistema fechado de regras.<sup>594</sup>

Nesses termos, é preciso discutir e enfrentar democraticamente os riscos da postura proativa e criativa do Judiciário diante de um sistema aberto, que comporta regras e princípios, em que o direito possui uma estrutura reconhecidamente indeterminada.<sup>595</sup>

Somente com um processo de interpretação constitucional — a nova hermenêutica já tratada em outras paragens — é que será possível estabelecer o sentido de uma norma,

<sup>591</sup> PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 6.

<sup>592</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>593</sup> COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Op. cit., p. 5.871.

<sup>594</sup> Ibidem, p. 5.871.

<sup>595</sup> Ibidem, p. 5.872.

independentemente do seu grau de detalhamento, de forma alinhada os princípios constitucionais, a fim de assegurar a efetividade dos direitos e garantias fundamentais no caso concreto.

Com base nessas ideias, Alexandre Coura afirma que, “se a particularidade do caso justificar, para o fim de efetivação do sistema constitucional”, o juiz, desde que bem fundamentando sua decisão, poderá alterar o sentido geral da regra “para preservação dos princípios que ela densifica, o que, em última análise, significa observar às máximas da norma, e não descumpri-la”.<sup>596</sup>

Assim, essa nova hermenêutica, que desenha um novo formato de interpretação constitucional “é uma via de mão dupla, na medida em que a Constituição filtra a interpretação das normas infraconstitucionais ao mesmo tempo em que a aplicação dessas normas configura instrumento para a efetivação da Constituição, com a afirmação do sistema de direitos e garantias fundamentais a cada decisão”.<sup>597</sup>

Torna-se imprescindível aqui, como se verá, legitimar a tutela jurisdicional pela racionalidade e adequabilidade constitucional da argumentação jurídica constante na parte da fundamentação da decisão judicial, bem como observar o modo do juiz decidir, “num constante processo de reflexão acerca das pré-compreensões que as informam e conformam”. Em suma, “ganham relevo as razões que fundamentam a decisão judicial e as garantias processuais atribuídas às partes, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, para a efetivação de um controle social também em face da jurisdição”.<sup>598</sup> Nesse sentido:

Vale destacar que importa, nesse viés, não apenas o conteúdo da decisão, que poderá agradar alguns e desagradar outros. Para afirmação da validade da decisão, o que dependerá de um controle social e democrático da fundamentação, deverão ser analisados criticamente os pressupostos do juiz acerca do seu papel, especialmente em relação ao seu sentido de direito e de Constituição, refletidos na decisão. Tais pressupostos respaldarão ou não a decisão, permitindo considerá-la um provimento racionalmente sustentável ou uma decisão inválida, conforme os fundamentos apresentados na motivação, exigência do art. 93, inciso IX, da nossa Constituição.<sup>599</sup>

Tem-se, pois, que nos dias de hoje verifica-se uma revalorização do momento jurisprudencial do Direito. Nas palavras de Nicola Picardi, “constitui convicção difundida que

---

<sup>596</sup> COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Op. cit., p. 5.875.

<sup>597</sup> Ibidem, p. 5.875.

<sup>598</sup> Ibidem, p. 5.872.

<sup>599</sup> Ibidem, p. 5.874.

a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social pertença também ao juiz”, além de que muitos consideram, sob diversos matizes, que a obra judicial pode ser vista como “fonte concorrente e instrumental de produção jurídica”,<sup>600</sup> o que demonstra o inegável aumento dos poderes dos juízes e o crescimento da importância do Poder Judiciário no âmbito do constitucionalismo contemporâneo.

Entretanto, como afirma Picardi:

Não é tão importante o poder, e as suas formas de legitimação, quanto o controle do exercício do poder. Ainda que se tenha sido legitimamente investido do poder, não é dito que as ações de quem o exerce sejam, por si só, justificadas. O controle impõe uma adequada organização das instituições, e assim termina necessariamente por compreender — também e sobretudo — o juiz e a jurisdição, a instituição de garantia por excelência.<sup>601</sup>

É nesse contexto da atual fase do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito — denominado Estado Constitucional, o qual demanda o controle do exercício de poder do juiz e do Poder Judiciário — que se passa a analisar o conceito de jurisdição e a nova modelagem de processo civil, que requer a preservação de condições de participação discursiva dos cidadãos na formação da decisão.

#### **4.1 Jurisdição: novo conceito a partir do modelo constitucional**

De tudo que foi até aqui exposto, resta claro que não se pode mais acatar a versão do conceito de jurisdição insculpido no Código de Processo Civil de 1973.

Como já se mencionou em passagem anterior, esse diploma processual teve fortes influências do italiano Giuseppe Chiovenda, que era fiel ao positivismo clássico, apesar de ter conferido uma natureza publicista ao processo. A jurisdição, pois, “é vista como função voltada à atuação da vontade concreta da lei”, sendo que “o verdadeiro poder estatal estava na lei” e “a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador”.<sup>602</sup> Assim, havia nítida separação das funções do Legislativo, como criador do Direito, e do Judiciário, como aplicador do Direito.

Outro enfoque existente na época da codificação era a teoria de Francesco Carnelutti, que “atribui à jurisdição a função de justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência de outro interessado”, ou seja, o

<sup>600</sup> PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 2.

<sup>601</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>602</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 33.



conceito de lide é essencial para definir a existência de jurisdição.<sup>603</sup> Para esse processualista, a lei era, por si só, “insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz” — cuja sentença cria uma norma individual e integra o ordenamento jurídico —, apesar de não se desligar “da ideia de que a função do juiz está estritamente subordinada à do legislador, devendo declarar a lei”.<sup>604</sup>

Entretanto, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, a distinção entre a formulação de Chiovenda e a de Carnelutti “está em que, para a primeira, a jurisdição declara a lei, mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico”, enquanto que, para a segunda, “a jurisdição, *apesar de não deixar de declarar a lei*, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico”.<sup>605</sup>

Não se tem a menor dúvida de que nos idos de 1940 a 1980, período em que vieram à tona os Códigos de Processo de 1939 e 1973, estava em pleno vapor o império do Estado Legislativo, ocasião em que se destacava a importância da atuação do legislador, relegando o juiz a mero aplicador e executor da lei, sem a menor capacidade criadora, nos moldes do juiz “*bouche de la loi*”.

Nicola Picardi refere-se a este posicionamento de jurisdição como se a função do juiz fosse “descobrir” as regras, ditadas pelo legislador. O juiz, “escavando no magma do direito, estendendo e restringindo, integrando ou corrigindo o dado normativo”, desenvolve operações hermenêuticas para encontrar a regra e “declará-la”. O autor aduz que a função judicial assim delineada parte da tese da existência de uma única resposta correta previamente determinada.<sup>606</sup>

Porém, como incansavelmente defendido neste trabalho, vive-se um novo momento, não somente no processo, mas no Direito como um todo, diante da inauguração de um novo paradigma, o do Estado Constitucional. A partir deste, decorrente da onda de um constitucionalismo contemporâneo, cai por terra o difundido “império da lei”, para se ter um “império da Constituição”, que assume uma posição de supremacia frente à lei ordinária. Juntamente com essas modificações, surge a nova hermenêutica que influencia diretamente a atividade do juiz e o conceito de jurisdição.

Realmente, com a revalorização do momento jurisprudencial do Direito destaca-se a tese do poder do juiz como função de “criação” do Direito, como afirma Nicola Picardi:

---

<sup>603</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** Op. cit., p. 35.

<sup>604</sup> Ibidem, p. 36.

<sup>605</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>606</sup> PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 13.

Já há tempos colocou-se em evidência que a atividade do intérprete não pode se reduzir a uma simples “explicitação”, mas é sempre uma contínua “reformulação” da norma, e também se esclareceu que a individualização da regra a ser aplicada no caso concreto, longe de se impor do exterior, é fruto de uma escolha que o juiz desenvolve na interpretação ou aplicação da norma. Hoje é precisado que, no *iter* de formação da sentença, o juiz dispõe de amplos poderes discricionários e, exatamente por meio do exercício desses poderes, é que ele “cria” a decisão.<sup>607</sup>

Desta forma, no Estado Constitucional, não há mais qualquer legitimidade na velha ideia de jurisdição voltada exclusivamente à atuação da lei ordinária. Neste novo paradigma o Direito deixa de ser reduzido à lei infraconstitucional, como foi na era da codificação, pois esta não vale por si só e deve estar adequada aos direitos fundamentais e princípios constitucionais de justiça presentes na Constituição Federal.

Como aponta Marinoni, considerando que “a lei é resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça”,<sup>608</sup> os quais têm qualidade de normas jurídicas constitucionais “vinculantes da interpretação das leis”.

Desta forma, com a superação do formalismo do princípio da legalidade do positivismo jurídico, cabe ao jurista compreender a lei à luz dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais, sendo que tão somente “essa compreensão crítica já é uma tarefa de concretização”. Como explica o autor, “a lei não é mais objeto, porém componente que vai levar à construção de uma nova norma, vista não como texto legal, mas sim como o significado da sua interpretação e, nesse sentido, como um novo ou outro objeto”.<sup>609</sup> Em suma:

O neoconstitucionalismo exige a compreensão crítica da lei em face da Constituição, para ao final fazer surgir uma projeção ou cristalização da norma adequada, que também pode ser entendida como “conformação da lei”.

Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção — e não mais de simples revelação —, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.<sup>610</sup>

---

<sup>607</sup> PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 15.

<sup>608</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** Op. cit., p. 43.

<sup>609</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>610</sup> Ibidem, p. 46.

Nicola Picardi aduz que “nesse contexto o legislador deve resignar-se a considerar as próprias leis como ‘partes’ do direito”, ou seja, “o ‘universo jurídico’ acaba por concretizar-se na atividade argumentativa da classe dos juristas, em uma contínua integração dos sujeitos que compartilham preparação e mentalidade similares”.<sup>611</sup>

Nesses termos, com base nas noções desenvolvidas sobre a influência do giro linguístico na nova hermenêutica é que se compreende que “quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive”.<sup>612</sup>

Isso quer dizer que, no âmbito da jurisdição, a partir do paradigma do Estado Constitucional, o juiz deixa de ser um mero aplicador automático da lei, para ser um intérprete da lei, exercendo essa atividade sempre à luz da Constituição, para fazer valer no caso concreto os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.<sup>613</sup>

Em outras palavras, no Estado Constitucional o juiz “constrói a *norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle de constitucionalidade e adoção da regra do balanceamento” dos direitos fundamentais no caso concreto.<sup>614</sup> Esta “pode ser dita uma *norma jurídica* criada diante das peculiaridades do caso concreto, mas está longe de ser uma *simples norma individual voltada a concretizar a norma geral*, ou mesmo de representar a *criação de um direito*”.<sup>615</sup>

Tem-se, ainda, que cabe à jurisdição “descobrir o que é verdadeiro, correto ou justo a partir do texto da Constituição, da história e dos ideais sociais”. Ou seja, o juiz deve compreender a lei na medida da Constituição, mas “isso não quer dizer que lhe basta ‘declarar’ os valores constitucionais”, pois, “para realizar a função jurisdicional, o juiz, consciente do significado da Constituição, deve atribuir sentido ao caso concreto e, a partir daí, dar tutela concreta ao direito material”.<sup>616</sup>

A tarefa do juiz, pois, passa a ser relacionar o caso concreto com o texto da lei e as normas constitucionais correspondentes para construir a norma jurídica da resolução da lide.<sup>617</sup> Nessa toada, vislumbra-se um novo conceito de jurisdição, a qual:

[...] apenas está zelando para que os direitos sejam tutelados de acordo com as normas constitucionais, para que os direitos fundamentais sejam

---

<sup>611</sup> PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 23.

<sup>612</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 95.

<sup>613</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>614</sup> *Ibidem*, p. 102.

<sup>615</sup> *Ibidem*, p. 104-105.

<sup>616</sup> *Ibidem*, p. 109-110.

<sup>617</sup> *Ibidem*, p. 105.

protegidos e efetivados ainda que ignorados pelo legislador, e para que os direitos fundamentais sejam tutelados no caso concreto mediante a aplicação da regra do balanceamento.

O juiz, ao atuar dessa forma, não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída pelo constitucionalismo contemporâneo, como também, *diante da transformação do próprio conceito de direito*, apenas o *aplica*. Ou seja, no Estado constitucional não há qualquer motivo para a doutrina enxergar aí uma exceção à função de aplicação do direito, como se a aplicação do direito ou a atuação jurisdicional não estivesse subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.<sup>618</sup>

Em suma, o Estado Constitucional inverteu os papéis da lei ordinária e da Constituição e com isso modificou o conceito de jurisdição, que deixa de ser a atividade de declarar o Direito ou de criar a norma individual, como anteriormente entendido pelo positivismo clássico, para ser a atividade de interpretar a legislação a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais.

