

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Clenderson Rodrigues da Cruz

**A AMPLA DEFESA EM JUÍZO NO DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO:
estudos críticos a partir da teoria neoinstitucionalista do processo**

Belo Horizonte

2015

Clenderson Rodrigues da Cruz

**A AMPLA DEFESA EM JUÍZO NO DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO:
estudos críticos a partir da teoria neoinstitucionalista do processo**

Dissertação apresentada ao Programa Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal

Belo Horizonte

2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C957r Cruz, Clenderson Rodrigues da
A ampla defesa em juízo no direito processual democrático: estudos críticos a partir da teoria neoinstitucionalista do processo / Clenderson Rodrigues da Cruz. Belo Horizonte, 2015.
154 f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Direito processual constitucional. 2. Defesa (Direito). 3. Argumentação jurídica. 4. Estado democrático de direito. 5. Hermenêutica (Direito). I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 342

Clenderson Rodrigues da Cruz

**A AMPLA DEFESA EM JUÍZO NO DIREITO PROCESSUAL DEMOCRÁTICO:
estudos críticos a partir da teoria neoinstitucionalista do processo**

Dissertação apresentada ao Programa Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal (Orientador) - PUC Minas

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - PUC Minas

Prof. Dra. Andréa Alves Almeida - UNIFEMM

Belo Horizonte, 06 de maio de 2015.

*À minha esposa Gelmara Costa e aos meus filhos Rafael e Marcelo,
pela generosa paciência ante minha frequente ausência.*

AGRADECIMENTOS

Declaro, inicialmente, meu amor e gratidão à minha esposa Gelmara Costa, pelo apoio, companheirismo e paciência durante o solitário período de estudos.

Minha profunda gratidão e admiração pelo meu Orientador Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal, por sua instigante, precisa e competente orientação, além de sua generosidade acadêmica em acolher-me como orientando. Será sempre lembrado em minhas pesquisas.

Meu reconhecimento e admiração aos meus professores da Pós Graduação em Direito *Stricto Sensu* da PUC Minas, Prof. Dr. Ronaldo Brêtas, Prof. Leonardo Marinho, Prof. Dra. Flaviane Barros, Prof. Dr. Dierle Nunes, Prof. Dr. Lucas Gontijo e Prof. Dra. Lusia, os quais contribuíram diretamente para minha pesquisa.

Meu singelo agradecimento aos meus colegas de mestrado, com os quais apreendi muito; ambiente amistoso e crítico, adequado para o debate de conjecturas.

Minha estima aos meus professores do IEC PUC-Minas, especialmente, ao Prof. Vinicius Barros, meu orientador na especialização e, praticamente, um co-orientador na dissertação, atendendo-me com presteza sempre que lhe incomodei com minhas angústias acadêmicas.

Meu eterno respeito aos meus alunos, antigos, atuais e futuros, espero dividir com eles a instigante busca do pesquisar.

Meu agradecimento à Faculdade de Pará de Minas, primeira instituição da qual tive a honra de ser professor e onde pretendo continuar por longos anos.

Minha gratidão aos meus grandes amigos Janou Saldanha e Jardel Magalhães, cada um contribuindo a seu modo para minha jornada acadêmica.

Em resumo, agradeço a todos que, à sua maneira, ajudaram a despertar em mim o desejo incontável pela pesquisa jurídica e pelo crescimento científico, na pretensão de contribuir com a diminuição do sofrimento humano.

*Não serei o poeta de um mundo caduco.
Também não cantarei o mundo futuro.
Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considero a enorme realidade.
O presente é tão grande, não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.
Não serei o cantor de uma mulher, de uma história,
não direi os suspiros ao anoitecer, a paisagem vista da janela,
não distribuirei entorpecentes ou cartas de suicida,
não fugirei para as ilhas nem serei raptado por serafins.
O tempo é a minha matéria, o tempo presente, os homens presentes, a vida presente.
(Mãos Dadas - Carlos Drummond de Andrade)*

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo estabelecer um estudo crítico da ampla defesa em juízo no direito processual democrático a partir da teoria neoinstitucionalista do processo. Com esse estudo pretende-se identificar o que seria uma teoria processual da ampla defesa e quais os óbices atuais à sua compatibilização com o paradigma do Estado Democrático de Direito. Nessa quadra, realizaremos inicialmente a demarcação teórica do tema, apresentando a sua inserção no estado, na filosofia e no direito processual, quando serão declinados os marcos teóricos que orientarão o trabalho. Em seguida, incursionaremos especificamente na teoria processual da ampla defesa, buscando identificar e conjecturar o instituto na pós-modernidade. Feito isso, confrontaremos a ampla defesa com institutos jurídicos em uma análise lógico-sistemática, identificando aqueles que a complementam e, posteriormente, os entraves que resultam em sua interdição. Por fim, demonstraremos que a ampla defesa apenas se torna ampla se regida pelo devido processo constitucional, utilizando-se do modelo procedimental da ordinary law em juízo democrático, momento no qual a ampla defesa se faz ampla e se traduz pela exauriência argumentativa atuante na cognição plenária.

Palavras-chave: Ampla defesa. Argumentação. Estado Democrático de Direito. Devido Processo Constitucional.

ABSTRACT

The research aims to establish a critical study of full defense in court in democratic procedural law, starting from the Neo-institutionalist theory of process. This study aims to identify what a procedural theory of full defense is and also the current obstacles to its compatibility with the paradigm of the democratic rule of law. Initially there will be the theoretical demarcation of the theme, and the presentation of its inclusion in the state, philosophy and procedural law, when the theoretical frameworks that guide the work will be outlined. Then the procedural theory of legal defense will be explored in order to identify and conjecture the institution in postmodernity. After that, there will be a comparison of full defense with other legal institutions in a logical and systematic analysis, and the identification of those institutions that complement it and subsequently the obstacles that result in its interdiction. Finally, it will be demonstrated that full defense only becomes ample if it is governed by the constitutional due process, using the procedural model of ordinariness in democracy, at which time full defense becomes ample and is manifested by the argumentative exhaustion acting in the complete cognition.

Keywords: Full defense. Argumentation. Democratic Rule of Law. Constitutional Due Process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	19
2 DEMARCAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO TEMA	23
2.1 Estado, sociedade e ampla defesa: a necessária inserção teórica da ampla defesa no paradigma do Estado Democrático de Direito.....	24
<i>2.1.1 A ampla defesa na sociedade pressuposta e no estado de exceção.....</i>	<i>25</i>
<i>2.1.2 A ampla defesa como garantia da liberdade no Estado Democrático.....</i>	<i>40</i>
2.2 O antagonismo entre a ampla defesa e o dogmatismo: a proposta do racionalismo crítico popperiano como metodologia para alcançar a exauriência argumentativa	44
<i>2.2.1 A dogmática analítica e a tópica nas bases da construção do direito em prejuízo da ampla defesa democrática.....</i>	<i>45</i>
<i>2.2.3 O racionalismo crítico como método para a ampla defesa.....</i>	<i>50</i>
2.3 O processo instrumental: a necessária suplantação do modelo pela teoria neoinstitucionalista do processo como teoria do direito democrático.....	54
<i>2.3.1 Da teoria da relação jurídica ao processo constitucionalizado: a superação do instrumentalismo processual.....</i>	<i>55</i>
<i>2.3.2 A teoria neoinstitucionalista do processo como teoria do direito democrático.....</i>	<i>62</i>
3 PRIMEIRAS CONJECTURAS SOBRE A TEORIA PROCESSUAL DA AMPLA DEFESA.....	67
3.1 A ampla defesa como princípio autocrítico: a principiologia jurídica na contemporaneidade	67
3.2 A ampla defesa como direito-garantia fundamental: o processo na efetivação dos direitos fundamentais.	72
3.3 A argumentação jurídica no paradigma do estado democrático: a concepção de argumentação jurídica para uma ampla defesa no direito processual democrático...	76
3.4 A ampla defesa no juízo democrático: por uma exauriência argumentativa.	81
4 AS RELAÇÕES DA AMPLA DEFESA NA CONTEMPORANEIDADE: SUA VISÃO SISTÊMICA	89
4.1 O instituto da defesa jurídica em juízo: correlações e diferenças com a ampla defesa	89
4.2 A coextensividade dos princípios institutivos: ampla defesa e sua relação com os demais princípios autocríticos	95
<i>4.2.1 O princípio institutivo do contraditório e sua relação com a ampla defesa.....</i>	<i>96</i>
<i>4.2.2 O princípio institutivo da Isonomia e sua relação com a ampla defesa.....</i>	<i>99</i>
4.3 A teoria democrática da prova: sua contribuição à ampla defesa.....	103
5 OS ENTRAVES IDEOLÓGICOS À AMPLA DEFESA.....	107
5.1 A racionalidade modernista como óbice a ampla defesa	107
5.2 A mitigação da ampla defesa e os prejuízos para a cognição processual.....	111

5.3 Efetividade e celeridade: a leitura equívoca da duração razoável do processo como interdição à ampla defesa	114
5.4 A ampla defesa no Tribunal Constitucional: a crença na livre interpretação judicial.	118
5.5 A ampla defesa no movimento reformista processual: a continuidade do caráter instrumental do processo.....	122
6 A AMPLA DEFESA DEMOCRÁTICA: A EXAURIÊNCIA ARGUMENTATIVA NA ORDINARIEDADE PROCEDIMENTAL ATUADA PELO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL.....	127
6.1 O estar em juízo democrático: a partir da ampla defesa.....	127
6.2 A ordinariedade como estrutura normativa apta a qualificar como <i>ampla a ampla defesa</i>.....	129
6.3 Devido processo constitucional e ampla defesa.....	133
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	141
REFERÊNCIAS	145

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 representou a consolidação de uma das maiores conquistas teóricas de nosso tempo, rompendo com um vácuo normativo (Estado de Exceção) que durava há algumas décadas. Na vanguarda do direito democrático, a Constituição reconheceu grande importância ao processo, servindo de ambiente para que a teoria neoinstitucionalista do processo teorizasse o processo como instituição linguística de criação, interpretação e revisão do direito bem como de formação de uma comunidade política a ser construída, exigindo pesquisa incessante e revisitação dos institutos do Direito.

No entanto, passados quase 30 anos de sua promulgação, percebe-se a tardia efetivação de seu discurso. Embora haja teóricos comprometidos com sua concretização, há uma gama de estudos que ainda se encontram comprometidos com uma perniciosa dogmática analítica que insiste em manter ativa a sociedade pressuposta, reafirmando anos de exclusão e atrocidades. O Estado, ainda sob as vestes dos modelos liberais e sociais de direito, retarda (impede) a efetivação dos direitos fundamentais já plenamente decididos no plano co-instituinte do direito.

Nesse contexto, tem a presente dissertação o escopo de implementar a revisitação crítico-teórica do **princípio constitucional da ampla defesa** (art. 5º, LV da Constituição Federal de 1988), a partir da teoria neoinstitucionalista do processo com intenção de ressemantizar o instituto, através de pesquisa de enunciados colhidos na ciência jurídica contemporânea, para formatar esse instituto democraticamente.

A proposta em questão mostra-se como um grande desafio, pois foram poucas as obras que trataram especificamente do princípio da **ampla defesa**, surgindo daí um primeiro diagnóstico: o princípio da **ampla defesa** foi confundido com o princípio do contraditório e com o instituto da defesa, e às vezes, voluntariamente, negligenciado.

A metodologia para análise dos enunciados colhidos pela dissertação será o racionalismo crítico de Karl Raimund Popper, uma vez que uma **ampla defesa** que se pretenda democrática e argumentativamente exauriente jamais compactuará com a dogmática analítica. Noutra ponta, como marco teórico terá a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, conjecturada por Rosemiro Pereira Leal, traduzindo-se por uma teoria processual (teoria do direito democrático) legitimadora do Estado de Direito Democrático. Ademais, as propostas da dissertação se amoldaram ao paradigma do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88).

Pretendemos, pois, apontar com o presente trabalho, através de coleta em teorias

contemporâneas, como alcançar a fruição do direito-garantia à **ampla defesa** no paradigma democrático. Isso porque os estudos comumente divulgados em matrizes processuais não recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 não ofertam ao instituto o seu real alcance, ao contrário, atribuem a ele rótulos dogmáticos e aplicação autoritária para realização de justiça.

Os percalços teóricos que pretendemos enfrentar são: qual o panorama epistemológico da **ampla defesa**; o que seria a **ampla defesa** no direito processual democrático; algumas das principais relações intra-sistêmica com institutos afins; quais os entraves ideológicos à **ampla defesa**; como alcançar a exauriência argumentativa pela **ampla defesa**, logo, demonstrar o que seria *ampla* na **ampla defesa**. Neste percurso, pretendemos coletar enunciados que se vinculam ao paradigma democrático e afastar as barreiras teóricas (ideológicas) à **ampla defesa**.

Para se trabalhar com as proposições acima, o instituto precisará ser teorizado a partir de uma nova visão de processo, para que se desfaçam as confusões existentes, tais como: **ampla defesa** como sinônimo de defesa; **ampla defesa** como infinidade de oportunidade de defesa; **ampla defesa** como princípio indefinido e implícito; **ampla defesa** como perpetuadora do processo; **ampla defesa** como garantia outorgada pelo juiz.

Sendo assim, no capítulo inicial empreenderemos uma demarcação epistemológica do tema. Nesse capítulo apresentamos o paradigma de Estado que se liga à pesquisa, qual seja, o Estado Democrático de Direito. Para tanto, expomos a insubsistência das ideias liberais e sociais na contemporaneidade, bem como suas ligações com o Estado de Exceção, com o objetivo de evidenciar que essas ideologias não dão suporte à **ampla defesa** na pós-modernidade. Ainda nesse capítulo, apresentamos a metodologia adotada, qual seja, o racionalismo crítico popperiano superando a dogmática analítica. Esta há anos obsta a democratização do Estado e favorece a manutenção da perversidade estatal. Por fim, apresentamos a vinculação de nossa pesquisa à teoria neoinstitucionalista do processo, que é o marco teórico adotado. Mostramos assim que, somente a partir de uma teoria processual legitimadora da constitucionalidade, que coloca o processo como médium linguístico, será possível o desenvolvimento da **ampla defesa** como plenitude de defesa oriunda da exauriência argumentativa. Em razão da metodologia escolhida para o desenvolvimento do trabalho, explicamos minuciosamente a vinculação da pesquisa a cada um desses marcos, e o porquê de os elegermos, sendo que os demais não dariam a guarida necessária, realizando a desconstrução dos modelos superados, a partir do paradigma democrático.

No capítulo três, tratamos das primeiras conjecturas de uma teoria processual da

ampla defesa democrática. Nesse capítulo buscamos afastar algumas confusões que possam surgir, tais como, se considerada a **ampla defesa** uma garantia não se abonaria o garantismo, e que, adotar a **ampla defesa** como instituição principiológica autocrítica, não representa uma vinculação ao neopositivismo. Traçamos uma pequena digressão sobre argumentação jurídica para indicar à qual argumentação nos referimos quando dizemos que a **ampla defesa** representa a exauriência argumentativa. Por fim, colhemos no acervo teórico, até então amalhado, elementos do que poderia ser um conceito de **ampla defesa** no Estado Democrático, sem a pretensão de criação de um conceito novo.

No capítulo quatro, após traçar as primeiras ideias sobre uma teoria processual da **ampla defesa**, estaremos aptos a apresentar sua relação com outros institutos jurídicos, pretendendo desfazer confusões existentes e apresentando a relação de completude existente entre **ampla defesa** e o instituto da defesa, **ampla defesa** e contraditório, **ampla defesa** e isonomia, **ampla defesa** e prova democrática.

No capítulo cinco, como contraponto, mencionamos a prejudicialidade de algumas propostas elaboradas a partir do ensino de escolas do direito ainda dogmáticas e, que por suas ideias, interdita a **ampla defesa**. Expomos a fragilidade da racionalidade modernista que pretende suplantar a **ampla defesa** pela confiança extrema no saber judicial. Ainda, o caráter impeditivo à **ampla defesa** representado pela sumarização do procedimento e da cognição, ideias comuns atualmente no Direito processual não democrático. E, por fim, apresentamos o grave prejuízo à **ampla defesa** trazido pela festejada celeridade processual, que não se confunde com a duração razoável do processo.

No último capítulo pretendemos inserir a **ampla defesa** na processualidade democrática. No capítulo conclusivo, apresentaremos, enfim, como alcançaríamos a plenitude da **ampla defesa**, ou seja, como torna-se *ampla e exauriente* a argumentação garantida pela **ampla defesa**. Mostramos que o modelo procedimental da ordinariedade é a estrutura normativa que permite e garante a fruição do direito-garantia à **ampla defesa** e, que ela deverá ser regida pelo **devido processo constitucional**.

Assim, pretendemos conjecturar a **Ampla defesa** no Direito Processual Democrático.

2 DEMARCAÇÃO EPISTEMOLÓGICA DO TEMA

Uma incursão crítica na teoria da **ampla defesa** que contribua com a construção do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88¹) e com a ciência jurídica **exige** a apresentação de demarcações lógico-científicas que a orientam, com a finalidade de ofertar *enunciados básicos* que permitam as “inferências falseadoras”² em relação ao tema desenvolvido, conforme orientação da teoria do conhecimento objetivo de Karl Popper³.

Deste modo, o capítulo inicial ocupar-se-á de três ideias centrais: conjecturas sobre o paradigma⁴ do Estado de Direito Democrático – o que nos exigirá a desconstrução dos demais paradigmas; indicar o método racionalista-crítico de Karl Raimund Popper⁵ – apontamos a insuficiência e prejudicialidade da dogmática analítica;⁶ apresentar a teoria neoinstitucionalista do processo como marco teórico das proposições – já que para nós, essa é aceita, conjecturalmente, como a mais resistente entre todas teorias para nortear a reflexão. Em conjunto, apresentaremos no capítulo primeiro, de forma bem demarcada, o marco teórico que orientará a dissertação.

¹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jan. 2015).

² POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1974. p. 44.

³ Pretendemos apresentar na pesquisa os enunciados que fundamentaram nossas escolhas teóricas, a fim de demarcar nosso estudo e afastar dele o subjetivismo que poderia surgir de nossas convicções pessoais. Popper esclarece que a objetividade dos enunciados científicos reside na possibilidade de serem submetidos a teste de forma impessoal; o subjetivismo impediria a testificação porque nossos sentimentos de convicção não podem ser submetidos à crítica. Por mais intenso que seja um sentimento de convicção ele jamais poderá justificar um enunciado por impossibilitar o teste (POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1974. p. 44).

⁴ A acepção de paradigma apresentada na presente dissertação não se compatibiliza com noção esboçada por Kuhn, que veda a revisitação dos fundamentos teóricos, tornando-os “praticamente inquestionáveis, como pressupostos universalistas de uma realidade (científica), a tal ponto de os resultados divergentes, que não confirmem os fundamentos do paradigma, serem considerados automaticamente erros, tais premissas ‘teóricas’ vigentes no período comum da ciência, acabam tornando-se, deveras, fundamentos ideológicos e não mais propriamente teóricos” (ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática**: escopos fundamentais do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 121). Valemos-nos do termo paradigma para grafar “o estado democrático como co-instituição de uma *sociedade aberta*, se assim cognominado, só poderia significar *o devido processo* concebido como **marco teórico-crítico-normativo** não oriundo da história ou da convenção (modelos disciplinares e exemplares do saber) de uma assembleia de cientistas comprometidas com o ‘progressos’ não fiscalizáveis, preventiva e continuamente, pela base de contrastação teórica da própria ‘ciência tecnológica’, isto é, no âmago da sociedade aberta” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 205).

⁵ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

⁶ A dogmática analítica, segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, é a ciência que permite a formação de um sistema – prepara, pois, a decisão - no qual se elege um ponto de partida inegável (lei, costume, contrato), de forma que cabe ao jurista captar o direito (a partir desse ponto de partida inegável (*dogma*) em um processo de imputação de normas a situações sociais (FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 67-70).

Não obstante, devemos destacar que o estudo ora proposto se insere em um contexto pós-moderno⁷, como aquele em que se ambiciona a desconstrução⁸ e reconstrução incessante do Direito e de seus institutos. Na Pós-Modernidade, há uma ruptura conjectural com a ideia de *certeza e verdade primal e absoluta* supostamente contida na natureza física e humana. Estabelece-se o pensar *falível*, o que nos cobra, no direito, a revisitação e ressemantização dos institutos jurídicos.⁹

Por outro lado, o estudo se localiza na matriz epistemológica do direito processual como a busca do “entendimento e esclarecimento das fases jurídicas da atividade e interação humanas empreendidas”¹⁰. Buscamos revigorar “as atuais bases teórico-científicas do Processo no campo do Direito”¹¹, especificamente, quanto a uma teoria crítica da **ampla defesa** no contexto do direito processual democrático. Assim, é por meio da confrontação dos “enunciados previamente aceitos”¹² que verificamos se **nossas incursões críticas na teoria da ampla defesa** representarão “um avanço de ordem científica”¹³.

Destarte, passamos a declinar nossas bases.

2.1 Estado, sociedade e ampla defesa: a necessária inserção teórica da ampla defesa no paradigma do Estado Democrático de Direito

Por óbvio, não acatamos na presente dissertação a ideia de Estado como autor do direito ou mesmo como o epifenômeno¹⁴ de uma sociedade pressuposta.¹⁵ Mostra-se imprestável para a pós-modernidade a *crença* em um Estado formado a partir de uma

⁷ Não podemos crer, como os pensadores *modernos* “que o fluxo do tempo tem uma direção, de que tudo o que vem depois é também (ou tem de ser, deve ser) melhor, enquanto tudo o que refluí para o passado também é pior” (BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama e Cláudia Matinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 123).

⁸ “In effect, what appears most fascinating in this critical search for a new status of discourse is the stated abandonment of all reference to a *center*, to a *subject*, to a privileged *reference*, to an origin, or to an absolute *archia*” (DERRIDA, Jacques. **Writing and difference**. Tradução Alan Bass. London and New York: Taylor and Francis e-Library, 2005. p. 361) – Tradução livre: Na realidade, o que aparece mais fascinante nesta procura crítica por um novo estatuto do discurso é o abandono declarado de toda a referência a um centro, a um sujeito, a uma referência privilegiada, a uma origem ou a uma *arquia* absoluta.

⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**.

¹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 33.

¹¹ Idem.

¹² Idem.

¹³ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**, p. 33.

¹⁴ Nicola Abbagnano define epifenômeno como “consciência, considerada fenômeno secundário ou acessório que acompanha os fenômenos corpóreos, mas é incapaz de reagir sobre eles” (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 338).

¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, jul. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2014.

sociedade natural, na qual o ser nasce predestinado ao agrupamento como pretendeu Aristóteles¹⁶, ou mesmo a partir de uma sociedade contratual, onde o integrante renuncia a sua liberdade em favor de uma soberania do todo social encarnada no líder despótico (leviatânico) para que esse encerre o estado de guerra natural¹⁷. Somos levados a crer que de Aristóteles a Hobbes e deste a Hegel, trabalha-se com uma sociedade pressuposta, mítica, que não pode ser qualificada como comunidade política.

Ao contrário disso, nossa pesquisa se insere no paradigma do Estado Democrático de Direito, conforme dispõe a Constituição Brasileira de 1988 (art. 1º), enquanto a sociedade que se pretende desenvolver a partir de **ampla defesa** como liberdade *é a sociedade de legitimados ao processo de formação da comunidade política*.¹⁸ Pretendemos, com a dissertação, auxiliar na desconstrução do Estado Liberal e Social, e atuar na implementação do Estado Democrático de Direito compreendido desde o nível instituinte do sistema jurídico constitucionalmente adotado.

Por essa razão, inicialmente, apresentamos a sociedade pressuposta e o estado de exceção que perduram por milênios e a inserção da **ampla defesa** neste contexto e, posteriormente, trataremos do paradigma de estado que trabalharemos, ou seja, o Estado Democrático de Direito.

2.1.1 A ampla defesa na sociedade pressuposta e no estado de exceção

Ainda não estão superados os modelos liberal e social de Direito, apesar das conquistas teóricas recepcionadas pela Constituição Brasileira de 1988. Esse quadro desafia

¹⁶ “[...] a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e um que por natureza, e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade (como o ‘sem clã, sem leis, sem lar’ de que Homero fala com escárnio, pois ao mesmo tempo ele é avido de combates), e se poderia compará-lo a uma peça isolada do jogo de gamão” (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Mario da Gama Kury. Brasília: Ed. da UnB, 1985. p. 1253 a).

¹⁷ A causa final ou finalidade, e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver em repúblicas, é a precaução com a sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita. Quer dizer, o desejo de sair daquela mísera condição de guerra, que é a consequência necessária (conforme se mostrou) das paixões naturais dos homens, quando não há um poder visível capaz de os manter em respeito e os forçar, por medo do castigo, ao cumprimento de seus pactos e à observância das leis de natureza que foram expostas nos capítulos XIV e XV (Da primeira e segunda Leis Naturais e dos Contratos; De outras Leis de Natureza) (HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 143).

¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 51.

uma *desconstrução* dessas formas de Estado, aos moldes de Derrida¹⁹, para que se construa efetivamente o Estado Democrático de Direito. O que se pretende na presente dissertação é a proposta inicial de apontar uma teoria da **ampla defesa** (princípio institutivo do processo) que venha legitimar essa construção. Fazemos coro à pergunta de Rosemiro Periera Leal com esteio em Lipovetsky: “**que democracia vamos criar?**”²⁰.

Não cremos na possibilidade de convivência de um Estado liberal, social e democrático supostamente forte²¹ como possível solução para os problemas sócio-econômico-jurídicos, como pretende Luiz Carlos Bresser-Pereira.

Na mesma esteira, Habermas abona o sincretismo de Estados Liberal e Republicano (Social), embora traga em seus escritos críticas ao assistencialismo. Segundo o autor, sua teoria do discurso apropria-se de elementos dessas duas visões integrando-os ao conceito de procedimento ideal para deliberação e tomada de decisão, formatando o processo democrático pela matriz procedimentalista (proceduralista).²²

Entretanto, a persistência do Estado assistencialista (matriz social) e indiferente à implementação de direitos fundamentais (matriz liberal), estrategicamente, impede a

¹⁹ Em Derrida “sob a égide da Desconstrução, coadunam-se questões filosóficas, literárias, políticas e intelectuais que proporcionaram um abalo no pensamento metafísico ocidental, já que este se apoiava, muitas vezes, nas relações binárias para estabelecer uma hierarquia ou supremacia de um termo sobre o outro. Diante disso, podemos afirmar que o trabalho empreendido por Jacques Derrida e que recebeu, muitas vezes, o título de Desconstrução, vai muito além da Filosofia e da Literatura. É um incessante trabalho de investigação que coloca sob suspeita os discursos da Filosofia e das Ciências Humanas, da Literatura e da História, da Fenomenologia e da Psicanálise, ao questionar, inclusive, o próprio conceito clássico de ciência” (PEDROSO JUNIOR, Neurivaldo Campos. Jacques Derrida e a desconstrução: uma introdução. **Revista Encontros de Vista**, Dois Irmãos-PE, ed. 5, p. 1-12, jan./jun. 2010. p. 10. Disponível em: <http://www.encontrosdevista.com.br/Artigos/Neurivaldo_Junior_Derrida_e_a_desconstrucao_uma_introducao_final.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014). Nas palavras de Jacques Derrida: “É preciso, pois, fazer um gesto duplo, de acordo com uma unidade ao mesmo tempo sistemática e dela própria afastada, uma escrita desdobrada, isto é, múltipla dela própria, aquilo que chamei, em *La double séance* de uma dupla ciência; por um lado, passar por uma fase de inversão. Insisto muito e incessantemente na necessidade dessa fase de inversão que se pode, talvez, muito rapidamente, buscar desacreditar. Fazer justiça a essa necessidade significa reconhecer que, em uma oposição filosófica clássica, nós não estamos lidando com uma coexistência pacífica de uma *face a face*, mas com uma hierarquia violenta. Um dos dois termos comanda (axiologicamente, logicamente etc.), ocupa o lugar mais alto. Desconstruir a oposição significa, primeiramente, em um momento dado, inverter a hierarquia” (DERRIDA, Jacques. **Posições**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2001. p. 47-48).

²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 24, grifo nosso.

²¹ “O novo Estado que está emergindo precisa ser um Estado liberal, democrático e social forte. Um Estado liberal forte garante os direitos civis que protegem a vida, a propriedade e a liberdade, e assegura que cada cidadão seja tratado com respeito, independentemente de riqueza, sexo, raça ou cultura. Um Estado democrático forte garante os direitos políticos a todos os cidadãos, considerando cada um como igual aos outros. Um Estado social forte garante os direitos sociais, combatendo o desemprego e a desigualdade econômica. Mas, para ser forte com relação aos três direitos humanos clássicos, o Estado precisa ser capaz de garantir os direitos republicanos, e contar com cidadãos que participem ativamente dos assuntos políticos. Em outras palavras, o Estado precisa ser republicano” (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O surgimento do Estado Republicano. (Trabalho apresentado III Simpósio Internacional sobre Justiça, Porto Alegre, 1-5/09/2003). **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 62, p. 131-150, fev. 2004. p. 131).

²² HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, jan./jun. 1995. p. 115.

emancipação jurídica da sociedade (comunidade jurídico-política), culminando nas estratégicas promessas eternas de avanço social. A interdição das matrizes liberal e social de Estado não se restringe à sociedade; elas influenciam as bases do Direito, de forma que institutos jurídicos importantes, como a **ampla defesa**, persistam em uma feição afastada do paradigma democrático.

Aliás, há de se dizer que sequer podemos falar em formação de uma *sociedade*. O que se vê, ainda, é a persistência de uma pressuposta sociedade opressora, historicamente herdada, que secciona suas *castas* conforme o poderio econômico, impondo-se por *coação* como disse Weber.²³ Essa coação, embora implícita e velada, razão pela qual é uma forma de dominação legítima e irrecusável, dá-se de maneiras diferentes, seja impondo ao oprimido (*potus*)²⁴ a dependência (bolsas, políticas públicas inclusivas, cotas sociais) do civil (patrimonializado)²⁵, seja criando no oprimido o desejo de se integrar pela patrimonialização (sociedade capitalista), o que se traduz em um tipo de dominação legítima como Weber já proclamou.

Rosemiro Pereira Leal adverte que:

ainda se cultuam pré-compreensões pela nostalgia rousseaneana de uma ‘sociedade’ hipotética encontrada pelo homem ao nascer num cogitável ‘estado social de direito’. É essa crença que faz juristas e sociólogos de várias índoles afirmarem e classificarem os aglomerados humanos como ‘sociedades’ a priori, cuja originariedade ainda não nos foi esclarecida em suas bases fundantes, entregando-se à história (objetivismo sociológico das relações humanas no tempo-espaço que é decurso e não discurso) a construção anônima dessa *affectio societatis* ou a uma ontologia fundamentalista-historicista ou a um pragmatismo-linguístico-transcendental o horizonte de sentidos a partir do qual brotariam consensos a erigir esperançosas nações, pátrias, grupos, tribos, comunidades, não se falando na ‘esfera pública’ como incubadeira milagrosa de idéias necessárias e pré-aferidas por grupos multiculturais como ocupantes privilegiados de um ponto de distância (equidistante e neutro) entre a ordem juridicamente constituída e o mundo da vida real.²⁶

Por certo, a persistência em modelos ultrapassados de Estado e a crença na sociedade pressuposta, ambos incompatíveis com a democracia, é que vem culminando na vigência de um estado de exceção, detidamente estudado por Giorgio Agambem²⁷ e que merecerá nesse tópico uma análise cuidadosa.

Nesse contexto, a **ampla defesa** não passa de uma oportunidade de *espernear* que se

²³ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber**. São Paulo: Ática, 2004. p. 128-141.

²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, p. 1.

²⁵ Idem.

²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 284-285.

²⁷ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

encerra em um *modus* longe de uma teoria do discurso. Aliás, significa um contra-ataque indemarcado (próprio de uma teoria relacionista). Das fórmulas mágicas das *legis actiones* à sumarização da cognição do processo civil, a **ampla defesa** é relegada a segundo plano, sendo que na primeira, a descoberta da verdade se dá pela natureza enquanto na segunda, sob custódia do juiz onisciente. Tudo isso é resultado do tardio processo de formação de uma comunidade de legitimados ao processo²⁸, bem como da persistência do Direito Liberal-Social.

No curso da história, foi proclamado que o ser humano nasceu com predisposição a se agrupar e, nesse agrupamento surgiria um líder, geralmente, em virtude de seu carisma e força. Esse líder seria o mentor do grupo e encarregado da criação das leis de condutas, quais sejam, as regras de convivência, surgindo assim a sociedade arcaica, supondo-se que alguns membros desse bando teriam capacidade inata para serem líderes.

No entanto, não é crível, conforme adverte Pierre Clastres, ser verdade que nos mais longínquos confins da história, os homens se organizaram em *rebanhos humanos* e estes em grupos maiores que *obedeciam*, e outro menor, que *mandava*; ou seja, nasceríamos com o desejo inato de obedecer.²⁹

Inocultavelmente, há um hiato na história onde se construiu uma sociedade totalitária com a atribuição de poderes a uns, em face da subserviência de outros³⁰, o que a filosofia e a teoria política trataram de legitimar, ao traçar supostos *dons inatos do ser*.³¹

Pois bem, Rosemiro Pereira Leal esclarece que, em Hobbes, o estado de natureza era a *guerra de todos contra todos*³², enquanto Kant reputava que a sociedade civil seria a saída legal para o estado de natureza. Assim, a sociedade civil, para ambos, seria uma forma

²⁸ “Sociedade política em que, em seu ponto inicial construtivo, os autores legiferantes e os destinatários normativos, por direitos fundamentais autoaplicáveis, não estejam em desigualdade fundamental” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 44).

²⁹ CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado**. Porto: Afrontamento, 1979.

³⁰ “A teoria etnológica oscila, deste modo, entre duas ideias, opostas e no entanto complementares, do poder político: segunda uma, as sociedades primitivas são, no limite, desprovidas na sua maior parte de qualquer forma real de organização política; a ausência de um órgão aparente e efectivo do poder conduziu a que se recusasse a própria função desse poder a essas sociedades, a partir daí consideradas como tendo estagnado num estádio histórico prepolítico ou anárquico. Para a segunda, pelo contrário, uma minoria de entre as sociedades primitivas ultrapassou a anarquia primordial para aceder a esse modo de ser, que é o único autenticamente humano, do grupo: a instituição política; mas então vê-se o «defeito», que caracterizava a massa das sociedades, converter-se aqui em «excesso», e a instituição perverter-se em despotismo ou tirania. Tudo se passa portanto como se as sociedades primitivas se encontrassem colocadas perante uma alternativa: ou a falta da instituição e o seu horizonte anárquico, ou, então, o excesso dessa mesma instituição e o seu destino despótico” (*Ibidem*, p. 25).

³¹ Karl Raimund Popper remonta em sua obra trecho em que Aristóteles reconhece a sua crença na predestinação social, esclarecendo sua Teoria da Escravidão: “Alguns homens são livres por natureza e, outros, escravos, e para estes últimos a escravidão é tão oportuna quanto justa [...]” (POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. t. II, p. 8-9).

³² Hobbes procurava no direito natural as regras de constituição de um Estado justo (FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 148).

legítima de institucionalização e controle da violência social. Mas o que ficou velado, conforme Rosemiro Pereira Leal, é que a expressão *civil* guarda uma referência patrimonial, ou seja, o poder de domínio passa historicamente pelo domínio econômico.³³

A sociedade e por consequência, o *Estado*, formado a partir dela, adquirem consciência social não por um ideal coletivo, mas sim pelas relações materiais de vida (econômicas) da sociedade civil.³⁴

Nessa sociedade, formada a partir das relações materiais de vida, *a sensação de inclusão* se dá com a entrega de si, sem reservas, e com a renúncia da pretensão de felicidade. A sociedade natural e pressuposta reconhece sua força na debilidade do ser, enquanto sua segurança tem como elemento a passividade do ser.³⁵

De nada vale, nessa sociedade, como quer Habermas, a partir de sua reviravolta pragmático-linguística, estabelecer o espaço de entendimento entre as pessoas (esfera pública). Espera Habermas, conforme Luís Moreira, que, com o emprego da linguagem como forma de integração primária de integração social e através do uso das forças ilocucionárias das ações de fala, surja uma coordenação pelo entendimento.³⁶ No entanto, Habermas não explicitou uma teoria linguística para estabelecer a *fala* entre o povo, de forma que persiste a ausência de *affectio societatis* (*que somente existe aprioristicamente*) entre os membros desta sociedade, que continua pressuposta. Difícil crer que se possa estabelecer uma ética universal de responsabilidade solidária que regule as ações humanas, como quis Apel, como se vê nos escritos de Reginaldo da Costa.³⁷

Aliás, como expõe Theodor W. Adorno:

³³ “[...] a palavra civil que apresenta duas sílabas que, por si, já apontariam, em etimologias greco-latinas, origens significativas ao estudo da organização dos agrupamentos humanos. Se *ci*, traduzível do italiano por *ai*, ou seja, lugar (espaço) habitado pelo ente (*zoé*) em sua condição de *bios* que é o orgânico-relacional e *villa* (casa) como índice patrimonial do *oikos* (esfera privada humana-clã) em face do *potus* (do errante, tonto, vadio, despossuído), poder-se-ia remover o engano dos dicionaristas de traduzir *civillis* (latim) como qualificativo de cidadão. Ora, cidadão jamais, a rigor, seria sinônimo de civil, porque cidadão seria o habitante da *ci-datus* (cidade) – o lugar dado pelo civil ao povo (*potus*), daí o substantivo latino *civilitas* que é a ciência de governar, politicar. O povo, quando adotado pelos CIVIS, torna-se o coletivo de cidadãos, livres de sua vida errante, vadia, despossuída. Não são pessoas inatamente portadoras de liberdade, são cidadãos livres no sentido de libertados da errância e desorganização. Por isso, exercer a *potestas* correspondia a ter o povo, cidadanizado ou não, sob comando, porque o libertado ainda não seria livre a tal ponto de ser o libertador de outrem ou de si mesmo” (LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, p. 1).

³⁴ *Ibidem*, p. 2.

³⁵ ADORNO, Theodor W. **Indústria cultural e sociedade**. Seleção de textos Jorge M. B. de Almeida. Tradução Elisabeth Levy. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 33.

³⁶ MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte, 2004. p. 110.

³⁷ COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 174.

A insistência sobre a boa vontade é o modo pelo qual a sociedade confessa a dor que produz: todos sabem que, no sistema, não podem mais se ajudar sozinhos, e isso a ideologia há de levar em conta. Em vez de se limitar a cobrir a dor com o véu de uma solidariedade improvisada, a indústria cultural põe toda sua honra comercial em encará-la virilmente e em admiti-la mantendo com dificuldade a sua compostura.³⁸

Em John Rawls é possível ver também a sociedade pressuposta, quando ele se refere a sociedade política constitucional:

é uma relação de pessoas dentro da estrutura básica na qual só ingressamos pelo nascimento e da qual só saímos pela morte. [...] a sociedade política é fechada: estamos dentro dela, não entramos ou saímos voluntariamente; na verdade não podemos fazê-lo.³⁹

E é nessa quadra de cogitações que endossamos a proposta de André Del Negri sobre a necessidade de estudar o Estado, o Direito, a Sociedade e o Processo, para não mais visualizá-los como formas eternas, invariáveis e tradicionais e para transformar a modernidade em mundo desencantado.⁴⁰

Portanto, com muita razão, podemos dizer que a Sociedade Civil não representa o povo, mas sim um núcleo de potenciação econômica⁴¹, de forma que não se pode edificar a partir daí um Estado (ou vice-versa), sob pena de conservação de um Estado sócio-liberal (e não é acidental a combinação).

A título de informação, Boris Fausto, remontando à criação do Estado e da Sociedade Brasileira Colonial, informa o seu comprometimento direto com o capital. Se de um de lado, inicialmente, privilegiou o particular (a pecuária no nordeste) em choque com a imposição organizacional de Portugal, em seus interesses econômicos, por outro, não deixou de lado o *Rei*, conferindo-lhe as riquezas mineiras, com o aumento de seu controle.⁴² O que se pode colher desse breve relato é que a sociedade brasileira tem em seu berço essa luta incessante pela patrimonialização, assim como se vê na História e na Filosofia Política.

Nessa esteira, o povo se insere socialmente de duas formas: ou se vê assistido pelo Estado-Pai (modelo social), ou se vê incluído pelo consumo ou a busca deste (modelo liberal). Em ambos, ele vê seu destino entregue ao Estado, ditador supremo de suas liberdades (comprometendo, por óbvio, a **ampla defesa** enquanto garantia de exauriência argumentativa). O que se vê, com esteio em Adorno, quando em sua crítica à cultura, esclarece que o indivíduo,

³⁸ ADORNO, Theodor W. **Indústria cultural e sociedade**, p. 30.

³⁹ RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Dinah Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 182

⁴⁰ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 24.

⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, p. 2.

⁴² FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed.. São Paulo: Ed. da USP, 2006. p. 74-76.

em sua liberdade aparente, *era o produto do aparato econômico e social*.⁴³

E não se pode crer que essa sociedade seja capaz de criar o Estado, nem tampouco, o Estado, a partir de tais conotações, pode cunhar uma sociedade. Decerto, o ponto alto de todas essas inquietações, conforme Rosemiro Pereira Leal, é a conclusão de que *o Estado de per si não causa integração social*.⁴⁴

Conclui Rosemiro Pereira Leal:

Assim trabalham o mito da sociedade pressuposta e de um homem autoiluminado pela sua inata Razão, devendo este homem ser severamente responsabilizado (até morto, banido!) pelo não uso da sua prodigiosa Razão (livre arbítrio miraculoso para salvar essa fantasmal sociedade).⁴⁵

Entrementes, em que pese a sua longínqua criação, o Estado Liberal ainda deixa marcas indeléveis no curso da história. Segundo Wolkmer, o liberalismo surgiu como uma nova visão global do mundo, constituída pelos valores, crenças e interesses da burguesia na sua luta histórica contra a dominação aristocrática, entre os séculos XVII e XVIII. Com efeito, o liberalismo é marcado principalmente pela ética individualista voltada para a ideia de liberdade total.

Inicialmente, o liberalismo teve como bandeira a *liberdade, igualdade e fraternidade* que favorecia a burguesia e seus aliados menos favorecidos. Contudo, no curso do tempo, com a ascensão política da burguesia, a lógica liberal passa a imperar com ausência de distribuição social da riqueza e exclusão do acesso ao governo pelo povo.⁴⁶

Habermas, analisando sincreticamente Processo Democrático e Liberalismo, afirma que a visão liberal de democracia se dá sob a “forma de compromissos entre interesses concorrentes, devendo a equidade ser assegurada pelo direito geral e igualitário de votar, pela composição representativa dos corpos parlamentares, pelas normas decisórias, etc.”⁴⁷.

Mostram-se importantes tais considerações, na medida em que os direitos humanos têm seu berço no liberalismo. Como esclarece Antonio Enrique Perez Luno, “o nascimento dos direitos humanos tem base em um critério econômico: a necessidade de justificar e

⁴³ ADORNO, Theodor W. **Indústria cultural e sociedade**, p. 34.

⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 25.

⁴⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 7.

⁴⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 121.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 115.

defender o direito de propriedade do homem burguês”⁴⁸.

Com efeito, embora pareça paradoxal, os direitos humanos, que poderiam representar uma conquista histórica do povo, na verdade escondem em seu âmago sua ascendência liberal. Por óbvio, sendo os direitos humanos erigidos a partir de uma lógica liberal, pode-se ter como certo sua ligação ao individualismo.

Não é à-toa que em artigo jurídico, Rosemiro Pereira Leal tratou da *desnaturalização* dos direitos humanos para demonstrar que os direitos humanos como *donativos* de uma sociedade liberal nada mais são que um tapume que impede ao povo total o acesso à criação de uma comunidade jurídica. Segundo Rosemiro Pereira Leal, são justamente os direitos humanos não processualizados que, astutamente, impedem o:

homem advir com suas angústias estruturais, porque este seria o ser da catástrofe, das contradições, das ambigüidades, das falhas, da loucura, que, na convicção do bárbaro vitorioso, não carregaria o dogma necessário da certeza cartesiana para melhor se submeter à sabedoria inata e predestinada dos dominadores.⁴⁹

Portanto, um direito à **ampla defesa** (direito fundamental a partir de um direito humano) sob marcos liberais, estaria comprometido pela “*ética individualista*” e laboraria como método de pacificação (docilização⁵⁰) das massas, ou seja, permitir uma *pseudo* defesa é melhor que instigar a revolta.

Vale dizer que não cremos, como pretende Habermas, que “a introdução da argumentação moral mediante o modelo de racionalidade procedimental permite instituir também o adequado equilíbrio entre a dimensão individual e a coletiva”⁵¹ salvando o liberalismo. A argumentação moral é imprestável para uma teoria da **ampla defesa** que se pretenda alçar como um pleito argumentativo exauriente em paradigma de processualidade democrática.

Digamos, por oportuno, que em Kant, base da república habermasiana, o predomínio do sentido liberal em sua política faz com que o mesmo estabeleça critérios econômicos para conferir a legitimidade de participação do cidadão nos assuntos legiferantes. Kant reconhece

⁴⁸ “el nacimiento de los derechos humanos em base a um critério económico: la necesidad de justiciar y defender el derecho de propiedad del <<hombre burguês>>” (LUNO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 24, tradução nossa).

⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Virtuajus - Revista Eletrônica**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, jul. 2006. p. 5. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2014.

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução Raquel Ramalhe. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

⁵¹ “la introducción de la argumentación moral mediante el modelo de la racionalidad procedimental permite instituir también el adecuado equilibrio entre la dimensión individual y la colectiva” (HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Tradução Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 2000. p. 14, tradução nossa).

como cidadão aquele que possua propriedade ou ofício capaz de lhe conferir sustento. Ele negava o direito de resistência em prol da estabilidade da república e o direito ao sufrágio universal aos despatrimonializados e mulheres. Kant trabalhou a autocracia republicana, na qual é dever do chefe de estado (rei) governar (reinar) autocraticamente, mas submetido ao espírito das leis de liberdade.⁵²

No campo do direito processual, especificamente, o liberalismo marca pelo fortalecimento do individualismo, com base em uma igualdade formal que *pressupunha* a inexistência de disparidades entre os indivíduos. Essa autonomia privada permite ao cidadão o exercício de sua própria defesa, mesmo na esfera penal. Ademais, o princípio dispositivo é exaltado conferindo poder exclusivo à parte de deduzir em juízo suas pretensões.⁵³

Como se pode ver, o liberalismo tem em suas bases a sociedade primordialmente pressuposta e a crença de que todos são iguais, conferindo ao Estado o poder de organização, contra o qual não se pode insurgir. John Rawls resume assim o ideal liberal:

O poder político é o poder coercitivo de cidadãos livres e iguais enquanto corpo coletivo, esse poder deve ser exercido, quando estão em jogo elementos constitucionais essenciais e questões básicas de justiça, somente de formas que se pode esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de sua razão humana comum.⁵⁴

O liberalismo, desse modo, está alicerçado na pressuposição de uma sociedade natural-racional que é formada por um ideal coletivo, em que seus entes são compulsivamente integrados na qualidade de livres e iguais. O que não explicaram os teóricos é como os *livres e iguais* participavam das decisões políticas da sociedade e como se integrariam em sociedade. Aliás, não explicaram sequer como poderão ser implementados os direitos fundamentais a partir de tais lógicas.

A **ampla defesa**, por óbvio, em uma concepção de que todos são presumidamente integrantes de uma sociedade de livres e iguais, certamente não significará um princípio institutivo do direito advindo de uma teoria processual de fundação de um sistema jurídico democrático. Não se pode falar em garantia⁵⁵ fundamental da **ampla defesa**, a partir de uma lógica de que todos seriam naturalmente livres e iguais sem ofertar um *médium linguístico* capaz de inseri-los no plano instituinte e instituído do direito.

⁵² SALTINI, Rafael. Kant, a democracia e o liberalismo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 185-202, jan./jun. 2010. p. 192-196.

⁵³ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 74-76.

⁵⁴ RAWLS, John. **Debates sobre el liberalismo político**, p. 185.

⁵⁵ Devemos mencionar que não acatamos no presente capítulo as teorias garantistas do direito, o que será demonstrado com maior vagar no capítulo terceiro, ítem 3.2 dessa dissertação.

Com efeito, justamente em face do caráter retórico da legalidade a partir das garantias do Estado Liberal, é que surgem as críticas que levaram à criação do modelo social de Estado. O liberalismo provocou uma série de reações que acabaram por culminar nas ideologias político-sociais. Como diz Mário Lúcio Soares Quintão, os primeiros a se insurgirem são os socialistas utópicos, que propõe a inversão da distribuição do poder. Em seguida, Engels e Marx propõem uma revisão profunda dos direitos individuais garantidos pelo Estado Burguês (Liberal), denunciando o seu caráter abstrato, formal e classista.⁵⁶

O modelo social de direito surge a partir de uma *resposta* ao modelo liberal. A ineficiência do modelo liberal para com os menos favorecidos (*potus*) garante o que veladamente está por trás da criação do Estado Providência. Este se escuda em direitos sociais estrategicamente outorgados para, como veremos, exercer um tipo de dominação legítima sobre o povo: domínio tradicional.⁵⁷

Conforme Ingeborg Maus:

A ‘proteção paternal do poder do Estado’ de que fala Sieyès não mais detém prioridade, de modo que os direitos e liberdades dos ‘súditos’ pudessem simplesmente ser ditados por ele; antes, este poder do Estado será originalmente derivado dos direitos de liberdade dos cidadãos e por eles limitado. A relação entre poder do Estado e cidadãos elabora-se assim como extremo oposto da forma tradicional da família dominada pela figura paterna. A concepção democrática de Estado inverte as relações ‘naturais’: nela os filhos aparecem em primeiro plano, sendo-lhes derivado o pai.⁵⁸

Segundo Paulo Bonavides, particularmente no Brasil, o Estado Social começa a apresentar-se como influente a partir da Constituição de 1934 (em pleno período fascista getulista). O autor indica que a partir da influência de Weimar vê-se um período de positivação de direitos fundamentais de cunho social.⁵⁹

O constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado Social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a sociedade e o homem-pessoa – não o homem-indivíduo – são os valores supremos. Tudo, porém, indissolivelmente vinculado a uma concepção reabilitadora e legitimante do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade.⁶⁰

⁵⁶ QUINTÃO, Mário Lúcio Soares. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 201.

⁵⁷ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber**, p. 131.

⁵⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Estudos em Avaliação Educacional**, São Paulo, n. 20, p. 183-202, jul./dez. 1999. p. 188.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 378-379.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 380.

Entretanto, ao analisarmos o trecho acima, chegamos a algumas conclusões: o Estado que serviu como inspiração (Alemanha) logo se rendeu ao nazismo (Ditadura Social) e o Brasil estava prestes a iniciar uma ditadura (Getulista), cujo *presidente* foi eleito por uma Assembleia Nacional (indireta). Esse mesmo presidente, como forma de fortalecer seu poder, reconheceu (mas não implementou) direitos sociais e, utilizando desse artifício, governou de forma totalitária, longe de uma proposta democrática.

Nessa quadra, em Estados Totalitários, o povo abstém-se de sua liberdade (**ampla defesa**) a pretexto do *amparo* estatal. O Estado Social reveste-se de características totalitárias e amplia sua dominação soberana, concedendo direitos pela *via de ações afirmativas oriundas da vontade benevolente da autoridade*.⁶¹

Habermas, tratando da teoria social, menciona que correntes teóricas do marxismo ocidental (comunista) já a criticavam:

[...] desde o princípio a autocompreensão leninista da Revolução Bolchevique falseou o socialismo, incentivou a estatização em lugar de uma socialização democrática dos meios de produção e, com isso, abriu flancos para uma autonomização burocrática do aparelho totalitário de dominação.⁶²

Vale dizer que Habermas se propõe a *salvar o espírito* social, como pretendeu em relação ao liberalismo, através de seu agir comunicativo, pretendendo assegurar, por meio de institucionalização justa, o reconhecimento recíproco, tornando viável a autonomia e a individualização dos sujeitos sociabilizados.⁶³

Entretanto, do Estado Liberal ao *Welfare State*, percebemos um fortalecimento do Estado que passa a influir na economia e a exercer um domínio das massas através de prestações assistencialistas. Parece-nos, portanto, que os ideais sociais não passaram de utopia. Como comenta Mário Lúcio Quintão: “as políticas neoliberais e mistas reduzem o

⁶¹ “A detetivesca ação afirmativa, se analisada na concepção democrática de direito, é um hediondo artifício absolutório da omissão pública, porque se procura inócua e retoricamente afirmar num judiciário salvacionista o que já está fundamentalmente acertado e decidido pelo legislador constituinte. Uma sociedade que procurasse desenvolver ações afirmativas para garantir direitos à diferença ou a desigualdades estruturais estaria ainda jurisprudencialmente tribalizada por decisões não processuais (como a brasileira, a americana e outras) e dependente da boa-vontade cívica de seus operadores jurídicos para realizar seus projetos de justiça social. Direitos fundamentais nessa atípica sociedade seriam, ou não, acolhidos pelo desfile de uma jurisprudência jubilosa e casuística de ações afirmativas de uma república de eruditos que, louvando-se na mística de uma elevada equidade e bom-senso, escolheria os que mereciam, ou não, ter direitos fundamentais imediatamente reconhecidos” (LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. *Revista de Direito da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 44, p. 265-277, 2004. p. 271).

⁶² HABERMAS, Jürgen. Que significa socialismo hoje? Revolução recuperadora e necessidade de revisão de esquerda. Tradução Márcio Suzuki. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 30, p. 43-61, jul. 1991. p. 46.

⁶³ *Ibidem*, p. 55.

Estado social a mero Estado assistencialista”⁶⁴.

O *Welfare*, por sua estrutura assistencialista, tem a favor de seu líder a possibilidade do absolutismo. Concentra maior poderio em sua esfera de atuação em virtude da condição de dependência criada, o que faz, mais das vezes, surgir traços de um Estado Totalitário.

Hannah Arendt delineou as características do líder totalitário:

[...] o líder totalitário enfrenta duas tarefas que a princípio parecem absurdamente contraditórias: tem de estabelecer o mundo fictício do movimento como realidade operante da vida de cada dia, e tem, por outro lado, de evitar que esse novo mundo adquira nova estabilidade; pois a estabilização de suas leis e instituições certamente liquidaria o próprio movimento e, com ele, a esperança da futura conquista do mundo.⁶⁵

Com efeito, percebe-se que os líderes dos Estados de cunho Social incorporam tal característica (não à-toa, a ditadura de Hitler era nominadamente uma ditadura social). Com efeito, percebemos na gestão dos Estados Sociais a criação de dependência do cidadão ao Estado e uma constante ameaça de instabilidade estratégica das políticas públicas.⁶⁶

Por certo, o que se propõe não é a revogação dos direitos sociais introduzidos na Constituição Federal. Na verdade, o que se discute é a utilização de um paradigma social de direito para implementar esses direitos sociais, mormente quando a Constituição tenha acatado no paradigma democrático.

Por suposto, faz-se necessário opor a Bonavides quando diz que a Constituição acatou o modelo de Estado Social. Ao contrário disso, a Constituição institui o paradigma do Estado Democrático de Direito (art. 1º) que reclama a construção pelo devido processo⁶⁷ e não pela autopoiese da história, o que por certo não incorpora em seu dirigismo, o assistencialismo social da *auctoritas*.

O Estado Democrático é incompatível com o Estado Social, que por sua vez, é de índole totalitária na medida em que seu assistencialismo torna o povo mais dependente do que processualmente participativo. Razão pela qual há uma falsa redução dos conflitos estruturais pela eliminação de possíveis insurgências por políticas de uma retórica inclusão social.

No campo do Direito Processual, Menger, Klein e Bülow, foram os responsáveis pela

⁶⁴ QUINTÃO, Mário Lúcio Soares. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização, p. 208.

⁶⁵ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1979. p. 400.

⁶⁶ Uma das bandeiras do partido da situação para se manter no governo nas eleições ocorridas em outubro de 2014 no Brasil foi a criação de uma ameaça de que se acaso o candidato da oposição lograsse êxito em seu pleito, seriam suspensos os programas de cunho assistencial, tais como: Programa Bolsa Família, Programa Minha casa, Minha vida, dentre outros.

⁶⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. O *due process* e o devir processual democrático. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 581-594.

incorporação do modelo social de processo. A tendência trouxe um fortalecimento do juiz em detrimento da diminuição do papel das partes. A intenção, assim como no âmbito político, era suplantar as deficiências do modelo liberal de processo.⁶⁸

Nessa época, Menger propôs mudanças profundas no sistema processual através do aumento significativo do papel judicante. Isso após levantar críticas ao modelo liberal de processo, o qual, segundo ele, *privilegiava os ricos* ao ter como bandeira a igualdade formal. Para ele, o juiz deveria desempenhar dois papéis: o de educador e o de representante dos pobres. Nessa ótica, o juiz teria uma postura de compensação de déficits de igualdade material entre as partes.⁶⁹

Não obstante, Klein foi encarregado de elaborar a Ordenança processual civil do império austro-húngaro, o que fez com base na *doutrina* de Menger. Após incursões profundas nas teorias de Menger, sustentou uma legislação de cunho socializador que, por sua vez, influenciou o direito processual mundial, inclusive o do Brasil. Na ótica de Klein, o processo teria uma função social (escopos metajurídicos) ao promover o equilíbrio da sociedade. Klein defendeu a reestruturação do papel das partes e dos juízes durante o *iter* processual.⁷⁰

Sob tal faceta, o Judiciário recebeu poderes supremos e máximos dentro do Estado com a atribuição de realizar *justiça*. A sociedade, ainda pressuposta, confia ao Judiciário a distribuição de justiça social, o que afastou o dissenso entre povo *versus* estado. Estrategicamente, segundo Ingeborg Maus, “a eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da ‘consciência’ social na Justiça”⁷¹.

A socialização processual foi verificada também no Nazismo. Naquela época, foi confiado ao Judiciário o balizamento da moral da sociedade. Por sua vez, o Judiciário avocou ainda mais poderes, e se colocou acima da Lei com apoio em um discurso supralegal de moralidade. Tamanha era a influência do judiciário em tal momento da história, que segundo

⁶⁸ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais, p. 77.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 79-81.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 81-89.

⁷¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Estudos em Avaliação Educacional**, p. 186.

Ingeborg Maus, ele passa a ser uma espécie de *superego*⁷² da sociedade. O Tribunal Federal Constitucional (TFC) Alemão alcança o *status* de limitador do legislador exercendo o controle supremo das leis, avocando para si a competência para realizar o controle *supralegal* da Constituição Alemã por meio de normas *suprapositivas*, sob o argumento de ser o guardião da justiça.⁷³ Nas próprias palavras do TFC em decisão do Repositório Oficial de Jurisprudência, conforme Ingeborg Maus: “O Tribunal Federal Constitucional reconhece a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declara competente nestes termos para controlar o teor de constitucionalidade do direito vigente”⁷⁴.

Entretanto, ficou velado que o poder conferido ao Judiciário pelo Estado Social Alemão tinha como intenção legitimar as atitudes do Führer. Os poderes supralegais conferidos, amplos e irrestritos, o permitia legitimar as atrocidades do Nazismo. A *justiça social* nesse órgão, como balizador do justo e do injusto (e de certa forma ainda permanece assim), era a forma de legitimar a mitigação da liberdade.

As exigências formuladas perante a Justiça do sistema nazista ligam-se de modo ininterrupto à autocompreensão desenvolvida pela Justiça antes de 1933. Mesmo o amplo surgimento de fórmulas comunitárias e de fim social no direito nazista — que possibilitaram suspender toda regulação legal singular em prol de determinações ‘superiores’ — foi expressão da ideologia de que o povo alemão comporia no nacional-socialismo uma comunidade de povos na qual as antigas divisões de classe e conflitos de grupo estariam superados. Também nesse sentido manifestou-se uma verdadeira autoconsciência da Justiça alemã, como na declaração de ‘total fidelidade’ a Hitler por parte da direção da Associação dos Juizes Alemães em 19 de março de 1933.⁷⁵

Sendo assim, no Estado Social, a exemplo do Estado Alemão Nazista, o fortalecimento do Judiciário tem como contrapartida a mitigação da **ampla defesa**, já que em um *juízo supremo e onipotente* é “desnecessário” a exauriência argumentativa na ordinaryiedade plenária. No Estado Social o devido processo é anulado pela autoridade do juiz que pode suspender normas, alterar procedimentos e até mesmo decidir contrariamente ao

⁷² Na teoria freudiana o superego é responsável pela formação da consciência moral, que por sua vez ataca o ego na formação da culpa. Segundo Adriana Chaves Borges Homrich “a identificação que constitui o superego carrega uma parcela da pulsão de morte vinda do objeto que se vai se instalar no ego, intensificando a rigidez da consciência moral e a consequente produção de culpa” (HOMRICH, Adriana Chaves Borges. **O conceito de superego na teoria freudiana**. 2008. 247 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Instituto de Psicologia, São Paulo. p. 204).

⁷³ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Estudos em Avaliação Educacional**, p. 191.

⁷⁴ *Apud* MAUS, Ingeborg. *Op cit.* p. 191.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 196.

direito. **Nesse espaço desprocessualizado⁷⁶ é impossível a ampla defesa ser ampla.**

Entrementes, toda essa confluência de forças antidemocráticas culminam com um estágio de suspensão da legalidade pela própria legalidade. Vê-se formar a partir desses abusos, partindo de uma sociedade pressuposta a um Estado Liberal e deste ao *Welfare State*, o Estado de Exceção.

Ingeborg Maus exemplifica essa situação com o exemplo Associação dos Juízes Alemães:

Nesse interesse corporativo convergiam liberais, a esquerda e a conservadora Associação dos Juízes Alemães. Os primeiros, em 1906, confrontavam a elaborada cultura política dos juízes com os ‘agentes políticos que funcionavam à guisa de legisladores’. Já os conservadores externavam-se deste modo em 1902: ‘Quando a trava da legislação for acionada tão facilmente pelo escriba maior, como poderá a lei ainda ser considerada algo superior ou mesmo intocável?’. Assim, ambas as correntes exigiam maior liberdade dos juízes frente à lei: os teóricos do Direito Livre postulando abertamente a possibilidade de decisão judicial baseada em norma jurídica positiva como exceção, e os protagonistas da Associação dos Juízes, que redefiniram o conceito de ‘vinculação à lei’, colocando esta à disposição da ambicionada flexibilização do direito.⁷⁷

No Estado de Exceção, paradoxalmente, “a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta”⁷⁸. Ou seja, no Estado de Exceção a suspensão da norma é legitimada por ela mesma. Apresenta-se como a retoricidade máxima do princípio da legalidade, onde a própria norma permite sua exceção (a rigor, a proibição *do non liquet*).

Nesse argumento, “um dos paradoxos do Estado de Exceção quer que, nele, seja impossível distinguir a transgressão da lei e a sua execução, de modo que o que está de acordo com a norma e o que a viola coincidem, nele, sem resíduos”⁷⁹. Em resumo, “o estado de exceção apresenta-se, nesta perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo”⁸⁰.

Portanto, o Estado Democrático é o oposto do Estado de Exceção e, como tal, ainda que em construção, não pode acolher a lógica de uma sociedade cuja forma de ingresso se dá pelo patrimônio e a igualdade é presumida a partir de uma lógica liberal. Por outro lado, no paradigma democrático, não podemos acolher a lógica socializadora dada sua

⁷⁶ Para uma incursão mais aprofundada sobre o espaço processual vide: ALMEIDA, Andrea Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012.

⁷⁷ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Estudos em Avaliação Educacional**, p. 195.

⁷⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução Henrique Bueno. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2010. p. 24.

⁷⁹ *Ibidem*, nota da p. 62.

⁸⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, p. 13.

aproximação com o totalitarismo. Por fim, é de se opor a um sincretismo entre as lógicas liberal e social (*res publica*), como quer Habermas, como forma de implementação do processo democrático.

A desconstrução acima é necessária, pois a **ampla defesa** é incompatível com tais paradigmas de Estado. Precisamos suplantarmos tais modelos para então ingressar no Estado Democrático de Direito, que é o tópico que passa a se descortinar.

2.1.2 A ampla defesa como garantia da liberdade no Estado Democrático

Para Aristóteles, sociedade democrática seria aquela em que o poder fosse exercido soberanamente por “homens livres, que acidentalmente poderiam ser muitos”⁸¹. Em Aristóteles, não importava se o poder fosse exercido soberanamente por muitos, mas sim que fosse exercido por homens livres e que necessariamente não fossem exclusivamente ricos, pois, senão, ter-se-ia uma oligarquia.⁸² Importante ressaltar que Aristóteles, acreditando na imanência do ser a seu fatal destino, não se insurgia em face da escravidão, conforme demonstrado no tópico anterior.

A concepção Aristotélica de democracia é muito próxima da concepção liberal de Estado, o que, de um extremo da história a outro, se aproxima da concepção habermasiana, que pretende estabelecer a democracia a partir da junção da concepção liberal e republicanista, conforme aresto abaixo:

a *raison d'être* do Estado não reside fundamentalmente na proteção de direitos privados iguais, mas na garantia de uma formação abrangente da vontade e da opinião, processo no qual cidadãos livres e iguais chegam a um entendimento em que objetivos e normas se baseiam no igual interesse de todos.⁸³

Em ambos, em Habermas e Aristóteles, percebe-se a crença de que o homem que participará da *esfera pública* é livre e igual; enquanto no primeiro, intersubjetivamente pela razão natural, haverá a formação da opinião pública, no segundo, a simples condição de cidadão garantirá a participação.

Acreditando em sua teoria do discurso (desprocessualizado⁸⁴), Habermas informa que a esfera público-política é a arena (ágora) onde há a “detecção, identificação e interpretação

⁸¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia aristotélica**. São Paulo: Manole, 2003. p. 1.232.

⁸² Idem.

⁸³ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 109.

⁸⁴ ALMEIDA, Andrea Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**.

dos problemas que afetam a sociedade como um todo e suas partes”⁸⁵.

No entanto, tais concepções não se mostram aptas a nortear **a presente dissertação que tem como escopo contribuir para “a Construção do Estado Democrático de Direito”**⁸⁶, pois partem de premissas equivocadas, quais sejam: sociedade formada por homens livres e iguais inatamente; e que a comunicação *de per si* permite o entendimento.

O Estado Democrático de Direito, ainda em construção, no qual se inscreve a presente pesquisa, passa por um Estado cuja dimensão e estrutura constitucional está centrada “na legitimidade do domínio político e na legitimação do exercício do poder pelo Estado, assentadas unicamente na soberania e na vontade do povo”⁸⁷. Ademais, o caráter democrático deste Estado é legitimado pelo **devido processo**, de forma que ao processo compete a construção deste Estado pela participação processualizada de todos.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito seria na visão de Rosemiro Pereira Leal “a co-instituição jurídica protossignificativa e espaço-instrumental da operacionalidade do

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, p. 120.

Em entrevista a Juremir Machado da Silva, em 1989, Habermas confirma que sua teoria não levou em consideração o “Terceiro Mundo”, eis a pergunta do Jornalista e a resposta: “JMS – Uma prática social baseada em sua teoria da ação comunicativa é possível no Terceiro Mundo? Que base haveria para que se realizasse um consenso a partir de um jogo argumentativo? Para o senhor, que disse a Perry Andersen, em entrevista, que sua perspectiva é eurocêntrica, que sentido faz uma filosofia social que expurga uma enorme parcela da população mundial? Habermas – Em relação ao eurocentrismo quero dizer que efetivamente a Perry Andersen manifestei a realidade pessoal do meu interesse pelo Terceiro Mundo, que está baseada apenas em leitura de jornais e como homem contemporâneo. Não me debrucei sobre os problemas como cientista. Seria absurdo afirmar que uma teoria que somente espelha a perspectiva dos países desenvolvidos seria suficiente para focar as questões mais candentes do mercado mundial. Trata-se de uma limitação dos meus próprios interesses. Não chego à América Latina como um especialista em seus problemas. Meu conceito de ação comunicativa não se trata de um rousseauismo, de um utopismo e nada tem a ver com otimismo ou pessimismo. Trabalho com as bases da nossa comunicação cotidiana. Tento esclarecer pontos que não foram suficientemente explicados na tradição marxista nem na teoria crítica da sociedade. Viso estabelecer um fundamento normativo que permita o exercício da crítica, sem o qual ele seria impossível. Marx operou com premissas procedentes da filosofia da História, que hoje não podemos aceitar sem mais nem menos. Busco as premissas dessa comunicação enquanto não se parte para o recurso da violência, manifesta ou camuflada. À medida que nos interessamos por fagulhas de racionalidade, que estão na própria comunicação, não estamos afirmando o governo da razão, mas estamos obtendo uma medida que nos permite analisar criticamente a realidade. No Rio de Janeiro, nenhuma criança chega à vida adulta sem que a mãe dê a ela determinadas condições e sem uma família em que ela cresça, e em meio aos vizinhos. Nessa família e com esses vizinhos existe o agir comunicativo. Do contrário, a criança não chegaria a completar um ano de idade. Isso independe de passar fome ou não. A outra verdade é que não há miséria só nessas favelas. Mas também em Nova Iorque e outras partes do Primeiro Mundo. A violação dos direitos humanos faz parte do cotidiano nas sociedades desenvolvidas. A minha abordagem teórica não é uma visão otimista da vida boa, mas um instrumento de investigação (SILVA, Juremir Machado da. **Entrevistas marcantes: Habermas e a modernidade**. Porto Alegre, 28 abr. 2013. Disponível em: <http://www.correiodopovo.com.br/blogs/juremir_machado/?p=4140>. Acesso em: 10 nov. 2014).

⁸⁶ Menção expressa de inserção do tema na linha de pesquisa a que se vincula: “Processo na Construção do Estado Democrático de Direito” – Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁸⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 64.

direito processualmente constituído”⁸⁸.

Neste contexto, a **ampla defesa** tem um ganho teórico e se delinea como possibilidade de exauriência argumentativa de todos legitimados ao processo, não por imanência (direitos humanos ainda não desnaturalizados)⁸⁹, mas pelo processo.

Conforme lembra Palombella, citado por Rosemiro Pereira Leal, *só somos livres quando elegemos a auto-obrigação e conscientemente o exercício da autolegislação*⁹⁰ e, para tanto, necessitamos exaurir argumentativamente nossas razões pela **ampla defesa**, em um espaço processualizado e demarcado que é o **devido processo**; somente assim vislumbraremos a legitimação do cidadão à decisão política.

Sendo assim, com esteio em Rosemiro Pereira Leal, somos tendentes a crer que:

a autolegislação não tem passagem à legitimidade por uma confrontação de razões egressas de um choque público de pretensões sem o médium de uma teoria da processualidade construtiva (em princípios de contraditório, isonomia e **ampla defesa**) da formação e exercício da vontade que só assim se tornaria democraticamente soberana.⁹¹

Interessante que as concepções sofistas são mais relevantes à concepção democrática que pretendemos construir do que propriamente a visão de Aristóteles e Habermas. Aliás, fazemos coro a Jean Paul Dumont, citado por Claudio Stieltjes, quando relata a necessidade de reabilitar e devolver aos Sofistas o seu devido lugar, uma vez que foram caricaturados e vulgarizados por Platão e Aristóteles.⁹²

Basta ver que Protágoras afirmava que o homem possuía a fala e o *logos*, e, portanto, *tecné* política. Para ele, não havia uma justiça natural, já que as regras e normas não são naturais mas relativas ao próprio uso da linguagem. Assim, Protágoras reconhecia a todo homem a aptidão para o exercício da razão e da prática política. Daí extraiu o princípio da *isêgoria* que propunha a realização da política pela prática da persuasão. Para os sofistas, a cidadania é o direito de participação política pelo uso da palavra e a democracia realiza-se no ato de deliberação. Esta, por sua vez, é construída pelo processo discursivo e deliberativo.⁹³

Pretendemos pois, nos perfilar ao Estado do *homem apto ao discurso* que se legitima pela processualidade democrática. Não acolhemos o Estado do *homem livre e igual* ou

⁸⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 99.

⁸⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Virtuajus - Revista Eletrônica**, p. 5.

⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 163.

⁹¹ *Ibidem*, p. 163-164.

⁹² STIELTJES, Claudio. **Jürgen Habermas**: a desconstrução de uma teoria. São Paulo: Germinal, 2001. p. 21.

⁹³ *Ibidem*, p. 22.

adotado pelo Estado Social. Na construção de uma democracia, trabalha-se com métodos que permitam ao homem a cidadania proposta por Protágoras, ou seja, naquela em que o cidadão seja legitimado ao processo político de criação da comunidade jurídica. Como menciona André Del Negri, “o fundamento da Democracia é o comprometimento com os fundamentos de auto-existência e essa inclusão deve ser solicitada pelo Processo (direito garantia de reivindicar e fiscalizar os direitos já assegurados na Constituição)”⁹⁴.

Conforme pondera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

[...] no Estado Democrático, o povo pode e deve exercer participação ostensiva e preponderante na resolução dos problemas e questões nacionais, por intermédio do plebiscito, do referendo, da iniciativa popular, das audiências públicas, e, principalmente, por meio do processo constitucional.⁹⁵

Em resumo, com André Del Negri, para nós se “há o princípio da reserva legal (art. 5º, II da CB/88) e, por outro lado, a exigência de Democracia (art. 1º, CB/88), a Lei, certamente, só poderá ser produzida, aplicada e reconstruída de forma democrática”⁹⁶.

E a forma democrática de criar, interpretar e revisar a lei se dá por meio do devido processo constitucional, através dos institutos principiológicos do contraditório, **ampla defesa** e isonomia. Portanto, o pleito democrático reclama um eixo de reflexão conectado a essa nova concepção jurídica, razão pela qual o marco teórico da presente dissertação é a teoria neoinstitucionalista de processo, pois esta é “voltada à estabilização do princípio do discurso pela demarcação teórica dos critérios da formação da vontade jurídica”⁹⁷. A estabilização do discurso não se dá por mera crença na *intersubjetividade*, mas sim pelo devido processo constitucional.

É aí que a **ampla defesa** se insere como princípio que garante a exauriência argumentativa na construção e reconstrução da cognição plenária. É por meio de seu exercício na ordinaryidade e por meio do devido processo que a **ampla defesa** se qualifica como *ampla*.

A **ampla defesa** atua na efetivação do Estado Democrático como exercício pelo cidadão da **liberdade** de argumentar em tempo e modo pleno (procedimental exauriente) como forma de defender os seus direitos. A **ampla defesa**, como diz Rosemiro Pereira Leal, é coextensa ao contraditório, e juntamente com a isonomia, atuam na base instituinte do Estado.⁹⁸

⁹⁴ DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática**, p. 78.

⁹⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 64.

⁹⁶ DEL NEGRI, André. *Op. cit.*, p. 40.

⁹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 170.

⁹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 99.

Entretanto, é necessário estabelecer parâmetros para a teoria da **ampla defesa democrática**, cuidando para que sua plenitude não fique no quadrante da presunção de igualdade e liberdade do modelo Liberal, nem tampouco garantida (assistida) por um Estado Social. A **ampla defesa** deve ser entendida como garantia fundamental constituinte já reconhecida no plano instituinte, e seu exercício não depende do Estado e se implementa através de uma matriz normativa: o devido processo co-institucional é estruturante do devido processo legal.

Repisa-se: o devido processo (co-institucional) é instituição jurídica que atua no plano instituinte do direito e estrutura, pelo devido processo legislativo, o devido processo legal que se relaciona com a procedimentalidade.