Demais disso, o juiz não deve se limitar a “editar a norma jurídica”, mas, na qualidade de diretor do processo, “tutelar concretamente o direito material”, isto é, tem o dever de, a partir das regras processuais, extrair “a potencialidade necessária para dar efetividade a *qualquer direito material* (e não apenas aos direitos fundamentais materiais) e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a *qualquer espécie de direito*”.<sup>619</sup>

Diante disso, tem-se que considerando que a essência do Estado contemporâneo é proteger direitos, disso decorre naturalmente a mudança da configuração da função jurisdicional<sup>620</sup>. Marinoni resume que “quando se afirma que a jurisdição tem o dever de tutelar os direitos se quer dizer que a jurisdição tem o dever de aplicar a lei”, diante das situações concretas, “na dimensão dos direitos fundamentais, fazendo sempre o resgate dos valores substanciais neles contidos”.<sup>621</sup>

No entanto, no exercício da jurisdição, essa norma jurídica “construída” pelo juiz, na qualidade de “agente do poder não legitimado pelo voto”, deve ser devidamente justificada, isto é, fundamentada. Isso porque, diferentemente da lei, que é resultado de um embate parlamentar de representantes eleitos pelo povo, a decisão judicial é tomada tão somente pelo juiz.

---

<sup>618</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 105.

<sup>619</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>620</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>621</sup> *Ibidem*, p. 142.

É nesse ponto que se traz novamente à balha a questão, já introduzida no princípio desse trabalho, da legitimidade de tal “criação” do juiz, ou melhor, “decisão judicial”. Segundo Marinoni:

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade de sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito. Ou seja, não basta o juiz estar convencido — deve ele demonstrar as razões de seu convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva.<sup>622</sup>

É fato que se aumenta o risco de subjetividade judicial nas decisões quando se propõe a compreensão da lei à luz da Constituição, mas isso pode ser amenizada com a imposição de uma justificação racional da decisão como condição de legitimidade da atividade jurisdicional. Nesse sentido, Marinoni ressalta que “o problema da legitimidade da tutela jurisdicional, no Estado contemporâneo, está em verificar se é possível justificar a decisão do juiz, ou melhor, encontra-se na definição daquilo que assegura a aceitabilidade racional dessa decisão”.<sup>623</sup>

Segundo Nicola Picardi, o fato de o juiz, ao construir o Direito do caso concreto, exercer uma escolha entre diversas posições não exige o fato de que ele está condicionado por limites processuais e substanciais. Aduz que a imparcialidade e a razoabilidade colocam “o problema dos limites no plano da lógica do juiz, da argumentação e da justificação”, de modo que a objetividade de sua valoração “é assegurada pelo fato de que o juiz procede, sempre, mediante raciocínios argumentativos”. Em outras palavras:

O discurso em torno dos valores pressupõe que o juiz recorra à lógica argumentativa, isto é, às regras e aos critérios de correção do raciocínio jurídico, que não se exaurem nas técnicas interpretativas da lei. Uma vez esgotada toda possibilidade aplicativa dos cânones de interpretação, resta, realmente, vínculos posteriores de argumentação jurídica que servem ainda para assegurar a razoabilidade na valoração dos valores, e — por meio da motivação e da publicidade da decisão — um resultado correto e suscetível de ser controlado.<sup>624</sup>

<sup>622</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 107.

<sup>623</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>624</sup> PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 20.

Em suma, independentemente de se entrar na tese de Dworkin acerca da “resposta correta” para cada caso concreto, “o certo é que não se pode isentar o juiz do dever de demonstrar que a sua decisão é racionalmente aceitável e, nessa linha, a melhor que poderia ser proferida diante da lei, da Constituição e das peculiaridades do caso concreto”.<sup>625</sup>

Diante disso, para remediar a subjetividade judicial na decisão do caso concreto, é imprescindível explicitar a correção da tutela jurisdicional mediante a “argumentação jurídica”, a cargo da jurisdição. Realmente, como afirma Marinoni:

[...] uma decisão não é racional em si, pois a racionalidade da decisão não é um atributo dela mesma. Uma decisão “se mostra” racional ou não. Para tanto, necessita de “algo”, isto é, da racionalidade da argumentação que a fundamenta. Essa argumentação, a cargo da jurisdição, é que pode demonstrar a racionalidade da decisão e, nesse sentido, a “decisão correta” ou a “decisão aceitável”.<sup>626</sup>

Portanto, na “jurisdição” do Estado Constitucional o poder do juiz pode se dizer limitado e controlável, pois “o dever de publicidade tanto quanto o da motivação, enquanto discurso justificativo”, constituem trâmites necessários para a verificação do exercício correto desse poder.<sup>627</sup> E é nesse sentido que se revela a importância do desenvolvimento da argumentação jurídica, a ser analisada no próximo tópico.

#### **4.2 Delineamentos de uma nova ótica processual: racionalidade procedimental da argumentação jurídica e releitura do princípio do contraditório**

É possível, nessa altura, compreender que, no contexto de um constitucionalismo contemporâneo — que trouxe, além de uma maior atuação do Poder Judiciário, uma nova hermenêutica e um fortalecimento da teoria da argumentação jurídica —, é inevitável a aceitação de uma concepção de jurisdição diferente da que se tinha quando da publicação do Código de Processo Civil de 1973, bem como da necessidade da mudança de mentalidade pelos operadores do Direito para um novo modelo de processo civil, de diálogo e cooperação, condizente com um Estado Constitucional.

A fase atual da jurisdição conduz, cada vez mais, a uma “desneutralização política do Judiciário”, uma vez que, diante da “admissibilidade de ponderação de princípios, concretização de direitos fundamentais e controle de políticas públicas indispensáveis à sua

<sup>625</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 126.

<sup>626</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>627</sup> PICARDI, Nicola. Op. cit., p. 20.

realização”, retoma-se a questão da legitimidade da decisão judicial. Isso porque o aumento da abrangência da atuação do Poder Judiciário permite a cobrança “não apenas pelas decisões (jurídicas/políticas) tomadas, segundo a hermenêutica constitucional que adotarem, mas também que as suas decisões encontrem amparo na vontade popular”.<sup>628</sup>

Outro ponto a ser recordado, nesse momento, é a crise da democracia representativa, diante da ascensão de uma democracia participativa. Não se pode mais resumir a democracia à vontade da maioria transferida para representantes eleitos. Ora, “o governo constitucional visa à proteção do conjunto da sociedade, impedindo que a vontade da maioria se sobreponha aos ditames legais ou que oprimam as minorias”, e faz isso por meio “de um *sistema de direitos fundamentais* que serve como critério último de validade de toda a ordem jurídica”,<sup>629</sup> dentre os quais o direito de participação. Essa democracia participativa, por sua vez, conduz a uma maior atuação do Poder Judiciário, como um “defensor objetivo e independente da ordem constitucional”.<sup>630</sup>

Não se questiona, assim, que a jurisdição “representa a *grande invenção contramajoritária*, na medida em que serve de garantia dos direitos fundamentais e da própria democracia”.<sup>631</sup> Realmente, “no Estado Democrático de Direito, há a *garantia de contestabilidade*, inerente à noção de contrato social, que permite que o Judiciário”, por meio da razão pública, “evite que a lei seja corroída pela legislação das majorias transitórias ou por interesses estreitos, organizados e bem posicionados, hábeis na obtenção de resultados que não se coadunam com o bem-estar comum da sociedade”.<sup>632</sup> Nas palavras do autor acima citado:

[...] Cabe à justiça constitucional verificar se, em determinado caso concreto, deve ser restringido um direito fundamental, face a prevalência de outro que apresente peso específico maior, cuja limitação deve se dar por razões de justiça compartilháveis por qualquer pessoa razoável, não apenas pela concepção particular do *bem* ou da *vida virtuosa* dos titulares do poder. A jurisdição, no Estado contemporâneo, ao contrário do que pregava Giuseppe Chiovenda, não é mais simplesmente a sujeição dos juízes às leis, mas é também análise crítica do seu significado em conformidade com os padrões de legitimidade constitucionais.<sup>633</sup>

<sup>628</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 197.

<sup>629</sup> Ibidem, p. 199-200.

<sup>630</sup> Ibidem, p. 200.

<sup>631</sup> Ibidem, p. 205.

<sup>632</sup> Ibidem, p. 206.

<sup>633</sup> Ibidem, p. 206.

Desta forma, é evidente, na atual conjuntura, o protagonismo do Judiciário. Isso, todavia, não necessariamente é ruim para os cidadãos, pois, no Estado contemporâneo, a jurisdição “não se limita a uma exegese formal dos textos jurídicos”, que muitas vezes são obra de uma maioria severa e avessa aos verdadeiros fins dos direitos fundamentais. Cabe ao Judiciário, assim, “justificar e fundamentar o significado da norma jurídica, colocando-a em harmonia com a nova realidade social. É função judicial promover a paz social, pela mediação entre grupos e interesses, entre o direito e a justiça”.<sup>634</sup>

Entretanto, como pontua Eduardo Cambi, “há de se impedir a criação de um ‘superpoder’, suscetível de abusos e desvios”. De fato, o princípio das separação dos poderes e os direitos e garantias fundamentais constitucionais, previstos como cláusula pétreas na Constituição Federal (art. 60, § 4º, III e IV), restariam comprometidos caso houvesse a instituição de um Poder Judiciário supremo com ampla concentração de poderes.<sup>635</sup>

Resta saber, pois, como combater esse “governo dos juízes”, quer dizer, como se justificar o protagonismo judicial ao proceder “a interpretação de valores, princípios e regras jurídicas” e, assim, concretizar o Direito, operando a sua inserção na realidade. Não se pode admitir que a “transformação do texto em norma, ou o afastamento da regra por não estar em conformidade com a Constituição ou com os princípios gerais”, sejam feitos de modo arbitrário. Isso porque a intervenção jurisdicional não é ampla e incondicionada e está “controlada pelos direitos e garantias fundamentais que compõem o *direito ao justo processo*”.<sup>636</sup>

Em outras palavras, questiona-se **como legitimar as decisões judiciais**. E a resposta para esse questionamento perpassa pelo tema central do presente trabalho, qual seja, o **delineamento de um novo modelo de processo civil**.

#### 4.2.1 Noção de processo no contexto democrático

O processo do constitucionalismo contemporâneo demanda a superação da teoria desenvolvida por Oskar Bülow. Esta — que definia o processo como uma relação jurídica — apoiava-se numa compreensão civilista de direito subjetivo e autonomia da vontade. A relação jurídica processual, pois, era compreendida como um complexo de direitos subjetivos das partes nela inseridas, no qual um deve uma prestação negativa ou positiva, que o outro pode

---

<sup>634</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 247.

<sup>635</sup> Ibidem, p. 200-201.

<sup>636</sup> Ibidem, p. 247-248.



exigir, ou seja, a relação jurídica se caracterizava por uma série de posições recíprocas entre os sujeitos do processo.

O italiano Elio Fazzalari, portanto, propõe a superação do conceito de direito subjetivo no processo, no sentido de existir um poder de um sujeito sobre a conduta de outro. Isso porque não há na relação processual direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que ficaria obrigado a uma determinada prestação, e nem direitos das partes sobre a conduta do juiz. Propõe, assim, que todos os interessados — sujeitos do processo — participem em simétrica paridade do *iter* procedimental, para a formação do provimento final.

Como já apontava James Goldschmidt,<sup>637</sup> não haveria relações jurídicas entre juiz e as partes (relação angular), ou entre juiz e as partes (relação triangular), ou entre as partes exclusivamente (relação linear).

A teoria da relação jurídica processual, pois, ignora que “o processo civil incide sobre uma realidade social”, sendo que a legitimidade do poder do juiz exercido por meio desse instrumento pressupõe a de efetividade da participação das partes na formação da decisão, a qual demanda “a consideração de aspectos sociais, que fazem parte da vida da pessoa que vai a juízo”.<sup>638</sup>

Segundo ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni, “o processo, como instrumento através do qual o Estado se desincumbe do seu dever de prestar tutela aos direitos, deve ser focalizado sob diversos ângulos, todos eles imprescindíveis à concretização do processo adequado ao Estado contemporâneo”.<sup>639</sup>

Esses ângulos, que denotam a legitimidade da jurisdição, podem ser divididos em externos e interno. Os externos seriam: (i) a legitimidade do processo pela efetividade da participação das partes, mas que, por si só, é insuficiente para legitimar toda a jurisdição; (ii) a aptidão do processo à tutela do direito material, ou seja, legitimidade do procedimento adequado à tutela do direito material; e (iii) a legitimidade do procedimento diante dos direitos fundamentais. Já o ângulo interno que legitima a jurisdição é a legitimidade da própria decisão, como “ato máximo de positivação do poder jurisdicional”, como resultado do confronto entre a lei infraconstitucional e os direitos fundamentais.<sup>640</sup>

---

<sup>637</sup> Autor da teoria do processo como situação jurídica, segundo a qual os vínculos jurídicos que nascem entre os sujeitos processuais são situações jurídicas que geram expectativas quanto à futura conduta judicial. São posições subjetivas, decorrentes de uma vantagem de um dos sujeitos em relação a um bem, que se manifestam por faculdades, poderes, deveres e ônus. A teoria da relação jurídica de Bülow faz uma consideração estática do Direito, enquanto a teoria da situação jurídica faz uma consideração dinâmica dos direitos.

<sup>638</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 406.

<sup>639</sup> *Ibidem*, p. 407.

<sup>640</sup> *Ibidem*, p. 408.