Portanto, a presente pesquisa insere-se no paradigma do Estado Democrático de Direito e, como tal, vislumbra a **ampla defesa** como garantia da exauriência argumentativa na ordinariedade pelo devido processo legal. Ela permite ao cidadão a defesa plenária de seus argumentos no tempo necessário e modo juridicamente estabelecido.

2.2 O antagonismo entre a ampla defesa e o dogmatismo: a proposta do racionalismo crítico popperiano como metodologia para alcançar a exauriência argumentativa

Feito o delineamento da pesquisa no plano da estatalidade, importante, daqui por diante, posicioná-la metodologicamente, estabelecendo os critérios a ela pertinentes **a fim de alcançar o intento da pesquisa que é apresentar, conjecturalmente, a garantia da ampla defesa no paradigma democrático.**

E, nessa tarefa, o mais importante é demonstrar que a ideia de **ampla defesa** que pretendemos apresentar no texto é antagonista à ideia de mito ou dogma. Dessa forma o dogmatismo analítico, que orienta nosso sistema jurídico, também deverá ser desconstruído a partir de uma teoria do conhecimento não-dogmática (democrática).

Ademais, tratando do dogmatismo, será importante passar pela *tópica*⁹⁹, pois em complemento àquele, essa orienta a interpretação do direito através de enunciados previamente construídos pelo senso comum (*topoi*) e que não se adequam ao paradigma democrático.

⁹⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Ed. da UnB, 1979. p. 3.

2.2.1 A dogmática analítica e a tópica nas bases da construção do direito em prejuízo da ampla defesa democrática

A ideia do dogmatismo não é recente. Da filosofia antiga à modernidade, o Direito foi orientado por correntes filosóficas comprometidas com dogmas imperscrutáveis (ou acessíveis somente à *auctoritas*¹⁰⁰). Do mito ao dogma, as correntes filosóficas tiveram como base *verdades inacessíveis*.

Acentua Emanuele Severino que “durante dezenas de milênios, a existência do homem – globalmente e em cada um dos seus aspectos isolados – é dominada pelo mito”. Com a criação de mitos¹⁰¹, os homens não pretendiam “uma invenção fantástica, mas sim a revelação do sentido essencial e total do mundo”¹⁰².

No entanto, espantosamente, quando nos debruçamos sobre a história da filosofia, percebemos que os primeiros pensadores gregos que se propuseram a abandonar os mitos sob premissas e métodos diferentes, invariavelmente, passaram a buscar um “saber irrefutável”¹⁰³, ou seja, outro mito chamado dogma.¹⁰⁴ Assim, na busca da *Definição do Todo*, passando pela *Maiêutica Socrática* e da *Ideia de Platão à Filosofia Primeira de Aristóteles*, a construção (domínio) da verdade condensou-se na criação de dogmas, os quais orientaram as cogitações filosóficas.

Assim sendo, essa introdução anota que a persistência de construções dogmáticas na história da filosofia ultrapassa vinte e cinco séculos; mas o que nos interessa prioritariamente é a apresentação da dogmática analítica e suas bases atuando na construção do ordenamento jurídico (real), o que obviamente suprime a **ampla defesa democrática**.

Como sugere Tércio Sampaio Ferraz Junior, os elementos dogmáticos não são postos a questionamentos, ao contrário, são colocados como soluções inatacáveis e ainda que temporariamente, insubstituíveis. Sendo assim, ainda que as respostas oriundas desses elementos sejam duvidosas, ao invés de serem colocados à prova, sugerem que os problemas deverão se adequar a eles (elementos dogmáticos).¹⁰⁵

¹⁰⁰ “A *auctoritas* parece agir como *uma força que suspende a potestas* (direito) *onde ele agia e a reativa onde ela não estava mais em vigor*. É um poder que suspende ou reativa o direito, mas não tem vigência formal como o direito.” AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. p. 121

¹⁰¹ “O que o Mito diz — supõe-se — não é demonstrável nem claramente concebível, mas sempre é claro o seu significado moral ou religioso, ou seja o que ele ensina sobre a conduta do homem em relação aos outros homens ou em relação à divindade” (ABBAGNANO, Nicola. *Op. cit.*, p. 673).

¹⁰² SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. Lisboa: Edições 70, 1986. p. 19.

¹⁰³ Idem.

¹⁰⁴ “Decisão, juízo e, portanto, decreto ou ordem. Nesse sentido, essa palavra foi entendida na Antigüidade (CÍCERO, Acad., IV, 9; SÊNECA, Ep., 94) para indicar as crenças fundamentais das escolas filosóficas, e depois usada para indicar as decisões dos concílios e das autoridades eclesiásticas sobre as matérias fundamentais da fé” (ABBAGNANO, Nicola. *Op. cit.*, p. 293).

¹⁰⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 18.

Tércio Sampaio Ferraz Junior, estranhamente acatado pela quase totalidade das Escolas de Direito (em pleno Estado Democrático), esclarece:

A dogmática é mais fechada, pois está presa a conceitos fixados, obrigando-se a interpretações capazes de conformar os problemas às premissas e não, como sucede na zetética, as premissas aos problemas. [E continua:] Para aquela (dogmática), se as premissas não se adaptam aos problemas, estes são vistos como ‘pseudoproblemas’ e, assim, descartados. Seu compromisso com a orientação da ação impede-a de deixar soluções em suspenso.¹⁰⁶

Tal concepção é impraticável à luz de um direito democrático de fundo processual linguístico-discursivo. O caráter biunívoco de **ampla defesa - liberdade** é incompatível com uma proposta dogmática, que se diz científica, mas interdita a discussão de suas bases. No contexto dogmático, a **ampla defesa** não poderá alcançar seu caráter plenário, posto que seus limites já estarão pré-fixados na mente da autoridade.

O processo na contemporaneidade não se define como dogmático na medida que não pode renunciar à *pesquisa independente*. As únicas premissas com as quais o processo trabalha (e são autocríticas) são os institutos principiológicos do contraditório, da **ampla defesa** e da isonomia. Um instituto que se orienta e foi erigido pela Constituição como instituição constitucionalizada de criação, recriação e aplicação do direito, jamais poderá aceitar *premissas arbitrárias* oriundas de uma *decisão* imperscrutável, como propôs Tércio Sampaio Ferraz Junior.

Conforme aduz Rosemiro Pereira Leal:

Na dogmática jurídica, em não se delineando previamente a teoria da produção e da operacionalização da lei, as **relações sígnicas, no plano sintagmático** e associativo, ficam entregues à consciência do decisor, criando uma sobrecarga de instabilidade psíquica e social para todos no que se refere à **fiabilidade** do direito, uma vez que os **campos seletivo-associativos** (paradigmas e sintagmas) dos signos jurídicos adquirem uma viscosidade (evanescência) semiológica devastadora a extrapolarem normas escritas e fatos (situações) para se estabilizarem (paradigmatizarem) nos ‘valores’ cristalizados de uma **sociedade hipotética** e cridamente subjacente ao direito, que por suas estruturas historicamente ideologizadas, já assegura uma **vitória** de seu imanente sistema cultural repressivo e estratégico antes mesmo que haja processualmente disputa ou confronto de direitos (lide, litígio) entre partes.¹⁰⁷

Com efeito, cabe dizer que o princípio magno da dogmática, qual seja, a *inegabilidade dos pontos de partida* (Luhman),¹⁰⁸ não foi recepcionado pela teoria da lei democrática.¹⁰⁹ Em sentido oposto ao princípio luhmanniano, a Constituição elegeu o *devido processo* como instituição capaz de acessar o plano instituinte e instituído do direito e, somente a partir desta

¹⁰⁶ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 19.

¹⁰⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 138-139.

¹⁰⁸ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.*

instituição, poder-se-á obter a **ampla defesa** procedimentalmente estruturada como objeto da presente dissertação.

Por outro lado, em que pese a flagrante violência de sua aplicação, a dogmática dominou a ciência jurídica do direito romano ao positivismo jurídico e deste ao neopositivismo. Seja através da autoridade (*autorictas romana como fundamento legítimo da obediência*), ou através do rei no período medieval (personagem central do ordenamento jurídico), mesmo por meio do sistema racional da modernidade (*cuja validade repousa na generalidade racional*), ainda que considerada a crescente importância da lei e dos princípios (*positivismo e neo positivismo*).¹¹⁰

Na dogmática, não é relevante se a resposta do problema é adequada, mas sim qual será a resposta escolhida para o problema, haja vista a existência de um rol de situações previamente estabelecidas e inquestionáveis para cuidar do problema. Como coloca Tércio Sampaio Ferraz Junior, o problema dogmático do direito deixa de ser o que *pode ser o direito* para se adotar o *que deve ser o direito*¹¹¹, ou seja, o sentido já está previamente posto (normatividade já construída por uma razão social só plenamente compreendida pela *autorictas*).

Há de se mencionar, ainda, que essa dogmática se perfila ao método analítico, que segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, é aquele onde há a “sistematização de regras para a obtenção de decisões possíveis”¹¹². O método analítico debruça seus esforços sobre a análise da linguagem, buscando pela decomposição (semântica clássica), ou pelo conceito (linguagem ordinária) o significado do enunciado.

Com efeito, a dogmática estabelece pontos vedados aos questionamentos e assim cria conceitos analíticos que se contêm na própria enunciação. Nesse caso, a cristalização desse conceito é construída a partir da voz da autoridade (que pode ser o *déspota* ou *senso comum*). Esse conceito dogmatizado representa o que é o real (*epagoge*) como irretorquivelmente racional, não se oferecendo à crítica.

Rosemiro Pereira Leal esclarece:

A inefetividade do direito, ao longo dos milênios, máxime, com maior transparência, a partir do século XVI ocorre pela entrega da atuação do direito ao Estado Dogmático, isto é, aquele que, como Estado-juiz, filia-se à dogmática analítica em que a crença na clarividência do decisor prevalece sobre a lei parlamentarizada a pretexto de que a lei é dotada de uma incompletude fatal.¹¹³

¹¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**, p. 29-57.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 64.

¹¹² *Ibidem*, p. 66.

¹¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 3.

Como se vê, a dogmática analítica atua como uma interdição à **ampla defesa democrática (não dogmática)**,¹¹⁴ já que não oferece o conceito criado a partir de seu método à crítica. Nesse caso, automaticamente, veda-se a exauriência argumentativa condição para a **ampla defesa** como liberdade, já que o conceito não está sob discussão independentemente dos argumentos trazidos.

Não se pode olvidar, contudo, que a dogmática ingressa no recinto da dialética, embora possa se supor que nesta haveria um recinto democrático, a partir do diálogo. Ao contrário disso, a dialética aristotélica partia de premissas que representavam a opinião da maioria dos sábios (*auctoritas*) por meio de contradições sucessivas até se chegar à verdade procurada. E a dogmática se aproxima da tópica justamente por sua relação com a dialética aristotélica.¹¹⁵

Isso porque a tópica foi problematizada inicialmente por Aristóteles, através da dialética. E em que pese a tópica ser pensada a partir de problemas, ela tem como limitadores os *topoi* conforme há de se ver que não passam de pontos dogmáticos formados a partir do senso comum.

Aristóteles, assim como Sócrates e Platão, foram críticos da retórica sofista que representava, segundo eles, a arte da disputa através da discussão. Intentou assim Aristóteles distinguir o que era *apodítico*, o que assinala o campo da verdade demonstrável, daquilo que era o *dialético*, mero diálogo na disputa, reconhecendo-o como mera opinião.¹¹⁶

No entanto, em sua obra *Organon*, onde desenvolve a *Tópica*, intenta Aristóteles aplicar a dialética à sua ciência da lógica. Diz Aristóteles:

Nosso trabalho persegue a tarefa de encontrar um método com base no qual seja possível de se estabelecer conclusões relativamente a todos os problemas apresentados a partir de proposições opináveis (*ek'éndoxon*), e se possa evitar as contradições, quando se tiver de sustentar um discurso [rede].¹¹⁷

Para tratar sua *Tópica* como *um grau elevado de Filosofia*, Aristóteles “qualifica” a dialética acrescentando-lhe um critério de autoridade, já que parte de premissas respeitáveis (sábios). Assim, do ponto de vista formal, partindo de premissas verdadeiras, ele já não mais distingue o que é *apodítico* do que é *dialético*.¹¹⁸

Acentua Theodor Viehweg:

¹¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 3.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 34.

¹¹⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**, p. 22.

¹¹⁷ *Apud Ibidem*, p. 23.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 24.

são conclusões dialéticas, aquelas que têm como premissa opiniões respeitadas [acreditáveis] e verossímeis, das quais se possa presumir a aceitação (endoxa). Porém, endoxa são aquelas proposições, – afirma Aristóteles – que como tais <<parecem verdadeiras a todos ou a maior parte dos mais conhecidos e respeitados>>. ¹¹⁹

Dessa forma, podemos ver que o dogma se instala no pensamento *dialético* na medida em que as premissas de que se vale necessariamente devem ser aceitas como verdadeiras pelos sábios ou estabelecidas pelo tempo no senso comum (*topoi*). De forma que o método dialético não poderá nos ofertar a **ampla defesa plenária**, posto que existem limites postos pelos *topoi* que, por sua vez, não se oferecem à crítica.

Os *topoi* em Aristóteles são os objetos jurídicos, físicos, políticos ou de qualquer outro tipo, a partir dos quais se torna possível extrair um silogismo ou um *entimema*, pertencentes a uma categoria particular. Esses são pontos de vista praticáveis em muitos sentidos, aceitos, universalmente, como utilizáveis a favor ou contra ao opinável como forma de conduzir à verdade. ¹²⁰

Vemos, portanto, que Aristóteles dogmatizou a dialética *proibindo* uma livre análise das premissas, uma vez que se fossem interrogáveis (autocríticas) elas não seriam aceitas como premissas respeitadas.

Ora, se partimos da premissa de que o *juiz* é conhecedor e destinatário da prova na análise do problema de afronta à **ampla defesa** pela negação do devido processo legal, e tendo aquela premissa como respeitável (inatacável), o ato judicial (julgamento da lide no estado em que se encontra a despeito de um pedido de instrução probatória, por exemplo), obrigatoriamente, será considerado correto e inatacável, pois ao *juiz* (conhecedor), nesse caso, compete, com exclusividade, aferir a necessidade ou não da prova.

Conforme Theodor Viehweg, a tópica, a qual ele intentou tratar como uma ciência jurídica, “proporciona um catálogo de tópicos estruturado de modo flexível e apto a fornecer relevantes serviços à prática”¹²¹. O autor utiliza a tópica para estabelecer um método de resolução dos problemas a partir de uma pragmática que leva em conta problemas e um catálogo prévios de respostas válidas que orientaram a resposta. O grande entrave do método tópico reside no fato da dogmatização pelos *topoi* que hoje dão suporte à Jurisprudência nos Estados dogmáticos (não democráticos).

Segundo Theodor Viehweg, a Tópica insere-se no sistema jurídico a partir da

¹¹⁹ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**, p. 24.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 26.

¹²¹ *Ibidem*, p. 30.

interpretação (hermenêutica), assim, o pensamento interpretativo tem de se mover limitado dentro do raciocínio da tópica, ou seja, por seus *topoi*.¹²²

Com a tópica, que influencia todo o ordenamento jurídico, Theodor Viehweg visa alcançar a segurança jurídica (proibição de refutabilidade) pelos *topoi*, ou seja, através de verdade que são construídas pelo senso comum ou pela autoridade. No entanto, essa segurança jurídica apenas interessa à manutenção de um sistema que não oferece as premissas de suas decisões à crítica.

Portanto, a tópica não serve à teoria da **ampla defesa** que se pretenda democrática. A **ampla defesa** como liberdade, não acata qualquer ponto dogmatizante, seja pela dogmática analítica, seja pelo método tópico. Pois se há um ponto inatacável confiando ao saber de alguns, a defesa sofrerá restrições em seu exercício: o que se tem visto na sumarização da cognição e na compressão do procedimento em nome de uma vã *celeridade*.

Por isso, a presente dissertação vale-se do racionalismo crítico *popperiano* trazido ao Processo pela teoria neoinstitucionalista do processo, pois do idealismo à fenomenologia, o conhecimento esteve depositado nas mãos da autoridade.

2.2.2 O racionalismo crítico como método para a ampla defesa

A ciência pós-moderna faz um apelo ao pesquisador do direito que pretenda compatibilizar-se com o Estado Democrático, qual seja, a reconstrução do ordenamento segundo critérios racionais que se submetam à crítica. A crença no crescimento do conhecimento pela moral, experiência ou pelo destino,¹²³ não mais sustenta as reflexões em direito na pós-modernidade.

Pois bem, a metodologia que pretendemos adotar para o estudo da **ampla defesa** é o racionalismo crítico, pelo qual iremos estabelecer “conjecturas ousadas e de tentativas engenhosas e severas para refutá-las”¹²⁴. Esse é um método porque é uma “formulação ou reformulação ad-hoc para aumento da compreensão, clareza ou precisão de um significado e não uma fórmula cabal para obter compreensão, clareza ou precisão absoluta”¹²⁵.

¹²² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**, p. 88.

¹²³ Karl Raimund Popper já apresentou a fragilidade e a imprestabilidade do historicismo na medida em que menciona que “a de que a crença no destino histórico é pura superstição e de que não há como prever, com os recursos do método científico ou de qualquer outro método racional, o caminho da história humana” (POPPER, Karl Raimund. **A miséria do historicismo**. Tradução Octany S. da Mota e Keonidas Hegenberg. São Paulo: EDUSP, 1980. p. 4).

¹²⁴ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**, p. 84.

¹²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 171.

Sendo assim, o racionalismo crítico, para nós, é a metodologia que nos permite alcançar a **ampla defesa** pela exauriência argumentativa, já que por meio desse pelo **devido processo**, é possível a visitação, revisitação e refutação de teses previamente estabelecidas no curso do procedimento.

Não acreditamos, como Karl Raimund Popper, que o senso comum, a tópica, a retórica e a dogmática, poderão apresentar algum acréscimo cognitivo à ciência. Ao contrário disso, parece-nos que a *auctoritas* se vale do senso comum e de métodos dogmáticos como critério veritativo e sedativo do discurso jurídico da dominação perpetrada em vigor.

Os elementos do senso comum do conhecimento, tais como a crença, a opinião ou o estado da mente,¹²⁶ não se submetem à crítica e, por óbvio, cercam-se de uma flagrante autoridade. O ordenamento jurídico não poderá alcançar e efetivar o Estado Democrático como Estado não dogmático¹²⁷ se adotar métodos operacionalizados pela Ciência Dogmática do Direito.

Noutra ponta, o empirismo lógico de Hume, criado a partir da negação ao racionalismo, considerava que as bases da crença e da ação eram o costume ou o hábito e não a razão. Hume não acreditava na possibilidade de criar-se conhecimento pela investigação racional. Dessa forma, nossos atos seriam governados pela mesma necessidade natural que governa o mundo.¹²⁸ Em Hume, através de seus paradoxos, que foram resolvidos por Karl Raimund Popper, a racionalidade é relegada ao destino, confiando o autor que há uma força natural capaz de governar o ser sem a qual ele não sobreviveria.¹²⁹ Nessa ótica, o ser estaria fatalmente ligado a um determinado fim por seu próprio destino e decidido pela natureza (não superou as ideias inatas de Descartes, apenas transportou-as para a natureza). Para Hume, todas as ideias surgem de uma experiência sensória (empirismo). O empirismo é lógico para Hume quando ele distingue as impressões (oriundas da experiência sensória) das ideias (que são oriundas da recordação da impressão) e estabelece que os fatos são estados das coisas sobre as quais aprendemos apenas por meio da experiência do mundo.¹³⁰

O pensamento de Hume:

¹²⁶ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 84.

¹²⁷ Caracterizando o Estado não Dogmático, o contributo de Rosemiro Pereira Leal: “Esse Estado (de Direito), em minha teoria é democrático, porque gestado (emerso) e atuado por um direito que não se entrega ao paradigma, em sua operacionalização, da alímbica dogmática do direito, logo é concebido como Estado não Dogmático” (LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 3).

¹²⁸ DUDLEY, Will. **Idealismo alemão**. Tradução Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 16.

¹²⁹ POPPER, Karl Raimund. *Op. cit.*, p. 15-16.

¹³⁰ DUDLEY, Will. *Op. cit.*, p. 16-19.

Nosso autor pensa ‘que nenhuma descoberta poderia ter sido mais feliz, para decidir todas as controvérsias concernentes às idéias, do que esta de que as impressões sempre as antecedem, e que toda idéia que preenche a imaginação faz antes sua aparição em uma impressão correspondente. Essas últimas percepções são todas tão claras e evidentes que não admitem controvérsia; embora muitas de nossas idéias sejam tão obscuras que é quase impossível, até para a mente, que as forma, dizer exatamente sua natureza e composição’. Conseqüentemente, toda vez que uma idéia é ambígua, o autor pode recorrer à impressão, que a tornará clara e precisa. E quando suspeita (o que é tão comum) que determinado teimo filosófico não se vincula a nenhuma idéia, pergunta sempre: *de que impressão deriva tal idéia?* E se impressão alguma pode ser encontrada, conclui que o teimo é absolutamente insignificante; e seria de desejar que esse método rigoroso fosse aplicado com mais freqüência em todos os debates filosóficos.¹³¹

O Empirismo, portanto, não se mostra compatível com a **ampla defesa** que se afirme como liberdade, uma vez que a crença na experiência sensória, vocacionada pela natureza, retira-nos a possibilidade de sermos livres e trabalhar com o mundo das ideias. No campo da plenitude da defesa, nem todas as argumentações poderão ser demonstráveis apenas no mundo sensível, de forma que o conhecimento empírico não a desenvolverá por completo. Ademais, o empirismo tem ligação particular com o senso comum, que por sua vez não se submete à crítica científica: aquele se forma no subjetivismo (sensação), e apenas se tornaria refutável se convertido em conhecimento objetivo, conforme Karl Raimund Popper.¹³² Então, o empirismo não poderá nos ofertar uma base para desenvolvimento da **ampla defesa** democrática.

Por sua vez, o idealismo alemão, iniciado por Kant, prometia realizar a *revolução copernicana epistemológica*, buscando se afastar de dois perigos: o dogmatismo (racionalismo dogmático) e o ceticismo (empirismo lógico).¹³³ No entanto, Kant em que pese temer o perigo do dogmatismo, acabou por se render a ele, uma vez que sua teoria tem como fundamento o *apriorístico* (puro).¹³⁴

Karl Raimund Popper, ao contrário, enfrentou o empirismo a partir do conhecimento objetivo. Criando as esferas de *mundos*, ele confiou ao *Mundo 3 os conteúdos lógicos, ou seja, é o mundo do conhecimento objetivo*. O mundo 3 é o mundo autônomo, onde podemos descobrir novos problemas e construir teorias formuladas linguisticamente, e, portanto, passíveis de refutação.¹³⁵

¹³¹ HUME, David. **Resumo de um tratado da natureza humana**. Tradução Rachel Gutiérrez e José Sotero Caio. Porto Alegre: Paraula, 1995. p. 51-52.

¹³² Karl Raimund Popper esclarece que a objetividade dos enunciados científicos reside na possibilidade de serem submetidos a teste de forma impessoal; o subjetivismo impediria a testificação já que, conforme Kant, teriam relação com nossos sentimentos de convicção. Por mais intenso que seja um sentimento de convicção ele jamais poderá justificar um enunciado por impossibilitar o teste (POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**, p. 44).

¹³³ DUDLEY, Will. **Idealismo alemão**, p. 16.

¹³⁴ KANT, Immanuel. **Prolegômenos a toda a metafísica futura**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições Setenta, 1988. p. 14-22.

¹³⁵ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**, p. 78.

O grande salto para o racionalismo em Karl Raimund Popper é colocar o *racional* como sinônimo de *crítico*. Assim diz o autor:

A discussão crítica nunca pode firmar razão suficiente para alegar que uma teoria é verdadeira; nunca pode ‘justificar’ nossa alegação de conhecimento. Mas, se formos felizes, a discussão crítica pode firmar razões suficientes para a seguinte alegação: ‘esta teoria parece, presentemente, à luz de uma cuidadosa discussão crítica e de severos e engenhosos testes, ser, em muito, a melhor (a mais forte, a mais bem testada); e assim parece ser a mais próxima da verdade entre teorias concorrentes’.¹³⁶

O racionalismo crítico atua na construção do conhecimento valendo-se de um estoque teórico que deverá ser submetido à crítica por meio da problematização, apoiando-se na teoria que mais resistiu. Sendo assim, o racionalismo utiliza do método falibilista crítico de eliminação de erros e não se apoia em uma fundamentação última; ao contrário, começa e termina por problemas.¹³⁷

O percurso popperiano é-nos muito importante para que possamos justificar que a **ampla defesa** é aquela que se apresentará exauriente por meio de uma metalinguagem no espaço processualizado (devido processo), como recinto possível e legítimo, apto ao discurso jurídico, como propôs Andrea Alves Almeida¹³⁸. Utilizaremos a metalinguagem para “*comparar, compreender e avaliar as linguagens que são objeto de nossos estudos*”. Concordamos com Andreia Alves Almeida quando ela acrescenta que Rosemiro Pereira Leal transpõe a teoria popperiana evolucionária da linguagem para o espaço processualizado, objetivando democratizar o discurso.

Se ausente, pois, essa ponte erigida por Rosemiro Pereira Leal, não seria possível falar em discurso democrático na sociedade, e por corolário lógico, não seria possível pensar uma **ampla defesa** que se pretenda como **liberdade-ampla de defesa**, na construção e atuação co-institucionalizadas do ordenamento jurídico.

Ausente a metodologia popperiana estaríamos contingenciados pela racionalidade modernista, entrave ideológico que será desconstruído em capítulo posterior. No entanto, é a “supressão da crença na racionalidade indutivista e prodigiosa que abre oportunidade a uma metodológica (metodologia) de produção, atuação, modificação ou extinção do direito como formulação de uma teoria do direito democrático”¹³⁹.

¹³⁶ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**, p. 87-88.

¹³⁷ ALMEIDA, Andrea Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012. p. 65.

¹³⁸ ALMEIDA, Andrea Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**.

¹³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 174-175.

Aliás, a conjectura de cogitar-se a **ampla defesa** como argumentação exauriente somente foi possível a partir da metodologia de Karl Raimund Popper, que conforme Rosemiro Pereira Leal, conferiu ao racionalismo crítico o caráter de uma *teoria da argumentação epistemológico-situacional*.¹⁴⁰

Todavia, a **ampla defesa** no espaço desprocessualizado, ou seja, fora do devido processo constitucional, e por conseguinte, de um viés crítico, jamais será ampla (exauriente), logo não perpassará pela metodologia popperiana. Para que se acessem os conteúdos teóricos normatizados pelo sistema jurídico **co-institucionalmente** adotado é necessário a adoção de uma noção de processo avançada, colocando esse como uma instituição constitucionalizada.

Destarte, ainda demarcando epistemologicamente o tema, para a delimitação do *espaço processualizado*¹⁴¹ empreenderemos a revisitação, de maneira sucinta, das escolas processuais e sua relação com a **ampla defesa**.

2.3 O processo instrumental: a necessária suplantação do modelo pela teoria neoinstitucionalista do processo como teoria do direito democrático

Segundo já pontuamos, o processo é hoje a instituição jurídico para conjecturar, gerar e atuar a base instituinte e co-instituinte de todo o sistema jurídico, bem como para criar os legitimados que compõem a comunidade jurídico-política.

Entretanto, apesar dos avanços teóricos realizados¹⁴², há ainda a prevalência do processo como instrumento de uma Jurisdição realista, que tem por finalidade concretizar justiça social no esdrúxulo modelo de *Estado Social-Democrático*.

Com efeito, essa Jurisdição salvadora, acaba se automeando possuidora de poderes magicistas capazes de mudar a realidade social, na qual “aparece o juiz como autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico, cabendo-lhe a positivação do poder mediante decisões endereçadas a casos concretos”¹⁴³.

Nessas veredas, tem-se um processo instrumental entregue a um poder *Judiciário mítico e sábio*, o que permite, na subjacência, a concreção de interesses/poderes dos civis, Estado e mercado, já tidos como existentes, desde sempre, por um sistema normativo autopoietico.

¹⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 172.

¹⁴¹ ALMEIDA, Andrea Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**.

¹⁴² Merece destaque as contributivas pesquisas oriundas da Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

¹⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 232.

Entrementes, nesses meandros de poderes burocráticos e carismáticos¹⁴⁴, vê-se o Estado ocultando sua dominação e afastando a construção do Estado Democrático de Direito. Vislumbra-se o povo cada vez mais oprimido e carente ao revés de assumir seu papel em “uma comunidade jurídica a se instituir”¹⁴⁵, conforme garantido pela Constituição.

No entanto, esse *processo* não serve ao horizonte da presente dissertação na pós-modernidade. É necessário, assim, o desterro do processo instrumental pela crítica científica, o que buscaremos discernir a partir do presente tópico.

Quando pretendemos conjecturar a **ampla defesa** como exauriência argumentativa na ordinariedade de forma plenária, necessitamos de uma teoria processual que se amolde ao paradigma democrático. A supremacia de um Judiciário, de caráter socializador, aliado a posições de subordinação entre as partes, de caráter liberal, impede o desenvolvimento da **ampla defesa democrática**. Nessa hierarquia cruel de superioridade judicial (onipotência) e subordinação das partes (agravado pelo poderio econômico), a estrutura normativa de desenvolvimento da **ampla defesa**, qual seja, o **devido processo**, não possui o viés do *devir processual democrático*,¹⁴⁶ conforme será mais bem explicitado no último capítulo.

Assim, para que tenhamos o estoque teórico apto ao desenvolvimento supracitado, necessitaremos realizar a desconstrução das teorias processuais e apontar nosso marco teórico de reflexão, que é a teoria neoinstitucionalista do processo.

2.3.1 Da teoria da relação jurídica ao processo constitucionalizado: a superação do instrumentalismo processual

A escola processual da relação jurídica, apesar de ultrapassar cento e cinquenta anos de história, continua imperando no direito processual pátrio, sendo que quase a unanimidade dos ideólogos (*doutrinadores*) ainda não superou tal concepção.

A teoria da relação jurídica tem seu início a partir dos estudos de Oskar von Bülow em 1868, que pretendia *esclarecer alguns conceitos fundamentais* do processo civil que jaziam ocultos, segundo ele, por culpa dos próprios autores do direito processual medieval.¹⁴⁷

Para Oskar von Bülow, o processo era uma relação de direitos e obrigações recíprocas, com a justaposição entre autor e réu. Assim, o processo era uma relação jurídica de direito

¹⁴⁴ WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber**, p. 129 e 134.

¹⁴⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 30.

¹⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *O due process e o devir processual democrático*. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 591.

¹⁴⁷ BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2005. p. 7.

público, em razão de estar centrada na jurisdição, e que se desenvolvia gradualmente.¹⁴⁸ O autor acrescentou que para a formação da relação jurídica (e este foi o grande contributo) seria necessário o cumprimento de pressupostos processuais que não se confundiam com as exceções egressas do direito romano que guardavam relação com o direito material.¹⁴⁹

Com efeito, a teoria da relação jurídica tem relação íntima com a relação jurídica do direito privado, pois acolhe as posições subjetivas das partes, como se o autor pudesse impor e exigir do réu seus direitos.

Como pondera Rosemiro Pereira Leal, esta teoria representou a autonomia do direito processual em face do direito material¹⁵⁰, a partir do momento em que separou os pressupostos de constituição e validade do procedimento do direito material controvertido. Mas o que ficou sublinhado nessa teoria foi o papel de destaque do juiz, que se colocava acima das partes na relação processual.

Importante informação extraída a partir da obra Estudos Continuados de Teoria do Processo é que Bülow era tributário das ideias posteriormente divulgadas da Escola do Direito Livre.¹⁵¹ Logo, elaborou sua teoria processual na qualidade de um dos precursores dessa escola que esteve ao lado do Terceiro Reich Alemão.¹⁵² Nela, conforme André Cordeiro Leal, com apoio em Larenz, “a proposta do Direito Livre centra-se justamente na forma pela qual essa pluralidade de interpretações deve ser resolvida: a saída encontrada é acentuar o ‘primado da vontade, do sentimento ou da intuição’”¹⁵³, ou seja, os juízes tinham ampla liberdade de criação e interpretação do direito, seja pelas lacunas da lei, seja pela jurisprudência.

Com efeito, o que se extrai disso é que a teoria da relação jurídica de Bülow serviu principalmente para legitimar o controle processual pelo juiz, conforme bem concluiu André Cordeiro Leal:

[...] o escopo da obra de Bülow não fora o de fornecer critérios para que quaisquer controles sobre a atividade judicial se tornassem possíveis. Ao contrário, o propósito

¹⁴⁸ BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**, p. 6.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 9.

¹⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 83.

¹⁵¹ AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de et al. Ação e jurisdição em Oskar von Bülow. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. São Paulo: Thomson, 2005. v. VI, p. 46-47.

¹⁵² MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Estudos em Avaliação Educacional**, p. 183-202.

André Cordeiro Leal, com apoio em Aroldo Plínio Gonçalves, destaca que as propostas do Movimento do Direito Livre lançou as bases do nacional socialismo (LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 45).

¹⁵³ *Ibidem*, p. 46.

de Bülow foi o de apresentar, com base na releitura do direito romano, fundamentos histórico-sociológicos pretensamente autorizativos da migração do controle social para as mãos da magistratura alemã e justificar, a partir daí, a adoção de técnicas que permitissem a desvinculação dos julgadores das abordagens formalistas ou legalistas na aplicação do direito, municiando, com isso, a magistratura de instrumentos de dominação idênticos aos dos pretores e magistrados de Roma.¹⁵⁴

No entanto, mesmo com essas mazelas, essa escola processual foi acolhida por várias legislações, dentre elas a brasileira, que a acolheu por influência direta de Enrico Túlio Liebman que foi aluno de Chiovenda, que por sua vez foi aluno de Wach. Liebman, após deixar a Itália, se exilou no Brasil e foi lecionar na Universidade de São Paulo (USP), onde fundou a Escola Paulista de Processo. Ele influenciou diretamente Alfredo Buzaid, responsável pelo Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973¹⁵⁵ e Cândido Rangel Dinamarco, que ampliou a concepção relacionista.

Com efeito, a Escola Paulista de Processo, como se nominam, incorporando a principiologia própria da socialização processual de Arton Menger e Franz Klein, sistematizou a escola instrumentalista de processo, colocando o processo como instrumento da jurisdição.

Merece destaque a proposição de André Cordeiro Leal que, em minucioso trabalho científico identificou que a Escola da Relação Jurídica já nasceu *instrumentalista*. Pois Bülow desenvolveu sua teoria como forma de vincular a relação jurídica entre as partes aos tribunais (relação jurídica de direito público), cuja formação e existência tinham suas razões vinculadas ao controle total pelo juiz.¹⁵⁶ André Cordeiro Leal destaca que somente a partir da leitura da obra de *Gesetz und Richteramt* (Lei e Magistratura), livro de 1885, foi possível compreender esse lado do trabalho de Bulow.¹⁵⁷

Assim, coube a Cândido Rangel Dinamarco complementar essa *ideologia* sistematizando os escopos metajurídicos do processo.¹⁵⁸ O “processo” teria uma finalidade social e representaria uma expressão do poder político, atuando como instrumento da jurisdição que possuía a atribuição de propagar a paz social.

Essa breve digressão, serve para demonstrar que a **ampla defesa** no campo da relação

¹⁵⁴ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**, p. 62.

¹⁵⁵ BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 86. André Del Negri traz importante lembrança sobre o CPC de 1973: “abra-se um parêntese: o CPC de 1973 foi legislado na vigência do AI-5 que, em linhas gerais, foi um instrumento que revogou boa parte dos direitos civis e políticos no Brasil, e, como é sabido, atrocidades foram cometidas, uma vez que pessoas que se rebelaram contra a ordem estabelecida sofreram perseguições; foram torturadas, mortas [...]” (DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 38).

¹⁵⁶ LEAL, André Cordeiro. *Op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 59.

¹⁵⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 183-184.

jurídica, ou mesmo, de seu *aprimoramento*, o instrumentalismo processual, não se compatibiliza com o paradigma democrático. O fato *per si*, de se apresentar com uma relação com raízes obrigacionais, já imporia a pré-disposição de superioridade de uma das partes, o que invariavelmente prejudicaria o direito à **defesa plenária**. Ademais, o controle processual confiado exclusivamente ao Judiciário salvador relega a instituição do processo e suas garantias, entre elas a **ampla defesa**, a meros instrumentos cuja finalidade máxima é *auxiliar* o juiz a realizar os *escopos metajurídicos* que residem solitariamente em sua mente.

Ademais, é possível realizar uma relação umbilical entre Estado Social, Dogmática Analítica e Instrumentalismo Processual, já que este tem em suas bases o totalitarismo disfarçado do modelo social e se vale da dogmática analítica para tornar inquestionáveis suas decisões, permitindo uma *poiese* jurisdicional supernormativa ao ordenamento jurídico legiferado.

Nessa quadra, não é possível desenvolver a ideia de uma **ampla defesa** que pretende contribuir para a efetivação do Estado Democrático, pois ela terá em seus fundamentos as nódoas próprias do Estado Social (*adotivo*) e Dogmatismo Analítico, ambos já refutados na presente dissertação por não terem sido recepcionados pela Constituição de 1988.

Dessa forma, é preciso realizar o *desterro* da teoria instrumentalista do processo para que em seu lugar (desconstrução em Derrida) seja colocada uma teoria que possua em suas matrizes instituições jurídicas compatíveis com o paradigma democrático, o que passamos a fazer a seguir.

Propositamente, não trataremos da Teoria do Processo como Situação Jurídica – 1910 (James Goldshmidt) assim como a Teoria do Processo como Instituição Jurídica – 1948 (Jaime Guasp), embora reconheçamos sua importância.¹⁵⁹ O foco primordial desta seção da dissertação é demonstrar a incapacidade do modelo instrumentalista de processo para propor-se uma **ampla defesa democrática**, o que foi possível, *a priori*, a partir da teoria de Elio Fazzalari.

Com efeito, a superação do instrumentalismo processual inicia com Elio Fazzalari, processualista italiano, que desenvolveu sua teoria com a finalidade de afastar a teoria da relação jurídica idealizada primeiramente por Bulow e sistematizada por Chiovenda. O autor italiano abandona a ideia de uma relação jurídica entre os sujeitos processuais, de natureza tipicamente obrigacional civil (romana) e considera o processo como espécie de procedimento em contraditório.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Para um estudo pormenorizado dessas Escolas Processuais: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 82-94.

¹⁶⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 88-89.

Elio Fazzalari conceitua o processo como “procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades”¹⁶¹.

O referido autor rompe com o que ele próprio chama de *clichê* da relação jurídica e inaugura a conquista teórica da procedimentalidade, com o qual pretendia afastar a predominância do papel do juiz.¹⁶² Inaugura Fazzalari o procedimento no qual os destinatários finais do provimento participam da fase preparatória em simétrica paridade, na mútua implicação de suas atividades.¹⁶³

Segundo Rosemiro Pereira Leal, coube a Elio Fazzalari distinguir o processo de procedimento e “resgatá-lo de teorias que o colocavam como mero veículo, método ou meio, fenômeno ou expressão, da atividade jurisdicional para produzir provimentos”¹⁶⁴.

Conforme Aroldo Plínio Gonçalves, a partir de Fazzalari “o procedimento não é atividade que se esgota no cumprimento de um único ato, mas requer toda uma série de atos e uma série de normas que os disciplinam”. A partir disto, “a atividade que precede sua emissão (provimento) ou edição, ou emanação, é constituída de atos que são disciplinados segundo um modelo normativo próprio”. Prossegue o autor “não só o ato final, em sua existência, mas a própria validade desse ato e conseqüentemente, sua eficácia, dependerão do correto desenvolvimento do procedimento”¹⁶⁵.

Flaviane de Magalhães Barros considera que a partir de tal teoria foi possível trabalhar o modelo constitucional de processo não somente no processo civil ou jurisdicional, mas também no processo administrativo, legislativo e demais modalidades.¹⁶⁶

A teoria de Fazzalari representa um salto na ciência processual, haja vista que deixa de existir um sistema hierárquico dentro do processo que apenas serviria como instrumento de uma jurisdição salvadora, apesar de que, ela ainda não observa a Constituição.

¹⁶¹ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Book Seller, 2006. p. 118.

¹⁶² NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**, p. 203.

¹⁶³ FAZZALARI, Elio. *Op. cit.*, p. 119.

¹⁶⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 87.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 93.

¹⁶⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 332.

Entretanto, a teoria fazzalariana ainda não é suficiente para sustentar teoricamente a **ampla defesa** que pretendemos tratar na presente dissertação. Elio Fazzalari não trabalhou (e dele não se podia exigir) com o constitucionalismo e democracia. Ele se preocupou mais com a parte técnica do processo do que propriamente com as garantias que decorreriam de sua nova formatação em contraditório. Ademais, em Fazzalari, a Jurisdição ainda continua como atividade exclusiva do juiz que se coloca em superioridade em relação às partes, demonstrando resquícios da representação gráfica da relação jurídica¹⁶⁷. Comenta André Cordeiro Leal:

Ora, se ainda que preparado pelo procedimento ou se em contraditório, pelo processo, o provimento continua sendo comando ou ordem judicial, o processo encampa novamente a questão da atividade do julgador e da forma do Estado, mantendo-se intocado o problema da jurisdição como atividade do juiz a minar o esforço fazzalariano.¹⁶⁸

Dessa forma, faz-se necessário progredir nas Escolas Processuais posteriores que apresentam maior preocupação com a constitucionalização do processo. Com efeito, as preocupações teóricas com as garantias constitucionais apareceram a partir dos ensinamentos de Hector Fix-Zamudio no México e, no Brasil, de José Alfredo de Oliveira Baracho influenciado por aquele.¹⁶⁹

José Alfredo de Oliveira Baracho destacou que foi a partir de Eduardo Couture, na América Latina e na Europa, que se despertou o interesse pelos estudos das garantias constitucionais do processo. Naquela época, meados de 1900, Couture já mencionava que o processo era por si mesmo instrumento de tutela do direito que se realizava através das garantias constitucionais. Para ele, a constituição pressupunha a existência do processo “como garantia da pessoa humana”¹⁷⁰.

E foi nessa vertente que José Alfredo de Oliveira Baracho sistematizou a teoria do Processo Constitucional¹⁷¹ em seu livro, ainda sob a égide do regime totalitário (1984). Para o autor, o processo constitucional visava “à proteção dos princípios constitucionais, especialmente aqueles conferidos aos indivíduos, para se oporem às decisões legítimas das autoridades públicas”¹⁷².

¹⁶⁷ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**, p. 118.

¹⁶⁸ LEAL, André Cordeiro. *Op. cit.*, p. 116.

¹⁶⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 88.

¹⁷⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 124-125.

¹⁷¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 93.

¹⁷² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.*, p. 346.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, forte na teoria de José Alfredo de Oliveira Baracho, observa:

A teoria constitucionalista de processo toma por base a ideia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado segundo a metodologia normativa do processo constitucional.¹⁷³

Em resumo, o processo constitucional eleva o processo à instituição constitucionalizada orientada pelos direitos e garantias fundamentais, cuja viga-mestra é o devido processo constitucional¹⁷⁴, que é o espaço normativo (*locus* de discursividade), onde será possível a **ampla defesa**, realmente ampla e plenária, pela exauriência argumentativa.

Vale acrescentar, contudo, que a nomenclatura modelo constitucional de processo só se delineou a partir dos estudos dos italianos *Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera*, que ainda em bases civilistas, apresentaram o processo como instituição jurídica constitucionalizada.¹⁷⁵

Os sobreditos autores informavam que o processo deveria se compatibilizar com a constituição e a ela amoldar-se, de forma que nele fossem observadas as garantias constitucionais já reconhecidas.

Entretanto, mesmo com consistente avanço teórico, os autores continuavam a trabalhar o modelo civil de processo, conforme esclarece Rosemiro Pereira Leal, já que no modelo constitucional de processo, os direitos-garantias do processo são tutelados e concedidos exclusivamente pelo juiz.¹⁷⁶ Ademais, no modelo constitucional o processo ainda atua como instrumento da Jurisdição, o que é confirmado por Ítalo Andolina: “o processo coloca-se, também, como instrumento de atuação (em chave dinâmica e propulsiva) dos modelos de ‘jurisdicionalidade plena’ delineados pela Constituição”¹⁷⁷.

A teoria constitucionalista de processo não disponibilizou uma teoria processual que legitimasse sua constitucionalidade¹⁷⁸ e possui tendente vinculação ao processo instrumental, o que nos impede de vincular a pesquisa sobre a **ampla defesa democrática** a essa matriz. Em que pese os avanços realizados e aproximação realizada com o Estado Democrático, a

¹⁷³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 94.

¹⁷⁴ *Idem*.

¹⁷⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 88.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 93.

¹⁷⁷ ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Tradução Orestes Nestor de Souza Laspro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 87, p. 61-69, jul./set. 1997. p. 65.

¹⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.*, p. 93.

teoria constitucionalista confia ao juiz a decisão sobre direitos. Isso poderia representar uma restrição à exauriência argumentativa de forma a impedir o exercício plênario da **ampla defesa**, razão pela qual necessitamos de uma teoria processual que supere essa nuance.

Com efeito, Rosemiro Pereira Leal conjecturou a Teoria Neoinstitucionalista de Processo, na qual o processo passa a *medium linguístico (espaço discursivo)* de formação de todo o ordenamento jurídico, o que garante a legitimidade de toda sorte de provimentos. A referida teoria rompe com os pontos dogmáticos da sociedade civil e cria a comunidade política de legitimados ao processo.

2.3.2 A teoria neoinstitucionalista do processo como teoria do direito democrático

Coube ao insigne jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal dar início à *revolução copernicana*¹⁷⁹ do Direito Processual Democrático. Após anos dedicados inteiramente à pesquisa¹⁸⁰, com forte fundamentação em Karl Raimund Popper, o autor conjecturou uma teoria do processo com aderência total ao Estado Democrático de Direito.

A partir das teorias popperianas, às quais trouxe para o direito mediante construções teóricas complexíssimas, Rosemiro Pereira Leal afastou a dogmática analítica que *garantiu por séculos a perenidade da autocracia da autoridade, que se mascarou de democracia maquiada em cores patrióticas de Estado Social de Direito*¹⁸¹ e propôs uma teoria processual “como paradigma de fundação e compreensão do que se constitucionalizou no Brasil com a designação de ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º da CB/88)”¹⁸².

Com os acréscimos da teoria neoinstitucionalista, o processo chegou a sua condição (efetiva) de instituição co-institucionalizada apta a reger pelo **devido processo constitucional**, através dos institutos principiológicos do contraditório, da **ampla defesa** e da isonomia, a formação, revisão e interpretação do Direito. Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal, na teoria neoinstitucionalista, o processo é entendido como:

¹⁷⁹ Kant disse pretender realizar a *Revolução Copernicana* na filosofia rompendo com uma série de premissas equivocadas. Rosemiro empreendeu tal revolução no Direito Processual, rompendo com bases jurídicas não recepcionadas pelo Direito Democrático.

¹⁸⁰ O autor negou-se a lecionar nas Faculdades de Direito no período da Ditadura Militar (LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**).

¹⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 9.

¹⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 37.

[...] uma institucionalizante teoria linguístico-jurídica pela qual é firmado o pacto-sígnico (nível instituinte e constituinte), quanto a significados dos binômios estruturantes, não disjuntivos, de um mundo humano em bases fundantes e biunívocas de vida-contraditório, liberdade-**ampla defesa**, dignidade-isonomia, a balizarem a construção de uma sociedade jurídico política (forma de vida humana) por uma comunidade de legitimados ao processo (povo), servindo-se estes de princípios, institutos e instituições instrumentais (Estado como Administração Governativa, Procedimentos, Advocacia, Ministério Público, Mercado, Órgãos, Empresas) que se definem no conjunto (co-instituições) de conteúdos normativos processualmente enunciados (constitucionalizados).¹⁸³

Compete, no entanto, esclarecer que a expressão *neoinstitucionalista* não representa uma nova vertente do processo como instituição jurídica (Guasp) de cunho sociológico, ao contrário, conforme o próprio autor recebe a acepção de:

[...] conjunto de princípio e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo texto constitucional com a denominação jurídica de devido processo, cuja característica é assegurar, pelos institutos do contraditório, **ampla defesa**, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (**devido processo legal**) como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados.¹⁸⁴

A teoria neoinstitucionalista do processo inaugura uma preocupação que até então não frequentava as academias, qual seja, o plano instituinte do direito. A teoria pretende instalar pelo devido processo constitucional a verificação, a criação, a alteração e a interpretação da norma em todas suas esferas, desde o plano instituinte ao constituído do direito.¹⁸⁵

Importante mencionar que por esta teoria o povo legitima-se ao processo não por obra de uma imanência (metafísica), mas sim por se tornar um *sujeito de direito*, que nas democracias constitucionais é o sujeito natural cidadanizado por direitos fundamentais de personalidade composta de vida, liberdade e dignidade, estruturantes de sua individualidade não egressa de uma “*natureza humana*”¹⁸⁶.

Ousamos dizer que mais do que uma teoria do processo, a teoria neoinstitucionalista, **marco teórico da presente dissertação**, inscreve-se no campo das teorias do direito, e não de qualquer direito, mas uma teoria do direito democrático.

Somente a partir dos estoques teóricos por ela fornecidos, podemos, na pós-

¹⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 41.

¹⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 89.

¹⁸⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 6.

¹⁸⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, p. 289.

modernidade¹⁸⁷, propor-nos a construir o Estado Democrático de Direito. Ela traz em si elementos que balizam o direito desde sua criação até sua aplicação, na medida em que elege como princípios institutivos, em biunivocidade, o contraditório-vida, **ampla defesa**-liberdade e a isonomia-dignidade (igualdade).

Por outro lado, sem a desmitificação da sociedade civil, operada a partir das bases democráticas da Teoria Neoinstitucionalista, não seria possível legitimarmos um ordenamento jurídico (comunidade jurídico-política) a ser construído pelos legitimados ao processo.

Mais, por meio do postulado informativo de que os direitos fundamentais são líquidos, certos e exigíveis da teoria neoinstitucionalista do processo, é que foi possível retirar da esfera de poder do decisor a possibilidade de deliberar sobre a conveniência de efetivação destes no procedimento. Assim como foi a partir da hermenêutica isomênica neoinstitucionalista, “através de um direito igual para todos de interpretar a lei a partir de balizamentos semânticos processualmente estabilizados nos níveis instituintes e constituinte da sistemacidade jurídica”¹⁸⁸, é que se permitiu a inclusão do sujeito de direito como legitimado ao processo na decisão jurídica.

Ademais, quando a própria teoria neoinstitucionalista se diz ad hoc, ela demonstra o seu grau de convergência com um Estado Democrático, enquanto Estado não dogmático, já que assim, ela se coloca à disposição de críticas e refutações no mundo três popperiano, de onde sairão as teorias mais resistentes e que mais irão contribuir com a diminuição do sofrimento humano.

¹⁸⁷ Para Rosemiro Pereira Leal a pós-modernidade é “tempo teórico de conjecturar o desamparo radical em que o homem está lançado e esmagado em suas possibilidades de autoemancipação ante as seculares formas contextualizadas de colonização da vida, agora já ciberneticizada, é a crise esperada para a criação de um discurso-autocrítico-jurídico-proposicional de um pacto sgnico a delimitar direitos fundante (**líquidos, certos e exigíveis**) por uma linguagem continuamente processualizada desde a base instituinte da Lei ao direito constituído conforme discorremos longamente em ensaio no marco da minha teoria neoinstitucionalista do processo. Inaugura-se, assim, um *direito democrático* que é o que a lei cria, quando a lei é criada pelo *devido processo*” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 256). Em Lyotard, “simplificando ao extremo, considera-se ‘pós-moderna’, a incredulidade em relação aos metarrelatos. E, sem dúvida um efeito do progresso das ciências; mas este progresso, por sua vez, a supõe. Ao desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação corresponde sobretudo a crise da filosofia metafísica e a da instituição universitária que dela dependia. A função narrativa perde seus atores (functeurs), os grandes heróis, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo. Ela se dispersa em nuvens de elementos de linguagem narrativos, mas também denotativos, prescritivos, descritivos etc, cada um veiculando consigo validades pragmáticas sui generis. Cada um de nós vive em muitas destas encruzilhadas. Não formamos combinações de linguagem necessariamente estáveis, e as propriedades destas por nós formadas não são necessariamente comunicáveis. Assim, nasce uma sociedade que se baseia menos numa antropologia newtoniana (como o estruturalismo ou a teoria dos sistemas) e mais numa pragmática das partículas de linguagem. Existem muitos jogos de linguagem diferentes; trata-se da heterogeneidade dos elementos. Somente darão origem à instituição através de placas; é o determinismo local” (LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988. p. XVI)

¹⁸⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 18.

Com efeito, somente a partir de tais conjecturas, e outras mais que se definirão no curso da presente dissertação, é que poderemos almejar alcançar *a garantia fundamental da ampla defesa como liberdade e plenitude de defesa a partir da exauriência argumentativa na ordinariiedade na construção da cognição no tempo devido e modo estruturado normativamente (devido processo legal)*.

Portanto, assim restou demarcados epistemologicamente o *locus* onde pretendemos instalar a revisitação e crítica do tema a ser tratado: a **ampla defesa**. Com esse estoque teórico pretendemos demarcar nosso discurso e submetê-lo à crítica, pois aqui se encontram os marcos reflexivos que irão fundamentar o desenvolvimento da dissertação.

3 PRIMEIRAS CONJECTURAS SOBRE A TEORIA PROCESSUAL DA AMPLA DEFESA

Após as incursões realizadas na seção anterior, com as quais pretendemos explicitar as demarcações epistemológicas do tema, passamos agora a percorrer o que trataremos como uma “teoria processual da **ampla defesa**” e isso comporta explicações.

Tratamos a temática como *teoria* por se inscrever no *mundo três popperiano*¹⁸⁹, o *mundo* dos postulados científicos, onde, por certo, nossas conjecturas poderão ser submetidas à crítica e a confrontos com outras, para a testificação de sua resistência.

Por outro lado, tratamos como *teoria processual* porque está localizada na quadra da Epistemologia do Direito Processual como unidade lógica fundamental progressiva (técnica-ciência-teoria-crítica científica) habilitando-nos a traçar conjecturas sobre os problemas da **ampla defesa**. E também elaborar um quadro qualitativo de postulados sobre ela que venha a contribuir com *diminuição do sofrimento humano*.¹⁹⁰

Assim sendo, como proposição não última, pretendemos trazer contribuição ao entendimento do que seja o instituto jurídico da **Ampla defesa**, inscrito como garantia fundamental no art. 5º, LV, da Constituição do Brasil de 1988. O que pretendemos nesse capítulo é conjecturar o que seja a **ampla defesa** e qual o alcance (conteúdo) do que sejam “os meios e recursos a ela inerentes”.

Para tanto, demonstraremos porque qualificamos a **ampla defesa** como princípio autocrítico representativo, na qualidade de um direito-garantia que condiciona o discurso jurídico à exauriência argumentativa no plano da ordinaryidade.

Assim, nesse capítulo, é especialmente importante destacar a que linha de princípios vincula-se a pesquisa, bem como declinar o que cogitamos por direito-garantia. Consequentemente, mostra-se indispensável também a demonstração da linha argumentativa que se compatibiliza com o paradigma democrático. Com esses elementos poderemos colher, através de nosso marco teórico, o conceito do que seja a **ampla defesa**.

3.1 A ampla defesa como princípio autocrítico: a principiologia jurídica na contemporaneidade

A **ampla defesa** situa-se no ordenamento jurídico como princípio jurídico-institutivo

¹⁸⁹ POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária, p. 108.

¹⁹⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 38.

do processo e está contemplada no discurso constitucional no art. 5º, LV da CF/88. No entanto, há uma multiplicidade de acepções sobre o que seria e qual a função dos *princípios*, razão pela qual declinaremos aquela que serve de orientação para essa dissertação.

A teoria dos princípios sofreu grande alteração após a segunda metade do século XX. A partir de então, supera-se a ideia do caráter meramente supletivo dos princípios para alçá-lo a categoria de norma. Esse ideário é a marca do pensamento pós-positivista.¹⁹¹

Com efeito, destaca-se como teoria dos princípios, em especial, a teoria de Robert Alexy¹⁹², que acata os princípios como *mandados de otimização*, e a teoria de Ronald Dworkin, com seu conceito de *integridade do direito* através da interpretação construtiva.¹⁹³ No entanto, cogita-se que tais teorias não se compatibilizaram com o paradigma democrático, razão pela qual adotamos a acepção de princípios autocríticos como referente-lógico da teoria neoinstitucionalista do processo, que esclarecemos após uma breve desconstrução das teorias anteriormente citadas.

Entrementes, a corrente capitaneada por Alexy sustenta que:

os princípios são normas que se caracterizam por serem aplicadas mediante ponderação com outras e por poderem ser realizadas em vários graus, contrariamente às regras que estabelecem em sua hipótese definitivamente aquilo que é obrigatório, permitido ou proibido, e que, exigem uma aplicação mediante subsunção.¹⁹⁴

Com efeito, para Alexy, a diferença entre regra e princípio reside no âmbito do grau de incidência. Enquanto os princípios seriam mandados de otimização que deveriam ser aplicados na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, as regras são normas que não admitem gradação na observância de seus comandos, satisfeitos ou não. Sendo assim, os princípios para Alexy deverão ser aplicados no caso concreto a partir da consciência do julgador. Rodolfo Viana Pereira resume:

Em resumo, tanto as regras quanto os princípios são considerados razões normativas (mandados) para juízos concretos de dever ser (razões para decisões), mas de tipos qualitativamente diferentes: as regras são consideradas razões definitivas, eis que

¹⁹¹ ALMEIDA, Andrea Alves et al. Por trás do discurso normativo do CPC de 1973: teoria ou ideologia? In: LEAL, Rosemiro Pereira; ALMEIDA, Andréa Alves de (Coord.). **Comentários críticos à exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos e Cruz, 2011. v. 1, p. 81.

¹⁹² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

¹⁹³ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 153.

¹⁹⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 93.

‘exigen que se haga exactamente lo que em elas se ordena’ e os princípios são vistos como razões *prima facie*, pelo fato de ordenarem ‘que algo debe ser realizado em la mayor medida posible, teniendo em cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas’.¹⁹⁵

Para Alexy, compete ao *juiz* estabelecer a aplicação, extensão e sentido do princípio de forma que se aproxime ao máximo do comando normativo ali existente (o que, em tese, admite a interdição do princípio). Ademais, caso haja choque entre princípios, cabe ao juiz a realização da ponderação, que significa estabelecer uma hierarquia entre os princípios aplicando um com a abstenção do outro.¹⁹⁶

A **ampla defesa** não tem relação com essa noção de princípio, ainda não adequada ao paradigma democrático. Ela não demanda de reconhecimento pelo juízo e, muito menos, de sua vontade para aplicação. A **ampla defesa** é um direito líquido e certo pré-decidiado no âmbito constitucional, razão pela qual não comporta interdição de sua extensão pelo juiz. Enquanto direito-garantia elementar e coextenso ao contraditório e à isonomia, a **ampla defesa** não se *choca* com nenhum outro princípio (esse choque é ideologicamente criado), posto ser uma condicionante de legitimidade do próprio sistema democrático. Ponderar quanto à extensão da **ampla defesa** é graduar a própria democracia.

Dessa feita, não aderimos à proposta de Alexy, para quem os princípios seriam *mandados de otimização* a serem aplicados de forma *ponderada*, podendo variar sua intensidade de caso a caso. A clara transformação dos princípios em valores por Alexy permite que as garantias fundamentais, como a **ampla defesa**, sejam mitigadas pelo juiz, sob a justificativa de impossibilidade de aplicação ao caso concreto (muito comumente visto no caso de sumarização processual em prol da celeridade processual). De mais a mais, a regra da ponderação tem dado lugar a um nefasto princípio da proporcionalidade, que mitiga a lei em prol da ampliação da discricionariedade, sob as bandeiras dos *fins sociais do processo e da celeridade*.

Com efeito, a teoria de Alexy é valorativa e colhe os fundamentos da ponderação no tempo e na *sabedoria* judicial. Como destaca Rodolfo Viana Pereira, para Alexy os princípios são conceitos *deontológicos*, ainda ligados ao *dever-ser*, imersos no idealismo (liberdade e racionalismo).¹⁹⁷

¹⁹⁵ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**, p. 147.

¹⁹⁶ “Cuando dos principios entran en colisión — tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido — uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro”. Tradução Livre: “quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios terá de ceder ante o outro” (ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 89).

¹⁹⁷ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Op. cit.*, p. 149.

Reserva do possível, mínimo existencial, são conceitos abertos criados com a finalidade de justificar a intervenção judicial na ponderação (interdição pela proporcionalidade) de princípios que são imediatamente exigíveis. Referem-se a conceitos colhidos no tempo pelo saber imperscrutável do julgador, razão pela qual não são acolhidos no âmbito do processo democrático.

Por outro lado, também não nos socorre a proposta historicista de Dworkin para quem o direito teria uma resposta correta (completude do sistema) apta a resolver todas as questões postas sob exame. Em Dworkin, os princípios e o direito são captados pela soma dos valores sociais e pela tradição histórica, cuja aplicação ocorre conforme os princípios coordenativos da ordem jurídica.¹⁹⁸

Para Dworkin, os princípios continuam deontológicos e não possuem grande diferença da noção de Alexy. O que difere sua noção daquela exposta por Alexy, é que ele não recepciona os princípios como *mandados de otimização*, já que eles serão obrigatoriamente aplicados ((neo)positivismo). Mas em ambos é possível perceber que o sentido e a extensão do princípio estão depositadas no *juiz*, que Dworkin, como ideal, é representado pelo *Juiz Hércules*.¹⁹⁹

Em resumo, com apoio em Rosemiro Pereira Leal:

para Alexy (e em Dworkin não é diferente) o que se otimiza é a talentosa liberdade que se concede ao feitor e aplicador da lei em seus solitários saberes emersos de ideais universais ou colegiadamente pragmatizados (atividades jurisdicionais) aos moldes de Rawls e Dworkin [...].²⁰⁰

No entanto, o princípio constitucional da **ampla defesa** não se oferece à censura ou à *bondade* do juiz Hércules. É princípio institutivo, assim como o contraditório e a isonomia, sem os quais o ordenamento carece de legitimidade. Como diz Dhenis Cruz Madeira:

¹⁹⁸ PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**, p. 154.

¹⁹⁹ “Hércules não é um historicista, tampouco tem o estilo aventureiro às vezes satirizado sob o epíteto de ‘direito natural’. Ele não acha que a Constituição é apenas o que de melhor produziria a teoria da justiça e da equidade abstratas à guisa de teoria ideal. É guiado, em vez disso, por um senso de integridade constitucional; acredita que a Constituição norte-americana consiste na melhor interpretação possível da prática e do texto constitucionais norte-americanos como um todo, e seu julgamento sobre o qual é a melhor interpretação é sensível à grande complexidade das virtudes políticas subjacentes a essa questão” (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 474).

²⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, Belo Horizonte, ano 5, n. 2, dez. 2006. p. 9. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2014.

no que tange especificamente aos princípios institutivos do processo, não há que se falar, nem mesmo, nos mandados (ou comandos) de otimização desenhados por Robert Alexy, pois a supressão ou diminuição de tais princípios institutivos redundaria no desrespeito da coisa julgada constitucional.²⁰¹

Antagonicamente às teses de Dworkin e Alexy, no paradigma democrático, a **ampla defesa** é princípio autocrítico que integra a principiologia do processo na contemporaneidade. Labora na legitimação do sistema permitindo a exauriência argumentativa (referente-lógico-jurídico)²⁰² e não no viés axiológico para orientação e utilização do julgador solipsista. A principiologia processual, sob a ótica neoinstitucionalista, viabiliza a implementação e efetivação dos direitos fundamentais através linguagem processualizada autoinclusiva, que permite isomericamente a produção do sentido normativo.²⁰³

Conforme Rosemiro Pereira Leal:

a principiologia do processo é construtiva de um direito democrático constitucionalizado que se pretende aberto a uma fiscalidade incessante pelos produtores e destinatários normativos em que vida, liberdade, dignidade, sejam direitos fundamentados no recinto do discurso procedimental procesualizado e não espontaneamente surgido de esferas públicas de relação entre pessoas.²⁰⁴

Nesse ínterim, os princípios laboram como base de estabilização do sistema (referentes lógico-jurídicos)²⁰⁵, mas são obrigatoriamente autocríticos, pois permitem a sua teorização contínua por meio do discurso teórico-jurídico. Eles não têm, dessarte, índole positivista (ou neopositivista), pois sua teorização é sempre conjectural (*Popper*), portanto, não estanque ou construída pelo tempo taumaturgo. Seu significado, alcance e modificação são operados por meio do devido processo constitucional e não pelo juiz.

Por outro lado, como estabilizadores do sistema, os princípios deverão ser observados em qualquer esfera de decisão. No caso específico da **ampla defesa**, deverá atuar de forma a permitir a argumentação exauriente pelo devido processo constitucional, no tempo devido, como forma de construir (*ordinariedade e cognitividade*) o direito. Como bem ressalta Rosemiro Pereira Leal:

²⁰¹ MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade da supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 123.

²⁰² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 98.

²⁰³ CASTRO JUNIOR, Roberto Apolinário de. Confronto principiológico entre os códigos de processo civil de 1939 e 1973. In: LEAL, Rosemiro Pereira; ALMEIDA, Andréa Alves de (Coord.). **Comentários críticos à exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos e Cruz, 2011. v. 1, p. 86-87.

²⁰⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, p. 1.

²⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**, p. 98.

Caracteriza-se assim um paradigma teórico-linguístico de compartilhamento na produção do sentido democratizante da normatividade expressa em possibilidades judificantes de uma **existência jurídica** não posta por **realidades sociais** autopoieticas nas bases instituinte, constituinte e constituída dos direitos legislados.²⁰⁶

É por isso que o sentido de princípio da **ampla defesa** aqui é autocrítico e atua como institutivo da ordem jurídica; está no discurso constitucional com os atributos de liquidez e certeza, e não pode sofrer nenhum tipo de *ponderação* ou mitigação *em face do discurso histórico*.

Ademais, a **ampla defesa**, enquanto princípio constitucional, é um direito-garantia aos legitimados ao processo. Ressalta-se que a recepção como direito-garantia não representa o acolhimento da **ampla defesa** como instituto do garantismo jurídico, de forma que é importante enfatizar tal distinção.

3.2 A ampla defesa como direito-garantia fundamental: o processo na efetivação dos direitos fundamentais.

No processo constitucional, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, em adesão a Fix-Zamudio, colaciona três conotações da expressão *garantias* que procedem do direito público: a primeira, como sinônimo de direitos, utilizadas pelas Constituições após a Revolução Francesa; a outra, que se refere a instrumentos sociais, políticos e jurídicos para preservar a ordem jurídica (essa conotação com esteio em Jellinek); e por fim como método processual para efetivar os direitos fundamentais.²⁰⁷

Com efeito, José Alfredo de Oliveira Baracho pondera que as garantias “são meios que a técnica jurídica moderna desenvolveu, em relação à regularidade dos atos estatais em geral”. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias acrescenta que as garantias fundamentais do processo se diferem dos direitos fundamentais. Enquanto estes se revelam como a constitucionalização

²⁰⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, p. 15.

²⁰⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Forjadores del derecho procesal constitucional**. Buenos Aires: AD-HOC, 2009. p. 258-259.

A terceira conotação é semelhante ao conceito de processo constitucional de José Alfredo de Oliveira Baracho: “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008). Visto também em BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 74, oferta um acréscimo determinante ao conceito de processo constitucional do Prof. Baracho e trata processo constitucional como: “metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais” (*Ibidem*, p. 94).

dos direitos humanos (declaração), aquelas formam “um essencial sistema de proteção aos direitos fundamentais, tecnicamente apto a lhes assegurar plena efetividade”²⁰⁸.

No entanto, precisamos explicitar o sentido que empregamos ao qualificar a **ampla defesa** como direito-garantia, sob pena de ficar subentendido uma adesão da pesquisa à linhas garantistas (garantismo jurídico). Nossa pesquisa insere-se no paradigma democrático, enquanto o garantismo jurídico tem aproximação com o paradigma Liberal e Social, já desconstruídos, ainda que brevemente, na seção anterior.

Com efeito, o garantismo jurídico, conforme já explicitado por Rosemiro Pereira Leal, trabalha garantia como resultado histórico, e guarda relação com a formação metafísico-cultural do homem grego assegurada pela *auctoritas*.²⁰⁹

Com efeito, o garantismo jurídico, segundo Alexandre Maia com apoio em Ferrajoli, apresenta-se como uma metodologia jurídica que se ocupa dos aspectos formais e substanciais como condições essenciais de validade do direito. A partir de Ferrajoli, a validade da norma jurídica será verificada no plano externo, ou seja, não propriamente na formação da lei, mas também pelas condições externas materializadas pelos direitos fundamentais existentes. Os direitos fundamentais seriam formados através de um processo histórico contínuo, conquistados por meio da experiência. Para tanto, seria necessária a observância das garantias, que para ele, seriam os direitos fundamentais.²¹⁰

Luigi Ferrajoli, ao tratar de suas teses garantistas (que pretendeu ampliar do direito penal para a teoria do direito), trabalhou sincreticamente os modelos liberal e social de direito. As garantias liberais exigiriam a limitação do poder estatal em relação às liberdades individuais, enquanto as sociais corresponderiam a direitos materiais, substanciados por prestações devidas à coletividade. Em suas palavras:

O Estado de direito, como resultado do conjunto das garantias liberais e sociais, pode ser, pois, configurado como um sistema de metaregras em relação às regras mesmas da democracia política. Precisamente, se a regra do Estado liberal de direito é que nem sobre tudo se pode decidir, nem mesmo em maioria, a regra do Estado social de direito é aquela a qual nem sobre tudo se pode não decidir, nem mesmo em maioria: sobre questões de sobrevivência e subsistência, por exemplo, o Estado não pode não decidir, mesmo se não interessarem à maioria. Apenas sobre todo o resto vale a regra da democracia política segundo a qual se deve decidir por maioria, direta ou indireta, dos cidadãos.²¹¹

²⁰⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 72.

²⁰⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 5.

²¹⁰ MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli – notas preliminares. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 145, p. 41-46, jan./mar. 2000. p. 42-44.

²¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 693.

Além desse sincretismo fatal, Luigi Ferrajoli caracteriza sua teoria garantista como positivista e oriunda de uma construção historicista. Apesar de tratar de vincular sua teoria a um princípio da legalidade estrita, vê-se logo a retoricidade de tal adesão, posto que a verificação de validade é externa, e, conforme o próprio Ferrajoli, não escapa da discricionariedade da *auctoritas*.

Em todos os casos, os direitos fundamentais correspondem a valores e a carências vitais da pessoa historicamente e culturalmente determinados. E é da sua qualidade, quantidade e grau de garantia que pode ser definida a qualidade de uma democracia e pode ser mensurado o progresso.²¹²

Vale dizer que a teoria garantista tem índole axiológica e, embora diga separar o direito e a moral, transforma os direitos fundamentais em elementos de valoração. Nas palavras de Luigi Ferrajoli: “Sabemos mesmo que a técnica garantista consiste na inclusão de valores, sob a forma de limites ou deveres, nos níveis mais altos do ordenamento, donde excluí-los na forma de poderes nos níveis mais baixos”²¹³.

Dessa forma, não há aderência da **ampla defesa** que se pretenda democrática ao garantismo jurídico, uma vez que este ainda está centrado no campo do Estado liberal e social. Não condicionamos a **efetivação da ampla defesa** a um processo histórico ou mesmo a vontade da *auctoritas*.

Ao contrário, a **ampla defesa** no paradigma democrático é direito-garantia fundamental “já acertado por uma liquidez e certeza processualmente pré-decididas em bases procedimentais constituintes”. Aliás, com razão Rosemiro Pereira Leal destaca a estranheza causada pela recusa judicial na concreção dos direitos fundamentais sob argumentos calcados em uma máxima judicial: a justiça rápida, justa e prodigiosa.²¹⁴

Os direitos postos por uma vontade processualmente demarcada, ao se enunciarem constitucionalmente fundamentais, pertencem a um bloco de direito **líquidos** (autoexecutivos) e **certos** (infungíveis) de cumprimento insuscetível de novas reconfigurações provimentais e, por conseguinte, só passíveis de **lesões ou ameaças** após efetivamente concretizados ex-officio pela Administração Governativa ou por via das ações constitucionais (**devido processo legal**) a serem manejados por todos indistintamente ao exercício da auto-inclusão auferidora dos direitos fundamentais criados e garantidos no nível constituinte da normatividade indeclinável.²¹⁵

²¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal, p. 741.

²¹³ *Ibidem*, p. 703.

²¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **A relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 24.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 26.

Sendo assim, as garantias fundamentais do processo pré-decidas no plano co-instituente não mais demandam reconhecimento ou salvaguarda por um *órgão judicante parcialmente positivo*²¹⁶. Elas se encontram, com toda a relevância dada a elas por Fix-Zamudio, no plano da exigibilidade através do devido processo constitucional.

Rosemiro Pereira Leal acrescenta:

A concreção dos direitos fundamentais de vida, liberdade, dignidade, não se faz *secundum conscientiam* do julgador sensível ou filantropo, porque já se encontra assegurada na processualidade instituente e constituinte a impor realização que dispensa procedimentos liquídatórios por cálculos de conveniência ou equidade a serem formulados ou exigidos pelo aplicador jurídico.²¹⁷

Por suposto, as garantias fundamentais se efetivam no contexto *judicial* através do devido processo constitucional enquanto instituição constitucionalizada apta a efetivar os direitos fundamentais, ou como coloca Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “metodologia normativa de garantia dos direitos fundamentais”²¹⁸. Interessa-nos, no estudo da **ampla defesa**, o processo constitucional enquanto “instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, **ampla defesa** e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental”²¹⁹. Isso enseja o devido processo como “médium linguístico inafastável à discussão permanente dos conteúdos de falibilidade e efetividade de todo o ordenamento jurídico”²²⁰. E vai permitir a amplitude da **ampla defesa**, o que será detidamente estudado no último capítulo.

A **ampla defesa** como direito-garantia permite a exauriência argumentativa e como tal, insere o povo na “Sociedade Jurídico-Política Democrática de Direito pela possibilidade cognitiva de todos no espaço processual (Estado Democrático) de produção, recriação, afirmação ou destruição da lei”²²¹.

Feito o delineamento da **ampla defesa**, como princípio autocrítico representativo de um direito-garantia dos legitimados ao processo na construção do direito democrático, torna-se importante demonstrar a que linha argumentativa nos referimos ao falar da pretensão de alcançar a exauriência argumentativa pela **ampla defesa**. É o que passamos a fazer.

²¹⁶ SOUZA, Artur Cesar de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

²¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **A relativização inconstitucional da coisa julgada**, p. 28.

²¹⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 94.

²¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 88.

²²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 133.

²²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **A relativização inconstitucional da coisa julgada**, p. 26.

3.3 A argumentação jurídica no paradigma do estado democrático: a concepção de argumentação jurídica para uma ampla defesa no direito processual democrático

Na presente pesquisa, consideramos a **ampla defesa** a possibilidade jurídica de exauriência argumentativa através dos elementos lógico-jurídicos dispostos no sistema. A **ampla defesa**, nesta lógica, permite a materialização da liberdade democrática²²² a fim de propor enunciados e elencar suas justificações para a formação, modificação e interpretação do direito.

Sendo assim, é importante trazer à baila acepções teóricas sobre argumentação jurídica com a finalidade de não nos vincularmos a uma linha teórica não recepcionada pelo discurso constitucional.