Essas exigências derivam do fato de que o processo “tem fins de grande relevância para a democracia, e, por isso mesmo, deve ser legítimo”. Isto é, o “processo deve legitimar — pela participação —, deve ser legítimo — adequado à tutela dos direitos e dos direitos fundamentais — e ainda produzir uma decisão legítima”.<sup>641</sup>

Nesse contexto, conforme Hermes Zaneti Júnior, “o Estado Democrático de Direito deve aprofundar sua relação com o processo, instrumento de sua realização, que só pode atuar no âmbito da ‘pretensão de correção’ se visa atender às necessidades desse modelo de Estado”<sup>642</sup> na concretização dos direitos fundamentais — como o direito de participação e o próprio direito ao processo, como direito fundamental à organização e ao procedimento — que o caracterizam.

No constitucionalismo contemporâneo, portanto, o processo deixou de ser visto apenas como “um instrumento técnico neutro, uma vez que se vislumbra neste uma estrutura democratizante de participação dos interessados em todas as esferas de poder, de modo a balizar a tomada de qualquer decisão no âmbito público”. Nesse sentido, “o processo passa a ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático, eis que todas as decisões devem provir dele, e não de algum escolhido com habilidades hercúleas”.<sup>643</sup>

Dessa forma, o processo passa a ser compreendido como “um instituto de bem-estar social” e, portanto, preocupado “também com a justiça substancial”, buscando sempre a efetivação dos direitos fundamentais. Disso decorre o aumento da atuação do juiz, que participa não só da direção formal do processo, o que enseja limites a fim de garantir “a previsibilidade da atuação do dever-poder de prestar a jurisdição (juiz) e de participação (partes) na formação da decisão”.<sup>644</sup>

Em suma, “essa é a legitimidade institucional que fica para além da mera validade formal das regras na democracia contemporânea” e somente é possível em um modelo participativo, “voltado para o processo cooperativo, no qual o juiz exerce o dever-poder ao lado das partes e em colaboração”.<sup>645</sup> Nas palavras de Eduardo Cambi:

A legitimidade do Judiciário, ao tutelar os direitos fundamentais, e, inclusive, ao formular ou ao executar políticas públicas, está fundada no caráter democrático da Constituição, não na vontade da maioria. Não decorre

<sup>641</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 409.

<sup>642</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 116.

<sup>643</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA Marcelo Andrade Cattoni (Coords.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 351.

<sup>644</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 125

<sup>645</sup> *Ibidem*, p. 126.

das urnas, mas está baseada na noção de democracia em sentido substancial cabendo, aos juízes, a tutela constitucional dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, duas são as fontes de legitimação da jurisdição: a formal, que decorre do princípio da legalidade e da sujeição do juiz à lei, e a substancial, pela qual cabe ao Judiciário assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos, o que lhe permite questionar a validade da lei, frente à Constituição, e até declará-la inconstitucional.<sup>646</sup>

#### 4.2.2 Processo e racionalidade procedimental

O processo, no constitucionalismo contemporâneo, “além de outorgar à jurisdição a possibilidade de proteger os direitos, deve ser legítimo, espelhando os valores que fazem do Estado uma democracia ou que conferem ao exercício do poder natureza democrática”. Nesses termos, como já mencionado, “o processo deve ser aberto ao contraditório ou estar aberto à participação dos particulares que a ele recorrem e são afetados em suas esferas jurídicas pelos atos de positivação de poder do Estado-juiz”.<sup>647</sup> Conforme Marinoni:

[...] o processo necessita de um procedimento que seja, além de adequado à tutela dos direitos, idôneo a expressar a observância dos direitos fundamentais processuais, especialmente daqueles que lhe dão qualidade de instrumento legítimo ao exercício do poder estatal. Portanto, o processo é o procedimento que, adequado à tutela dos direitos, confere legitimidade ao exercício do poder jurisdicional.<sup>648</sup>

Em outras palavras, “o processo é o procedimento em contraditório que não dispensa a publicidade e a argumentação explicitada através da fundamentação. Apenas essa forma de participação é capaz de legitimar o processo”.<sup>649</sup>

O direito processual civil, pois, “exerce papel determinante, por ser direito fundamental, compartilhando, em essência, a natureza democrática”. Segundo Hermes Zaneti, “o que se pretende afirmar é que a nova ótica constitucional e o novo direito processual seguem a lógica da participação em contraditório, da racionalidade prática procedimental”.<sup>650</sup>

O autor esclarece que essa racionalidade preocupa-se com “a observância de um procedimento orientado por regras convencionadas ou institucionalizadas que leva à justificação, legitimação e validade da atitude prática racional”.<sup>651</sup> Assim, “o papel da

<sup>646</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 280.

<sup>647</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 412.

<sup>648</sup> Ibidem, p. 412.

<sup>649</sup> Ibidem, p. 417.

<sup>650</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 148.

<sup>651</sup> Ibidem, p. 71.

racionalidade prática procedimental é decisivo nesse jogo de composição de forças”, considerando que:

[...] O processo jurisdicional, entendido como procedimento em contraditório (módulo processual) que se movimenta no âmbito da jurisdição, pelas próprias características do discurso processual, possibilita aos contendores um espaço privilegiado de discussão, no qual o requisito da pretensão de correção se trata do controle pelos participantes e pela sociedade (presente e futura) de que se busca uma “solução ótima” para a aporia fundamental de justiça.<sup>652</sup>

Diante disso, em um contexto pós-positivista a finalidade do Direito, e obviamente do processo, está na sua “abertura para a democracia”, pois “é só no marco democrático que existe a possibilidade de um Estado de Direito Constitucional”.<sup>653</sup> Propõe-se “um resgate da complexidade do fenômeno processual e da legitimidade da discussão entre os participantes da decisão, para sua formação e racionalidade”, pois “o processo é complexo na sua aplicação, afastando reduções lógico-formais”,<sup>654</sup> como se fazia pela ideologia do Código de Processo Civil de 1973.

Nos moldes atuais, a realidade se potencializa no processo, sendo que “a mera afirmação em juízo de um direito o torna incerto”. Desta feita, “a ‘resposta’ depende do procedimento, se apresenta no curso do diálogo”, de forma que a pretensão de correção no processo está no procedimento. Insta ressaltar, juntamente com Eduardo Cambi, que a verdade jurídica “é *construída*, em um processo do qual participa o intérprete, não sendo *demonstrada*, mas legitimada mediante um *processo de justificação*”.<sup>655</sup> Isso porque essa verdade não está no consenso obtido ao cabo do procedimento, “mas, antes disso, nas condições para que o *consenso* seja *bem fundamentado*, e um *consenso bem fundamentado* está baseado na *força do melhor argumento*”.<sup>656</sup>

Entretanto, não se defende um modelo puramente procedimental, por demandar uma situação ideal, em que todos os participantes do procedimento possuam iguais oportunidades, o que é irrealizável em sociedades complexas e desiguais. Trata-se de um procedimentalismo que parte de um conceito idealizado de democracia e não se preocupa com a efetivação dos direitos fundamentais.

<sup>652</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 165.

<sup>653</sup> Ibidem, p. 151.

<sup>654</sup> Ibidem, p. 71-72.

<sup>655</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 284.

<sup>656</sup> Ibidem, p. 285.

De fato, como leciona Marinoni, “a legitimação da jurisdição não pode ser alcançada apenas pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão”. Aduz que:

É que o contraditório e a adequação legitimam o processo como meio, porém não se prestam a permitir a identificação da decisão ou do resultado do processo, ou melhor, a garantir o ajuste da decisão aos compromissos do juiz com os conteúdos dos direitos fundamentais. O procedimento pode ser aberto à efetiva participação em contraditório e adequado ao procedimento material e, ainda assim, produzir uma decisão descompromissada com o conteúdo substancial das normas constitucionais.<sup>657</sup>

Não se quer com isso defender o inverso do procedimentalismo, ou seja, o substancialismo, que dá ênfase somente ao conteúdo material dos preceitos constitucionais, que devem se aplicados pelos juízes de acordo com uma concepção atraente dos valores morais que lhes servem de base. Para tanto seria preciso tratar a Constituição como uma ordem concreta de valores, e o Judiciário seria o competente para definir, conforme preferências compartilhadas, o conteúdo e a extensão desses valores, bem como o que pode ser discutido e expresso como digno deles.

A visão substancialista, como “concepção axiológica de aplicação dos direitos fundamentais, se adapta ao perfil solipsista de reforço do Poder Judicial”.<sup>658</sup> Como aponta Dierle Nunes:

A visão de um protagonismo judicial somente se adapta a uma concepção teórico-pragmática, que entrega ao juiz a capacidade sobre-humana de proferir a decisão que ele repute mais justa de acordo com sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (*hard cases*), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina, da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado.<sup>659</sup>

Portanto, no Estado Democrático de Direito não se pode adotar radicalmente nenhuma das teorias, pois nesse paradigma a interpretação está assentada na intersubjetividade, ou seja, a democratização do processo “pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual”.<sup>660</sup> O processo não pode ser “visto como instrumento técnico da jurisdição (e do juiz) que poderia

---

<sup>657</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** Op. cit., p. 446-447.

<sup>658</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 189.

<sup>659</sup> *Ibidem*, p. 191-192.

<sup>660</sup> *Ibidem*, p. 195.

formar uma decisão com qualquer conteúdo”.<sup>661</sup> Pelo contrário, o conteúdo das decisões judiciais deve ser resultado do fluxo discursivo de todos os participantes.

Em outras palavras, “nem a forma nem o conteúdo bastam sozinhos em face da falibilidade” do conhecimento humano, “uma vez que, na prática justificativa, garante-se, no máximo, que a troca de argumentos abranja todas as informações e razões relevantes atualmente disponíveis, devido à inexistência de fontes de evidência e argumentos definitivos em questões práticas que possam ser determinados antes do procedimento argumentativo”. Por isso, o procedimento deve garantir “um espaço público com ampla participação dos próprios interessados em condição paritária e sem delegação de responsabilidades a quaisquer escolhidos”.<sup>662</sup>

Amplia-se, assim, “a importância do processo, de sua estrutura normativa e, especialmente, dos princípios e regras dele instituídos, na medida em que deve ser assegurado um espaço-tempo racionalmente construído para a participação de todos os interessados na tomada de decisões”.<sup>663</sup>

Marinoni compartilha o entendimento de que, para além do procedimento, a legitimação da decisão judicial também se dá pelo seu conteúdo. Afirma que apesar de ser possível o estabelecimento, pelo procedimento, de alguns “critérios objetivadores da atuação judicial na compreensão do significado dos direitos fundamentais”, não há garantia de que “as decisões judiciais que neles se fundam sejam uniformes”.<sup>664</sup> Assim:

[...] o juiz, para definir o conteúdo substancial de um direito fundamental, deve argumentar de modo racional com o objetivo de convencer. A inevitabilidade da racionalização da decisão através da argumentação, porém, não quer dizer que a legitimidade da decisão derive apenas da argumentação, e não do conteúdo dos direitos fundamentais. Ou melhor, a necessidade de argumentação não deixa de lado o conteúdo da decisão como fator de legitimação da jurisdição.

Não basta qualquer decisão. É preciso que a decisão se funde em critérios objetivadores da identificação do conteúdo do direito fundamental e que se ampare em uma argumentação racional capaz de convencer.<sup>665</sup>

Tem-se, assim, que o procedimento legítimo “é atrelado a valores que lhe dão conteúdo, permitindo a identificação das suas finalidades”, pois ele, à luz da presente teoria processual, “não pode ser compreendido de forma neutra e indiferente aos direitos

<sup>661</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 194.

<sup>662</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>663</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>664</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** Op. cit., p. 454.

<sup>665</sup> Ibidem.

fundamentais e aos valores do Estado constitucional”. Há de se ter em mente, porém, que esses valores “não são inteiramente pré-definidos em relação ao próprio processo”, uma vez que “eles têm seu sentido permanentemente construído e reconstruído no interior da mesma prática social à qual servem de fundamento”.<sup>666</sup> Dierle Nunes defende:

[...] que o procedimento é constitutivo de todo o processo de decisão, de modo que para o aqui defendido processualismo constitucional democrático, a comparticipação e o policentrismo são institutivos de um processo normativamente disciplinado pelos direitos fundamentais, que garantirá uma formação adequada dos provimentos, sem que estes possuam conteúdos fixos predeterminados ao se aplicarem as normas (princípios e regras). Tal procedimento respeitará e fomentará a participação e contribuição de todos os envolvidos nas esferas decisórias.<sup>667</sup>

Ademais, é por meio da argumentação que o juiz poderá demonstrar a legitimidade do conteúdo da decisão, ainda que esta seja contra a decisão parlamentar (lei), mas a favor de um direito fundamental. A mola propulsora dessa relação é o conceito de democracia participativa, que introduz a discussão de todos os sujeitos participantes do processo judicial.

Ou seja, o valor democracia “age de forma instrumental durante todo o processo, refletindo particularmente sobre a necessária motivação das decisões judiciais”, que possibilita o correto exercício do Poder Judiciário frente à “garantia de controlabilidade externa e difusa sobre a justiça e a legalidade das decisões que resultam da atividade jurisdicional”.<sup>668</sup> Tem-se, assim, que o valor da democracia no Estado Constitucional tem sua expressão no processo por meio do princípio do contraditório, que se caracteriza como “valor-fonte da dialética processual”.<sup>669</sup>

#### 4.2.3 Processo e releitura do princípio do contraditório

Como já alinhavado acima, Elio Fazzalari afastou a ideia de processo como relação jurídica para inaugurar a proposta do processo como procedimento em contraditório. O processo, portanto, seria uma espécie de procedimento — sequência de normas, atos e posições subjetivas, que se encadearão até a realização do ato final — que se distingue em razão do tratamento dispensado aos interessados no resultado final (sujeitos processuais), que

<sup>666</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso...** Op. cit., p. 475.

<sup>667</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 147.

<sup>668</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 182-183.

<sup>669</sup> *Ibidem*, p. 184.

devem participar do procedimento em posição de simétrica paridade, ou seja, em contraditório.<sup>670</sup>

Nessa ótica, a identificação do processo se dá a partir da fundamental participação dos destinatários da decisão final em um contraditório efetivamente paritário e simétrico. Induz-se, assim, uma condução dialética e democrática do processo, até mesmo para estar de acordo com o Estado Democrático de Direito, no sentido de que a Constituição precisa ser vista, nos termos do que já se pontuou ao se tratar do giro linguístico, como um projeto aberto, e permanentemente em construção, de uma sociedade pluralista, complexa, mas justa e composta por cidadãos livres e iguais.

Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa e Márcio Ricardo Staffen, “a compreensão do processo como procedimento em contraditório representa um *plus* em relação à velha e impotente ideia de instrumentalidade do processo”, sendo que a “proposta de Fazzalari produz uma aproximação entre a Teoria Geral do Processo e a Constituição”.<sup>671</sup>

Além disso, essa proposta destaca-se, em especial, pela “participação das partes em simétrica paridade de armas, a qual produz um ato final democrático na medida em que todos contribuíram efetivamente no processo”,<sup>672</sup> ou seja, conduz a uma decisão substancialmente democrática, mediante um julgamento socialmente integrador da ordem jurídica, resultante da fusão de diversos horizontes de argumentos.

Hermes Zaneti foca sua tese nessa alteração de paradigma gerada pelo Estado Democrático de Direito que, ao concretizar a constitucionalização do processo, “necessita abrir espaço para a participação dos destinatários finais nos atos de decisão que emanam do poder instituído”. Afirma que essa abertura “representa o papel principal do princípio do contraditório”,<sup>673</sup> incluído somente como garantia constitucional na Constituição Federal de 1988. Aduz que:

Trata-se de uma inversão fundamental do conceito de processo, que passa a ser melhor entendido como “procedimento em contraditório”, abandonando as vestes formais da “relação jurídica processual” que lhe caracterizavam e distinguiam, servindo a qualquer facção ideológica, e aderindo ao

---

<sup>670</sup> PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari**. Disponível em: <<http://www.pgdp.uff.br/?q=node/73>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

<sup>671</sup> ROSA, Alexandre da; STAFFEN, Márcio Ricardo. A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 8, n. 8, p. 101-111, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/417957934>> Acesso em: 26 fev. 2013, p. 101-111.

<sup>672</sup> Ibidem, p. 107.

<sup>673</sup> Ibidem, p. 62.



compromisso democrático dos direitos fundamentais de quarta dimensão (direito fundamental de participação no procedimento).<sup>674</sup>

Com essa proposta, pela qual se busca uma “maior cooperação entre parte e juiz, ocorre uma virtual desangularização do processo”. De fato, “no processo visto como procedimento em contraditório, *o juiz participa ativamente e sobre ele recaem os encargos* (entendidos como deveres-poderes) *do diálogo judicial*”. Assim, “fica saliente o ‘inafastável caráter dialético do processo’, que se constitui no ato de três pessoas: juiz, autor e réu”.<sup>675</sup>

Conforme as concepções derivadas dos paradigmas anteriores (Estado Liberal e Estado Social) — liberalismo processual, socialização do processo e neoliberalismo processual brasileiro —, as condições e os resultados do “processo” são prefixadas “independentemente e, mesmo, antes do debate processual, inviabilizando que a decisão seja fruto de um fluxo discursivo ininterrupto ou, melhor dizendo, que a decisão possa ser construída de acordo com as especificidades do caso concreto e que novos argumentos possam ser levados a sério”.<sup>676</sup>

Porém, esse novo paradigma do Estado Democrático de Direito busca a

estruturação de algumas bases para um modelo democrático de processo, ou seja, um processualismo constitucional democrático: perspectiva interpretativa que poderá, caso aplicada, garantir que todos os cidadãos possam participar ativamente de todas as esferas jurídicas em que possuam interesse, em um dimensionamento espaço-temporal adequado.<sup>677</sup>

Nesse contexto normativo, em que a Constituição zela por um “pluralismo, não solipsista e democrático”, restam, portanto, ultrapassados os modelos de processo liberal (protagonismo das partes), social (protagonismo judicial) ou neoliberal (ou pseudossocial, com o aumento dos poderes do juiz em busca da celeridade).

Procura-se, pois, “a estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado democrático de direito”.<sup>678</sup> Tal é a tese de Dierle Nunes:

<sup>674</sup> ROSA, Alexandre da; STAFFEN, Márcio Ricardo. Op. cit., p. 62.

<sup>675</sup> Ibidem, p. 105-106.

<sup>676</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 176.

<sup>677</sup> Ibidem, p. 176.

<sup>678</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos... Op. cit., p. 352.

Percebe-se no processo uma estrutura normativa de implementação de uma participação cidadã que garantiria a tomada de consciência e de busca de direitos num espaço onde deve imperar a ampla possibilidade de influência na formação de decisões, no âmbito de uma ordem isonômica, ou seja, com a adoção de um contraditório em sentido forte.

O processo ganha, nessa perspectiva, enorme dimensão ao se transformar em espaço onde todos os temas e contribuições devam ser intersubjetivamente discutidos, de modo preventivo ou sucessivo a todos os provimentos, assegurando técnicas de fomento ao debate que não descurem o fator tempo-espacial do seu desenvolvimento.

Ocorre que a estruturação desse processo somente pode ser perfeitamente atendida a partir da perspectiva democrática do Estado, que se legitima por meio de procedimentos que devem estar de acordo com os direitos humanos e com o princípio da soberania do povo.<sup>679</sup>

Vislumbra-se, nessa perspectiva, um porto seguro dentro do caos gerador da crise do Judiciário, na medida em que, com a compreensão do verdadeiro significado da constitucionalização do processo, desmistifica-se o papel do “juiz como terceiro, com acesso privilegiado ao que seria o bem comum”<sup>680</sup> e das partes como sujeitos alijados do discurso processual.

A partir dessas constatações, toma forma o modelo democrático de processo, como um espaço público e discursivo “de problematização e formação de todos os provimentos”.<sup>681</sup> Nesses termos, Dierle Nunes atesta que:

Não se pode acreditar mais em uma justiça social predefinida antes do debate processual, uma vez que só as peculiaridades do caso concreto conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado.

Uma verdadeira democracia processual será obtida mediante a assunção da co-responsabilidade social e política de todos os envolvidos [...] segundo balizamentos técnicos e constitucionais adequados, de modo a se estruturar um procedimento que atenda às exigências tanto de legitimidade quanto de eficiência técnica.

[...]

A democratização necessita da percepção da interdependência entre todos os sujeitos processuais que garanta a existência de uma advocacia e de uma magistratura forte e com enormes responsabilidades, formação técnica e poderes para o exercício de suas funções.

[...]

Uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação ou, melhor dizendo, da participação que permita o exercício pleno pelo cidadão

<sup>679</sup> NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos... Op. cit., p. 359.

<sup>680</sup> Ibidem, p. 358.

<sup>681</sup> Ibidem, p. 359.

(economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo.<sup>682</sup>

Essa corresponsabilidade, porém, “somente será devidamente empreendida mediante uma releitura adequada dos princípios de nosso modelo constitucional de processo”, como, por exemplo, o do contraditório.<sup>683</sup> Isso porque “o juiz democrático não pode ser omissivo em relação à realidade social e deve assumir sua função institucional decisória”, a partir de um sistema de regras e princípios e “com o substrato extraído do debate endoprocessual, no qual todos os sujeitos processuais e seus argumentos são considerados e influenciam o dimensionamento decisório”.<sup>684</sup>

Realmente, a participação das partes por si só não basta, pois pode ocorrer participação sem contraditório. Por isso, é preciso que a participação “seja tomada em consideração no momento de decidir”, isto é, deve sempre estar presente a noção de estrutura dialética do procedimento.<sup>685</sup>

Não resta dúvida, pois, que a noção de processo democrático, “que tem na sua matriz substancial a ‘máxima da cooperação’” — pela qual se exige uma efetiva participação das partes na formação do ato final — está apoiada no contraditório. Além disso, é no próprio direito fundamental de participação que se encontra a base do princípio constitucional, não expresso, da colaboração.<sup>686</sup>

Esse “novo” processo torna-se possível a partir do reconhecimento do princípio do contraditório como a possibilidade das partes de influírem na formação, de forma crítica e construtiva, do conteúdo das decisões judiciais, por meio de um debate prévio de todos os participantes. Dessa forma, o mecanismo do contraditório passa a ser “instrumento democrático de assegurar a efetiva influência das partes sobre o resultado da prestação jurisdicional”.<sup>687</sup>

Nesse esteio, tem-se que o maior mérito do processo jurisdicional democrático, até mesmo como possível solução, ou amenização, da crise que sufoca o Poder Judiciário, está na expressa exigência constitucional de combinação do contraditório com a motivação das

---

<sup>682</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo...** Op. cit., p. 198.

<sup>683</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>684</sup> *Ibidem*, p. 200.

<sup>685</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 198.

<sup>686</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>687</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Orgs.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 252.

decisões judiciais, a qual deve ter como base os argumentos apontados e discutidos pelas partes. Na lição de Humberto Theodoro Júnior:

[...] a concepção democrática do processo moderno, dominada pela participação ativa de todos os seus sujeitos, não tolera que o juiz possa decidir, mesmo de ofício, sem convidar previamente as partes para manifestarem acerca da questão que pretenda dirimir e sem conceder-lhes prazo adequado para preparar suas alegações.

De modo algum se tolera decisão surpresa, decisão fora do contraditório, de sorte que o julgado sempre será fruto do debate das partes, e o juiz motivará sua decisão em cima dos argumentos extraídos das alegações dos litigantes, seja para acolhê-las, seja para rejeitá-las. É desse sistema dialético que nasce o “dever de fundamentar” as decisões imposto ao juiz pelo art. 93, IX, de nossa Constituição.<sup>688</sup>

Nesse contexto de releitura do princípio do contraditório para se alcançar um processo civil democrático, Daniel Mitidiero aponta que “a observância do simples processo legal cede às exigências do devido processo constitucional”, o qual não possui um conceito fechado por estar “em permanente construção ante as necessidades evidenciadas pela riqueza inesgotável dos casos concretos”, isto é, não pode ser acorrentado “sempre aprioristicamente, a prévias e abstratas soluções legais”.<sup>689</sup>

Ademais, o tema central na teoria do processo civil moderno deixa de ser a jurisdição para ser o “processo”, passando-se “do monólogo jurisdicional ao diálogo judiciário”. Essa virada, porém, somente se instala em um ambiente de democracia participativa, onde o processo caracteriza-se “como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo”.<sup>690</sup>

O resultado é a potencialização do “valor participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo, a fim de que esse se constitua, firmemente, como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais”. Não se pode olvidar, como já diversas vezes apontado, que “processo não é sinônimo de direito formal”. Processo justo “constitui antes de tudo processo substancializado em sua estrutura íntima mínima pela existência de direitos fundamentais”.<sup>691</sup> Assim sendo, nas palavras de Daniel Mitidiero, a democracia participativa:

<sup>688</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo... Op. cit., p. 253.

<sup>689</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 41-42.

<sup>690</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>691</sup> Ibidem, p. 46.

[...] incentiva os cidadãos a participarem diretamente no manejo de poder do estado, dando legitimidade à normatividade construída pela via hermenêutica. Não é à toa, pois, que se tem apontado o contraditório como fator legitimante das decisões judiciais, possibilitando a participação direta das partes na construção das decisões jurisdicionais.<sup>692</sup>

No processo cooperativo o juiz deve conduzir isonomicamente o processo, no sentido de ser o contraditório respeitado em toda condução deste, o que leva a uma condução dialética do processo, proporcionando um diálogo com as partes, a partir da colheita da impressão delas “a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões”.<sup>693</sup>

O juiz, portanto, coloca-se “como um dos participantes do processo, igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento”. É por força desse contraditório que se vê “obrigado ao debate, ao diálogo judiciário” e, assim, deve “dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, estando gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes”.<sup>694</sup>

O contraditório gera, então, deveres ao juiz ao longo do procedimento, como: (i) dever de esclarecimento, cabendo-lhe sanar suas dúvidas junto às partes quanto a suas alegações, pedidos e posições em juízo; (ii) dever de prevenção às partes “do perigo de o êxito de seus pedidos ‘ser frustrado pelo uso inadequado do processo’”; (iii) dever de consulta às partes antes de decidir sobre assunto relevante de interesse daquelas, viabilizando que as mesmas possam influir no rumo da causa;<sup>695</sup> e (iv) dever de auxílio às partes para superar “eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”.<sup>696</sup>

Diante disso, o princípio do contraditório, a partir da releitura democrática, passa a ser considerado sinônimo de participação efetiva, cooperação e colaboração mútua. Daniel Mitidiero, resumidamente, conclui que:

O Estado Constitucional revela aqui a sua face democrática, fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzido normativamente no contraditório. O valor participação, a propósito, constitui a base constitucional para a colaboração no processo. A condução do processo é isonômica.