Com efeito, Manuel Atienza afirma que se aplica à argumentação jurídica a distinção entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação das teorias científicas. Enquanto o primeiro, que não permite uma análise lógica, consiste na atividade de descobrir ou enunciar a teoria científica, o segundo permite confrontá-la com os fatos a fim de mostrar sua validade e se rege pelas regras do método científico.²²³

Portanto, ao atribuir à **ampla defesa** o caráter de instituto jurídico da argumentação jurídica, verificamos a coextensividade entre ela e o contraditório. Ela se traduz pela oportunidade plena de fazer a colação de argumentos e conjecturá-los no plano lógico-jurídico, por meio do devido processo constitucional.

O contraditório garante a *dialogicidade necessária entre interlocutores*²²⁴ (legitimados ao processo), enquanto a **ampla defesa** garante a possibilidade de exposição das interenunciações (conjecturas). E, posteriormente, a possibilidade de sustentá-las de forma lógico-jurídica a fim de fundamentar suas pretensões, segundo a liberdade democrática que é fundada e fiscalizada pelo devido processo constitucional.

Nesse contexto, a teoria da argumentação jurídica se situa precisamente na perspectiva da fundamentação dos argumentos e, em geral, costuma ter pretensões tanto descritivas quanto prescritivas. Isto quer dizer que as teorias da argumentação têm a pretensão de descrever como as enunciações jurídicas se legitimam (*argumentos lógico-jurídicos* -

²²² A liberdade democrática, segundo Rosemiro Pereira Leal, é aquela “fundada e irrestritamente fiscalizada pelo devido processo” (LEAL, Rosemiro Pereira. A continuidade do imperialismo do saber em Husserl. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **A relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 172).

²²³ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000. p. 21.

²²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 99.

pretensão descritiva), bem como indicar o método da fundamentação (*devido processo constitucional* - pretensão prescritiva).²²⁵

De sorte que a **ampla defesa** receba a aceção de método argumentativo cujas bases enunciativas operam pelo devido processo constitucional. Opera-se no sistema jurídico sensível ganho democrático opondo-se ao determinismo metodológico (decisão judicial que não precisa ser teoricamente fundamentada porque oriunda da autoridade), e ao decisionismo metodológico (decisão jurídica entendida como puro ato de vontade).²²⁶

Todavia, compete-nos advertir que a **ampla defesa no contexto do direito processual democrático** não pode adotar teorias da argumentação jurídica que ainda acolhem o determinismo e o decisionismo metodológico. Trataremos pois, perfunctoriamente, das teorias de Viehweg, Perelman e Alexy, em que pese haver outras teorias importantes.²²⁷

A tópica de Theodor Viehweg foi considerada uma teoria da argumentação, cujo método baseava-se na resolução de problemas²²⁸, através de um repertório de *topoi* que eram premissas indeterminadas – conceitos, regras, critérios – indefinidamente construídas pelo tempo histórico e consideradas verdadeiras.

No entanto, na tópica, a resolução do problema deveria obrigatoriamente ocorrer por meio de um ponto dogmático, que são os *topoi*. Em que pese trabalhar com problemas, estes exigiam um entendimento preliminar sobre o tema (senso comum). Ademais, a sua solução poderia ser encontrada fora do sistema jurídico, que na tópica pode ser aberto ou assistemático.²²⁹

A tópica, portanto, não tem recepção no paradigma democrático, logo não representa um método argumentativo que sustente a **ampla defesa no direito processual democrático**. No contexto tópico, a **ampla defesa** teria seu espectro discursivo limitado a um repertório de *topoi*, cuja construção se dá pelo tempo histórico ou pelo senso comum.

Ademais, em que pese haver quem diga que a tópica impede o enrijecimento das normas, haja vista interpretá-las por meio de problemas, essa interpretação não se dá em uma vertente crítica. Com efeito, o sistema tópico é indemarcado e oculto; ao contrário, a **ampla**

²²⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 24.

²²⁶ *Ibidem*, p. 25.

²²⁷ Com base em Manuel Atienza podemos destacar: Toulmin (teoria da argumentação não formal); Neil McCormick (teoria integradora da argumentação) (ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*). Podemos destacar ainda a teoria da argumentação de Klaus Günther (teoria argumentação no direito e na moral).

²²⁸ Na tópica os problemas é toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução (VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**, p. 34).

²²⁹ ATIENZA, Manuel. *Op. cit.*, p. 63-66.

defesa, o contraditório e a isonomia, são princípios autocríticos que permitem justamente a demarcação e a construção de um sistema pelo **devido processo constitucional**.²³⁰

Noutra ponta, outra comentada teoria da argumentação é a de Perelman, que é tratada como a nova retórica. O autor parte da retórica de Aristóteles e a amplia tendo como destinatário o auditório universal (embora, possa ser um único). Seu método pressupõe o discurso, o orador e o auditório. O orador tentará, a partir de seu discurso, conseguir a adesão do auditório universal, de forma que o mais importante é a solidez da estrutura do discurso e não propriamente o elemento formativo.²³¹

Conforme Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, a argumentação eficaz é aquela que “consegue aumentar essa intensidade de adesão, de forma que se desencadeie nos ouvintes a ação pretendida (ação pretendida ou abstenção), ou pelo menos, crie neles uma disposição para a ação, que se manifestará no momento oportuno”²³².

Chaïm Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca observam a existência de um acordo (adesão) entre o auditório e o orador. O objeto desse acordo, determinante em sua argumentação, seriam os fatos, as verdades e as presunções (categoria relativa ao real) e os valores, os lugares e as hierarquias (categoria relativa ao preferível). Os objetos do acordo integram as premissas utilizadas pelo orador na argumentação. É comum nessas categorias a formação pelo senso comum.²³³

O método de Perelman utiliza da linguagem natural (intersubjectividade) e pressupõe a igualdade ideológica; o viés supostamente democrático de sua argumentação é liberal e liga-se a uma sociedade pressuposta.²³⁴

Não à-toa, Chaïm Perelman vislumbra a nova retórica como meio para suprir o mal estar causado pelas decisões que buscam conformar o direito à ideia de justiça à custa de ofensas ao princípio da legalidade (equidade e razoabilidade). Para Chaïm Perelman, a última quadra do direito dá pouca importância à norma em si, mas aos valores, de forma que o juiz julga às vezes contra a lei. A jurisprudência atua como complemento do legislador e a argumentação (utilizando de suas premissas) ameniza o confronto lei *versus* equidade.²³⁵

²³⁰ ALMEIDA, Andrea Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 47.

²³¹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 83-87.

²³² PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 50.

²³³ *Ibidem*, p. 74.

²³⁴ MONTEIRO, Claudia Sevilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 50-51.

²³⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 183-193.

O método de Perelman não nos oferta uma metodologia confiável à **ampla defesa** que se pretenda democrática. Suas premissas ligadas ao real (senso comum e valores) é interdita a uma hermenêutica isomênica.²³⁶ Isso sem nos esquecermos de que a argumentação prática de Perelman utiliza-se da linguagem natural indemarcada (intersubjetiva). Ademais, é confiado ao juiz a conformação do discurso, conferindo a esse liberdade para escolha do argumento conforme seu senso de justiça.

Por fim, tratamos da teoria de Alexy. O autor pretendeu, com base na teoria da ação comunicativa habermasiana, a correção pelo discurso prático pela via proceduralista.²³⁷

Alexy trata o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático-moral, e para ele, discurso seria uma “série de ações interligadas devotadas a testar verdades ou correção das coisas que dizemos”²³⁸, utilizando a teoria da universal pragmática habermasiana.

Nessa quadra, Alexy impõe ao discurso uma série de regras que o validariam, podendo ser elas regras básicas (ligadas ao performativo Apeliano), regras de racionalidade, regras para partilhar as cargas argumentativas (liberdade para proposição de discussões), regras de justificação e regras de transição (transição metódica do discurso). Ademais, o discurso prático encontra limites e de certo modo, julgamentos de valor e de obrigação estão totalmente excluídos do discurso prático geral, a exemplo de Kant, onde as normas podem excluir o ser humano do discurso (escravidão). Essa limitação dá ensejo à transição para o discurso jurídico.²³⁹

Com efeito, respeitadas as regras e os limites, o consenso, por sua vez, se originaria do espaço de fala intersubjetiva entre os participantes do discurso (*ágora*) o que fundamentaria a correção do discurso. Acrescenta Alexy que o discurso jurídico pressupõe a discussão de questões práticas, com pretensão de correção (justiça - Dworkin), e que a proposição pode ser racionalmente fundamentada dentro da moldura do ordenamento jurídico vigente.²⁴⁰

No entanto, o discurso proceduralista possui regras formais do discurso mas, como já ressaltado por Rosemiro Pereira Leal, carece de processualização. O discurso pela fala natural entre iguais (admitindo a exclusão pela autocontradição performativa²⁴¹ e pelos limites legais) não oferta uma teoria da linguagem democrática apta à construção isomênica do sentido e da

²³⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 271.

²³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 301.

²³⁸ *Ibidem*, p. 181.

²³⁹ *Ibidem*, p. 187-201.

²⁴⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 233-253.

²⁴¹ KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. In: MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe (Org.). **Direito e legitimidade**. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2003. p. 95.

fala. O consenso sem o processo é empreitada impossível que apenas fortalece a sociedade pressuposta. A linguagem natural desprocessualizada não confere legitimidade ao direito.

Por essa razão, a teoria argumentativa de Alexy não se mostra apta a esclarecer a argumentação exauriente que se pretende alcançar pela **ampla defesa** no paradigma democrático, posto lhe faltar o principal para fazer-lhe **ampla**: o devido processo constitucional.

Portanto, o método argumentativo que permite qualificar a **ampla defesa** como elemento do processo, apto a garantir a argumentação exauriente, é a junção do método falibilista de Popper aliado aos fundamentos da teoria neoinstitucionalista do processo, elegendo a ordinary procedural criada e regida pelo **devido processo constitucional**, como estrutura normativa que garantirá a argumentação isomênica. É a teoria da linguagem de Popper que permite a discussão crítica, conforme pontua Rosemiro Pereira Leal:

Popper destaca a função argumentativa da linguagem que pode ser vista em funcionamento, em sua mais elevada forma de desenvolvimento, numa bem disciplinada **discussão crítica** (Popper) que se põe pró ou contra uma *proposta*, mas também pró ou contra uma *proposição* da proposta.²⁴²

Para uma teoria processual da **ampla defesa**, faz-se necessário um método proposicional de problemas por enunciações lógicas e críticas, processualizado por meio do devido processo constitucional como médium linguístico regulamentativo da participação dos legitimados ao processo, proibindo a limitação por meio de uma ética universalista.

É por isso que o método argumentativo que serve a **ampla defesa** tratada na presente pesquisa é o método crítico popperiano²⁴³ interligado ao devido processo constitucional, que de mais a mais, significa a adoção da teoria neoinstitucionalista do processo. É no âmbito do **devido processo legal** que é possível exercer em plenitude a argumentação logo, uma interpretação isomênica, tendo em vista que nesse, a discussão e proposições são submetidas a críticas, portanto, não dogmáticos, e procedimentalmente abertas igualmente a todos.

O que se busca a partir da **ampla defesa** no paradigma democrático é “uma linguisticidade constitucionalizada por critérios que propiciem arguir os fundamentos de caracterização dos elementos teóricos (conjecturas, asserções) institutivos dos enunciados normativos (**devido processo**)”²⁴⁴.

²⁴² LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 81.

²⁴³ Rosemiro Pereira Leal qualificou a metodologia popperiana como *teoria da argumentação epistemológico-situacional* (LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 172).

²⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 73.

Por isso ressaltamos a importância de se vincular a **ampla defesa** à teoria processual neoinstitucionalista, utilizando-se do devido processo constitucional como *locus discursivo*. Trata-se de assegurar “o direito de argumentação das minorias no mesmo espaço-tempo procedimental processualizado das majorias e vice-versa. Esse é o direito que impede o fechamento dos sistemas (a criação das sociedades no sentido de Popper)”²⁴⁵.

3.4 A ampla defesa no juízo democrático: por uma exauriência argumentativa.

Após incursionarmos brevemente sobre uma teoria principiológica do direito-garantia da **ampla defesa**, bem como estabelecer parâmetros mínimos para a argumentação ensejada pela **ampla defesa** democrática, passamos, então, a colher em nossos marcos teóricos, elementos conceituais que contribuam com a definição do instituto da **ampla defesa democrática**.

Ab initio, pontuamos que pretendemos trazer uma noção de **ampla defesa** para além da cogitação de defesa e produção de provas. Pretendemos, como ocorreu com o princípio do contraditório,²⁴⁶ ampliar o sentido de **ampla defesa** para o âmbito da argumentação jurídica.²⁴⁷

Pois bem, a **ampla defesa**, pondo-se a salvo alguns juristas, não vem recebendo dos teóricos do direito a atenção devida. Emprestem à **ampla defesa** a condição de integrante ao conceito de contraditório, como se **ampla defesa** e contraditório fossem o mesmo princípio constitucional.

Parte dos equívocos persistem em função da insistente instrumentalização do processo. Podemos ver em obras de processualistas de escol, a velada diminuição do direito processual em face do direito material. É fácil perceber reparos à tentativa de teorizar institutos e entendê-los como forma de efetivar direitos fundamentais que não se resumem à celeridade processual, sob o argumento de que se preocupa mais com a filosofia do direito do que com a resolução de conflitos, como, se o processo, servisse tão somente a isso.²⁴⁸

²⁴⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 73.

²⁴⁶ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**.

²⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 171; BARROS, Flaviane Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natalia Chernicharo. **O princípio da ampla defesa: uma reconstrução a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. Provocações**, Sete Lagoas, n. 2, p. 35-51, jan./dez. 2006.

²⁴⁸ José Roberto dos Santos Bedaque critica severamente os processualistas que se dedicam ao estudo aprofundado do direito processual, dizendo que: “os processualistas a se dedicar tanto a conceitos, muitos de extrema sutileza, que as discussões sobre temas de direito processual acabaram por representar verdadeiro exercício de filosofia pura do direito. Quando voltamos os olhos para a realidade, porém, verificamos que o processo encontra-se muito distante dela” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 21-22).

No entanto, realizaremos uma brevíssima reconstrução histórica do instituto. Inicialmente, encontramos a **ampla defesa** (ou uma centelha desta) nas *legis actiones*. Nessa quadra histórica, a **ampla defesa** restringia-se à possibilidade da parte empregar uma série de solenidades em sua defesa. O magistrado cingia-se à verificação dos atos das partes e tentava reconciliá-las. A defesa era realizada por meio de expressões verbais solenes e mímicas, sob pena de confissão (*confessio ou indefensio*) e a participação da parte era facultativa. Não havia a valoração das provas e o juiz agia livremente, segundo sua velada convicção.²⁴⁹

Entrementes, no *per formulas*, o réu era intimado e não podia mais resistir a participar do *rito*; a resistência em participar era considerada uma afronta à justiça e era caracterizada como delito. Outra inovação é que, ao realizar o *in ius vocatio*, o demandante devia notificar (comunicar) o réu sobre a fórmula pretendida. Em sua defesa, o réu podia utilizar-se do juramento. O procedimento não era mais baseado em palavras nem tampouco em texto legal, mas sim sobre a fórmula vazada pelo magistrado. O réu podia realizar a defesa direta do direito (resistir) ou alegar, por meio de fatos, que era o verdadeiro detentor do direito, com a finalidade de impedir a condenação. Nessa fase, era possível produzir provas e o juiz julgava com base na fórmula e segundo as provas produzidas.²⁵⁰

Por outro lado, no *cognitio extra ordinem*, o réu era citado e posteriormente poderia apresentar em sua defesa o *libellus contradictionis*, quando deveria prestar compromisso de comparecer até o fim do *processo*. O réu não pertencente à classe privilegiada, ou que não prestasse garantias no *processo*, respondia preso ao processo. Caso o réu não se apresentasse para responder à citação, seria reconhecida sua contumácia, que era considerada atentado à autoridade pública. Estando presentes as partes dava-se a *litis contestatio*, quando o autor fazia a *narratio* e o réu o *contradictio*, seguido do juramento de agir com boa-fé. Posteriormente, aconteciam os debates e após a produção das provas, que por sua vez eram tarifárias (testemunhal inferior a documental). Seguidamente, o juiz sentenciava segundo a lei.²⁵¹

Como visto, na fase antiga do processo, a **ampla defesa** não ultrapassava a defesa. A possibilidade de argumentação era reduzida a atos solenes, juramentos ou discurso limitado pela condição socioeconômica do réu. Os meios ofertados às partes não permitiam sua participação efetiva na atividade cognitiva, ao contrário, a **ampla defesa** ficava adstrita aos critérios fixados exclusivamente pelo juiz.²⁵²

²⁴⁹ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da ação cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 7.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 18.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 27-28.

²⁵² Para uma visão profunda sobre o ciclo histórico da Justiça: LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 20-29.

Ademais, mesmo após o processualismo científico, a partir de Bülow, a **ampla defesa** não recebeu tratamento adequado equivalente à sua importância. Na maioria das vezes, o que se via era reconhecer a **ampla defesa** como sinônimo de defesa ou como *penduricalho* do contraditório.

Nesse sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco tratam da **ampla defesa** de forma conectada ao contraditório e dedicam, implicitamente, um único parágrafo em sua Teoria Geral do Processo à **ampla defesa**.

No processo penal, entendem-se indispensáveis quer a defesa técnica, exercida por advogado, quer a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. Mas enquanto a defesa técnica é indispensável, até mesmo pelo acusado, a autodefesa é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio.²⁵³

Percebemos, portanto, que os sobreditos autores não enfrentam diretamente a teorização da **ampla defesa**, e ainda assim, confundem-na com o instituto da defesa jurídica. No mesmo sentido acima, em evidente confusão entre a defesa e a **ampla defesa**, veja o que diz Luiz Guilherme Marinoni:

Ter **ampla defesa** não é, evidentemente, possuir uma possibilidade de defesa que supere o limite da dimensão de participação que se deve dar ao réu para que ele possa efetivamente influir sobre o juízo e evitar que a sua esfera jurídica seja invadida de forma não adequada ou necessária. Por **ampla defesa** se deve entender o conteúdo de defesa necessário para que o réu possa se opor à pretensão de tutela do direito (à sentença de procedência) e à utilização de meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso.²⁵⁴

Com efeito, Daniel Mitidieiro ressalta que a **ampla defesa** era inicialmente observada tão-somente em relação ao processo penal. No entanto, segundo o autor, a partir de um *erro* da Constituição, por indevida assimilação da *modernidade jurídica*, ela foi estendida ao processo civil. Segundo o autor:

Com efeito, prevendo-se a **ampla defesa** com os meios e recursos a ela inerentes para todo o direito processual civil brasileiro, nossa Constituição parece ter proscrito de nosso horizonte constitucional qualquer possibilidade de processo jurisdicional que não seja plenário do ponto de vista cognitivo.²⁵⁵

²⁵³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 65.

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 312.

²⁵⁵ MITIDIEIRO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 58.

De fato, tem razão Daniel Mitidieiro quando menciona que a Constituição tornou proscrito, em nosso ordenamento, qualquer possibilidade de processo que não seja ordinário. **Mas ao contrário da forma pejorativa com que tratou em seu livro**, isso representa uma **conquista que se efetiva pelo processo constitucional**. Como veremos no último capítulo, é somente a partir da ordinaryness que a **ampla defesa** se torna ampla.

Porém, não é difícil entender o porquê de tais críticas. A maioria dos *teóricos* vislumbram o processo como instrumento da *jurisdição salvadora* que por si só já consegue extrair a *justiça* do caso, dispensando maior participação das partes. Em se mantendo o entendimento de que a jurisdição “consolida-se como um poder estatal” e que o “direito processual civil apropriado pelo Estado, pelo príncipe” como “um precioso exercício de poder” para a “consecução dos interesses estatais”²⁵⁶, invariavelmente, não haverá o que se cogitar do devido processo constitucional.

O que desperta uma maior necessidade de revisitação do direito-garantia à **ampla defesa**, não são somente esses *doutrinadores* que ainda não cogitam a **ampla defesa** próxima ao paradigma democrático, e, sim, aqueles que assim já vislumbram, mas pretendem impor o retrocesso.

Nessa esteira, Orlando Venâncio dos Santos Filho menciona que a **ampla defesa** é assegurada aos litigantes na medida em que resta consagrado o paradigma da ordinaryness com a garantia da cognição ampla e exauriente em demandas plenárias, bem como diante da precedência da declaração do direito em relação à sua execução²⁵⁷ e com isso concordamos. No entanto, a visão contemporânea acima exposta é mitigada pelo autor quando ele menciona que a **ampla defesa** é “uma garantia própria de um processo civil extremamente individualista, caracterizada como um privilégio ao sujeito passivo de direitos e obrigações, como herança de um direito impregnado de moral e fé cristã”²⁵⁸.

Para o referido autor, a **ampla defesa**, a cognição e a ordinaryness são dogmas que impedem a evolução do direito e prestigiam o réu. Inclusive, contra a **ampla defesa** ele invoca o direito de acesso à justiça, afirmando que a cognição ampla *representaria obstáculos ao acesso efetivo à justiça*, isso com apoio em Kazuo Watanabe.²⁵⁹

O que propõe o autor é a superação do que ele chama de *concepção estática* de **ampla defesa**, fundada na ideia iluminista de igualdade (e nisso também concordamos). No entanto,

²⁵⁶ MITIDIEIRO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**, p. 69.

²⁵⁷ SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. **A dogmatização da ampla defesa: óbice a efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 81.

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 82.

²⁵⁹ *Idem*.

o que se mostra um retrocesso em seu pensamento, é que ele pretende a mitigação do princípio, em nome de uma igualdade material, que poderia ser encontrada com a análise da condição financeira da parte ou a verossimilitude do direito, propondo que o juiz poderia mitigar a **ampla defesa**, caso reconhecesse a verossimilhança da alegação do autor.²⁶⁰

Nos moldes acima, Candido Rangel Dinamarco, ao tratar do que seriam as mazelas do processo civil, relata que o processo civil encontra barreiras prejudiciais a ele no princípio do *due process of law*, afirmando que o processo civil sofre de um *conceitualismo* ou “intensa preocupação garantística” o que culmina na “impressão que o juiz seja um escravo da lei”²⁶¹.

De comum nestas passagens, além da diminuta vinculação ao Estado Democrático, é a crença em um *juízo sábio, supremo e ético*, cuja passagem em Dworkin representa bem:

Os tribunais são as capitais do império da lei e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes ou profetas. Compete aos filósofos, caso estejam dispostos, a tarefa de colocar em prática as ambições do direito quanto a si mesmo, a forma mais pura da lei dentro e além do direito que possuímos.²⁶²

Entretanto, a **ampla defesa**, após a conquista teórica do Estado de Direito Democrático como estado não dogmático,²⁶³ não é apenas uma simples defesa, ou mesmo como um *estorvo* ao processo. A **ampla defesa** é um dos corolários do devido processo constitucional e atua como representação da liberdade do legitimado ao processo. Representa, pois, a possibilidade de autodeterminação,²⁶⁴ o que possibilita que o legitimado se sinta competente, ativo e motivado a participar do processo de construção do Estado Democrático de Direito.

O devido processo legal é o âmbito da fiscalidade total após a Constituição de 1988. Aliás, mais do que isso, o devido processo legal e por corolário, todos os seus princípios,

²⁶⁰ SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. **A dogmatização da ampla defesa**: óbice à efetividade do processo, p. 84.

²⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 21.

²⁶² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**, p. 486.

²⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 3.

²⁶⁴ Deci e Ryan (1985) e seus colaboradores desenvolveram a Teoria da Autodeterminação. Os Autores afirmam que as pessoas necessitam se sentirem competentes e autodeterminadas para estarem intrinsecamente motivadas. Contrapõem as ideias de outras teorias segunda as quais todo comportamento seria função da satisfação de necessidades fisiológicas. Propõem o conceito de “necessidades psicológicas básicas”, apontadas como determinantes do comportamento intrinsecamente motivado (DECI, E. L.; RYAN, R. M. Intrinsic motivation and self-determination in human behavior apud OLIVEIRA, Plícia Araujo de et al. Motivação sob a perspectiva da teoria da autodeterminação: um estudo da motivação de alunos do curso de ciências contábeis da universidade estadual de montes claros. In: CONGRESSO USP DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM CONTABILIDADE, 7, 2010, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Ed. USP, 2010. p. 18. Disponível em: <<http://www.congressousp.fipecafi.org/web/artigos102010/402.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2014).

mormente os institutivos, atuam na base instituinte, constituinte e constituída do direito.²⁶⁵

Com efeito, a partir do marco da CF/88, não se pode mais crer que o processo decisório, em qualquer âmbito, seja passível de legitimidade e validade sem que o destinatário (povo) atue em sua formação.²⁶⁶ Mas o acréscimo que temos de fazer, é que essa participação se dá pelo processo e a base argumentativa dessa participação se dá pela **ampla defesa**.

Rosemiro Pereira Leal, amparado pelas conquistas teóricas da CF/88, apresenta um conceito de **ampla defesa**:

A **ampla defesa** é nessa concepção o direito processualmente garantido a um espaço procedimental cognitivo à construção de fundamentos obtidos dos argumentos jurídicos advindos de liberdades isonômicas exercidas em contraditório e na preparação das decisões.²⁶⁷

Sob o marco teórico da teoria neoinstitucionalista de processo, a **ampla defesa** deixa de ser *tagarelice* para alcançar o nível de uma teoria argumentativa, representada pela liberdade de exaurir os argumentos lógico-jurídicos na ordinaryidade, que é espaço procedimental normatizado, no tempo devido (tempo aiônico), de reconstruir por meio de argumentos jurídicos os fundamentos da decisão jurídica com o intuito de aproximação da certeza. Continua Rosemiro Pereira Leal:

O princípio da **ampla defesa** na teoria neoinstitucionalista do processo é que vai permitir defesas não só em face de defeitos procedimentais ou contra o mérito, mas numa concepção expansiva da negação ou afirmação de constitucionalidade dos e conteúdos jurídicos das pretensões e de sua procedimentalidade formal.²⁶⁸

Em acréscimo ao acima pontuado, Flaviane de Magalhães Barros, Marius Fernando Cunha de Carvalho e Natalia Chernicharo Guimarães conceituam a **ampla defesa** em uma perspectiva democrática:

A **ampla defesa** será compreendida como garantia das partes de amplamente argumentarem, ou seja, as partes além de participarem da construção da decisão (contraditório), têm direito de formularem todos os argumentos possíveis para a formação da decisão[...].²⁶⁹

²⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 150.

²⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I: Entre faticidade e validade.

²⁶⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 171.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ BARROS, Flaviane Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natalia Chernicharo. O princípio da ampla defesa: uma reconstrução a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. **Provocações**, p. 45.

Vale dizer que a **ampla defesa** no paradigma democrático tem sua atuação demarcada por meio do devido processo legal, através do qual, na **ordinariedade**, é possível a exauriência dos argumentos fático-lógico-jurídicos.

Destacadamente, nessa senda, o princípio constitucional da **ampla defesa** embora próximo, não se confunde com o direito ao contraditório. Enquanto este representa a possibilidade de manifestação (resistência) postulatória de uma decisão contrária, aquela representa a exauriência argumentativa com todos os meios jurídicos a ela inerentes em tempo adequado e não cronológico.

Sendo assim, a partir de nosso marco teórico e nas noções até agora apresentados, obtemos um conceito para **ampla defesa** como sendo: princípio institutivo constitucional autocrítico como direito-garantia fundamental possibilitadora da exauriência argumentativa na **ordinariedade**, como estrutura normativa apta à formação da cognição plenária e democratizada, exercida em tempo adequado e juridicamente garantido.

Seria, pois, um *princípio institutivo constitucional autocrítico* porque atua na base constituinte do direito como um dos corolários do devido processo constitucional. É constitucional, por estar no discurso constitucional legitimado pela biunivocidade liberdade-vida. É autocrítico, porque constituído por enunciados que se autocriticam pela evolução científica do direito, de forma que não apresenta um ponto último de certeza, mas sim o último ponto mais resistente.

É direito-garantia fundamental de atuação qualificada pela liberdade isomênica, por permitir a participação do legitimado ao processo na interpretação e sua autoinclusão nos direitos fundamentais, enquanto agente do processo constitucional. Não se submete a critérios garantistas ou ativistas, uma vez que já se encontra legitimado na base do discurso constitucional.

Por outro lado, é concretizado em uma estrutura normativa procedimental que tem seu desenvolvimento pela **ordinariedade** como garantia fundamental de plenariedade da discussão dos argumentos.

É efetivada pela argumentação jurídica exauriente submetida ao crivo da legalidade e com apoio nos institutos constitucionais a ela relacionada: direito ao contraditório, direito à isonomia, direito ao advogado, direito à imparcialidade judicial, direito à fundamentação das decisões, direito à gratuidade judiciária.

Com efeito, atua na estruturação da cognição do direito, como garantia de que a **cognição** seja plena como forma de aproximação da certeza e estabilização da decisão; qualifica-se como cognição democratizada em razão de ser realizada pelas partes e não como

atividade exclusiva do juiz.

Por fim, é realizada em tempo juridicamente adequado, que permite a reconstrução fático-jurídica da situação jurídica discutida no âmbito do procedimento, seja tempo adequado à formação da decisão jurídica (provimento) ou à formação da lei, sem atropelos indevidos e com a utilização do instituto da preclusão como construtor do procedimento.

Portanto, a partir dos enunciados trazidos até o momento e por nosso marco teórico, este é o conceito que colhemos no paradigma do Estado Democrático de Direito.

No entanto, a conceituação não é suficiente a embasar o esboço de uma teoria processual da **ampla defesa**. É necessário estabelecermos sua inserção sistêmica identificando suas correlações lógico-construtivas e, a partir destas, identificar os impeditivos ao instituto, o que faremos nos próximos capítulos. Esses elementos, somados ao que traçamos até o momento, habilitar-nos-á a cogitar o esboço de uma teoria processual da **ampla defesa** no paradigma democrático, identificando os elementos que a qualificam como ampla, o que faremos no último capítulo.

4 AS RELAÇÕES DA AMPLA DEFESA NA CONTEMPORANEIDADE: SUA VISÃO SISTÊMICA

Procuramos na primeira seção estabelecer os fundamentos de nossa proposição realizando a demarcação epistemológica do tema desenvolvido. Nada obstante, na segunda, esforçamo-nos em coletar, a partir de nosso marco teórico, a conjectura inicial de um conceito de **ampla defesa** no paradigma do Estado democrático de direito.

Com efeito, com tal conteúdo teórico, habilitamo-nos a estabelecer a correlação sistêmica entre a **ampla defesa** e os institutos jurídicos a ela relacionados. Nesta seção, então, iniciaremos uma visão lógico-sistemática da **ampla defesa** no ordenamento jurídico, relacionando-a com institutos importantes para sua efetividade e, em segundo momento, com propostas que interditam sua amplitude.

É que a **ampla defesa** se relaciona com institutos importantes, ora por meio de confusão (defesa jurídica) ora por exclusão (racionalidade medieval). Na pretensa criação e delimitação do instituto e para enfrentarmos o problema posto *sub* exame é de suma importância uma análise profunda destas relações.

4.1 O instituto da defesa jurídica em juízo: correlações e diferenças com a ampla defesa

É comum a confusão realizada entre **ampla defesa** e o instituto da defesa em juízo. Decerto, embora haja relação entre os institutos, eles são necessariamente diferentes. Podemos dizer que a defesa em juízo é um dos instrumentos pelo qual a **ampla defesa** se materializa.

No entanto, antes de adentrar especificamente na diferenciação entre **ampla defesa** e defesa judicial, precisamos trazer noções teóricas a respeito do instituto da defesa, expediente já realizado em relação à **ampla defesa**.

De antemão, devemos declinar que não é qualquer defesa assistemática que se encerra pelo exercício da **ampla defesa** no direito processual democrático. Por isso, o primeiro ponto a ser ressaltado é a que defesa reportamo-nos.

Contemporaneamente, no direito processual democrático, faz-se necessário atentar a uma diferenciação entre a defesa judicial e a defesa em juízo democrático. Decerto empreenderemos capítulo próprio para tratar do **estar em juízo democrático**, mas é necessário para bem entender esse capítulo, fazer, ainda que brevemente, a distinção.

A partir da Constituição Federal de 1988 as cogitações de defesa deixaram de habitar

tão-somente o juízo de direito (Estado-Juiz), para alcançar o campo do juízo de direito democrático. Nesta quadra, conforme Rosemiro Pereira Leal, o juízo deixa de ser “o interprete selecionador de sentidos para sua decisão” para ser “decisor-intérprete já teoricamente balizado pelo interpretante do devido processo constitucionalizante e constitucionalizado”²⁷⁰.

Com a contribuição da distinção entre estar em juízo e estar em juízo democrático de Rosemiro Pereira Leal, é possível estabelecer como condição de exercício da defesa, que esta ocorra em juízo de direito democrático.

Significa dizer que, a defesa jurídica somente se amolda ao direito processual democrático, a partir da noção de juízo democrático. É no âmbito do juízo democrático que é possível um discurso isomênico onde os legitimados poderão construir a decisão.

A defesa judicial, como aquela que se desenvolve no âmbito da arcaica jurisdição (*judicium*) sob o crivo do Estado-Juiz solipsista, opera-se com limitações pelo juiz de direito, que ocupa o centro do sistema processual e se qualifica como “sujeito processual cognoscente que, por enunciados solipsistas, mostra-se como fonte decisional e de um saber ontológico-pedagógico de realização de Justiça”²⁷¹.

Neste âmbito, conforme confesso pela obra de Nicola Picardi, o contraditório converte-se em “instrumento do juiz”²⁷² e, o juiz tem o dever de controle das argumentações:

Quando tratamos de situações conflituais, é possível apenas individualizar as estradas impercoráveis da investigação: uma investigação em termos negativos. O juiz tem a tarefa de selecionar as argumentações errôneas. A patologia da argumentação permite-nos penetrar tanto na dimensão lógica quanto na dimensão ética do processo: o sofisma não é somente um erro lógico, mas também um ato injusto.²⁷³

Nesse viés teórico, é impossível alcançar uma defesa no paradigma do Estado Democrático de Direito, pois ela sofrerá com as interdições do Estado-Juiz. Esta é a defesa judicial e não a defesa jurídica.

Entrementes, a defesa jurídica, como aquela exercida no juízo democrático, não sofre as constrações do juiz *justo e ativista*. Ela se desenvolve no âmbito do devido processo

²⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático. In: AURELLI, Arlete Inês et al. (Coord.). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 373.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 372.

²⁷² PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 142.

²⁷³ *Ibidem*, p. 142-143.

Crítica científica, no paradigma democrático, de tal ponto em: LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.*, p. 372.

constitucional e o juízo é o democrático, sendo o local “onde todas as competências (especializações jurisdicionais) se submetem ao eixo-sistêmico da constitucionalidade processualizada”²⁷⁴.

Assim, tratamos pois, na presente pesquisa, da defesa jurídica e não da defesa judicial. No entanto, para chegar no instituto da defesa jurídica houve um caminho, o qual percorreremos, de forma breve, a partir de então.

Pois bem, não nos esquecendo do célebre debate entre *Muther e Windscheid*²⁷⁵ sobre a ação, coube a Francesco Carnelutti, professor italiano de grande influência no Brasil, estabelecer um estudo aprofundado sobre a *lite*²⁷⁶, estudo este que nos interessa no estudo da defesa jurídica.

Francesco Carnelutti ao estudar o processo, posicionou e incorporou o litígio como um dos elementos do processo. Nessa esteira, descreveu litígio como pretensão posta por uma parte e a resistência a essa pretensão pela outra parte. Disse, portanto, ser o litígio um conflito intersubjetivo de interesses na busca de um objeto, que é um bem da vida.²⁷⁷ Vale dizer que a partir desse estudo, Francesco Carnelutti construiu o conceito de litígio (*lide*), o que chamou de: “conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”²⁷⁸. Nesse conceito, identificamos dois institutos jurídicos extremamente importantes para o instituto da defesa jurídica, quais sejam, a pretensão e a resistência.

Para Francesco Carnelutti, a pretensão é a exigência de subordinação do interesse alheio ao interesse próprio. Acrescenta que a pretensão é um ato e não um poder, ou seja, é algo que se faz e não algo que se tem; uma manifestação e não uma superioridade. O agente não leva a efeito imediatamente a finalidade prática que se propõe, ou seja, prevalência de seu interesse, mas declara pretendê-lo.²⁷⁹ No entanto, não mais podemos utilizar desse conceito, pois encontra-se vinculado à teoria da relação jurídica. Embora Francesco Carnelutti não tenha tratado da pretensão relacionada diretamente ao direito material, ou seja, não se vislumbra em seu conceito uma subordinação entre pessoas, há um *conflito entre interesses*

²⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático. In: AURELLI, Arlete Inês et al. (Coord.). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim, p. 372.

²⁷⁵ WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

²⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. II.

²⁷⁷ *Ibidem*, v. II, p. 26-30.

²⁷⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I. p. 93; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 79.

²⁷⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, v. II, p. 30-31.

*subordinados (disputa).*²⁸⁰

Vale dizer que a pretensão foi tratada inicialmente como o próprio direito ou, pelo menos, como um elemento de direito subjetivo, que se determinava frente à sua violação ou ameaça. Os alemães a nominaram de *anspruch*, e os italianos, de *pretensão ou razão*. Mas essa visão ficou superada pelo conceito acima.²⁸¹

Com efeito, é em face da pretensão que surge a resistência, que apresentou no curso da história uma primeira definição do instituto da defesa jurídica. Para Francesco Carnelutti, a resistência pode ser discutida (resistida) ou insatisfeita. Aqui nos interessa a primeira, ou seja, a resistência discutida que é aquela onde há uma declaração pela parte demandada de que não se deve cumprir a obrigação pretendida pela outra parte. Consiste na negação da *subordinação do interesse próprio ao interesse feito valer por meio da pretensão*. E se resume em *quem discute reclama apenas a liberdade*.²⁸²

A *discussão* carneluttiana é a materialização da defesa sob a forma de disputa, algo ainda muito ligado ao direito obrigacional (**subordinação** de interesses). Para ele, a defesa surge no direito processual como a resistência levada a efeito, em face da pretensão externada pela outra parte. Essa ainda é a defesa judicial levada a efeito pelos instrumentalistas.

No entanto, com os acréscimos de Fazzalari à teoria do processo, foi possível superar as posições de subordinação existentes até então com a relação jurídica. Fazzalari, conforme pontua Aroldo Plínio Gonçalves, “extraí o conceito de direito subjetivo, não como um poder sobre a conduta alheia, ou de direito à prestação decorrente de relação jurídica, mas como posição de vantagem assegurada pela norma, posição que se apreende pelo ‘objeto de comportamento’”²⁸³. A partir daí, a posição de vantagem relaciona-se com o objeto da faculdade ou poder que a norma lhe conferiu e não mais com a posição de demandante ou demandado.

Nessa dimensão teórica, a partir do acréscimo de Fazzalari além das conquistas teóricas a partir da CF/88, a defesa é alçada a direito de se opor à própria ação e não mais se resume à *resistência à pretensão*. Ela é alçada a posição de direito correlato ao direito de ação constitucional como exceção constitucional.

A exceção é defesa técnica de exclusão da ação. Não é qualquer resistência à pretensão contida na ação. A demanda já não é mais um duelo de desfecho aleatório,

²⁸⁰ “o conflito de interesses se compõe por meio de uma coordenação de vontades” (CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, v. I, p. 94); CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, v. II, p. 29-31.

²⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Op. cit.*, v. II, p. 30.

²⁸² *Ibidem*, v. II, p. 36.

²⁸³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 91.

num regime de sujeição de direitos de uma parte à outra ou de ambas ao juiz. [...] Antes da Constituição de 1988, poder-se-ia falar em ação, contestação e exceção, sem que o direito de defesa estivesse plenamente caracterizado, porque não estavam expressamente os institutos do CPC regidos pelo devido processo que exclui, por norma fundamental, qualquer conduta jurisdicional que ponha as partes em disparidades de direitos, sujeitas à sumarização cognitiva, com restrições à **ampla defesa** ou submetidas a contraditórios diferidos.²⁸⁴

A ação, como direito constitucional, não se submete a nenhum critério, pressuposto ou condição. Ela está reconhecida no art. 5º, XXXV da CF/88, como direito de petição (direito à jurisdição). O instituto da defesa jurídica surge exatamente como o direito de se opor à *ação*, como garantia fundamental à defesa (*ex actio*), também não se submetendo à nenhuma restrição jurídica, daí a importância do juízo democrático já referido.

Por óbvio, a ação como procedimento, submete-se aos pressupostos e condições da ação, e somente é possível em face do seu preenchimento. Da mesma forma, a representação gráfico-instrumental (resposta do réu) da defesa jurídica se submete aos critérios já ultrapassados do modelo *liebmaniano* acolhidos pelo Código de Processo Civil (CPC) brasileiro, a partir dos artigos 297 do CPC e seguintes.

Essa distinção, de suma importância, só foi possível a partir dos estudos de Couture²⁸⁵, ampliados e aperfeiçoados por Rosemiro Pereira Leal quando ele faz a distinção entre ação, como direito de petição (de índole constitucional) e direito de ação, como direito ao procedimento (de índole infraconstitucional).²⁸⁶

Importante frisar que o direito à defesa jurídica não se submete à nenhuma restrição, porquanto é uma garantia fundamental da Constituição, sendo que qualquer impedimento, a que título for (a celeridade como barreira da defesa), é ilegal e torna ilegítimo o procedimento a partir de tal ponto. Não podemos, pois, concordar com Luiz Guilherme Marinoni, para quem o direito de defesa “poderá ser limitado em hipóteses excepcionais, racionalmente justificadas

²⁸⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 182-183.

²⁸⁵ “Ainda que a palavra ação tenha tido ao longo do tempo significados variados e mesmo no direito contemporâneo tenha vários significados, hoje, parece necessário admitir que existe certa concordância em chama de *ação* este poder jurídico do autor de provocar a atividade do tribunal. A ação, em última análise, em seu pedido mais estrito e depurado, é somente isso: um direito à jurisdição” (COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**: discursos, ensaios e conferências. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2008. p. 22).

²⁸⁶ “Admitindo-se que o direito de ação é o direito de movimentar a jurisdição e, no direito pátrio, é direito-garantia constitucional (art. 5º, XXXV, CF/1988), porque, ao seu exercício, não se impõe qualquer condição ou qualidade pra agir, em juízo, portanto, o direito de ação como instituto constitucional que se opera e se esgota na via instrumental da petição. Assim, nenhum sentido faz o art. 3º do CPC, se interpretado como texto instituidor do direito de ação, já que tal instituto, como vimos, não mais se encontra regulado em nível infraconstitucional. A ‘ação’ a que se refere o art. 3º do CPC é o procedimento, cuja formação e desenvolvimento válido e regular dependerão de cumprimento de pressupostos e requisitos condicionantes endoprocessuais e não o direito de ação que tem fonte constitucional incondicionada” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.*, p. 180).

pela necessidade de efetiva tutela jurisdicional do direito”²⁸⁷, haja vista que o autor está centrado no *idealismo* (crença) de que o juiz (Estado-juiz) poderá soberanamente dizer quando pode a defesa ser limitada.

Por suposto, a impossibilidade de limitação de defesa jurídica tem relação direta com o princípio constitucional do contraditório. O contraditório, nos dizeres de Aroldo Plínio Gonçalves, é “a garantia de uma participação simetricamente igual nas atividades que preparam a sentença, e seu objeto, a questão que pode se transformar em questão controvertida, incidem naturalmente no plano processual”²⁸⁸.

Ademais, na medida em que se estabelece a paridade entre as partes²⁸⁹ rompendo com a centenária triangulação relacionista, supera-se a posição passiva do demandado, permitindo-lhe o exercício de sua defesa sem os pré-conceitos e pré-julgamentos feitos pelo instrumentalismo.

Por outro lado, invariavelmente, para que o instituto da defesa jurídica tenha o alcance proposto na presente dissertação, bem como por aquele demandado pelo princípio do contraditório, ele deve ser exercido no âmbito do processo e regido pelo devido processo constitucional que, após a Constituição Federal de 1988, é o processo.

Por óbvio, a defesa jurídica será exercida dentro do procedimento e nisso os estudos de Fazzalari oferecem contribuição, já que a partir deles, o procedimento deixa de ser a *exterioridade do processo* para ser uma estrutura técnico-normativa construída no espaço-tempo necessário, apta ao desenvolvimento da defesa. Aroldo Plínio Gonçalves demonstra os ganhos teóricos do instituto do procedimento a partir de Fazzalari:

No procedimento, os atos e as posições subjetivas são normativamente previstos e se conectam de forma especial para tornar possível o advento do ato final, por ele preparado. Não só o ato final, em existência, mas a própria validade desse ato e consequentemente, sua eficácia, dependerão do correto desenvolvimento do procedimento.²⁹⁰

A contribuição decisiva de Fazzalari ao conceito de procedimento é que ele não é mais uma série de normas, atos e posições subjetivas, onde o ato jurídico (sentença) poderia produzir seu efeito independentemente. Ao contrário disso, constitui-se de uma estrutura

²⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, p. 312.

²⁸⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 149.

²⁸⁹ É necessário dizer que muito embora a teoria de Fazzalari tenha ofertado grande contribuição ao estudo do Direito Processual, ela careceu de uma teoria discursiva para a democratização do discurso judicial (paridade). Parte disso se deve ao fato de que Fazzalari não observou a confluência entre Constituição e Processo, bem como não retirou a Jurisdição da posição destacada dentro de seu procedimento.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 93-94.

normativa sequencial no tempo e espaço jurídico, onde o ato último, para ser válido, depende da validade do ato anterior. O ato praticado fora dessa estrutura não será acolhido validamente.²⁹¹

No entanto, para que essa estrutura técnico-normativa tenha recepção constitucional, ela deverá ocorrer com a regência do devido processo constitucional, pois sem ele é empreitada impossível estabelecer *paridade de armas*.

É por essa razão que a defesa jurídica, para ser efetiva garantia constitucional, relaciona-se diretamente com o devido processo constitucional, haja vista que a ausência de observância dos direitos-garantia do processo impede sua legitimação no processo.

Feitos esses delineamentos do instituto da defesa jurídica, já nos é possível delimitar o que seja defesa (que deve ser plena) e o que seja a **ampla defesa**. A **ampla defesa** se inscreve como instituto argumentativo e o instrumento pelo qual se manifesta no processo é a defesa jurídica, enquanto essa se traduz na possibilidade do demandado de se opor (excluir) a ação proposta pelo demandante.

A **ampla defesa** significa a exauriência argumentativa na ordinaryidade, que é sempre plenária. Rosemiro Pereira Leal esclarece que a **ampla defesa**:

[...] não é o simples dizer e contradizer, mas o direito-garantia constitucional de que o debate jurídico no procedimento reger-se-á pelo processo e conseqüentemente matriciado pelo devido processo ao asseguramento do contraditório, defesa ampla e isonomia das partes em todo iter processual e efetiva participação destas na construção do provimento (decisão).²⁹²

A **ampla defesa**, segundo as cogitações da pesquisa, se caracteriza por ser o direito-garantia de exauriência argumentativa, atuada pelo devido processo constitucional na **cognição plenária**, enquanto a defesa jurídica atuará diretamente na exclusão da ação do demandante.

4.2 A coextensividade dos princípios institutivos: ampla defesa e sua relação com os demais princípios autocríticos

Entrementes, com a inserção da pesquisa no âmbito do processo democrático (sob o marco neoinstitucionalista), é indispensável traçar a relação da **ampla defesa** com os demais princípios constitucionais que representam garantias fundamentais do processo. Naturalmente,

²⁹¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**, p. 95.

²⁹² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 183.

a efetividade da **ampla defesa** reclama a efetivação dos demais princípios, que somadas irão possibilitar o devido processo constitucional.

Com efeito, a pesquisa indicou que a **Ampla defesa** está relacionada com a garantia da argumentação exauriente e, portanto, se relaciona com os demais princípios institutivos, que na teoria neoinstitucionalista, atuam pela biunivocidade entre contraditório-vida, **ampla defesa-liberdade** e isonomia-igualdade/dignidade. Significa dizer, que sem contraditório não é possível vida humana, assim como sem a **ampla defesa** não há liberdade e sem a isonomia não há igualdade ou dignidade. Por isso, os princípios são coextensos e institutivos de todo o sistema jurídico.

Devemos, pois, advertir que a intenção do presente tópico não é esgotar o tema da correlação entre a **ampla defesa** e os princípios constitucionais do processo, o que demandaria uma obra quilométrica (autônoma). O que pretendemos é constituir um arcabouço teórico que permita o desenvolvimento do embrião do que seja uma teoria processual da **ampla defesa**, que pretendemos desenvolver com vagar e profundidade necessária em futura tese de Doutorado.

4.2.1 O princípio institutivo do contraditório e sua relação com a ampla defesa

Na contemporaneidade, o contraditório é referente lógico-jurídico do processo constitucionalizado, traduzindo, em seus conteúdos, a dialogicidade necessária entre os interlocutores (partes) que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem.²⁹³

Significa dizer que o contraditório deixa o campo da dialética aristotélica e ingressa no campo da dialítica popperiana, deixando de ser um instituto que se manifesta pela intersubjetividade (pressupõe hierarquização) para alcançar a interrenunciatividade²⁹⁴ (demarcado pelo devido processo constitucional).

Entretanto, historicamente, o direito-garantia ao contraditório surgiu como mera bilateralidade, autorizando as partes a debaterem no plano natural, contradizendo as pretensões externadas dialeticamente.

Com efeito, conforme informa Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, de Wach a Calamandrei e, deste a José Frederico Marques, o contraditório é tido como mera

²⁹³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 99.

²⁹⁴ A interrenunciatividade ocorre quando “teorias devam concorrer com teorias para, testificadas entre si, seja possível escolher a mais resistente (não imune) à crítica” (LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 105).

bilateralidade, reconhecendo-lhe o caráter dialético ²⁹⁵. Disso, extraímos a conclusão de que do juramento das *legis aciones* à fórmula do *per formula* e desta à instrumentalidade, o contraditório não passou de uma possibilidade de resistência submetida à vontade (boa-vontade) do juiz. Reforçando, Dinamarco, com apoio em Calamandrei, disse ser usual apontar o contraditório como “dinâmica do entrechoque entre uma tese sustentada pelo autor e uma antítese trazida pelo réu, ambas à espera da síntese que virá do juiz”²⁹⁶.

Portanto, neste contexto o contraditório persiste na razão grega, habilitando-se como instituto da dialética aristotélica²⁹⁷ que, como vista em sessão anterior, é a base da tópica que há anos mantem o dogmatismo analítico que impede a efetivação da democracia.

Nessa vertente, o contraditório se resume à discussão (disputa) entre as partes por meio das mais eloquentes alegações, com a finalidade última de convencimento do Juiz, que é o predestinado a realizar a conexão dos fatos com o direito, ou seja, possui a clarividência de retirar, pela síntese, a verdade daquela discussão (filosofia analítica)²⁹⁸.

No entanto, a partir da constitucionalização das garantias fundamentais do processo, o contraditório deixa o infrutífero campo da discussão dialética submetida à autoridade, para alçar a possibilidade de manifestação postulatória de uma decisão contrária a uma pretensão.

Parte desse avanço se deu a partir dos estudos de Fazzalari, quando este ponderou que a classificação (qualificação) do procedimento como processo, era justamente o desenvolvimento desse procedimento em contraditório. Foi superando as posições hierárquicas subjetivas do processo, que Elio Fazzalari inseriu o contraditório como instituto que permitia às partes interessadas participarem, em simétrica paridade, da construção do provimento final. Nas palavras de Elio Fazzalari:

Esta estrutura (dialética do processo) consiste: na participação na fase preparatória dos destinatários dos efeitos finais da própria sentença, em simétrica paridade de suas posições na implicação mútua da sua atividade (às vezes, respectivamente, para promover e prevenir a emanação da sentença) de forma relevante para o autor da sentença, de modo que cada um em contraditório possa exercer juntos – de forma grande ou pequena não importa - escolhas, reações, e devem ser submetidas a

²⁹⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 96-97.

²⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I, p. 221.

²⁹⁷ A dialética Aristotélica tem como base as endoxas que são “proposições que parecem verdadeiras a todos ou aos mais sábios, e dentre estes também a todos ou à maior parte, ou aos mais conhecidos ou famosos” (ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica, p. 64).

²⁹⁸ A Filosofia analítica em sua concepção da linguagem ordinária é “procedimento de elucidação, de esclarecimento, de clarificação, mas do uso da linguagem, das condições que tornam determinados usos possíveis, das regras que os constituem e validam. Trata-se, portanto, de uma visão de análise como elucidação do sentido do conceito, sendo o conceito interpretado linguisticamente [...]” e, acrescentamos, pelo intérprete (juiz) (MARCONDES, Danilo. **Filosofia analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. p. 46-47).

controles e controlar as reações das partes e que o autor da sentença deve ter controle dos resultados.²⁹⁹

Muito embora tenha realizado tais avanços, Elio Fazzalari não trabalhou o contraditório sob o paradigma constitucional e democrático (ainda considera o instituto dialético e não explicitou uma teoria para alcançar a paridade de armas).³⁰⁰ Quando Elio Fazzalari propôs a superação da relação jurídica, classificando o que seria processo a partir do procedimento, ele não investigou de maneira exaustiva os impactos do contraditório com relação à legitimação decisória e do direito.³⁰¹

No entanto, a partir desse primeiro salto teórico, foi possível aos processualistas, agora constitucionalistas, conectarem aquela ideia embrionária ao que seria posteriormente o processo constitucionalizado, com início a partir da Constituição de 1988, embora, digno de encômios, que José Alfredo de Oliveira Baracho tenha percebido o Processo Constitucional³⁰² antes mesmo da Constituição de 1988, a partir dos estudos de Fix-Zamudio.

A partir dessas cogitações iniciais, o contraditório deixa ser mera bilateralidade pra se converter em direito-garantia das partes se manifestarem. O contraditório, como um dos corolários do devido processo legal, introduz-se como um princípio institutivo de todo o ordenamento legal. É a partir dele que se torna possível, de forma democratizada, a co-instituição pelo processo do Estado como Comunidade Político-Jurídica.

A instituição constitucionalizada do Estado democrático de direito põe-se em construção continuada pela comunidade jurídica, uma vez que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de revisibilidade constante pelo devido processo constitucional que é o recinto de fixação jurídica co-principiológica instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivarem processualmente no mundo vivente.³⁰³

O povo, *como conjunto de legitimados ao processo*³⁰⁴, encontra no contraditório a

²⁹⁹ “Tale struttura (dialética do procedimento) consiste: nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale alla fase preparatória del medesimo, nella simmetrica parità delle loro posizioni, nella mutua implicazione delle loro attività (volte rispettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione dell’atto), nella rilevanza delle medesime per l’autore dell’atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme – cospicuo o modesto non importa – di scelte, di reazioni, di controlli e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e che l’autore dell’atto debba tener conto dei risultati” (FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1975. p. 29, tradução nossa).

³⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 87 e 107.

³⁰¹ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 122-124.

³⁰² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**.

³⁰³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 31.

³⁰⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático. In: AURELLI, Arlete Inês et al. (Coord.). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim, p. 371-379.

garantia de manifestação postulatória das decisões pretendidas pela via da **cognição plena**.

A partir dessa noção, o contraditório correlaciona-se com o instituto da **ampla defesa** aqui preconizada. Se de um lado o contraditório garante direito de uma manifestação contrária a uma pretensão alheia, de outro, a **ampla defesa** é o instituto indicativo e mensurativo do exaurimento dos argumentos lógico-jurídicos procedimentais que fundamentam o exercício do contraditório.

Entrementes, o exercício exauriente da **ampla defesa**, do contraditório e da isonomia dá-se por meio do devido processo constitucionalizado, que no paradigma democrático é “o **marco teórico-crítico-normativo** não oriundo da história ou da convenção (modelos disciplinares e exemplares do saber) de uma assembleia de cientistas [...]”³⁰⁵.

Com efeito, este é o grande contributo da democratização e constitucionalização dos direitos-garantias do processo. A partir dessa nova noção, a comunidade jurídica não reclama a proteção de uma jurisdição garantista ou ativista. É a própria estrutura normativa oriunda dos fundamentos do processo, de forma autocrítica, que possibilita o exercício dos direitos fundamentais.

4.2.2 O princípio institutivo da Isonomia e sua relação com a ampla defesa

Não menos importante, o direito-garantia de isonomia é essencial para o exercício efetivo da **ampla defesa**. Na contemporaneidade, é a isonomia qualificada como “direito assegurado de igualdade de realização construtiva do procedimento”³⁰⁶. O ganho teórico e democrático se dá a partir da possibilidade da interpretação isomênica, trazida pela teoria neoinstitucionalista.

Contudo, para que a garantia de que todos os legitimados ao processo tenham **igualmente** (de forma isomênica) a possibilidade de exaurir seus argumentos lógico-jurídicos em ambiente processual como forma de permitir a cognição plena, faz-se necessário a superação de alguns *dogmas*.

A igualdade formal tem seu berço no liberalismo. É a partir das ideias iluministas de fraternidade, liberdade e igualdade que se desenvolveu a ideia de uma pressuposição de igualdade de todos perante a lei, sob o dogma de todos serem *livres e iguais*. Falha, no entanto, o conceito liberalista, conforme já disposto na primeira sessão, porque igualdade

³⁰⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 205.

³⁰⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 93.

formal desconsidera as forças existentes na subjacência do sistema, tais como interesses econômicos e condição social.

Isso se confirma a partir do momento que Rawls indica que o liberalismo tem como característica ser “uma relação de pessoas da estrutura básica da sociedade, uma estrutura de instituições básicas da qual só ingressamos pelo nascimento e da qual só saímos pela morte”³⁰⁷. Em John Rawls, o liberalismo tem nítida conotação de direito natural, inato ao ser.

No entanto, diante da insuficiência da noção de igualdade formal por contemplar meramente o patrimonializado, surge em reação a essa ideia a concepção de igualdade material, própria dos estados sociais, que pretenderam estabelecer métodos para alcançar um ideal de igualdade *justa*, compensando, por sua atividade as desigualdades existentes. Foi assim, que através de atitudes patriarcais, o Estado Social adotou o *potus*³⁰⁸ como *cidadão* e lhe concedeu o *mínimo*, em troca de seu impiedoso juízo.

Importante ressaltar que a Escola Instrumentalista, incorporando os preceitos do socialismo processual, através do *juiz justo*, pretendeu alcançar a igualdade pelo assistencialismo judicial. O juiz, diante da *incapacidade* da parte, deveria, pois, participar do contraditório e equilibrar a *discussão*.

Não obstante, os frutos desse *assistencialismo* culminaram na proposta de um *juiz parcialmente positivo*, ultrapassando as raias do ativismo e do garantismo. Nessa esteira, o juiz parcialmente positivo é aquele “proveniente de um fundamento ético material”³⁰⁹. O juiz parcial é o agente dotado e imbuído de uma *boa-vontade* ética e moral capaz de estabelecer medidas interventivas no curso do processo, de forma a *equilibrar as relações* entre as partes. Segundo Artur César de Souza:

Recomenda-se uma conduta ética universal do juiz na relação jurídica processual de maneira que tal conduta reconheça as necessidades das vítimas de um sistema totalizador, que, a partir destas vítimas, possa promover um equacionamento racional visando a um processo justo e equo.³¹⁰

Entretanto, o autor citado acima não declinou quais os parâmetros de controle das atividades desse juiz ético, nem tampouco à qual ética ele estaria vinculado. Colhe-se disso que o juiz parcialmente positivo atua de forma livre e soberana, o que nos remete ao Direito Livre.

No entanto, o instituto da isonomia no paradigma democrático não se submete aos auspícios de um judiciário salvador. Ao contrário disso, nas democracias, a ideia de isonomia

³⁰⁷ RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**, p. 181.

³⁰⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, p. 1.

³⁰⁹ SOUZA, Artur Cesar de. **A parcialidade positiva do juiz**, p. 236.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 237.

reclama uma teoria da lei democrática que permita a igualdade na criação, modificação, extinção e interpretação da lei. Ressalta Rosemiro Pereira Leal:

O esforço cientificamente representativo de situar o Contraditório no âmago da Isonomia só se destacaria, nas democracias jurídico-discursivas, se essa ‘igualdade perante a lei’ oportunizasse, antes, capacitação técnico-científica pelo domínio de ‘teorias jurídicas’ para obviar testabilidade recíproca pelos sujeitos do processo quanto aos conteúdos argumentativos da interpretação (hermeneutização) das leis asseguradoras de possíveis liberdades iguais para todos participarem do processo (isonomia – isocrítica) ou de se habilitarem ao exercício de uma escolha qualificada de um representante legal para se valer do contraditório como princípio fundamental do direito ao Processo.³¹¹

A isonomia supera a ideia *natura-apriorística* de igualdade de todos, a partir do ingresso em sociedade ou pela assistência do *mestre*³¹². Ao contrário, é a possibilidade de inserir-se no processo discursivo de construção, modificação, aplicação e interpretação do direito pelo direito.

O dogma do *ser livre, igual e capaz* reside na ausência de implementação da ideia de “povo total de legitimados ao processo de atuação das co-instituições integrantes da rede normativa da comunidade jurídica constitucionalizada”³¹³.

Com efeito, não basta crer na imanência da igualdade ou mesmo de *dons da natureza* que compensam e tornam os iguais, desiguais. A lógica liberal mantém por anos a segregação das classes sociais. Por outro lado, também não nos assiste o juiz *équo*, que por melhores intenções que tenha, não é credenciado para tanto por um direito não dogmático. A crença no destino, a intolerância e escopos sociais já deixaram marcas indeléveis na história (verdadeiras nódoas de sangue).

Por isso, teóricos do processo constitucional, há anos, dedicam seus estudos ao processo como forma de implementar o Estado Democrático, que de mais a mais, é uma forma de pretender, no futuro, um pleito de igualdade tolerante, como aquela que legitima sem exigir algo em troca.

Por consequência, circunscrita ao Estado não-dogmático, na teoria neoinstitucionalista do processo, a isonomia pressupõe a existência de três requisitos basilares: isotopia³¹⁴,

³¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 47.

³¹² WOLF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**. São Paulo: Cia das Letras, 2006. p. 74.

³¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 87.

³¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 47.

isomenia³¹⁵ e isocrítica³¹⁶.

Nesse viés, segundo Rosemiro Pereira Leal, a isotopia indica a igualdade de compreensão linguística (direta ou por tradução), enquanto a isomenia determina a igualdade de interpretação do direito, e a isocrítica, igual direito de modificar ou extinguir direitos.³¹⁷

É somente a partir de tais elementos enunciativos que podemos falar em uma isonomia condizente ao paradigma do Estado Democrático, haja vista que é por esses institutos que se abrem as possibilidades de participação do legitimado ao processo.

No dizer de Rosemiro Pereira Leal:

O velamento do que seja ‘igualdade de oportunidades’ fetichiza uma abertura para ficar ‘perante a lei’ e não dentro da lei a fruir a compreensão e debate (**ampla defesa**) de seus conteúdos no espaço da procedimentalidade processualizada pelo tempo lógico-jurídico-discursivo.³¹⁸

Dessarte, quando se pretende uma teoria da **ampla defesa**, é empreitada impostergável passar por esta teorização, ainda que ligeira como aqui feita, da isonomia em um quadrante democrático. A **ampla defesa** como argumentação plena pressupõe a coexistência da isonomia.

A coextensividade dos três princípios institutivos é corolário do devido processo constitucional que é a instituição jurídica que assegura a autoinclusão do legitimado na fruição dos **direitos fundamentais líquidos, certos e exigíveis**. Com ele, não se aguarda a benevolência do *mestre* e nem tampouco a possibilidade de representações ou da intersubjetividade na *esfera pública*.

Conforme Rosemiro Pereira Leal, “no direito democrático, a linguagem teórico-processual apresenta uma relação de inclusão com as ideias humanas de vida, liberdade e dignidade, daí não se conceber vida humana sem concomitante abertura ao contraditório, **ampla defesa** e isonomia”³¹⁹.

³¹⁵ A isomenia é instituto operacional do princípio da legalidade, define-se pela oportunidade de colocar todos os destinatários normativos (intérpretes) em simétrica posição ante idêntico referente lógico-jurídico construtivo, aplicativo ou extintivo do sistema jurídico (LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 271).

³¹⁶ A isocrítica consiste em “jamais admitir como verdadeiro senão o que o outro a quem dirigimos admite como tal, e reconhecer a qualquer outro o direito igual de ser esse interlocutor legítimo” (WOLF, Francis. *Op. cit.*, p. 74).

³¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 271; LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 11.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 47-48.

³¹⁹ *Ibidem*, p. 81.

4.3 A teoria democrática da prova: sua contribuição à ampla defesa

A **ampla defesa**, como possibilidade de argumentação exauriente, reclama que o instituto da prova jurídica seja parametrizado pelo processo democrático. No entanto, o que se vê atualmente é que a prova é contaminada por dogmas e mitos e *legítima* as maiores atrocidades e violências em face do processo democrático. Isso porque a prova se relaciona diretamente com a *verdade* e esta, como veremos, pode ser um dos fundamentos do autoritarismo.

A crença que cabe ao juiz *descobrir* a verdade que envolve a *lide* dá sustento a processos ainda socializadores com nítido caráter totalitário (ativismo), permitindo ao juiz exercer um domínio completo no procedimento. A escola socializadora do processo (instrumentalista) conduz-se para esse rumo. José Roberto dos Santos Bedaque, um de seus representantes, ao tratar dos poderes instrutórios do juiz afirma que entre os pressupostos do processo *efetivo, equo e giusto*, estão na exata reconstrução dos fatos com busca se não da certeza, o mais próximo dela. Por isso, para proporcionar todos os meios para a aproximação, ele defende a ampliação (conferir) dos poderes instrutórios ao juiz.³²⁰

Destarte, para não cairmos nas armadilhas da *verdade*, a teoria democrática da prova é elemento essencial à teoria da **ampla defesa**, uma vez que a análise e a produção da prova estão no âmbito da argumentação jurídica que, para esta pesquisa, é a atividade implementada pela garantia da **ampla defesa**. Por isso, apresentaremos alguns conceitos de prova, sem nos preocupar em esgotar o tema, que já foi tratado com brilhantismo por Dissertações do Programa, inclusive convertidas em livros de leitura obrigatória.³²¹

Francesco Carnelutti menciona que na linguagem normal a prova representa a *comprovação da verdade*. O autor afirma que o objeto da prova são os fatos e não as afirmações; estas são comprovadas por aqueles. Para ele, juridicamente, a utilização da expressão prova refere-se aos procedimentos instituídos pelo juiz para fixar formalmente os fatos controvertidos, ou seja, prova como “determinação formal dos fatos jurídicos”³²².

³²⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 28.

³²¹ PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. 2014. 220 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte (Dissertação convertida em livro: PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014); SOUZA, Fernanda Gomes e. **A prova no processo civil democrático**. 2012. 171 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

³²² CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Book Seller, 2005. p. 67-73.

No entanto, Francesco Carnelutti, tributário da relação jurídica, em que pese não se preocupar com a busca da *verdade*, relativiza a participação das partes, na medida em que entende que o juiz possui liberdade na colocação das normas jurídicas (sentença, afirmação do direito) e, ainda, não estaria obrigado a observar as afirmações e provas das partes, sendo mera faculdade processual.³²³ Assim, não se adequa a uma concepção democrática de processo que pressupõe, ao revés disso, a participação das partes na formação do provimento.

Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco a prova “constitui, pois, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”³²⁴. Mencionam ainda que o sistema de valoração é da persuasão racional, pelo qual o juiz analisa as provas com liberdade, mas tem a obrigação de fundamentar sua opção.

O conceito acima nos merece ainda mais. A proposição deixa subentendido que a prova é direcionada a *convencer* o juiz, ou seja, a interpretação da prova é um ato solitário do juiz que escolherá, livremente, a melhor proposição.

O que precisamos contudo, é superar o *dogma* de que a prova tem como destinatário exclusivo o juiz que dela retirará seu convencimento (que às vezes já está pronto, como propõe Kazuo Watanabe).

Laborando em sentido diverso, Camilla Mattos Paolinelli, em uma abordagem científico-democrática, diz ser a prova:

[...] garantia processual-fundamental das partes, instrumentada de acordo com os meios legalmente permitidos, para a reconstrução dos fatos objeto da narrativa no processo e à qual se encontra vinculado um ônus. A prova é garantia direta e intimamente relacionada com o exercício da ampla argumentação e que viabiliza a construção compartilhada dos pronunciamentos decisórios.³²⁵

O conceito acima é compatível com o Estado Democrático de Direito, pois observa o princípio da legalidade (meios legalmente permitidos), supera a relação jurídica (vinculado a ônus e não a um dever), é garantia que não se submete ao juiz (garantia direta), vinculada à **ampla defesa** como argumentação plena e reflete o processo democrático, como construção compartilhada dos pronunciamentos decisórios.

Acrescendo a tal conceito, Rosemiro Pereira Leal, pioneiramente, traça uma diferenciação fundamental na teoria da prova. Ele diferencia a valoração da valorização.

³²³ CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**, p. 250.

³²⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**, p. 385.

³²⁵ PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**, p. 37-38.

Justifica o autor que não basta ao Juiz perceber a existência do elemento de prova, ato da valoração, é necessário demonstrar a importância de seus aspectos técnico-lógico-jurídicos, que é a valorização.³²⁶

Ademais, a prova deve ser produzida no âmbito do devido processo constitucional, permitindo que as partes participem efetivamente de sua admissão, produção e valorização. Rosemiro Pereira Leal esclarece:

O meio lícito de obtenção da prova nas Democracias é desenvolvido em paradigmas do devido processo legal que impõe a participação lógico-procedimental probatória das partes na preparação do provimento (sentença) e não como sujeitos passivos (privados de liberdade procedimental) de um provimento em tempo insuficiente e em espaço vazio do procedimento que se define pela radicalização do 'princípio da oralidade' para a realização de direitos.³²⁷

Com efeito, no paradigma do Direito Democrático, esse é o modelo de prova que integrará a garantia da **ampla defesa** que se desenvolve em modo, tempo e ambiente adequados e democraticamente demarcados.

³²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 194-195.

³²⁷ *Ibidem*, p. 192.

5 OS ENTRAVES IDEOLÓGICOS À AMPLA DEFESA

A **ampla defesa**, no paradigma democrático, encontra vários entraves de fundo ideológico que impedem a sua fruição plena como direito líquido e certo. Esses entraves são frutos de ideologias³²⁸ perversas que insistem em manter o colonialismo

A interdição da **ampla defesa** e, portanto, da argumentação exauriente demarcada pelo devido processo constitucional, gera uma violência simbólica³²⁹ não sentida diretamente, mas que induz a uma forma velada de dominação legítima.

A crença na sapiência judicial, a sumarização do processo como esperança do processo célere, são assuntos largamente discutidos mais de forma perfunctória, ideológica e tendenciosa. Certamente, nosso foco não é desconstruir cada um desses pontos, pois cada um demandaria uma dissertação, no entanto, não podemos deixar de apresentá-los à reflexão.

5.1 A racionalidade modernista como óbice à ampla defesa

As interdições impostas à **ampla defesa** derivam do soberano domínio de escolas filosóficas descompassadas com o paradigma democrático, na formação de vários teóricos do direito processual. É possível, nitidamente, ver o quanto a filosofia da consciência ainda se mostra presente, como por exemplo, na crença de que o juiz é dotado de um *poder magistral que o permite* determinar os rumos da sociedade, ou na definição de Francis Wolf, ser o *mestre*³³⁰.

A crença na racionalidade em moldes ainda ligados à filosofia da consciência, permitiram a criação de uma lógica no direito processual de prevalência e superioridade do judiciário, colocando-o como o centro do ordenamento jurídico e o processo meramente como seu instrumento. Nessa lógica, a criação, interpretação e modificação do direito é confiada exclusivamente ao juiz.

Por óbvio, sob tal ideologia, não é possível fruir do direito-garantia à **ampla defesa** enquanto possibilidade de exauriência argumentativa como forma de expressão da liberdade.

³²⁸ Slavoj Zizek define a ideologia como “doutrina, conjunto de ideias, crenças, conceitos e assim por diante, destinada (destinados) a nos convencer de sua veracidade, mas, na verdade, servindo a algum inconfesso interesse particular do poder” (ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010. p. 15).

³²⁹ BOURDIEU, Pierre; EAGLETON, Terry. *A doxa e a vida cotidiana: uma entrevista*. In: ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010. p. 266.

³³⁰ WOLF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**, p. 73.

A ausência dos elementos enunciativos da isotopia, a isomenia e a isocrítica à **ampla defesa** deixa de ser possibilidade de exaurir os argumentos lógico-jurídicos para se transmutar em “tagarelice (lalação) ou presença vital de partes escreventes ou falantes (práxis) com igualdade gozosas de falas ou posições ingênuas”³³¹.

Com efeito, as limitações imposta à racionalidade na busca da verdade (*ignorados no processo socializador pela ingênua busca da verdade real*) são nominados por Rui Cunha Martins como o *ponto cego do direito*. O ponto cego do direito é ignorado pela racionalidade e mostra-se como “a expressão de um excesso de confiança naquele privilégio e nas capacidades conjugadas dos sentidos e da razão para ver e decidir”³³².

O nascimento da racionalidade, conforme Wolf, remonta à Grécia antiga, quando surgiu uma nova ordem do saber que organizava conjuntamente novos campos do conhecimento através de novos métodos de validação e reconhecimento de discursos verdadeiros, como exemplo, a demonstração da matemática. Paralelamente, no campo do Direito, surge a sistematização de um direito civil e penal afastados das práticas de rituais e religiosidade, ligado à prática de investigação e argumentação. Entretanto, Wolf destaca que juntamente ao nascimento da razão surge uma multiplicidade de sistemas filosóficos rivais e antagônicos, de forma que a razão já nasceu em *crise*.³³³

Francis Wolf ressalta que o conceito de verdade na racionalidade surge ao lado do conceito de *mestre da verdade*. Em razão disso, a verdade é inseparável da figura do mestre, a quem cabe enunciar e estabelecer as condições dessa enunciação. Segundo o autor, o mestre da verdade no período arcaico eram o *poeta (arranca os homens e deuses do esquecimento e lhes dá a memória)*, o *advinho (que fala o que é e o que será)* e o *rei de justiça (que por ritual fala o que é justo)*.³³⁴

Portanto, suspeita-se que o modelo de racionalidade atual guarda relações íntimas com aquele desenvolvido há mais de vinte e cinco séculos. O Judiciário reúne em si as três figuras da racionalidade grega arcaica. Atua como poeta, utilizando-se da tópica na composição dos conflitos, deixando o senso comum dominar suas decisões, atua como adivinho, pois solitariamente diz o que é (decisão solipsista) e o que será (jurisprudência de valores) o direito e, por fim, é o rei da justiça, que após a investidura, encarrega-se de escopos metajurídicos.

Vale dizer, no entanto, que o *mestre* não está apenas no Judiciário. Em razão da

³³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 48.

³³² MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumens, 2011. p. 1.

³³³ WOLF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**, p. 68-69.

³³⁴ *Ibidem*, p. 70.

ausência de uma teoria da lei democrática para conduzir o processo de constituição do Estado (portanto ainda pressuposto), o lugar do mestre (que com a crise da racionalidade ficou vazio)³³⁵ foi ocupado, veladamente, pelo poder constituinte originário. O poder constituinte originário, na feliz analogia de Genaro Carrió com o Deus de Spinoza, é “eterno, autocriador e autocriado, possui atributos infinitos e é livre no sentido de que atua meramente arranjado pelas necessárias leis de sua própria natureza”³³⁶. E continua: “o poder constituinte originário seria algo assim como a *natura naturans* jurídica e os poderes constituídos, junto com as normas criadas por eles, seria algo como a *natura naturata* do direito”³³⁷.