---

<sup>692</sup> MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 59-60.

<sup>693</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>694</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>695</sup> Exceto quando for caso de urgência, tendo sido atendidos os requisitos da antecipação de tutela ou medidas liminares, a fim de evitar o perecimento do direito.

<sup>696</sup> Ibidem, p. 75.

O Estado Constitucional também revela a sua juridicidade no processo, mas já aí no quando das decisões do juiz, que devem ser necessariamente justas e dimensionadas na perspectiva dos direitos fundamentais (materiais e processuais). Decisões, aliás, gestionadas em um ambiente democrático, mas impostas assimetricamente pelo estado-juiz, dada a imperatividade inerente à jurisdição. A atuação jurisdicional decisória é, por definição, assimétrica. Da combinação dessas duas faces do Estado Constitucional e de suas manifestações no tecido processual surge o modelo cooperativo de processo, calcado na participação e no diálogo que devem pautar os vínculos entre as partes e o juiz.<sup>697</sup>

#### 4.2.4 Círculo hermenêutico da jurisdição

É nesse contexto que se desenvolve a tese de Hermes Zaneti, para quem o atual modelo deve superar o paradigma legalista, uma vez que “é característica do processo volatilizar a certeza do direito material”. Ou seja, “o direito discutido no processo é sempre incerto, é sempre ‘problemático’”, não podendo ser considerado como uma verdade imutável. Isso porque “entre processo e direito material ocorre uma relação circular” — um círculo hermenêutico.<sup>698</sup>

Na definição de Eduardo Cambi, o “círculo hermenêutico é um método interpretativo que significa que não se pode compreender o todo sem as partes, e vice-versa, pois a parte é tão determinada pelo todo como o todo pelas partes”,<sup>699</sup> sendo que essa compreensão deve ser feita em um contexto já pré-concebido. O círculo hermenêutico conecta, em um intercâmbio, fatos e normas em um mesmo processo interpretativo, pois “a norma abstrata e indeterminada somente será definida pela realidade factual, e, a realidade factual, pela norma nos seus sinais característicos relevantes”.<sup>700</sup>

Verifica-se aqui a importância dos influxos do giro linguístico no Direito. Realmente, “a interpretação é uma operação de caráter linguístico, realizada em um *contexto histórico-social*”. Essa interpretação, pois:

[...] Está condicionada pelo *contexto*, conquanto se efetua em condições sociais historicamente caracterizadas, as quais determinam usos linguísticos, decisivamente operantes na *atribuição do significado*. A *mediação semântica*, realizada pelo intérprete, na atribuição do significado, não depende da descoberta de “vontades” pré-determinadas. Tais vontades somente podem ser levadas em consideração em um processo de

<sup>697</sup> MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 76-77.

<sup>698</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 205-206.

<sup>699</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 286-287.

<sup>700</sup> Ibidem, p. 332.

interpretação, limitado pelo espaço linguístico dos conceitos ou das palavras, suscetíveis de alteração do próprio contexto.<sup>701</sup>

É a partir desse processo hermenêutico que é possível ao juiz exercer a jurisdição, com base no novo conceito desta. Como esclarece o autor:

Em outras palavras, como um texto normativo é suscetível de comportar vários significados (plurisignificativade), o juiz, ao interpretá-lo ou determinar o significado objetivo deste texto, no contexto dos fatos constantes no caso concreto, exerce uma *liberdade de opção* ou, em termos pragmáticos, opera uma decisão, construindo e aplicando a norma particular (“regra de decisão”). O produto da interpretação é a norma jurídica. Para chegar a ela, o juiz parte de um problema que foi colocado pelas partes, no processo judicial, mas que também encontra, no julgador, uma “pré-compreensão”, tanto da realidade existencial quanto do texto a ser interpretado. É este *pensar conjuntamente* a realidade e o texto, propondo-se a precisar o sentido da “norma-produto” (“regra de decisão”), que constitui o *círculo hermenêutico*.<sup>702</sup>

No mesmo sentido Luiz Guilherme Marinoni pontua que:

Atualmente, para a aplicação da lei, diante do pluralismo que caracteriza a sociedade contemporânea [e constante transformação dos fatos sociais], é imprescindível compreender o caso concreto. É preciso, antes de aplicar a lei, atribuir sentido e valor ao litígio. Ou seja, a jurisdição não mais se limita a tornar a lei — abstrata e genérica — particular quando da resolução do caso concreto, pois necessariamente deve atribuir sentido ao caso concreto para interpretar a lei e solucionar o litígio, exatamente por ser indiscutível que a sociedade e os casos concretos não podem ser regulados sem se considerarem suas especificidades.

A necessidade de compreender o caso litigioso, interpretar a lei e controlar a constitucionalidade a partir dos direitos fundamentais não permite que se diga que a jurisdição continua a ter a função de atuar a vontade da lei.<sup>703</sup>

Disso resulta que a lei (direito material), como resultado da atividade legislativa, não é por si só expressão de justiça, isto é, da *ratio essendi* dos direitos fundamentais. A norma é abstrata, sem vontade constante e dependente do caso concreto, o que demanda uma complexa tarefa hermenêutica “para deixar de ser um enunciado vazio, capaz de múltiplas e contraditórias alternativas de solução”.<sup>704</sup> Assim, “a função dos intérpretes em geral e do

<sup>701</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 287.

<sup>702</sup> Ibidem, p. 333.

<sup>703</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 411.

<sup>704</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 287.

Poder Judiciário, em especial, não é, tão-somente, *descrever significados*, mas *reconstruir sentidos*, para aplicar o ordenamento jurídico ao caso concreto”.<sup>705</sup>

Nesses termos, como a norma do caso concreto passa pela certificação do Poder Judiciário, “o processo serve ao direito material, mas para que lhe sirva é necessário que seja servido por ele”.<sup>706</sup> Entretanto, o fato de o processo ser instrumental não o torna servil ao direito material, pois entre eles existe um nexo de finalidade, considerando que “o processo lida com a aplicação do direito, com a busca da justiça e não só com a lei, espécie de ‘justiça’ previamente estabelecida pelo legislador para casos-tipo”.<sup>707</sup>

Em outras palavras, toda vez que um direito é posto em juízo, transforma-se em expectativa, ideia inicialmente trabalhada por James Goldschmidt. Esta é maior ou menor, a depender do tipo de norma afirmada, se regra ou princípio, o que torna diferente a intensidade do ônus argumentativo. Desta forma, “é no discurso judicial com a participação das partes e do julgador, com a sua colaboração (pretensão de correção) na interpretação dialógica, que se dá o sentido e significado, ora de regra, ora de princípio, ao dispositivo afirmado”. Portanto, é na conjunção dos três sujeitos processuais que se tem “um sentido reconstruído de interpretação”.<sup>708</sup> Zaneti aponta que:

Com isso, o papel do juiz aumenta de responsabilidade e poder, pois deverá atuar para a densificação desses princípios e cláusulas, rompendo com a estrutura estanque da divisão de poderes anteriormente pensada. O aspecto virtuoso está justamente na potencial adaptação desses novos diplomas e institutos jurídicos à realidade concreta do direito, uma adaptação garantista na realização dos objetivos constitucionais.<sup>709</sup>

A tarefa atribuída ao juiz intérprete, que, inclusive, precisa lidar com o conteúdo moral das normas, deve levar em conta que nenhum magistrado, como ser humano e integrante de uma sociedade, é neutro, por possuir sua pré-compreensão ou “arraigadas concepções morais, filosóficas, religiosas ou políticas”. Desta feita, no Estado Democrático de Direito, o juiz deve ter um autoconhecimento e uma autocrítica.

Demais disso, nessas condições o juiz passa a ser um sujeito empírico, que analisa sua relação consigo, não mais relacionando mecanicamente o sujeito e o objeto, e decide a partir dos instrumentos científicos de que se serve, da comunidade que integra e da sociedade de que é membro. Eduardo Cambi leciona que:

<sup>705</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 290.

<sup>706</sup> Ibidem, p. 205-206.

<sup>707</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 222.

<sup>708</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 231-232.

<sup>709</sup> Ibidem, p. 251.



A ciência jurídica *reflexiva* parte do pressuposto de que o sujeito e o objeto são, mutuamente, construídos. A verdade não está no objeto — na lei — a ser revelada pelo Judiciário. A ciência jurídica *reflexiva* permite: i) verificar que o direito é um fenômeno cultural, não sendo possível aplicá-lo com *neutralidade*, devendo seus operadores, diante da existência de mais de uma opção de valor, tomar posições e estarem conscientes da opção tomada; ii) construir novas práticas transformadoras dos aplicadores do direito; iii) aprofundar o conhecimento dos sujeitos processuais e de todos os partícipes do processo de concretização das normas jurídicas, buscando saber qual o papel social que podem desempenhar em um dado momento histórico; iv) ampliar a capacidade do direito, como instrumento de poder, de produzir conhecimento válido e socialmente legítimo.<sup>710</sup>

Com isso, conforme lições de Marinoni, “o processo deixou de ser um instrumento voltado à atuação da lei para passar a ser um instrumento preocupado com a proteção dos direitos”, pois “o juiz, no Estado constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais”. Sendo assim, considerando o poder estatal de dar proteção aos direitos, não se pode ignorar a dimensão de legitimidade democrática. E, “a legitimidade do exercício do poder, nas democracias, se dá através da abertura à participação”.<sup>711</sup>

Realmente, diante do conceito diverso de jurisdição no Estado constitucional, o processo “tem de ser estruturado não apenas consoante as necessidades de direito material, mas também dando ao juiz e à parte a oportunidade de se ajustarem às particularidades do caso concreto”. Por isso, “o processo, atualmente, é o próprio procedimento. Mas não apenas, como quer Fazzalari, o procedimento realizado em contraditório — até porque essa exigência é óbvia e inegável —, mas igualmente o procedimento idôneo às tutelas prometidas pelo direito material e à proteção do caso concreto”.<sup>712</sup>

#### 4.2.5 Relevância da argumentação jurídica no processo

Em vista dos apontamentos anteriores, ressalta-se que a correção da decisão é determinada pela *razão*, “a qual, por se tratar de uma correção normativa, deve ser a razão prática”. E, por envolver o processo judicial um discurso racional, a pretensão de correção somente se torna possível pela “argumentação jurídica”. Isso porque a “conexão entre o direito e a razão é um problema que envolve fundamentação judicial dos direitos

<sup>710</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 311.

<sup>711</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 413.

<sup>712</sup> *Ibidem*, p. 427.

fundamentais e tal questão, embora não leve à obtenção de decisões com conteúdos determinados, abre espaço para a *ponderação* como forma de aplicação dos direitos fundamentais”.<sup>713</sup>

A preocupação que surge, nesse ponto, é que os princípios presentes nas Constituições contemporâneas, como normas a serem interpretadas no caso concreto, albergam valores e possuem conteúdos morais. Por isso, “há de se construir uma adequada *metodologia* para as decisões judiciais, calcada na racionalidade prática, preocupada em inibir subjetivismo e injustiças”. É possível, entretanto, o controle da legitimidade dessa nova ideia de jurisdição a partir de uma “motivação objetiva, clara e transparente”.<sup>714</sup>

Portanto, resta clara a importância da teoria da argumentação jurídica para a consolidação do modelo de processo jurisdicional democrático, pois a “função argumentativa está assentada na dialética”, como a arte do diálogo, “voltada a sopesar argumentos, confrontar opiniões e decidir com equilíbrio”.<sup>715</sup>

Ademais, a busca pela verdade do processo, considerada caso a caso e como valor a ser alcançado, “está ligada à ideia de motivação judicial como forma de controle das decisões emanadas do Poder Judiciário”.<sup>716</sup> Cambi aduz que:

Assim, deve-se privilegiar a concepção pragmática da verdade, considerando-a como um produto do discurso jurídico, produzido intersubjetivamente. É obtida no decurso do conflito entre vários discursos, em um auditório de participantes competentes e razoáveis. A obtenção dessa verdade tem componentes subjetivos e objetivos, sendo obtida no curso do processo onde se assegura, às partes, plenas condições de participação (garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa), para poderem deduzir os melhores argumentos para convencer o órgão judicial de que têm razão e merecem a tutela jurisdicional. Compete, ao final, aos juízes dizer quais são os melhores argumentos para decidir quem deve obter a tutela jurisdicional.<sup>717</sup>

Para se evitar, porém, um “processo interminável de argumentação, com a impossibilidade de se obter uma ‘única decisão correta’, é necessário traçar uma linha-limite, não ideal”. Dessa forma, faz-se necessário adotar um conceito pragmático de argumento, no sentido de se descobrir qual o papel “que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação, vale dizer, saber até que ponto pode contribuir para solucionar o problema da

<sup>713</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 288.

<sup>714</sup> Ibidem, p. 309.

<sup>715</sup> Ibidem, p. 320.

<sup>716</sup> Ibidem, p. 323.

<sup>717</sup> Ibidem, p. 322-323.

aceitabilidade ou não aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa”.<sup>718</sup> Nesse sentido:

A motivação adequada e efetiva é aquela que contém justificações suficientes sobre as questões de fato e de direito, sendo, por isto, fundadas em “bons argumentos”. Estes devem ser considerados “bons” não somente para o juiz que profere a decisão, mas também por todos aqueles que possam valorar, posteriormente, as razões que formaram o convencimento judicial. [...] Dessa forma, pode-se afirmar que os *argumentos* são a *expressão pública da reflexão*.

O processo judicial é um *espaço polifônico*, no qual diversas vozes se entrecrocaram e onde emergem vários pontos de vista sobre as questões em litígio. [...] Compete ao juiz organizar tais “falas” e transmitir, no momento da decisão, um *discurso aceitável*, capaz de se amparar nas “palavras da lei”.<sup>719</sup>

Pode-se afirmar, mais, que o juiz, ao se utilizar da teoria da argumentação jurídica para decidir, deve se responsabilizar por um discurso aceitável que encontre amparo na Constituição, que é o verdadeiro norte que se tem no atual paradigma.

Essa teoria tem ligação direta com o dever de motivação judicial, já inserto na própria Constituição Federal. Como já se demonstrou que o “Direito é uma *obra hermenêutica*, a ser constantemente interpretado e reinterpretado”,<sup>720</sup> é preciso que os juízes motivem, adequadamente, as decisões, para que aquele não se transforme em um instrumento arbitrário.

Além disso, a motivação garante que os interessados “tenham a real dimensão do sentido atribuído, pelo Judiciário, aos direitos discutidos no processo judicial”, possibilitando a impugnação da decisão por meio de recursos, bem como o controle democrático do exercício do poder.<sup>721</sup> Nas palavras de Eduardo Cambi:

[...] não é qualquer decisão que deve ser aceita socialmente como forma de exercício do poder. Deve-se, pois, buscar a legitimação social da decisão judicial, não podendo o juiz se esconder atrás da suposta neutralidade da norma. Concretizar os direitos fundamentais não é o mesmo que transformar juízes em legisladores. Por isto, para além de princípios, e regras, deve haver uma *teoria da argumentação jurídica*, na qual seja possível buscar uma *decisão racionalmente fundamentada*.<sup>722</sup>

No processo jurisdicional democrático, pois, “é a justificação racional da decisão interpretativa que assegura que a interpretação *não foi arbitrária*”. Essa garantia de

<sup>718</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 336.

<sup>719</sup> Ibidem, p. 336-337.

<sup>720</sup> Ibidem, p. 338.

<sup>721</sup> Ibidem, p. 338.

<sup>722</sup> Ibidem, p. 338-339.

“correção” da decisão, no sentido de ser uma decisão aceitável racionalmente e apoiada em um discurso jurídico, por meio de uma “fundamentação que se desenrola argumentativamente”, torna-se uma “precondição da própria legitimidade do exercício do poder”.<sup>723</sup>

A teoria da argumentação jurídica, pela qual se fundamentam as regras do discurso, é vista como uma “*teoria processual de correção prática*”, pois uma norma será tida como correta e válida se for resultado de um procedimento em que se realiza um discurso prático racional.<sup>724</sup>

Portanto, concebendo-se que o Direito não se resume às leis positivadas, mas que engloba também a norma do caso concreto, tem-se que o “direito vivente” compreende os momentos do texto e do ato, pois a norma derivada “da aplicação das regras gerais e abstratas a casos reais” se dá mediante a hermenêutica jurídica, pela qual o juiz obtém a norma adequada ao caso concreto. Desta feita, é a argumentação jurídica que se realiza da interpretação do ordenamento jurídico como um todo, a fim de se efetivar direitos, e não as normas em si consideradas, que produz o chamado direito vivente.<sup>725</sup>

Em suma, importante transcrever os dizeres de Eduardo Cambi sobre argumentação e motivação no processo judicial:

A teoria do discurso jurídico não é uma *máquina* capaz de produzir *respostas exatas e objetivas* ou de *atribuir pesos definitivos* aos direitos, mas apenas mostra que são possíveis deduzir argumentos racionais sobre os direitos. Aliás, quando se argumenta, se o faz para alguém; por isso, quem argumenta *dialoga*. Assim, a argumentação jurídica está condicionada ao *auditório*, ao qual se dirige o diálogo. Logo, a argumentação a que se dirige o diálogo depende da época e do lugar, dos níveis e dos ambientes de compreensão, porque envolve a comunicação e a compreensão da mensagem. Portanto, não se argumenta *em definitivo*, posto que não há soluções infalíveis para problemas práticos.

O discurso racional, ao incluir a questão da tutela dos direitos fundamentais, torna possível estabelecer critérios objetivos para a aproximação entre o direito e a moral. Os juízes devem levar a sério a Constituição, não permitindo que os direitos fundamentais se tornem promessas constitucionais não cumpridas.<sup>726</sup>

Assim, a Constituição, apesar de não poder transformar todos os direitos em realidade de forma imediata, vincula “os juízes, que devem fundamentar suas decisões em *standards*

<sup>723</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 341.

<sup>724</sup> Ibidem, p. 343.

<sup>725</sup> Ibidem, p. 342.

<sup>726</sup> Ibidem, p. 346-347.

jurídicos objetivos, sem que, destarte, ajam arbitrariamente ou possam vir a se colocar no lugar dos legisladores”.<sup>727</sup>

É fato que esse novo conceito de aplicação do direito material causa uma “erosão do Direito positivo”, que é ultrapassado pelos juízes e pelas partes. Isso pode, caso não utilizado com razoabilidade, se tornar “uma arma perigosa a serviço do árbitro”. Não se pode, porém, encarar essa evolução como um abandono do Direito codificado, relegando-se a lei a segundo plano, pois esta continua a ter uma aplicação forte em grande parte dos casos. Nesse sentido, a nova realidade retrata-se no abandono de falsas certezas com relação a todo o direito, inclusive ao processo civil, e com isso uma mudança de mentalidade e uma visão dotada de coerência jurídica.<sup>728</sup> Conforme elucidativo entendimento de Zaneti:

Para acompanhar a natureza das coisas, o jurista precisa reeducar sua forma de pensar, *reformat seu pensamento*, adequando-o ao modelo do estado Constitucional Democrático Pluralista de Direito que foi implantado em 1988, cerrando um círculo evolutivo de democratização crescente do direito brasileiro, começado pelo sistema positivado na Constituição (a chamada constitucionalização do direito), já bastante reconhecida no direito civil, no direito penal, no direito processual penal, mas não bem aplicada ao processo civil, em toda a sua potencialidade.

No processo, como se observou, o jurista vê tendencialmente um direito processual constitucional e um direito processual infraconstitucional, identificando-se o chamado “paradoxo metodológico”.

As características desse círculo evolutivo já foram descritas: a formação de um processo constitucional como método de controle judicial do poder e garantia de participação das partes na formação dos atos decisórios (módulo processual); a necessária aplicação, a esse quadro, de uma racionalidade prática procedimental, única capaz de traduzir em espaços democráticos de participação os mecanismos predispostos pela Constituição; a falência da departamentalização dos poderes e o reconhecimento da função política do Poder Judiciário como uma necessidade nos Estados constitucionais; a circularidade dos planos do direito, implicando uma relação biunívoca entre o direito material e o direito processual, com a constante abertura ao “problema” pelo direito (tópica).<sup>729</sup>

Como conclui Hermes Zaneti Júnior, o que ainda falta no direito processual é superar a ideologia do Código de Processo Civil de 1973, que fez do processo um instrumento puramente técnico. Precisa, assim, ter uma filosofia que não seja a de um discurso abstrato, mas “a filosofia do ‘pensar certo’ (contextualizar, problematizar, agir)”, pois processo não é pura técnica, e nem técnica é um fim em si mesmo.<sup>730</sup> O processo como técnica deve ser visto

<sup>727</sup> CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 347.

<sup>728</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 252.

<sup>729</sup> Ibidem, p. 252-253.

<sup>730</sup> Ibidem, p. 267.

como caminho, colocado à disposição da sociedade para se atingir o bem-estar e a paz social.

Nesses termos, no constitucionalismo contemporâneo, em que se tem “a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais”, além da consolidação de uma “nova hermenêutica”, o processo deixa de ser visto “como fenômeno técnico, voltado para atender aos anseios do mercado e vinculado à proposição liberal”, para se tornar um instrumento democrático na medida em que pode “auxiliar na formação de uma sociedade democrática e inclusiva”.<sup>731</sup>

Marinoni conclui seu pensamento afirmando que o processo é procedimento e, dessa forma, pode ser visto como instrumento, mas no sentido de “módulo legal ou conduto com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação”, ou seja, “é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição”.<sup>732</sup> Define, pois, que o processo:

É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão. É a via que garante o acesso de todos ao Poder Judiciário e, além disto, é o conduto para a participação popular no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais. Por tudo isso o procedimento tem de ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais.<sup>733</sup>

Sinteticamente, nesse processo constitucionalizado e democrático, desenvolvido no âmbito de um sistema dialético, que garante uma “racionalidade procedimental” discursiva e argumentativamente construída em contraditório, prioriza-se, de um lado, o direito das partes de participarem da construção da decisão jurisdicional e, de outro lado, o dever do magistrado de fundamentar essas decisões, demonstrando racionalmente que as alegações das partes foram consideradas e, com isso, possibilitar o controle da sociedade e legitimar sua atuação.

### **4.3 Processo jurisdicional democrático como instrumento limitador do poder e legitimador de decisões judiciais: cura para todos os males?**

Do que foi dito até esse ponto, percebe-se que, em vista de sua relevante “tarefa de

---

<sup>731</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. Op. cit., p. 246-247.

<sup>732</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso...* Op. cit., p. 475.

<sup>733</sup> *Ibidem*, p. 475.

dirimir os conflitos efetivamente instaurados na convivência social”,<sup>734</sup> o Poder Judiciário realmente se encontra no centro do poder. Foi também afirmado que a legitimidade da função jurisdicional está na “fundamentação racional (técnica, política e ética)” e na compatibilidade sistêmica de sua conclusão, considerando que é “impossível o controle experimental da correção do resultado”.<sup>735</sup>

Esse foi o ponto defendido ao longo do presente trabalho a partir da consolidação de um novo modelo de processo civil, como um processo constitucionalizado e democrático, desenvolvido no âmbito de um sistema dialético, com o dever do magistrado de fundamentar suas decisões.

A importância fica mais ressaltada quando se tem em mente que “o Direito, não sendo um objeto natural, reclama, para existir, a sua ‘ produção ’ pelo homem”.<sup>736</sup> Quer-se dizer que o Direito é um “dizer” prescritivo e, por isso, é linguagem, é texto, e está imbricado com a comunicação. Além disso, “está necessariamente condicionado pelo pensar dos homens, em cada época, sobre sua existência, sua convivência e sobre o mundo que o rodeia”,<sup>737</sup> o que demonstra a “impossibilidade de se dissociar a produção do direito da organização política da sociedade que o produz”. Consequentemente, “todo processo de produção do direito também é um processo político”.<sup>738</sup>

Nesse sentido, Calmon de Passos afirma que “não há direito fora do processo de sua produção; só há o direito que o processo produz. Por isso mesmo, ou se recupera a reflexão sobre a dimensão política e democrática do processo ou se estará em franco descaminho”.<sup>739</sup> Todo processo de produção do direito deve ser revestido de um caráter dialógico e participativo num Estado Democrático de Direito.

Vale dizer, porém, que a “democratização é o processo de submeter todos os interesses à competição da incerteza institucionalizada”,<sup>740</sup> sendo a democracia sempre um processo, nunca pronto e acabado. Trata-se de “um sistema de desfecho regulado e aberto”, isto é, “de incerteza organizada”.<sup>741</sup>

Portanto, “num Estado Democrático de Direito, a produção e aplicação do direito são atribuídas a agentes políticos constitucionalmente institucionalizados e mediante

---

<sup>734</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 60.

<sup>735</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>736</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>737</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>738</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>739</sup> Ibidem, p. 152.

<sup>740</sup> Ibidem, p. 154.

<sup>741</sup> Ibidem, p. 156.

procedimentos e com conteúdo também constitucionalmente definidos. Inadmissível a busca de outro fundamento legitimador”.<sup>742</sup> Ademais, essas considerações são feitas não só para produção legislativa do Direito, como também para a produção jurisdicional do direito, principalmente em vista do que se expôs acerca do novo conceito de jurisdição e do “direito vivente”.