A busca da verdade, pela racionalidade judicial ou pela autoridade, é empreitada ingrata. Desde a Escola do Direito Livre à teoria da argumentação alexyana que deposita no juiz a qualidade de mestre, acreditando que o magistrado é o achador da realidade. Aliás, se há algo em comum dessas Escolas de Pensamento Jurídico é a crença no Judiciário como *salvador da sociedade*. Lenio Luiz Streck comenta:

Assim da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando espaço ‘não tomado’ pela ‘razão’; um local que, necessariamente será preenchido pela vontade discricionária do intérprete / juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, vontade e discricionariedade são face da mesma moeda.³³⁸

Acrescentamos, pois, e este é um dos pontos de discordância com Lenio Luiz Streck, que a discricionariedade está também no pós-positivismo que continua com as portas abertas à discricionariedade, mas não à entrada do legitimado, com os princípios deontológicos construídos historicamente e não submetidos à crítica científica, a aplicação ainda continua submetida à vontade do juiz, cujo modelo é Hércules, o juiz íntegro.

Com efeito, é a crença no racionalismo judicial (chamemos assim) que são criados grandes óbices à garantia da **ampla defesa**. Essa crença conduz à fé de que ao juiz é possível encontrar a verdade, ou seja, a verdade se encontra no juiz.

No entanto, não é demais lembrar que Shopenhauer se ocupou de demonstrar que a

³³⁵ WOLF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**, p. 73.

³³⁶ “eterno, auto-creador y auto-criado, posee atributos infinitos y es libre em el sentido de que actúa meramente arreglo a las necesarias leyes de su propia naturaleza” (CARRIÓ, Genaro. **Sobre los límites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001. p. 45, tradução nossa).

³³⁷ “el poder constituyente originario sería algo sí como la **natura naturans** jurídica y los poderes constituídos, junto com las normas creadas por ellos, serían algo así como la **natura naturata** del derecho” (Idem).

³³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

verdade não passa de representação e que a racionalidade não passaria do vínculo regular de nossas representações.³³⁹ Por óbvio, o pensamento de Shopenhauer instalaria um relativismo ao infinito e comprometeria o equilíbrio do ser. No entanto, sua visão é importante para afastar a crença de que é permitido a alguém se dizer o *intérprete da verdade*.

Entretanto, faz-se necessário ultrapassar a racionalidade grega e medieval para ingressar na racionalidade crítica que é aquela que se amolda ao Estado Democrático como estado não dogmático.³⁴⁰ A racionalidade crítica representa a exclusão da ciência dogmática do direito como fonte criadora, interpretativa e aplicadora do direito. Através da racionalidade crítica é possível a renúncia ao *mestre* com a possibilidade de reiteradas discussões do sentido normativo, seja em que âmbito for.

Com efeito, a racionalidade jurídica crítica adota a teoria metodológica e refutação crítica de Popper como forma de aproximação da verdade. Conforme Rosemiro Pereira Leal “a teoria em Popper é metodológica no sentido de que consiste em enunciado (s) que forma (m) o seu respectivo conteúdo informativo. Este, a seu turno, por disjunção, exhibe possibilidades refutativas em sua própria proposição teórica”³⁴¹.

É através da racionalidade jurídica como método crítico que é possível a fruição do direito-garantia da **ampla defesa** no paradigma do Estado Democrático de Direito. Por meio do método crítico, é possível franquear às partes a possibilidade contínua de falseabilidade dos enunciados produzidos no processo, através das provas e argumentações com balizamento do devido processo constitucional. Assim, pode-se dizer que “o Mestre, sua pompa, sua autoridade, seu ritual discursivo foram substituídos por técnicas argumentativas, por direito utilizáveis e controláveis por todos”³⁴².

A proposta de utilização da racionalidade crítica como método para a **ampla defesa** permitirá a argumentação incessante e, aliada aos elementos enunciativos tratados na sessão anterior (isotopia, isomenia e isocrítica), permitirão ao legitimado ao processo efetivamente participar, pelo devido processo constitucional, da construção, na **ordinariedade**, do procedimento.

Uma argumentação é o único meio discursivo, puramente discursivo, com o qual é possível que aquilo que consideramos verdadeiro seja admitido como tal por aquele

³³⁹ SHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como verdade e representação**. Tradução M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. p. 105.

³⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 3.

³⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 170.

³⁴² WOLF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**, p. 76.

a quem nos dirigimos, supondo neste a capacidade de julgar por si mesmo o verdadeiro e o falso (isocrítica).³⁴³

Convém lembrar, por fim, que Francis Wolf acrescenta que a forma argumentativa acima nunca foi alcançada, em virtude da inexistência de coerência entre as várias teorias argumentativas.³⁴⁴

No entanto, o devido processo constitucional através dos princípios institutivos, mormente, a fruição plena do direito-garantia da **ampla defesa**, possibilitará a argumentação exauriente na **ordinariedade**, como forma de permitir a criação, modificação, extinção e interpretação do direito.

5.2 A mitigação da ampla defesa e os prejuízos para a cognição processual

Não podemos, pois, tratar do assunto da **ampla defesa**, sem dissertar, ainda que brevemente, da *atividade cognitiva realizada no âmbito do processo*. Isso porque de nada valeria a possibilidade de através da **ampla defesa** argumentar de forma exauriente, parametrizado pelo devido processo constitucional, se a *cognição* ficasse velada e confiada na mente do Julgador.

Por isso, precisamos traçar elementos para que a cognição fuja do âmbito hermético da mente do decisor e passe a ser fiscalizada pelo devido processo constitucional. No entanto, isso não é tarefa fácil, pois como destaca Dhenis Cruz Madeira, está arraigada no imaginário popular a ideia de que a cognição é atividade *solitária* do juiz.

Kazuo Watanabe, contribuindo com a pesquisa como contraponto, conceitua cognição:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.³⁴⁵

Pois bem, com esse conceito, podemos perceber que na Escola Instrumentalista a cognição é um ato solitário, fruto da inteligência suprema do julgador, que soberanamente analisa, valoriza e julga as alegações e provas, as quais ele dirigiu, quiçá, participou ou determinou. Desse ato de inteligência brota a decisão pressupostamente *justa*, contudo,

³⁴³ WOLF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**, p. 76.

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 67.

incompatível com o processo democrático.

Para Kazuo Watanabe “o que ocorre na maioria das vezes é o juiz sentir primeiro a justiça do caso, pelo exame das alegações e valoração das provas, e depois procurar os expedientes dialéticos, que o caso comporta e de que ele é capaz, para justificar a conclusão”³⁴⁶. Essa colocação denota o elevado grau de crença na sapiência e sensibilidade do decisor.

Percebe-se que, o juiz, *canal que liga o mundo ao processo*, sente primeiro a justiça através do exame das alegações e provas; depois procura nas *endoxas (argumento do sábio – jurisprudência, em tempos de precedentes)* os expedientes para justificar sua decisão (fins justificam os meios: critério teleológico do processo instrumental - bem social).

Daí questionarmos: como a parte participa? E responderiam: com argumentos e provas. Replicamos: quem defere, interpreta e indica ser a prova o bastante? O próprio juiz. Retrucamos: como participo da construção da decisão se todos os expedientes cognitivos se concentram no juiz?

É por essa razão que discordamos academicamente de José Roberto dos Santos Bedaque, para quem existe diferença entre socialização processual e totalitarismo.³⁴⁷ Segundo a pesquisa, não há diferença. A socialização processual representa o totalitarismo processual, na medida em que ao juiz competem todos os rumos do processo (inclusive, agora, participar do contraditório).³⁴⁸

E mais, o processo socializador (instrumental) não foi recepcionado pela Constituição que elegeu o paradigma democrático. Não é por sermos uma nação jovem que precisamos ser colonizados (*adotados*)³⁴⁹ eternamente. É pelo processo constitucional em oposição ao socializador que nossa emancipação terá início.

E é neste sentido que nos apropriamos como fundamento do conceito de cognição aquele proposto por Dhenis Cruz Madeira:

Instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cartulares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração de provimentos.³⁵⁰

³⁴⁶ WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**, p. 67.

³⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**, p. 66.

³⁴⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, 2013; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**, 2013.

³⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, p. 1.

³⁵⁰ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 119.

Forte na teoria neoinstitucionalista de processo, Dhenis Cruz Madeira percebeu que a cognição, para não ser solipsista, reclama observância obrigatória dos princípios diretivos da função jurisdicional e dos princípios institutivos do processo.

Não há como se falar em cognição democratizada sem a passagem pelo devido processo constitucionalizado. Como diz Dhenis Cruz Madeira, em Direito Democrático é imprescindível a “institucionalização de procedimentos argumentativos para a construção dos provimentos, fazendo com que a jurisdição, assim como a atividade cognitiva que a integra, seja controlada e fiscalizada”³⁵¹ e acrescentamos: compartilhada isomericamente.

Gizamos: em processo constitucional o juiz não “é criador do direito, no caso concreto, com poderes efetivos para proferir decisões [...]”³⁵². O tônus do processo constitucionalizado é a democracia e o princípio da legalidade; não é, pois, ser exegético³⁵³, mas também não é adotar a malversada “Escola do Direito Livre”³⁵⁴.

Quando a Escola Instrumentalista e seus adeptos falam de princípios constitucionais, inclusive devido processo legal, falam nas tradições *britânicas*, o *due process of law*, que conferia o direito do patrimonializado de defender-se ante a invasão do seu patrimônio (viés liberal). A propriedade é o atributo de quem é livre, logo portador do *due process*, cuja lógica é o ter e não o ser. Isso acarretou na primazia do Tribunal sobre o parlamento, consagrando o princípio da razoabilidade (e hoje a equidade).³⁵⁵

³⁵¹ MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no estado democrático de direito, p. 114.

³⁵² SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. **A dogmatização da ampla defesa**: óbice a efetividade do processo, p. 126.

³⁵³ A Escola da Exegese tem seu nascimento na França após a vigência do Código Napoleônico, aproximadamente em 1804 e, tinha como característica a interpretação passiva e mecânica do código, com característica da limitação da capacidade criativa. A técnica dessa escola “consistia em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código” (BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pubgliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 78 e 83).

³⁵⁴ O Movimento do Direito Livre surge na Alemanha aproximadamente em 1903 e tem como marco a conferência apresentada por Eugen Ehrlich sobre *A luta pela ciência do direito*, na qual defende a livre busca do direito em lugar da aplicação mecânica da vontade do legislador prevista na lei. Na visado desse movimento, o juiz deveria no momento da decisão atentar aos fatos sociais que deram origem e condicionam o litígio, a ordem interna das associações humanas e os valores que orientam a moral e os costumes. Kantorowicz, no mesmo sentido, publica também um manifesto em 1906, e nele defende que nem todo direito se esgota no Estado; ao contrário disso, credita legitimidade ao direito espontâneo dos grupos e movimentos sociais, que ele chama de direito natural. (CAMARGO, Margarida Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 97-99). Vale ainda destacar que Ingeborg Maus traz em seu artigo a aproximação entre os juízes adeptos do Direito Livre e o Nazismo alemão (MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. **Estudos em Avaliação Educacional**, p. 195).

³⁵⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *O due process e o devir processual democrático*. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 582-583.

Com efeito, urge a necessária desconstrução dos modelos incompatíveis de processo, com a finalidade de se adotar o processo constitucional como implementador de direitos fundamentais. Por isso, como marco teórico, apoiamo-nos na teoria neoinstitucionalista de processo, pois é nela que se:

[...] inaugura uma concepção de devido processo como devir a partir de uma linguisticidade jurídica que é marco interpretante de criação (vir-a-ser) e atuação de um sistema normativo de tal modo a permitir a fusão biunívoca de vida-contraditório, liberdade-**ampla defesa**, isonomia-dignidade (igualdade), como direitos fundantes (fundamentais) de uma coinstitucionalidade instrumental à sua respectiva implementação.³⁵⁶

É pela teoria neoinstitucionalista que concluímos ser pela **procedimentalidade ordinária** atuada pelo devido processo constitucional é que pode haver cognição democratizada. Mais, é com a **ampla defesa** como possibilidade de exaurir a argumentação de conteúdos lógico-jurídicos que atuamos na criação, na interpretação, na fundamentação e na decisão jurídica, que aqui não se restringe ao processo, mas em qualquer esfera do direito.

Se há restrição à **ampla defesa** através da sumarização processual em busca da *hermética celeridade*, por certo haverá prejuízos à cognição. Só há cognição democratizada se se instaura a **ampla defesa** em sua plenitude, o que se consegue através da **ordinariedade** pelo devido processo constitucional. Por isso, dedicamos o último capítulo da presente dissertação para demonstrar em qual modelo procedimental conseguimos que **ampla defesa** se torne efetivamente ampla.

5.3 Efetividade e celeridade: a leitura equívoca da duração razoável do processo como interdição à ampla defesa

Com efeito, a **ampla defesa** vem sendo frequentemente interditada pelo crescente prestígio ao princípio da *celeridade processual*, ao argumento de que o processo *justo*³⁵⁷ é aquele que tem menor duração. Há uma crescente tendência à diminuição da atuação das partes e das garantias processuais em benefício de maior atribuição de poderes ao juiz em prol da aceleração procedimental.

A justificação tem como fundamento as preocupações dos processualistas *ditos*

³⁵⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. O *due process* e o devir processual democrático. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 592.

³⁵⁷ MITIDIEIRO, Daniel Francisco. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 46.

contemporâneos com “a efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos”³⁵⁸. Assim, ainda na instrumentalidade do processo, eles insistem nos escopos metajurídicos do processo que invariavelmente importam na interdição às garantias fundamentais do processo.

Com efeito, é de se esperar que a referida exortação tenha consequências e uma de suas principais, é o incentivo ao *clamor social por resultado* em detrimento do devido processo. Dessa forma, atualmente, há um pleito geral por um processo célere que possa ofertar o bem da vida jurídica pretendido no menor tempo cronológico possível. Nessa lógica, a garantia da **ampla defesa** perde importância em face de medidas que aceleram a satisfação, visando diminuir o *tempo que é inimigo do direito* como se vê em Cândido Rangel Dinamarco:

No estágio atual do pensamento processualístico, que se endereça a resultados sem se deter em desnecessários pormenores conceituais e puramente acadêmicos, o que importa é pensar nas medidas cautelares e nas antecipatórias de tutela jurisdicional como modos de combate a esse inimigo dos direitos, que é o tempo.³⁵⁹

Orlando Venâncio dos Santos Filho, na mesma esteira do acima mencionado, forte na mitigação da **ampla defesa**, afirma que a redução da amplitude da cognição pelo julgador, através do emprego de técnicas de sumarização processual (em seu livro propaga a *adequação da ampla defesa*), seria de fundamental importância para uma tutela de efetividade substancial.³⁶⁰

Para Orlando Venâncio dos Santos Filho, o direito processual que tenha como preocupação sua autonomia (e não em servir ao direito material) é absolutamente ineficaz, tratando o réu como digno de perdão e caridade, como privilegiado destinatário da **ampla defesa**, debitando ao autor o ônus temporal do processo.³⁶¹

Nesta mesma linha, *milita* Luiz Guilherme Marinoni:

A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o liberalismo clássico, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se ele fosse o culpado pela demora inerente à verificação da existência dos direitos.³⁶²

Em conclusão, vê-se um coro pela adoção de práticas informais, em prejuízo da **ampla defesa**, e pela redução do processo a uma sequência, nem sempre lógica, de atos com a

³⁵⁸ WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**, p. 19.

³⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. I, p. 166.

³⁶⁰ SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. **A dogmatização da ampla defesa**: óbice a efetividade do processo, p. 84.

³⁶¹ Idem.

³⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**, p. 367.

mitigação do procedimento ordinário e das garantias fundamentais (devido processo legal, contraditório, **ampla defesa**, isonomia, fundamentação das decisões, assistência de um advogado, imparcialidade).

No entanto, conforme pontuado na presente dissertação, a **ampla defesa** não importa em demora desnecessária do processo e não há nenhum choque entre garantias fundamentais para fundamentar uma *ponderação* aos moldes de Alexy.³⁶³

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias assevera que a exigência constitucional da duração razoável do processo não impõe a aceleração de procedimentos pela diminuição das garantias processuais. Ao contrário disso, garante um processo sem dilações indevidas. A restrição de quaisquer garantias constitucionais processuais sob a justificativa de celeridade revela-se inconstitucional.³⁶⁴

Com apoio no referido escólio, o que pretendemos demonstrar doravante é que não há uma necessária escolha entre processo em tempo razoável, que insistem em chamar de célere, e garantias processuais. No Estado Democrático de Direito é vedada a referida exclusão, tanto de um quanto do outro, sendo certo que não se repelem, ao contrário, têm uma íntima ligação.

Com efeito, é possível o controle do tempo do processo pelo devido processo constitucional, quando é visto como um instituto jurídico apto à fiscalização absoluta por todos os legitimados processuais.

É nessa quadra que se insere a **ampla defesa** tratada no presente estudo. Se se atribuir a possibilidade efetiva do discurso, todos poderão exigir que o procedimento siga em um ambiente de ordem, onde eventuais abusos, inclusive por parte da defesa, deverão ser apurados por meio de incidentes processuais, onde também se observem as garantias processuais (e não as malversadas e desprocessualizadas multas por litigância de má-fé).

O que precisamos é visualizar o processo como uma instituição jurídica que permite a participação e ampla argumentação e não como mero instrumento. Somente o processo em uma matriz democrática pode permitir que todos os legitimados (povo) tenham acesso ao discurso (**ampla defesa**) e, conseqüentemente, possam atuar na efetivação de direitos fundamentais.

As disposições constitucionais, mormente as de direitos fundamentais, não são comandos normativos abstratos e entregues exclusivamente ao Juiz que recebe a missão de efetivá-los solitariamente, mas sim um discurso cuja interpretação sistêmica construtiva e operacional do texto se faz por uma teoria do processo.³⁶⁵

³⁶³ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**, p. 95-96.

³⁶⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 163.

³⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 17.

Tais premissas são importantes para se alcançar uma razoável duração do processo. Isso porque o que se propõe é a abertura da fiscalidade pela **ampla defesa** (argumentação exauriente) a todos os legitimados em todas as esferas do Estado, como forma de exigir dos envolvidos uma atuação conforme a lei.

Com efeito, a duração razoável do processo assegurada na CF/88, não significa aceleração pela decisão segundo a consciência do juízo (com abolição da participação das partes na formação do provimento)³⁶⁶. O que está assegurado pela Constituição é um processo sem demasiada demora no espaço-tempo adequado à realização de todos os atos procedimentais (ordinariedade), garantindo às partes a atuação e participação na formação do provimento, em todos os âmbitos.

Por meio do devido processo constitucionalizado e da **ampla defesa** será permitida a fiscalização irrestrita pelos sujeitos processuais. Essa fiscalidade surge como a possibilidade de se exigir do outro o comportamento conforme o princípio da reserva legal. Assim, em um sistema processual como o vigente, mesmo com seu caráter ainda autoritário, é possível que se exija cumprimento dos prazos nele previstos, inclusive os de implementação estrutural do Estado.

Mais do que isso, a duração razoável do processo deve permitir o exercício da **ampla defesa** no prazo devido. Como vimos, o *prazo devido* integra nosso esboço conceitual de **ampla defesa**. E aqui o prazo devido não é o prazo cronológico, mas sim o do tempo devido, parametrizado dentro do devido processo legal. O tempo devido deve permitir o exercício das garantias fundamentais, mormente a **ampla defesa** que exige a ampla argumentação pelo exercício da defesa jurídica com as provas e demais garantias inerentes (contraditório, assistência de advogado, fundamentação da decisão, imparcialidade).

Segundo Fernando Horta Tavares:

Pode-se teorizar sobre o conceito de 'duração razoável' se se buscar harmonizar as ideias de Tempo e Racionalidade e projetar este 'duo' aos procedimentos judiciais e administrativos. De fato, 'duração razoável' indica a tramitação ou a prática de atos delimitada por 'marcos temporais com começo e fim', mas esta trilha procedimental deve ser percorrida regularmente, que é a melhor definição técnica para o termo razoável, também ligada à 'racionalidade procedimental' discursiva e argumentativamente construída em contraditório, 'tudo em um tempo confortável de argumentação para sujeitos processuais parciais'.³⁶⁷

³⁶⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 17.

³⁶⁷ TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 272-273.

Logo, a defesa da duração razoável do processo não pode fundamentar ofensa à **ampla defesa**. A **ampla defesa** como ampla argumentação garante às partes o tempo do processo para realização da reconstrução fático-jurídica pelo discurso, de modo que todas as possibilidades argumentativas sejam consideradas.³⁶⁸

E é assim que é possível se conjecturar a **ampla defesa** no processo democrático, como garantia de argumentação exauriente no espaço processualizado através do devido processo constitucional, no tempo devido e sem dilações indevidas.

5.4 A ampla defesa no Tribunal Constitucional: a crença na livre interpretação judicial.

Não abonamos, por óbvio, o direito *jurisprudencial*. Não acatamos, por extrema falta de legitimidade, as decisões como fonte do direito. Mas a pesquisa precisa passar pelo entendimento dos Tribunais sobre o tema. É nessa quadra que escolhemos alguns arestos jurisprudenciais para demonstrar a necessária mudança em nosso sistema. Veremos, assim, como ainda é retrógrada nossa jurisprudência em face das garantias processuais da Constituição.

Nossa preocupação é porque há *doutrinadores* que conferem função estruturante à jurisprudência da Corte Constitucional, cujos efeitos seriam a adequação e harmonização do ordenamento jurídico, com a eliminação de elementos indesejáveis, práticas e omissões inconciliáveis, inclusive com a possibilidade de reprodução do direito.³⁶⁹

A função estruturante pela fiscalidade contínua de constitucionalidade é, de fato, legítima; o que nos preocupa são os rumos tomados pela corte que, a despeito de seu comprometimento com a Constituição, aplica entendimentos dissonantes dessa.

Com efeito, o artigo 131 do CPC abonou diversas decisões incompatíveis com os princípios institutivos do processo, mormente a **ampla defesa**. A posição conferida ao Juiz de destinatário último e apreciador da prova limitou sobremaneira a possibilidade de exercício a plenitude da defesa e o exaurimento argumentativo.

Com efeito, no Supremo Tribunal Federal, órgão que em tese seria o responsável pela defesa da Constituição e portanto, das garantias do processo, chancelou a seguinte decisão:

³⁶⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe. **Prisão e medidas cautelares**: nova reforma do processo penal – lei n. 11.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 24.

³⁶⁹ TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: superando as teses do legislador negativo e do ativismo de caráter jurisdicional. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo (Coord.). **Estudos de direito processual constitucional**: homenagem brasileira a Hector Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisado do direito. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 198-200.

Contraditório e **ampla defesa**: não ofende o art. 5º, LV, da Constituição acórdão que mantém o indeferimento de diligência probatória tida por desnecessária. O mencionado dispositivo constitucional também não impede que o julgador aprecie com total liberdade e valorize como bem entender as alegações e as provas que lhe são submetidas. Precedentes.³⁷⁰

No caso epigrafado, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, a parte, que teve indeferido seu pedido de intimação de assistente técnico ou mesmo da parte ou de seu procurador para acompanhar a realização de perícia judicial, insurgiu-se por meio de Agravo. Ela pleiteou a realização de nova perícia e, após o indeferimento, alegou ter havido afronta a garantia do contraditório e da **ampla defesa**.

Em voto de dois parágrafos, o Ministro Relator afirma não haver afronta aos preceitos indicados como ofendidos por haver indeferido diligência que julgou ser desnecessária. Mas o que mais preocupou em seu *suscinto* voto, foi a ponderação de “que o art. 5º, LV, da Constituição, também não impede, obviamente, que o julgador aprecie com total liberdade e valorize como bem entender as alegações e as provas que lhe são submetidas”.

Percebe-se, com grande perplexidade, que o Ministro Relator disse estar o juiz *livre* para apreciar *como bem entender* as provas. E por essa razão, não haveria ofensa à garantia constitucional da **ampla defesa** e do contraditório, que como visto na presente pesquisa são a garantia de participação efetiva pela argumentação total na formação do provimento.

Vale dizer que a posição externada acima pelo Ministro encontra eco na teoria do processo instrumental:

Não obstante tratar-se de garantia inerente ao devido processo constitucional, não se pode considerar o direito à prova como valor absoluto. As regras e princípios processuais são eminentemente instrumentais, pois se destinam a assegurar o correto funcionamento do instrumento estatal de solução de controvérsias. Não são dogmas indiscutíveis, devendo ser observado nos limites em que se revelam necessários aos fins a que se destinam. Por isso, algumas limitações, ainda que de caráter infraconstitucional, muitas vezes se justificam por alguma razão relevante, eventualmente algum outro valor também protegido em sede constitucional. A regra, todavia, é a possibilidade de a parte se valer de qualquer fonte ou meio de prova, desde que legal e moralmente legítimo (art. 332 do CPC).³⁷¹

Percebe-se que a Jurisprudência da Corte Constitucional está no compasso da instrumentalidade do processo, cujo método teleológico tem custado o desrespeito à Constituição. De nada adianta um discurso constitucional que prevê garantias avançadas se o

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 623.228-SP. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 14/08/2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2442007>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

³⁷¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**, p. 28.

submetemos a *dispositivos* que sequer foram recepcionados por uma ordem democrática.

O art. 131 do CPC³⁷² deve ser compatibilizado com o paradigma democrático. Neste sentido, José Alfredo de Oliveira Baracho adverte que “as interpretações de uma norma ordinária não podem desconhecer o conteúdo normativo do direito fundamental”³⁷³.

Insistente, por outro lado, é a afirmação de que não compete conferir a **ampla defesa** e o contraditório no Inquérito Penal. Por certo, o instituto do inquérito penal não foi recepcionado pela Constituição de 1988. No entanto, apesar dos volumosos estudos sobre o tema, a ausência das garantias fundamentais do processo em seu âmbito ainda persiste.

Pois bem, a decisão que colacionamos a seguir é mais uma das quais há a legitimação da inobservância do contraditório e da **ampla defesa** no Inquérito Penal.³⁷⁴

Inaplicabilidade da garantia constitucional do contraditório e da **ampla defesa** ao inquérito policial, que não é processo, porque não destinado a decidir litígio algum, ainda que na esfera administrativa; existência, não obstante, de direitos fundamentais do indiciado no curso do inquérito, entre os quais o de fazer-se assistir por advogado, o de não se incriminar e o de manter-se em silêncio.³⁷⁵

O aresto acima epigrafado é da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado nos idos do ano de 2004. No processo em questão, foi julgado Habeas Corpus no qual o impetrante pretendia que lhe fosse franqueado, por meio de seu advogado, vista dos autos do Inquérito Policial, com a finalidade de exercer sua defesa. Arguiu, pois, afronta ao art. 5º, LV, da CF/88. A ordem foi deferida e aí reside a maior curiosidade do caso.

É porque se se notar a ementa acima que fora publicada, percebe-se que ficou decidido no feito que não são aplicáveis as garantias constitucionais da **ampla defesa** e contraditório no Inquérito Policial. A razão para tal, segundo o Ministro Relator é que “o inquérito não é processo, mas procedimento administrativo - ancilar e eventualmente preparatório para o processo penal”.

³⁷² BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 30 jan. 2015.

³⁷³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**: aspectos contemporâneos, p. 54.

³⁷⁴ Jacinto Nelson de Miranda Coutinho esclarece que o sistema inquisitório tem raízes no Direito Canônico, na velha Roma, principalmente em seu momento de decadência. Ele surgiu no seio da Igreja Católica como resposta defensiva aos hereges. Ele admitia a denúncia secreta e a possibilidade de instalação de ofício de uma investigação pelo próprio julgador (COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. A contribuição da constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 225).

³⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.354-PR. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 10/08/2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 set. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2047334>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

No entanto, o Ministro concedeu a ordem para o paciente ao argumento de que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil garantia-lhe o exercício do direito de ter acesso ao expediente policial. Pois veja que tal decisão do Relator é descompassada com o processo constitucional. O Ministro garantiu o acesso ao documento da investigação fundamentado em uma lei infraconstitucional, mas negou vigência a uma norma constitucional que garantiria ao paciente o mesmo direito. Ora, que o Estatuto reclame tal direito do advogado é louvável, o mais estranho é não usar como fundamento da concessão também a garantia constitucional da **ampla defesa**.

Já se pontuou que a **ampla defesa** é princípio basilar da ordem jurídica e não deve sofrer restrições, mormente aquelas de natureza conceitual. Dizer não ser possível reconhecer a **ampla defesa** no âmbito do Inquérito Policial em razão de sua natureza inquisitiva é confirmar que o mesmo não foi recepcionado pela Constituição, que não abarcou institutos desta natureza, tendo em vista o evidente autoritarismo.

As garantias constitucionais conferem aos legitimados a defesa de suas razões, e muitas das vezes em face dos abusos das autoridades. Conforme José Alfredo de Oliveira Baracho “a defesa dos direitos individuais contra os excessos do poder público constitui tema fundamental para corrigir os diversos excessos de atuação da atividade estatal em nossos dias”³⁷⁶.

A seu turno, na condição de investigado, é direito da parte utilizar-se da **ampla defesa** como possibilidade argumentativa de se ver livre daquela investigação imediatamente, e não aguardar um demorado e expositivo processo penal.

Aclarando, não há limitação no exercício do contraditório e da ampla argumentação, da garantia do terceiro imparcial e da fundamentação da decisão. Como já referenciado no capítulo precedente (que tratou do modelo constitucional de processo), o modelo é único – processo como garantia –, as tipologias é que podem ser plúrimas, desde que conforme ao modelo constitucional de processo.³⁷⁷

Dessa forma, segundo a observação das decisões acima, podemos perceber que a Corte Constitucional de nosso país ainda sustenta alguns dogmas que afastam a aplicação das garantias fundamentais. A rigor, enquanto se deveria incutir da missão de torná-las vigentes, sustenta, pois, posições ainda não compatibilizadas com o Estado Democrático.

³⁷⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**, p. 1.

³⁷⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro, p. 225.

A preocupação em conjecturar novos caminhos para a **ampla defesa** perpassa a necessidade de vê-la receber, também nos Tribunais, sua função de formadora, a partir da ampla argumentação de uma Comunidade Jurídico-Política. Ademais, visa demonstrar que a **ampla defesa** não pode sofrer retenções, seja pela lei infraconstitucional seja em nome de conceitualismos retrógados e não recepcionados pela nova ordem constitucional.

5.5 A ampla defesa no movimento reformista processual: a continuidade do caráter instrumental do processo

Hodiernamente, está em grande evidência o novo código de processo civil recentemente aprovado nas casas legislativas e promulgado no dia 16 de março de 2015. A tônica do novo código, em detrimento de propostas de democratização do processo, é a celeridade processual (como pressa) e a crescente outorga de poderes ao juiz (ainda na socialização processual). Como esclarecido por André Cordeiro Leal, a motivação para um “novo texto procedimental apoia-se, basicamente, em um afirmado embaraço que a legislação em vigor estaria a apresentar para a agilidade da “prestação jurisdicional”[...]”³⁷⁸

Nesse contexto, a **ampla defesa**, assim como outras garantias processuais, foi relegada a segundo plano, quiçá excluída. Inversamente proporcional ao reconhecimento das garantias do processo, o contexto das mudanças, desde o Projeto *Firenze*³⁷⁹, representa na verdade um crescimento da confiança no senso de justiça do julgador. O projeto citado demonstrou uma enorme preocupação com a *desformalização* do processo, inclusive com a mitigação de suas garantias fundamentais.³⁸⁰

Entre institutos e mais institutos, percebe-se que o novo Código de Processo Civil confirma o perfil socializador do direito processual pátrio, demonstrando que há muito a ser *desconstruído* antes de efetivar o Estado Democrático de Direito.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Camilla Mattos Paolinelli, em artigo publicado em livro especializado destacam:

³⁷⁸ LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: LEAL, André Cordeiro; MURTA, Antônio Carlos Diniz. **A tensão entre o público e o privado**: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 99.

³⁷⁹ O Projeto Florença de Acesso à Justiça foi desenvolvido sob a direção de Mauro Cappelletti, no qual, juntamente com Jones Jr, pretendia realizar estudo comparatista para estabelecer critérios de definição, estágio e propostas para facilitar o Acesso à Justiça.

³⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

Inegável, contudo, que, devido à preocupação excessiva com o combate da morosidade dos processos, busca o projeto celeridade a qualquer custo, mesmo que isto importe na supressão de direitos e garantias fundamentais. Portanto, ao mesmo tempo em que o texto proposto pretende afinar-se à Constituição, constata-se que a concepção de processo nele prevista ainda prestigia a matriz teórica da relação jurídica e possui nítido viés instrumentalista. O texto aprovado continua a abordar abertamente concepções instrumentalistas e teleológicas do processo (na pretensão de realização de escopos metajurídicos), fundadas no papel de excessivo destaque conferido à figura do magistrado de poderes desmedidos.³⁸¹

Por óbvio, há acréscimos que podem ser destacados como acenos a um processo constitucionalizado. A rigor, os autores acima mencionados destacam que o Novo CPC recentemente aprovado, de forma louvável, trouxe na sua parte geral (art. 1º ao 12), a preocupação com a vertente constitucionalista de processo. Destacam que nesses artigos pode-se ver uma preocupação na observância das garantias fundamentais do processo, ficando a desejar justamente a **ampla defesa**, que ficou dissolvida no art. 7º e 8º do Projeto aprovado.³⁸²

Com efeito, o Novo CPC parece ter sido influenciado por ideais de *desburocratização* da justiça. Nesse contexto, a **ampla defesa** não foi motivo de grande preocupação, mas ao contrário disso, visualizamos a criação de institutos que privilegiam a *celeridade* em detrimento da garantia da **ampla defesa**.

Uma análise aprofundada da referida norma revelaria que a despeito das bandeiras encetadas no sentido da constitucionalização do direito (midiáticos), as garantias do processo não foram adequadamente dispostas, o que teria de ser feito na primeira seção da nova lei, com a criação de uma *teoria geral do processo constitucional*. Entretanto, como a intenção da presente pesquisa é apenas traçar alguns pontos para apresentação da **ampla defesa** nas mudanças reformistas e não empreender análise de códigos, destacamos alguns institutos do Novo CPC que perpassam pela *afrenta à garantia constitucional da ampla defesa*.

Destacamos, pois, em primeiro lugar, o art. 77 do CPC aprovado.³⁸³ Trata-se, nesse artigo, dos deveres das partes e de seus procuradores. A intenção do artigo, em tese, seria

³⁸¹ PAOLINELLI, Camilla Mattos; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. O novo código de processo civil: notas sobre o projeto barradas. In: FREIRE, Alexandre (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 441.

³⁸² *Ibidem*, p. 444-445.

³⁸³ “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I – expor os fatos em juízo conforme a verdade; II – deixar de formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III – não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza antecipada ou final, e não criar embaraços a sua efetivação; V – declinar o endereço, residencial ou profissional, onde receberão intimações no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI – não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”.

prestigiar a boa-fé e a *lealdade processual*.³⁸⁴ No entanto, com nítido caráter repressivo, o artigo traz conceitos indemarkados e sequer elege um procedimento para apurar a ocorrência.

O artigo em questão, recomenda às partes que não apresentem defesa quando esta for destituída de fundamento. Ora, a defesa jurídica, como dito em tópico anterior, é um direito fundamental correlato ao próprio direito de ação e não pode ser submetida a nenhuma restrição. Impor dever à parte de não exercê-la é uma forma velada de negar o direito à defesa, mormente quando não é demarcada a determinação. Vale ressaltar que o artigo deixou a possibilidade de punição em caso de inobservância.

Vale dizer que o artigo 80 do Novo CPC³⁸⁵, na esteira do artigo acima, estabelece situações em que as partes atuam em litigância de má-fé. Entre elas, o código classifica como litigância de má-fé a apresentação de defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso. Ora, como pode ser incontroverso um fato contra o qual foi apresentado defesa? Por outro lado, também considera litigância de má-fé interpor recurso manifestamente protelatório. O que é um recurso protelatório?

Mais uma vez, na tônica do Código atual, o Novo CPC apresenta conceitos herméticos interpretáveis e identificáveis exclusivamente pela sapiência do magistrado. Prova disso, o artigo 81³⁸⁶ estabelece que a punição em face da litigância de má-fé compete ao órgão jurisdicional (a requerimento ou de ofício), sem oportunizar o contraditório ou mesmo estabelecer um incidente próprio para a apuração. Percebe-se que o único incidente existente no artigo é para apuração do valor, reservando a decisão da punição exclusivamente ao magistrado.

³⁸⁴ Por obvio, o sentido emprestado ao instituto pelo Novo CPC não passa pela reflexão primorosa de Fabricio de Araújo Simão, que em Dissertação de Mestrado aprovada com nota máxima e láurea acadêmica, posteriormente convertida em Livro, ressemantizou o instituto e o compatibilizou com a Processualidade Democrática (ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática**: escopos fundamentais do processo, 2014).

³⁸⁵ “Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que: I – deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; II – alterar a verdade dos fatos; III – usar do processo para conseguir objetivo ilegal; IV – opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V – proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; VI – provocar incidente manifestamente infundado; VII – interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

³⁸⁶ “Art. 81. De ofício ou a requerimento, o órgão jurisdicional condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, e a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu, além de honorários advocatícios e de todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário mínimo. §3º O valor da indenização será fixado pelo juiz, ou, caso não seja possível mensurá-la, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos”.