Constata-se, pois, que no paradigma do constitucionalismo contemporâneo, é a Constituição que “condiciona a produção do direito. Mas, sendo linguagem, em verdade a produção do direito fica condicionada ao que dizem os que ‘falam’ pela Constituição”. Realmente, sendo o Direito construído e processado pelos homens, “jamais se pode aceitar que a aplicação do direito aos problemas concretos da convivência social possa merecer tratamento técnico, asséptico, mediante o exercício de um discurso competente, avalorativo, politicamente neutro”.<sup>743</sup>

Todavia, isso significa admitir a “ambiguidade e flexibilidade, mutabilidade e relatividade” do Direito,<sup>744</sup> pois, como as proposições e juízos prescritivos são “linguagem, pedem interpretação, inerente a toda comunicação”.<sup>745</sup> Como aponta Calmon de Passos:

Dizer-se que a tarefa hermenêutica não é carregada de poder criativo e que não há necessidade de institucionalizar instrumentos que assegurem a correção do processo hermenêutico, que pode ser distorcido por incompetência e por improbidade, é pretender-se negar o que se invoca para legitimar o controle dos atos da autonomia privada e dos agentes investidos nas demais funções do Estado.<sup>746</sup>

E é exatamente esse o grande risco do ordenamento jurídico, que conduz ao questionamento de qual seria “a técnica que limita o arbítrio e a subjetividade da decisão”. Isso porque “todo agir humano implica, num mínimo que seja, um juízo ético (fim – valor) e um juízo técnico (meios – utilidade)”. Segundo Calmon de Passos, julgar “é inerente à condição humana”, pois todo homem, e não somente os juízes, está “permanentemente diante do desafio de decidir sobre o que deve ser”.<sup>747</sup> Desta feita:

Consequência disso é o imperativo de o homem lidar com valores como “certo”, “errado”, “justo”, “injusto”, “belo”, “feio” etc. Tais valores, entretanto, não são inerentes às coisas, por isso mesmo são incapazes de

<sup>742</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando...** Op. cit., p. 147.

<sup>743</sup> Ibidem, p. 211.

<sup>744</sup> Ibidem, p. 148.

<sup>745</sup> Ibidem, p. 150.

<sup>746</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>747</sup> Ibidem, p. 215.



percepção, precisando ser imputados pelos próprios homens, não só a seu pensamento como também a suas ações e opções. [...] Destarte, juízos de valor são históricos, relativos, submetidos a influências culturais, a par de muitos outros fatores, pelo que jamais deveriam ser impostos, mas sempre frutos de um máximo de consenso social.<sup>748</sup>

Portanto, o julgamento judicial — de um juiz, desembargador ou ministro — somente difere do julgamento de qualquer outro ator social porque é dotado de coercibilidade. O julgamento jurídico, também baseado em escolhas e valores, tem “eficácia de impor a quem é julgado o comportamento que lhe for determinado”.<sup>749</sup>

#### 4.3.1 Nível micro: controle interno

Acredita-se que, para o nível micro — aquele restrito ao âmbito dos conflitos confinados a um processo judicial, seja no primeiro ou no segundo grau de jurisdição, em que as autoridades responsáveis pela decisão são juízes e desembargadores —, o processo jurisdicional democrático, que demanda o desenvolvimento de uma hermenêutica e de uma teoria da argumentação, com a necessária motivação, pode ser considerado como técnica adequada para limitar eventual arbítrio e subjetividade da decisão.

De fato, como o juiz deve reverência à Constituição seus poderes “só podem ser admitidos se compatíveis com quanto nela instituído”. Disso deriva a “relevância da fundamentação de quanto decide”, pois “decidir sem fundamentar é incidir no mais grave crime que se pode consumir num Estado Democrático de Direito”. Essa conclusão se dá porque é a partir da fundamentação que se acompanha e controla “a fidelidade do julgador, tanto à prova dos autos como às expectativas colocadas pelo sistema jurídico”.<sup>750</sup>

Nesses termos, a partir de um processo jurisdicional democrático, em que é máxime a fundamentação da decisão judicial, torna-se possível o imperativo “controle interno” da correção do exercício do poder pelo juiz por meio de recursos a instâncias superiores. Sem esse mecanismo, corre-se o risco de o magistrado se tornar um déspota, um tirano, “protegido de seus desvios funcionais pelo bonito discurso do imperativo da ‘independência’ do julgador, como se numa democracia houvesse independência aceitável em face do verdadeiro soberano de todos — os cidadãos”.<sup>751</sup> Nas palavras de Calmon de Passos:

<sup>748</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando...** Op. cit., p. 216.

<sup>749</sup> Ibidem, p. 217.

<sup>750</sup> Ibidem, p. 219.

<sup>751</sup> Ibidem, p. 225.

[...] o magistrado, numa Democracia, nem é o deus que alguns ingenuamente pensam que são, nem monarcas soberbos ou semideuses que olham de cima para baixo, com desprezo ou piedade, o restante dos mortais. Nem os senhores absolutos, que muitos desejam ser, mas um servidor indispensável e qualificado a quem se defere a delicada, difícil e desafiadora função de garantir um máximo de segurança para os integrantes do grupo social no avaliarem as consequências dos conflitos em que se envolverem, buscando sempre e incansavelmente lograr o máximo de coerência que o direito positivo colocou, para os que interagem na sociedade, e as soluções que lhes darão, quando fracassarem as instituições sociais nessa tarefa.<sup>752</sup>

Realmente, como já tratado em capítulos anteriores, quem recebe o poder, na qualidade de detentor, de seu verdadeiro titular, para ser exercido como serviço, em termos de competência, ou seja, como “função”, não “pode exercitá-lo, permanentemente ou de modo duradouro, imune a qualquer espécie de controle (contrapoder)”.<sup>753</sup> Em outras palavras, o magistrado recebe o poder do povo, seu titular e destinatário, e ao exercer a função jurisdicional deve ser passível de sofrer algum tipo de controle.

#### 4.3.2 Nível macro: controle externo

Entretanto, no nível macro, que envolve decisões da cúpula do Poder Judiciário, qualificada como guardiã da Constituição, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, a técnica do processo jurisdicional democrático por si só não parece suficiente, tendo eficácia mínima, no sentido de limitar eventual arbítrio e subjetividade da decisão. Nesse âmbito, “a técnica ideal é a da democracia”.<sup>754</sup>

Como afirma Oscar Vilhena Vieira, a hiperconstitucionalização da vida contemporânea “é conseqüência da desconfiança na democracia e não sua causa. Porém, uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo”.<sup>755</sup>

O autor denomina, de maneira impressionista, o arranjo institucional brasileiro como “Supremocracia”, termo este que teria dois sentidos: o primeiro relacionado “à autoridade recentemente adquirida pelo Supremo de governar jurisdicionalmente (*rule*) o Poder Judiciário no Brasil”; e o segundo referente “à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes”, uma vez que, além de exercer uma espécie de poder

<sup>752</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando...** Op. cit., p. 225.

<sup>753</sup> Ibidem, p. 147.

<sup>754</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>755</sup> VILHENA, Oscar. Op. cit., p. 443.

moderador, é também “responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias”.<sup>756</sup>

Como já alinhavado no presente trabalho, existe o risco da postura do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, de se tornar o administrador da moral pública da sociedade, por ter a competência de realizar a “correta” interpretação do conteúdo da Constituição, como sábios que deduzem diretamente todos os valores e comportamentos corretos daquele diploma, sem submeter-se a qualquer mecanismo de controle social por considerar-se o superego de uma sociedade órfã, termo este usado por Ingeborg Maus.<sup>757</sup>

Ademais, a situação pode mesmo se agravar. Como exemplifica Oscar Vilhena Vieira com alguns julgados do Supremo Tribunal Federal de ampla repercussão moral, existe uma grande naturalidade na postura do Judiciário de reavaliar a escolha política já realizada pelo legislador ordinário, como se esse fosse realmente seu papel. Ressalta que “o Supremo não se vê apenas como uma instituição que pode vetar decisões parlamentares claramente inconstitucionais, mas que pode comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar, substituindo as decisões do parlamento caso entenda que as suas são as melhores”.<sup>758</sup>

Além disso, há casos em que “o Tribunal passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição”.<sup>759</sup> Vilhena Vieira, com muita sobriedade, termina sua reflexão com a seguinte ponderação:

Em um sistema em que os “poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição”, nada pode parecer mais positivo do que o seu legítimo guardião exercer a sua função precípua de preservá-la. Porém, ainda que isso possa a ser visto como desejável, sabemos todos que esta é uma tarefa cheia de percalços. Não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, nem tampouco em como solucionar as inúmeras colisões entre seus princípios. O que não significa que a tarefa não deva ser feita da forma mais racional e controlável possível, como nos sugere Hesse. Há, no entanto, dificuldades que transcendem os problemas estritamente hermenêuticos derivados da aplicação de uma Constituição. Estas dificuldades referem-se à própria dimensão da autoridade que se entende adequada a ser exercida por um tribunal dentro de um regime que se pretenda democrático. Como aponta o próprio Ministro Celso de Mello, em uma república, nenhuma esfera de poder pode ficar imune a controles.

---

<sup>756</sup> VILHENA, Oscar. Op. cit., p. 445.

<sup>757</sup> MAUS, Ingeborg. Op. cit.

<sup>758</sup> Ibidem, p. 452.

<sup>759</sup> Ibidem, p. 456.

Assim, há que se lutar pela “[...] progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder [...]”.<sup>760</sup>

Daí que, nesse ponto, o processo jurisdicional de produção do Direito pelo Supremo Tribunal Federal, que, como já afirmado, diversas vezes é o responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, deve ser, de alguma forma, reenviado à sociedade, a fim de o verdadeiro titular do poder — o povo — exercer seu papel de controle e eficácia das decisões judiciais. Esse é o dilema posto pela democracia.

No nível micro, as decisões judiciais ainda passam pelo controle interno do próprio Poder Judiciário. No nível macro, porém, em que se analisa a postura do Supremo Tribunal Federal, caso se defira o controle para o próprio Poder Judiciário desqualifica-se a democracia.

No entendimento de Calmon de Passos, “quem não tem poder de julgar os que os julgam não é um homem livre, mas um servo”. Ora, se se quer ser um cidadão, agindo como cotitular do poder soberano, ao invés de se comportar como servo de um senhor, ainda que legitimado a exercer essa função, é essencial que se tenha o poder de julgar aqueles que o julgam.

É essa exigência da necessidade do julgamento pelo cidadão o objeto da teoria da democracia e, enquanto não houver resposta para essa demanda, estar-se-á “a caminho da democracia, jamais instalados em sua casa”.<sup>761</sup> Pondera o autor que:

Mais não se precisa dizer para fundamentar a exigência do controle social do exercício da função jurisdicional. Se não há senhores, somente há servidores. E o servidor cumpre as ordens de seu senhor e presta contas da fidelidade de sua prestação. Sendo eleito, o voto deslegitima ou ratifica. Se não eleito, um gestor de negócios, obrigado a se legitimar pela ratificação.<sup>762</sup>

Imperioso, portanto, que exista um “controle externo” de tais decisões judiciais. A democratização da função jurisdicional “em nenhuma hipótese acarretará o desprestígio dos magistrados, apenas lhes reservará o papel que devem desempenhar em favor da comunidade titular da soberania”.<sup>763</sup> Somente dessa forma que se entende possível um verdadeiro aperfeiçoamento democrático no âmbito da função jurisdicional de um Estado contemporâneo.

<sup>760</sup> MAUS, Ingeborg. Op. cit., p. 457.

<sup>761</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando...** Op. cit., p. 213-214.

<sup>762</sup> Ibidem, p. 214.

<sup>763</sup> Ibidem, p. 215.

## CONCLUSÃO

O Brasil acredita ser democrático porque é isso que a Constituição Federal de 1988 lhe diz já em seu preâmbulo. Ainda que esse ideal seja alcançado em outras instâncias, o que não foi objeto de avaliação deste texto, pretendeu-se demonstrar que, ao menos no que diz respeito à Justiça e ao processo judicial, nos termos do Código de Processo Civil de 1973, o Brasil, ao contrário do que acredita, não é efetivamente democrático.

Entretanto, com o desenvolvimento do Estado até chegar a ser um Estado Democrático de Direito, com a vigência de um constitucionalismo contemporâneo, com a mudança de mentalidade dos operadores do Direito e com os fundamentos apresentados ao longo do texto, entende-se possível construir um novo modelo de processo civil.

Como já afirmado na fundamentação do presente trabalho, um novo processo exige a construção de um novo conceito de jurisdição, que deixa de ser uma função estática declarativa do juiz, para se tornar uma forma de produção do Direito, mais condizente e próxima da realidade social. Essa mudança decorre de uma nova concepção de democracia (a democracia participativa) — que demanda a repolitização da legitimidade, a partir do resgate do conceito de soberania popular constitucional; a superação da mera legalidade, uma vez que a lei cede lugar em importância à Constituição; uma nova hermenêutica constitucional; além da consolidação da abertura principiológica e da retomada da racionalidade da interpretação do Direito.

Essa guinada, porém, somente pode ocorrer com o reconhecimento da ideia de que o Direito é necessariamente ideológico por ser linguagem, e dizer prescritivo, o que o afasta da dicotomia verdadeiro-falso e o coloca no âmbito do que pede justificação (motivação). Nesse momento se confirma a importância do giro linguístico para o estudo do Direito, pois somente com uma nova hermenêutica o operador do Direito deixará de ser passivo do positivismo, pelo qual faz uma mera “subsunção”, para ocupar uma posição ativa na compreensão e interpretação, para aplicar corretamente o Direito.

Somente pelos reflexos no Direito da invasão da filosofia pela hermenêutica e pela linguagem é que se poderá aplicar a Constituição de forma autêntica e verdadeira. Somente assim é possível desencadear uma prática constitucional tradicionalmente construída em um Estado de Democrático de Direito, a fim de resgatar a força normativa da Constituição e vincular a atividade do magistrado à realidade da prática cotidiana do ser humano.

Por isso, é fundamental uma estrutura aberta na Constituição para que o sujeito a interprete e, como produto da linguagem, a aplique corretamente considerando todos os

envolvidos na relação intersubjetiva. Com isso, a partir de uma reflexão filosófica do giro linguístico, é possível compreender o verdadeiro papel da Constituição.

Trata-se de uma “penosa passagem do pensamento lógico para o analógico”, nos dizeres de Ovídio Batista, que deve compreender o Direito comprometido com valores, ou seja, permeado pela eticidade. Cai por terra definitivamente a suposta “neutralidade axiológica” do operador do Direito.<sup>764</sup>

No entanto, como a necessidade da compreensão da lei a partir da Constituição aumenta o risco de subjetividade das decisões judiciais, precisam-se adotar providências para garantir a legitimidade da prestação jurisdicional. Tal é a importância da teoria da argumentação jurídica, pois é a racionalidade de uma argumentação que fundamenta a decisão judicial. É preciso justificar a decisão, dando-lhe razões apropriadas e, com isso, assegurar sua aceitabilidade racional.

Não que a teoria da argumentação jurídica garanta a resposta certa, mas diminui a incidência de arbitrariedade, por meio de correção racional das decisões pelas suas motivações. Portanto, a argumentação no constitucionalismo contemporâneo produz uma modificação da concepção do Direito, ressaltando sua faceta argumentativa que possibilita uma aplicabilidade dinâmica das normas, desde que haja a devida motivação, por critérios argumentativos procedimentais de legitimação e pela pré-compreensão do intérprete. Realmente, como o Direito é indissociável do poder, até porque a viabilização deste poder somente se dá pelo Direito, exige-se uma justificação ideológica da manifestação desse poder pelo Judiciário.

Diante desse contexto, o processo não pode mais ser visto apenas como um instrumento técnico neutro, pois passa ser percebido como um instituto fomentador do jogo democrático, pelo qual todas as decisões que devem dele provir não são produto de um juiz privilegiado e solitário no seu mister, mas da participação de todos os interessados na causa, que dão legitimidade à discussão na sua formação e aplicação. É dessa forma que se possibilita uma abertura para a democracia, com a visão de Fazzalari do processo como um procedimento em contraditório.

Essa democratização do processo, no entanto, pressupõe uma interdependência e corresponsabilidade entre os sujeitos processuais, pois o conteúdo das decisões judiciais deve ser resultado do fluxo discursivo de todos os participantes. Disso resulta o caráter dialético do processo, que se constitui no ato de três pessoas: juiz, autor e réu.

---

<sup>764</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 290.

Para isso exige-se uma releitura adequada do princípio do contraditório, que, a partir de uma releitura democrática, passa a ser considerado sinônimo de participação efetiva, cooperação e colaboração mútua, para que seja verdadeiramente um instrumento democrático que assegure a efetiva influência das partes sobre o resultado da prestação jurisdicional.

Esse novo modelo de processo civil, denominado “processo jurisdicional democrático”, torna-se possível, portanto, a partir do reconhecimento do princípio do contraditório como a possibilidade de as partes influírem na formação, de forma crítica e construtiva, do conteúdo das decisões judiciais, por meio de um debate prévio de todos os participantes. Além disso, envolve o reconhecimento de um Direito dinâmico, alinhado às realidades sociais, que demanda uma maior participação do Poder Judiciário na produção de uma norma jurídica concreta, até mesmo “como fiador de um regime democrático”.<sup>765</sup> Tudo, porém, respaldado em uma justificação racional da decisão adotada, em conjunto, pelos participantes do processo.

Por fim, o Judiciário, no desempenho da função, caracterizada como poder-dever, que lhe foi conferida, deve ser passível de um controle interno, a partir da necessária motivação das decisões por meio da já ressaltada nova hermenêutica e da teoria da argumentação, e de um controle externo, a fim de garantir a implantação efetiva de um Estado Democrático no âmbito da Justiça e do processo.

A tentativa de aperfeiçoamento democrático, quanto ao controle externo, no entanto, inaugurada pela criação do Conselho Nacional de Justiça por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, não foi suficiente. Esse Conselho está bem aquém de atender a real necessidade de um controle externo social.

Quem sabe não seria o caso de — de forma benéfica e guardadas as devidas proporções — se importar um modelo semelhante ao português, que criou o Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ), coordenado por Boaventura de Sousa Santos, que conta com a participação de vários investigadores e assistentes de investigação, com a finalidade de, entre outras coisas, acompanhar e analisar o desempenho dos tribunais e de outras instituições e atividades com eles relacionados. Mas, parafraseando Nicola Picardi, começa aqui outro discurso.

De qualquer forma, o modelo de processo civil aqui proposto, infelizmente, não é o processo que se extrai do vigente Código de Processo Civil de 1973, mas, com uma mudança de olhar, poderia ser.

---

<sup>765</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. cit., p. 319.

Entende-se que não há necessidade de incansáveis mudanças legislativas, o que somente engessa cada vez mais o conceito de Direito. O processo, como meio de efetivação de direitos, pode ser aplicado até mesmo sem o próprio Código de Processo Civil, mas pelo simples cumprimento do que já se encontra garantido na Constituição Federal. Esta é o eixo fundamental de todas as disciplinas, inclusive do Direito Processual.

É por meio do olhar da Constituição que se pode transformar um Código Legislativo em um Código Constitucional. Acredita-se, pois, que o Brasil ainda não é um país inteiramente democrático no âmbito da Justiça e do processo, mas pode vir a ser. Basta querer.

E como qualquer projeto demanda um início, é um bom começo a iniciativa de cada indivíduo, como cidadão e jurisdicionado, merecedor da proteção de todos os direitos fundamentais constitucionais, de reivindicar o seu direito de participar. É com essa sugestão de ponta pé inicial de mudança que se termina com os dizeres do dramaturgo Augusto Boal:

Vendo o mundo além das aparências, vemos opressores e oprimidos em todas as sociedades, etnias, gêneros, classes e castas, vemos o mundo injusto e cruel. Temos a obrigação de inventar outro mundo porque sabemos que outro mundo é possível. Mas cabe a nós construí-lo com nossas mãos entrando em cena, no palco e na vida.

**Atores somos todos nós, e cidadão não é aquele que vive em sociedade: é aquele que a transforma!**



## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **A teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

ATIENZA, Manuel. O Direito como argumentação. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf)>. Acesso em: 26 set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: o Estado a que chegamos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BECKER, L. A. (Org.). **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOFF, Leonardo. **A águia e a galinha**: uma metáfora da condição humana. Petrópolis: Vozes, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BROWN, Beverly; MACCORMICK. Filosofia do Direito. Tradução Rui Vieira da Cunha. **Crítica**. 29 maio 2006. Disponível em: <[http://criticanarede.com/fil\\_direito.html](http://criticanarede.com/fil_direito.html)>. Acesso em: 02 ago. 2011.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. O Judiciário e a democracia no Brasil. **Revista USP**, n. 21, mar./abr./maio 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/10-celso.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COPETTI NETO, Alfredo; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. A hermenêutica jurídica em defesa da civilização: uma contraposição à barbárie teológica dos tribunais. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA Marcelo Andrade Cattoni (Org.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

COURA, Alexandre de Castro. A (re)interpretação da tarefa de interpretar o Direito a partir da reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea. **Depoimentos**, Vitória, n. 13, p. 9-20, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n13/editorial.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012.

COURA, Alexandre de Castro; AZEVEDO, Silvagner Andrade de. Interpretação Constitucional e os Desafios para a Jurisdição no Estado Democrático de Direito. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza**, 9 a 12 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3904.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**, n. 21, p. 18-19, mar./abr./maio 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>> Acesso em 10 dez. 2012.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Tradução Daniel Porto Godinho da Silva; Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução Flávio Paulo Meurer. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GUERRA, Roberto. Poder Judiciário: existe, mas poucos nele confiam. **Flit Paralisante**, 5 fev. 2010. Disponível em: <<http://flitparalisante.wordpress.com/2010/02/05/poder-judiciario-existe-mas-poucos-nele-confiam-eu-acredito-na-justica-do-meu-pais>>. Acesso em 03 set. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Facticidade e validade: reflexões de um autor. **Denver University Law Review**, v. 76, n. 4, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e comunicação**. Tradução Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 1996.

HAMILTON, Alexander. **O federalista**. Tradução Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 4. ed. Tradução Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

KAUFMANN, Arthur. **Introdução à filosofia do Direito e à teoria do Direito contemporâneas**. Tradução Marcos Keel; Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e Poder Judiciário ou a virtude confronta a instituição. **Revista USP**, n. 21, p. 18, mar./abr./maio 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/03-reinaldo.pdf>> Acesso em 10 dez. 2012.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 18. ed., São Paulo: Brasiliense, 1996.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do Direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Tradução Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Nos vinte anos da Carta Cidadã: do Pós-positivismo ao Neoconstitucionalismo. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O paradigma racionalista: lógica, certeza e o direito processual. *In*: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e processo**: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. Curitiba: Juruá, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**: v. 1: teoria geral do processo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Estado de Direito Social. **Jus Navigandi**. Teresina, v. 9, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5494>>. Acesso em: 1 mar. 2013.

MAUS, Ingeborg. O Judiciário como superego da sociedade: sobre o papel da atividade jurisprudencial da “sociedade órfã”. Tradução Martonio Lima; Paulo Albuquerque. **Novos Estudos**. São Paulo: Cebrap, n. 58, nov. 2000.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do Espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOORE, Michael S. Interpretando a interpretação. *In*: MARMOR, Andrei (org.). **Direito e interpretação**: ensaios de filosofia do direito. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Modelo argumentativo constitucional. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Novos usos da argumentação jurídica. *In*: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). **Argumentação e Estado Constitucional**. São Paulo: Ícone, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**: a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NIGRO, Rachel. A virada linguístico-pragmática e o pós-positivismo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 34, jan./jun. 2009. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/nigro\\_direito34.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/nigro_direito34.pdf)>. Acesso em: 17 jan. 2013.

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

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

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Segurança jurídica e súmula vinculante**. São Paulo: Saraiva, 2010. Série IDP.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o poder, a justiça e o processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão.** Salvador: Juspodivm, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud; CAFFARATE, Viviane Machado. Apontamentos para uma compreensão adequada do processo no Estado Democrático de Direito. **Jus Navigandi.** Teresina, v. 8, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4317>>. Acesso em: 27 set. 2012.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. **O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari.** Disponível em: <<http://www.pgdp.uff.br/?q=node/73>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. O poder do juiz: ontem e hoje. **Revista da Ajuris**, v. 33, n. 104, dez. 2006.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo.** Organizador e revisor técnico da tradução Carlos Alberto de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra, 1989.

POGREBINSCHI, Thamy. O problema da justificação no Direito: algumas notas sobre argumentação e interpretação. *In*: CAVALCANTI, Antonio (Org.). **Perspectivas atuais da filosofia do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RAZ, Joseph. Interpretação sem restabelecimento. *In*: MARMOR, Andrei (Org.). **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do Direito.** Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSA, Alexandre da; STAFFEN, Márcio Ricardo. A contribuição de Elio Fazzalari para a [correta] compreensão do princípio do juiz natural no âmbito do processo administrativo disciplinar. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 8, n. 8, p. 101-111, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://br.vlex.com/vid/417957934>> Acesso em: 26 fev. 2013.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional.** Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. **Revista USP**, n. 21, p. 34-45, mar./abr./maio 1994. Disponível em: <<http://www.usp.br/revistausp/21/04-sadek.pdf>> Acesso em 10 dez. 2012.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. A influência do neoliberalismo sobre a jurisdição: a difícil sintonia entre eficiência e efetividade. *In*: MARIN, Jeferson Dytz (Coord.). **Jurisdição e processo**: estudos em homenagem ao Prof. Ovídio Baptista da Silva. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas sociedades contemporâneas. **Oficina do CES – Centro de Estudos Sociais**. Coimbra, n. 65, nov. 1995. Disponível em: <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2013.

SILVA, Carlos Augusto. **O processo civil como estratégia de poder**: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, n. 3.743, 1986.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Deliberação Pública, Constitucionalismo e Cooperação Democrática. *In*: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A reconstrução democrática do Direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Orgs.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni (Orgs.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães. Breve balanço dos 20 anos de constitucionalismo democrático no Brasil e a contribuição da hermenêutica jurídica na concretização dos direitos fundamentais. *In*: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA Marcelo Andrade Cattoni (Orgs.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crises, acertos e desacertos. Tradução Juarez Tavares. Sai Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

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