Nada obstante, o art. 303³⁸⁷ do Novo CPC, conectado à ideia de urgência, também inexplicada, permite que, em caso de urgência, o juiz conceda a tutela antecipada satisfativa mediante a simples apresentação do requerimento da tutela antecipada e a indicação pedido de tutela final e da exposição da lide. O artigo é uma catástrofe. Vale dizer que, antes da arovação final, o artigo falava em concessão da tutela final com *breve exposição da lide*. Ora, a lide só se forma a partir da resistência, ou seja, após a contestação. Por outro lado, o Novo CPC confia de tal forma na *sapiência inata do juiz* que dispensa que a parte apresente prova consistente de seu pleito, antes de alcançar a tutela final pretendida. Assim, além de não oportunizar o contraditório e a **ampla defesa** antes de conceder a tutela, não exige sequer prova das razões do autor.

E o mais grave ainda está por vir: no artigo 304³⁸⁸ do CPC aprovado, torna estável a tutela satisfativa concedida no artigo 303 se não for interposto recurso em face da mesma. Pelo CPC projetado e aprovado é possível que uma parte tenha satisfeito seu pedido final sem apresentar provas do mesmo, com uma simples exposição sumária.

Podemos ver, portanto, que o CPC projetado trata com desdém a **ampla defesa**. Ressaltamos que foram apresentados pequenos exemplos, posto não ser a intenção da presente pesquisa estabelecer comentários de lei, mas sim demonstrar que o dogma da pressa e confiança suprema no poder judiciário como dotado de poderes de realização da paz social é o *espírito* do código projetado. Como bem diz André Leal: “A atividade cerebrina, intuitiva, iluminada ou sábia do julgador é que ocupa o lugar central na resolução do conflito [...]”³⁸⁹.

Com efeito, os processualistas que sustentam a instrumentalidade do processo, apesar de todas as conquistas teóricas da Constituição de 1988, ainda aceitam com facilidade o falso paradoxo entre garantias do processo x celeridade, e por óbvio, preferem a segunda, mostrando que o CPC projetado ainda reside na instrumentalidade:

Daí o confronto de dois valores. De um lado, a forma do ato processual, meio pelo qual se garante a liberdade e a participação efetiva das partes, possibilitando o desenvolvimento seguro do processo. O outro valor consiste no próprio resultado previsto para o ato. Em última análise, ao exigir a observância de determinada forma, o legislador pretende assegurar o resultado do ato processual, cuja verificação considera imprescindível à regularidade do processo. Se tivermos de optar entre

³⁸⁷ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

³⁸⁸ “Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”

³⁸⁹ LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional anciandade do (ante)projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: LEAL, André Cordeiro; MURTA, Antônio Carlos Diniz. **A tensão entre o público e o privado: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro**, p. 99.

esses dois valores, sem sombra de dúvidas devemos preferir o último, pois ele incorpora a natureza instrumental do processo.³⁹⁰

À vista disso, o CPC projetado não nos oferta um alento à efetivação dos direitos fundamentais. Aliás, não apresenta uma preocupação substancial com as garantias do processo para que estas laborem nesse sentido. A única preocupação destacada é com uma malsinada *efetividade* que em quase cinquenta anos de busca, ainda se mostra longínqua.

E é justamente por essa razão que o dogma da pressa vem acarretando um mal enorme à **ampla defesa**, sendo necessário para concluir a pesquisa, apresentar o modelo procedimental adequado através do qual a **ampla defesa** será realmente ampla. Como ressalta André Leal: “a democracia constitucional processual, no entanto, não tolera a criação de instâncias herméticas, personalistas e subjetivistas de seus tirânicos, reunidos em assembleias, que pretendam impor a todos suas especialíssimas visões do mundo mediante técnicas interditaes”³⁹¹.

Veremos, que somente a partir da ordinaryidade que a atuação pelo devido processo constitucional possibilitará a exauriência da argumentativa.

³⁹⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 60.

³⁹¹ LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: LEAL, André Cordeiro; MURTA, Antônio Carlos Diniz. **A tensão entre o público e o privado: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro**, p. 99.

6 A AMPLA DEFESA DEMOCRÁTICA: A EXAURIÊNCIA ARGUMENTATIVA NA ORDINARIEDADE PROCEDIMENTAL ATUADA PELO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Nos capítulos anteriores procuramos situar, conceituar e relacionar a **ampla defesa** do contexto histórico ao atual, com a finalidade de demonstrar a dimensão desse instituto jurídico, às vezes relegado a segundo plano.

Realizadas tais pesquisas, podemos considerar que a **ampla defesa** concentra suas tensões em dois pontos principais: amplitude e temporalidade. Assim, para atingirmos a proposta da presente pesquisa que é incursionar criticamente na **ampla defesa no direito processual democrático**, precisamos ofertar o que seria *amplo* e qual seria o *tempo devido* para seu exercício.

Por conseguinte, passamos a dimensionar como a **ampla defesa** se harmoniza (efetiva) no ordenamento jurídico, ou seja, como se torna ampla.

6.1 O estar em juízo democrático: a partir da ampla defesa

Decerto, apesar de todos os delineamentos feitos no presente estudo, deixamos para o final o que seria a expressão *ampla* na **ampla defesa**. Isso se deu de forma intencional, pois primeiro foi necessário desconstruir uma série de mitos e demonstrar as pontes que conduziram o instituto para o paradigma democrático.

No entanto, para que a **ampla defesa** se mostre ampla e represente uma forma jurídica de exauriência argumentativa, segundo nossas coletas, necessitamos de três características básicas: estar em um juízo democrático, utilizar-se de uma estrutura normativa apta à argumentação total (exauriente) que é a *ordinariedade*, e balizar-se por um instituto mediador da irrestrita fiscalidade jurídica que é o devido processo constitucional.

Sendo assim, compete-nos advertir que o estar em juízo, a partir da Constituição de 1988, não se dá pelo simples acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88). Mais do que isso, é necessário que o *estar em juízo* se qualifique como um estar em um juízo democrático, que é o que se passa a descortinar.

O primeiro ponto a ser destacado é a mudança qualitativa da função jurisdicional. A partir dessa nova lógica, o juiz não é mais *sujeito cognoscente e fonte decisional materializada por meio de enunciados solipsistas*. Quando se está em juízo democrático, o juiz encontra-se na órbita lógico-jurídica do *juízo de direito* e tem de dar cumprimento aos

direitos fundamentais do processo e não mais ser mero garantidor voluntarista de discursos morais extrassistêmicos, oriundos de modelos de democracia incompatíveis com a Constituição de 1988.³⁹²

Vê-se que a noção da função do juiz é aquela recepcionada pela Constituição Federal, já que esta elegeu o princípio da legalidade, que em juízo democrático, não é mais retórico. A partir dessa nova lógica, o juiz atua nos limites da lei e dá cumprimento aos direitos fundamentais do processo, permitindo a implementação dos demais direitos.

Equidade, razoabilidade, proporcionalidade e mais uma série de princípios estrategicamente abertos e indeterminados não foram recepcionados pelos juízos democráticos, cujos enunciados proposicionais são aqueles teorizados a partir do sistema constitucional processualizado.³⁹³

Como diz Rosemiro Pereira Leal, a partir da Constituição de 1988, o que é relevante é perquirir o Estado-juízo, para se averiguar quais os juízos (fundamentos decisórios) hão de ser adotados para cumprir o modelo normativo do paradigma democrático.³⁹⁴

Para que se caracterize a **ampla defesa** como *ampla* é imprescindível que os fundamentos decisórios sejam demarcados pelo juízo democrático, limitando a discricionariedade judicial não recepcionada pela Constituição. A partir do estar em juízo democrático, é possível localizar e delimitar sua atuação em juízo e fora dele. Isso é de suma importância para a **ampla defesa** como possibilidade de exauriência argumentativa, pois é a partir do **juízo democrático** que se estabelece a interpretação isomênica.

Repetimos: não basta que seja facultado à parte o acesso ao judiciário (inciso XXXV do art. 5º da CF/88); o que é direito fundamental é o direito de petição a um juízo cujos fundamentos estejam sintonizados ao paradigma democrático, funcionando o judiciário como uma atividade-dever do estado e não como poder discricionário, central e supremo.

O juízo-de-direito no Estado Democrático é o locus teórico-jurídico-linguístico da judicância pelo seu agente, o juiz, e exige a vinculação deste aos conteúdos e limites (interpretantes) da constitucionalidade vigorante, porque, a rigor, judicante é o órgão (juízo) jurisdicional (núcleo dos fundamentos decisórios), não a pessoa operacional (física) dos juizes, o que lhes retira, o atributo de exclusivo e pessoal 'sujeito conhecedor' (sujeito cognoscente) do direito em face de quem exerça o 'direito processual de estar em juízo'.³⁹⁵

³⁹² LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático. In: AURELLI, Arlete Inês et al. (Coord.). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim, p. 371-372.

³⁹³ *Ibidem*, p. 371.

³⁹⁴ *Idem*.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 374.

O direito democrático-proposicional-enunciativo³⁹⁶ veiculado pela **ampla defesa** somente é exercido pelo legitimado ao processo no juízo democrático, que não se submete a pressupostos ou a condições prévias, pois já se encontra decidido na base constituinte do direito. O que se submete a eles é o *estar procedimental*.³⁹⁷

O que torna possível a exauriência argumentativa e interpretação isomênica no ordenamento legal é o *estar em juízo democrático*. Não basta, como quis Häberle, tratar de uma sociedade aberta onde o cidadão atuaria na interpretação constitucional sem declinar o método e o *locus* para essa interpretação. Na sociedade aberta de Häberle, que não é a de Popper, impera a liberal-democracia e o intérprete da constituição *na esfera pública e na realidade* é o juiz, por óbvio afastado do juízo democrático. Sendo assim, não adianta reconhecer o papel de intérprete se não há o método (que veremos nos próximos tópicos) e o *locus* do interpretante democraticamente instituído (processo).³⁹⁸ Consequentemente, não se ofereceria, nessa lógica, a fruição do direito-garantia à **ampla defesa**.

Reforçando: o juízo, no paradigma democrático, reclama que os enunciados proposicionais sejam referenciados pelo sistema constitucional, submetendo, irrestritamente, à *controle de democraticidade*³⁹⁹, seus fundamentos decisórios.

Dessa forma, para que se faça ampla, o primeiro elemento constitutivo da **ampla defesa** é que ela seja exercida pelo legitimado ao processo em juízo democrático, qualificando sua participação como *um estar em juízo democrático* e não somente um direito à jurisdição (direito de ação).

6.2 A **ordinariedade** como estrutura normativa apta a qualificar como ampla a ampla defesa

A **ampla defesa** somente pode ser considerada *ampla* quando exercida em estrutura normativa procedimental adequada. Na contemporaneidade, a **ampla defesa** não significa defesa *grande*, mas sim forma de argumentação lógico-jurídica-processual exercida em tempo e espaço tecnicamente estruturado sob o devido processo legal.

No entanto, devemos, para caracterizar a expressão *ampla*, eleger o modelo procedimental adequado a regê-la, não nos valendo propostas procedimentais genéricas ou

³⁹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 87.

³⁹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático. In: AURELLI, Arlete Inês et al. (Coord.). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim, p. 372.

³⁹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 40.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 103.

sincréticas. Portanto, podemos cogitar que somente fruímos plenamente do direito-garantia à **ampla defesa** por meio da **procedimentalidade ordinária**, sendo impossível equacioná-la a partir dos atuais procedimentos sumários ou sumaríssimos.

Isso porque, conforme Rosemiro Pereira Leal, no perfil procedimental sumário há a mistura e embutimento de fases, impedindo a distinção compartimentada dos momentos adequados para os atos processuais, em afronta ao devido processo. Já no procedimento sumaríssimo, há clara prevalência da Jurisdição em relação ao processo, confiando ao juiz a condução e regulamentação *a posteriori* do procedimento.⁴⁰⁰ Ambos representam restrição à cognição ampla e, conseqüentemente, ao exercício da **ampla defesa**, apresentando óbice à argumentação exauriente.

Deve-se dizer que a restrição da sumarização não se dá especificamente em razão do tempo diminuído, mas sim em razão do sincretismo das fases processuais, impedindo a construção lógico-estrutural do procedimento, acarretando prejuízo à possibilidade argumentativa.

Portanto, inacolhível o ensino de Celso Neves quando esse afirma “tanto no procedimento comum ordinário, como no sumaríssimo, a tutela jurídica processual se faz mediante cognição completa, exaurindo-se a jurisdição in casu, com a sentença de mérito”⁴⁰¹.

Ao se estabelecer uma análise acerca dos atuais modelos procedimentais sumário e sumaríssimo, podemos perceber que a sumarização não se dá primordialmente pela diminuição do espaço-tempo para a prática do ato, mas sim pela supressão de fases na ordinariedade, o que gera prejuízos gravíssimos à cognição exauriente.

Segundo Kazuo Watanabe, a economia processual e a busca da efetiva tutela do direito material justificam a adoção de técnicas de sumarização, conferindo ao processo a posição de mero instrumento da jurisdição. Para tanto, Kazuo Watanabe sugere a criação de técnicas processuais que favoreçam ao julgamento antecipado e elimine fases *inteiramente inúteis*. No entanto, confia o julgamento quanto às fases inúteis ao juiz.⁴⁰² A proposta sugere a miscigenação de procedimentos, ora condensando algumas fases, ora elastecendo outras, conforme o critério do juiz.⁴⁰³

Indo além, Guilherme Peres de Oliveira, apoiado em processualistas de escol como Luiz Guilherme Marinoni, Fernando Gajardoni, Freddie Didier, Galeano Lacerda, em benefício do direito material, defende a adaptabilidade procedimental pelo juiz, divulgando o

⁴⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos, p. 283.

⁴⁰¹ NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 287.

⁴⁰² WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**, p. 101.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 120-121.

princípio da elasticidade processual. A proposta se baseia em um modelo procedimental flexível que deve se amoldar à situação substancial (direito material).⁴⁰⁴

No entanto, o afã de que o processo deve *servir* ao direito material não mais existe, pois está superado o instrumentalismo processual. O processo é instituição constitucionalizada, produtor e regente do ordenamento legal, e não mais uma peça adjetiva da jurisdição na aplicação do direito material.

Ademais, é de se opor a tal posicionamento que se esmera em um processo instrumental de lógica social que elege o juízo do direito do juiz como órgão supremo para decisão dos rumos no processo. Como adverte José Marcos Rodrigues Vieira: “colocar-se nas mãos do magistrado, o melhor deles seja, o poder de especializar ou sumarizar o procedimento, em lide que não o reclame, é ensejar o risco de lesão grave e de difícil reparação porventura decorrente da aceleração do processo”⁴⁰⁵.

Acrescente-se que, ainda que se considerasse a complementaridade entre direito material e processual, não haveria razão para a subserviência do processo ao direito material, caracterizada pela criação de procedimentos anômalos e não submetidos ao princípio da legalidade, como pondera José Marcos Rodrigues Viera:

E a ordinaryidade não deve ser variada conforme o direito material, sob pena de ruir o sistema, em retorno pretoriano à multitudinária variedade de procedimentos. Não há negar que a ordinaryidade não deva servir de pretexto ao perecimento do direito. Mas também não se negue que seja ela a esfera precípua de efetividade do contraditório: as antecipações inaudita altera parte, concedidas (se o sejam) no âmbito mesmo da ordinaryidade, ontologicamente, têm de resguardar a simétrica utilidade do contraditório [...].⁴⁰⁶

Abonar a possibilidade de o juiz mudar o procedimento segundo seus critérios, conforme suposta exigência do direito material a ele submetido, é aceitar o caráter retórico do direito à procedimentalidade, aos moldes da retoricidade do princípio da legalidade⁴⁰⁷, haja vista que a procedimentalidade é justamente a possibilidade de antever e utilizar todos os meios pelos quais a parte poderá fruir de suas garantias e faculdades processuais.

Com efeito, tais modelos procedimentais, se é que podem ser chamados de modelos, não ofertam a fruição do direito-garantia à **ampla defesa**. Esta reclama a procedimentalidade ordinária para seu perfeito exercício.

⁴⁰⁴ OLIVEIRA, Guilherme Peres. **Adaptabilidade judicial**: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30 e 55.

⁴⁰⁵ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da ação cível**, p. 87.

⁴⁰⁶ VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A nova ordinaryidade: execução para cognição. **Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de MG**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 67-74, jul./dez. 2004. p. 74.

⁴⁰⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 131.

Deve-se advertir que, por certo, para um perfeito entendimento sobre a **ordinariedade** e as restrições impostas pela sumarização do procedimento, seria necessário um estudo aprofundado. No entanto, para nosso estudo, no momento, basta afastar as propostas acima alinhavadas e dizer que a **ampla defesa** necessita, para ser *ampla*, de um modelo procedimental normativo adequado ao exercício dos meios juridicamente previstos e garantidos e, este modelo, perpassa pela *ordinariedade* estrutural que é:

Estrutura técnica de atos jurídicos sequenciais e lineares que apresentassem em seu perfil, de modo tripartite e juridicamente demarcado, as fases postulatória-defensória, instrutiva e decisória, permitindo, assim, o exercício do contraditório por advogado habilitado ao longo da produção (prática) dos atos estruturantes do modelo procedimental aduzido.⁴⁰⁸

Não nos socorre, por óbvio, estruturas procedimentais onde se verifica confusão nas fases de construção do provimento ou mesmo procedimentos desprovidos de estrutura normativa prévia criados a partir do *prudente arbítrio do juiz*.

A relação de dependência existente no procedimento é uma relação normativa entre atos; e a observância das normas procedimentais no decorrer do processo e na prática do ato é condição prévia e legal para regularidade do ato subsequente, sob pena de declaração de nulidade⁴⁰⁹. Essa estrutura normativa desenvolvida na *ordinariedade*, que se traduz pela perfeita coerência e desenvolvimento dos atos no processo, é que permite o exercício pleno da **ampla defesa**, uma vez que é a sucessão regular e normatizada dos atos, que permitirá a exauriência argumentativa.

Conferimos razão a Aroldo Plínio Gonçalves quando, apoiado em Francesco Carnelutti, menciona que não basta à conexão de vários atos no procedimento para fazer daquele que é anterior pressuposto do posterior.⁴¹⁰ É necessário que essa sucessão de atos seja normativamente fixada por um procedimento que congregue todas as fases necessárias dispostas logicamente e previamente fixadas, em fases perfeitamente definíveis, para exaurir argumentação.

Com efeito, é a garantia da **ordinariedade**, a partir dessa estrutura normativa, que permite a atuação dos princípios institutivos do processo como forma de permitir ao legitimado ao processo a participação na criação, interpretação e modificação do direito.

Portanto, fazemos coro à proposição conclusiva de Rosemiro Pereira Leal:

⁴⁰⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 104.

⁴⁰⁹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 21.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

O certo é que, nos procedimentos instaurados no bojo do sistema jurídico-constitucional legiferado a partir do eixo teórico do processo (se compreendido em minha teoria), as sentenças (atos provimentais interlocutórios ou terminativos) deles resultantes, se implicarem restrição de liberdade ou afetarem vida, dignidade, patrimônio das partes, somente ganham legitimidade jurídica se construídas a partir de um perfil lógico-jurídico da ordinariedade estrutural em que possam distinguir, ensejando às partes o exaurimento da *cognitio* como já dispõe os incisos LIV e LV do art. 5º da CR/88 que, com essa redação, faz possível identificar o paradigma do Estado Democrático (não dogmático) de Direito como coinstituição jurídica protossignificativa e espaço-instrumental da operacionalidade do direito processualmente constituído.⁴¹¹

A **ordinariedade** com suas fases logicamente construídas e bem demarcadas (fases postulatória-defensoria, instrutória e decisória) é que permite a exauriência argumentativa, estabelecendo momento apropriado para as manifestações, em tempo e espaço adequado.

Conforme pondera Rosemiro Pereira Leal, a **ampla defesa** “só é exauriente se exercida ao logo da procedimentalidade judicial ordinária e segundo características lógico-jurídicas do devido processo que representa a mais relevante conquista constitucional brasileira ao incentivo do ensino da *teoria da democracia contemporânea*”⁴¹².

Pois bem, até aqui pontuamos a qual juízo a **ampla defesa** se vincula e é exercida em plenitude e, qual a estrutura que a permite ser **ampla**. Falta-nos, como fechamento, eleger o regente de seu exercício, que é o **devido processo constitucional**.

6.3 Devido processo constitucional e ampla defesa

A expressão *ampla*, que compõe a nomenclatura do direito-garantia à **ampla defesa**, tem ligação estrita com seu exercício no processo, reclamando para tanto um juízo democrático e uma estrutura procedimental normativa, que no caso somente pode ser a procedimentalidade ordinária.

No entanto, a fruição do direito-garantia à **ampla defesa** reclama um instituto jurídico regenciador de sua coextensividade com os demais princípios institutivos e autocríticos, com a finalidade de atuação na criação, interpretação, revisão do ordenamento jurídico. Esse instituto é o devido processo constitucional.

O devido processo, assim colocado, é isomorfo à regra suprema do teorométodo crítico de Popper pela proibição de vedação de liberdade para todos indistintamente (comunidade jurídica) ao exercício processual da **ampla defesa**, como direito fundamental co-institucionalizado (constitucionalizado) de fruir, praticar, estabilizar, fiscalizar ou reconstruir, preventiva ou comissivamente, os direitos fundantes de um

⁴¹¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 98.

⁴¹² *Ibidem*, p. 104.

sistema jurídico perenemente aberto à construção continuada de uma sociedade democrática (no sentido de Popper).⁴¹³

Com efeito, o devido processo constitucional como instituto da ampla e irrestrita fiscalidade é que possibilita a legitimação do ordenamento e de seus institutos jurídicos. O exercício da **ampla defesa** sem a observância do devido processo constitucional é contido. Isso porque a discursividade procedimental (proceduralista) por si só não é capaz de credenciar e legitimar o ordenamento legal como democrático. Ela deve ser processualizada e regida pelo devido processo constitucional.

A equação habermaseana de que o ordenamento jurídico só adquire legitimidade quando os destinatários reconhecem também autores desse ordenamento não se opera numa quadra de comunicação real (imanência da fala ao significante comunicativo) por um melhor argumento extraído de uma procedimentalidade discursiva de espontânea escolha dos participantes, porque, consoante já se enfatizou, a legitimidade do direito democrático positivo se afere a partir de uma legalidade que se expõe a correições pela compreensão teórica do devido processo constitucional aberto a toda a comunidade jurídica.⁴¹⁴

No entanto, faz-se necessário precisar a qual devido processo legal nos referimos, sendo certo que o *due process* do *common law* não nos dará sustento, como passamos a demonstrar.

Conforme se averigua em Rosemiro Pereira Leal, com esteio em Nelson Nery Junior, o *due process*, se estudado desde sua origem a partir da *law of the land* da Magna Carta de João sem Terra de 1215, torna-se, em 1354, pela lei inglesa do reinado de Eduardo III, *due process of the law*, a representar uma garantia da nobreza em face dos abusos do rei. Séculos mais tarde, a Constituição Americana de 1787 recepcionou o referido instituto, o que já havia ocorrido na *Declaração dos Direitos* de Maryland. Já em seu início, o instituto nasceu comprometido com a lógica liberal, apresentando-se como via garantista e ativista dos direitos de vida, liberdade ou propriedade.⁴¹⁵

O que é negligenciado, no entanto, é que o instituto é coextensivo dos direitos de vida e liberdade como propriedade. Rosemiro Pereira Leal explica: há uma “conjunção do *due process* (*law of the land*) com os direitos de vida e liberdade como propriedade”.⁴¹⁶

A correlação do instituto arcaico do *due process* com a ‘*property*’, e não só com suas consectárias de vida e liberdade, é que marca o axioma histórico de que vida e liberdade são qualidades que se anunciam no exercício, desde sempre, ao labor-

⁴¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**, p. 204.

⁴¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**, p. 191.

⁴¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. O *due process* e o devir processual democrático. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 581.

⁴¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 24.

telúrico que é próprio (*property*) advindo da *land* (limite corporal) como sua condição também dinástica de ser pelos *landers* (*leis potenciais da physis, as rules of law como regras do ir-e-vir do agir humano*) que impunham natural obediência por todos, dado que eram os desígnios (*traditio*) dos *landers* que vincavam os iguais e desiguais em propriedades, logo em qualidade e quantidade do que era o seu mesmo, intrínseco à *land* determinante do *corpus*.⁴¹⁷

Ou seja, era conferida a legitimação ao exercício do *due process* (*ação e exceção*) àqueles que possuíam patrimônio, conforme a sua extensão. É a partir da “*law of the land* que dimensiona civilmente o exercício dos direitos de vida e liberdade inerentes aos sujeitos já historicamente individualizados”⁴¹⁸.

Tais conotações revelam (confessam) a relação do *due process* com a *actio romana*, pois só possuía a *actio* (*imane*) o cidadão romano, que a tinha como um atributo inato oriundo de sua condição de patrimonializado. Essas colocações levam a conclusão de que o *due process of law* tem sua base no *vir* a ser como **ter** e não no **ser**.⁴¹⁹

Essas correlações, conforme Rosemiro Pereira Leal, autorizam a conclusão de que a *common law* como lei dos iguais surge amparada pelo movimento dos nobres em face do rei, que reclamavam a igualdade no exercício da propriedade e, portanto, não poderia ser afetados por vontades soberanas, que por sua vez passariam a submeterem-se às *landers*.⁴²⁰

E não fica por aí o comprometimento histórico do instituto. É que no *common law* dá-se grande importância ao *Trial* como lugar privilegiado de reconhecimento e acerto de direitos, com diminuída importância a lei parlamentarizada em face do destaque aos *cases* jurisprudenciais.⁴²¹

A primazia histórica do *trial* (origem do *judicial review*) sobre o *parliament* no clássico sistema de *common law* consolidou de tal sorte o princípio da razoabilidade das leis (*substrato do law of the land*) que mereceu de Nelson Nery Júnior a seguinte observação, *litteris*: ‘toda lei que não for razoável, isto é, que não seja a *law of the land* é contrária ao direito e deve ser controlada pelo poder judiciário’.⁴²²

O procedimento adotado (*due process-proceedings*) decorreria da *law of the land*, de forma que a paridade de armas era balizada pela desconsideração dos títulos régios e nobiliárquicos, pelo *substantive due process of law* assegurador de igualdade de participação

⁴¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 24.

⁴¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *O due process e o devir processual democrático*. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 584.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 582.

⁴²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 24.

⁴²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *O due process e o devir processual democrático*. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 582.

⁴²² *Ibidem*, p. 583.

como poder de estar pessoalmente presente.⁴²³

Essas advertências são pertinentes na medida em que a grande maioria dos processualistas trabalha com essa noção de devido processo. Ainda, há autores que insistem na tese de que o Brasil recepcionou o sistema do *common law*; para eles os juízos apresentam-se predominantemente livres e a construção do direito se dá principalmente pela jurisprudência.⁴²⁴

Dessa forma, o devido processo legal, com esse comprometimento com a propriedade, não proporcionará a fruição do **direito-garantia à ampla defesa** a todos indistintamente; fatalmente ele estará limitado ao civil (patrimonializado) e não será estendido ao *potus* (*despossuído*), desvelado o *caráter civil*⁴²⁵ do instituto.

O processo instrumentalista abona o *due process*, seja pela atribuição de poderes ao juiz em detrimento da reserva legal, seja pela proteção do patrimonializado em detrimento da inclusão de todos, apesar de suposta função teleológica de promover justiça social ou mesmo pela diminuída atribuição de importância ao exercício das garantias fundamentais do processo. Isso fica claro pela ausência de preocupação entre os processualistas com a fruição pelo cidadão do direito-garantia ao devido processo legal.

Entretanto, é necessário superar o *due process* que contempla visão incompatível com o paradigma democrático, para se adotar a proposta de uma “conjectura teórica por uma linguisticidade jurídico-construtiva (DEVIR) como ponto de alavancagem de uma hermenêutica isomênica disponível a todos indistintamente”⁴²⁶.

A partir dos avançados estudos de teoria do processo implementados pelo neoinstitucionalismo processual, o *devido* se descola da propriedade para representar uma linguisticidade interpretante pelo DEVIR como *vir a ser*. A partir dessa linguisticidade é permitido fruir dos direitos fundamentais plenamente sem, para tanto, depender de um poder judiciário garantista ou ativista.

A teoria neoinstitucionalista do processo inaugura uma concepção de **devido processo** como devir a partir de uma linguisticidade jurídica que é o marco interpretante de criação (*vir-a-ser*) e atuação de um sistema normativo de tal modo a permitir a fusão biunívoca de vida-contraditório, liberdade-**ampla defesa**, isonomia-

⁴²³ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 25.

⁴²⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 51.

⁴²⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo civil e sociedade civil. Virtuajus – Revista Eletrônica**, p. 1.

⁴²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **O due process e o devir processual democrático**. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**, p. 582

dignidade (igualdade), como direitos fundantes (fundamentais) de um constitucionalidade instrumental à sua respectiva implementação.⁴²⁷

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias traz importante acréscimo quando sustenta que o devido processo constitucional deve ser entendido como “um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis”⁴²⁸. Inclusive, o citado autor elenca várias garantias que o compõem e certamente são essenciais à fruição do direito-garantia à **ampla defesa**. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias elenca os seguintes princípios como integrantes do *devido processo constitucional*: *direito de ampla acesso à jurisdição, garantia do juízo natural, garantia do contraditório, garantia da ampla defesa, direito ao advogado, direito a duração razoável do processo*.⁴²⁹

E é justamente nessa concepção de devido processo constitucional, aliado a essas garantias processuais fundamentais, que se oferta à **ampla defesa a linguisticidade jurídica** necessária para caracterizá-la como *ampla*. Pois é no devido processo que é permitida a argumentação exauriente como exercício de uma interpretação isomênica, conforme esclarecido em linhas anteriores.

A partir dessa lógica, na teoria neoinstitucionalista do processo, o devido processo é “instituto de problematização do discurso jurídico-político e de previsibilidade das decisões”⁴³⁰, razão pela qual ele nos é caro para a proposta de **ampla defesa** aqui dissertada. Conforme Andrea Almeida, ele assume a função de ser uma *metalinguagem*, que é uma “linguagem em uma dimensão organizada para avaliar outras linguagens”⁴³¹. No devido processo constitucional é que é possível estabelecer a interrenunciatividade (confronto de enunciados e proposições) e, portanto, o exercício autocrítico do princípio da **ampla defesa**.

Com efeito, o devido processo legal, hoje constitucional, é que torna possível a construção argumentativa e conjunta do provimento através da **ampla defesa**, a partir da procedimentalidade ordinária em juízo democrático. A **ampla defesa**, para ser ampla, reclama a regência do devido processo, como instituição co-institucionalizante que, por sua vez, pressupõe a existência da estrutura normativa da procedimentalidade ordinária regulada pelo devido processo legal, para regulamentar o exercício do discurso pelas partes.

⁴²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural, p. 24.

⁴²⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 129.

⁴²⁹ Idem.

⁴³⁰ ALMEIDA, Andrea Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 37.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 33.

Assim o é, porque a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental da estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo.⁴³²

A **ampla defesa** fora do espaço processual demarcado processualmente não permite a argumentação exauriente. Consequentemente, a mitigação da argumentação plena provoca prejuízo à **cognição**, como já dito, e a consequência disso é a construção lógico-jurídica do provimento exclusivamente pelo *sensu* da autoridade. Da mesma forma, o debate *agórico* dos fatos e do direito impedem a fiscalidade na criação e controle dos sentidos do direito, conferindo exclusivamente à autoridade o poder de delimitação dos fatos e do direito. Como pondera Rosemiro Pereira Leal:

A discussão da ‘facticidade’ em dimensões inefáveis (analógicas) da linguagem humana (representações internas dos fenômenos) gera polissemias (errâncias) que agravam o entendimento humano a pretexto de que possa estar assegurando a integral liberdade de expressão. De outro lado, o debate do direito abstraído dos fatos como ‘validade’ da fala sobre as coisas agiganta a prepotência de um saber apofântico (jurisdicional) de significantes digitais privilegiados.⁴³³

O **devido processo** é na teoria neoinstitucionalista o interpretante obtido pelo discurso da construção normativa e atua no espaço processual de discursividade como antecessor e legitimante da decisão na democracia. Com esse ganho teórico, há a vedação de que o domínio do sentido normativo seja imposto pela autoridade ou pela subjetividade do destinatário, bem como a interpretação extrassistêmica.⁴³⁴

Aliás, são as visões distorcidas do devido processo que fazem com que alguns processualistas reconheçam o envolvimento *subjetivo* do juiz com a formação da sentença. Cândido Rangel Dinamarco afirma que cabe ao juiz “intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências do tempo”. E continua: “entram aí convicções sociopolíticas do juiz, que hão de refletir as aspirações da própria sociedade”⁴³⁵.

Ora, se cabe ao juiz *intuir*, usar suas *convicções*, como poderia haver o exercício pleno da **ampla defesa**? Por óbvio, seria a **ampla defesa**, nessa quadra, mera possibilidade de

⁴³² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**, p. 128.

⁴³³ LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**, p. 37-38.

⁴³⁴ ALMEIDA, Andrea Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**, p. 85.

⁴³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, p. 231.

tentativa de persuasão, aliás, quiçá convencimento, pois a *intuição* já seria o suficiente para a sua (personalíssima) decisão.

Repisamos: a dimensão da **ampla defesa** é medida a partir da observância do **devido processo**, pois tão mais ampla seria aquela quanto maior fosse a observância desse e de seus princípios correlatos, em uma estrutura normativa sob o modelo da **procedimentalidade ordinária**.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esclarecemos, pois, inicialmente, que a pesquisa superou em complexidade a expectativa inicial. No desenrolar dos estudos, foi possível perceber que um instituto de tamanha envergadura não se assenta em uma dissertação de mestrado, sendo certo que o desafio já fica pré-definido para o doutoramento.

A intenção inicial de conjecturar a **ampla defesa** como um instituto próprio ao exercício da linguisticidade processual por meio de argumentações mostrou-se como desafio e encontrou uma série de barreiras no percurso, as quais procuramos desconstruir. O estudo, ainda perfunctório, permitiu-nos cogitar ser possível uma teoria da argumentação jurídica de natureza processual democrática a partir da teoria neoinstitucionalista do processo.

Quando buscamos demarcar as bases do nosso estudo, o que era uma exigência para se esboçar a *semente*, permitindo-nos a metáfora, de uma teoria processual da **ampla defesa**, vimos que a sociedade e o Estado, apesar de quase 30 anos da promulgação da constituição, ainda não foram capazes de se formarem em um paradigma democrático.

Ao contrário disso, vimos a insistência de vigência de um estado liberal que vinca como iguais, sem ofertar uma teoria normativa para essa fixação, além de conviver com um estado eminentemente de cunho social, cujo assistencialismo representa uma forma de dominação legítima e escamoteia o paradigma democrático. A consequência do tardio ingresso no plano democrático é a persistência de uma sociedade pressuposta cruel e excludente, que conta com uma justiça *civil* não includente, embora sua bandeira seja a distribuição de justiça social.

Tais coletas nos permitiram estabelecer críticas e apresentar a proposta, já aclamada há anos por teóricos comprometidos democraticamente com o povo, de efetivação de um Estado Democrático de Direito a partir da legitimação pela teoria do processo, onde o processo deixa de ser instrumento da jurisdição, para ser uma instituição constitucionalizada de criação, modificação e extinção do ordenamento jurídico e, logo, a co-instituição construtiva de uma comunidade jurídico-política.

Vimos, no entanto, que, para alcançar o paradigma democrático, é essencial a superação da falácia da concepção filosófica da dogmática analítica, que garante há anos a hegemonia do *civil* na condução da sociedade pressuposta. O comprometimento do direito com a dogmática analítica parece-nos impedir qualquer cogitação de implementação do direito democrático. Sob os estigmas de *segurança, justiça e paz*, impedem o desenvolvimento do direito em níveis democráticos, razão pela qual o método dogmático foi

peremptoriamente excluído de qualquer cogitação para a presente pesquisa.

Ao contrário, demonstramos a necessidade de estabelecer uma metodologia crítica que permite revisitar, recriar e relegitimar o ordenamento jurídico. Essa teoria metodológica é o racionalismo crítico, cunhado por Popper e trazido ao direito por Rosemiro Pereira Leal, como forma de sustentar uma teoria da lei democrática. O método racionalista crítico nos é indispensável para tal fim, em razão de ser um método que teoriza e submete seus resultados à crítica incessante. Entretanto, especificamente no direito, para estabelecer tal crítica foi necessário a busca de uma teoria processual que a permitisse.

Daí que vimos que, do instrumentalismo ao constitucionalismo, não foi possível estabelecer um *locus* no qual o ordenamento jurídico pudesse submeter-se à crítica, haja vista as teorias do processo que, até então, se submetiam integralmente ao decisor, apresentando comprometimento com o Estado sócio-liberal e conectado à dogmática analítica. Assim elegemos nosso marco teórico, que não poderia ser outro senão a teoria neoinstitucionalista do processo, teoria esta que alcançou o *status* de teoria do direito por conjecturar meios para legitimação e efetivação do paradigma democrático. O ganho teórico, a partir da caracterização do processo como instituição jurídica-linguística, é que nos permitiu cogitar a **ampla defesa** como direito fundamental de argumentação plena.

Assim, sob tais demarcações, foi-nos possível iniciar a conjectura do que seria a **ampla defesa**. Nessa quadra, tivemos que nos monitorarmos e nos precavermos em face da possibilidade de se qualificar nossa proposta como *garantista ou pan-principiológica*. Preocupamo-nos, antes de coletar um conceito a partir de nosso marco teórico, demonstrar que, para nós, a partir da metodologia científica e teórica de Popper, a **ampla defesa** é um instituto principiológico autocrítico. Por outro lado, foi necessário pontuar que o direito-garantia à **ampla defesa** não demanda de *proteção garantística do decisor*, haja vista ser uma um instituto compositivo fundante de direitos líquidos, certos e exigíveis, já definidos no plano co-instituente da constitucionalidade discursiva da lei constitucional brasileira de 1988.

Preocupamo-nos ainda, em desvincular a ideia de argumentação jurídica da pesquisa de teorias atualmente desenvolvidas, para perfilá-la à teoria da argumentação, a partir de um viés crítico, inclusivo e isomênico.

Essas conjecturas autorizaram-nos a coletar e conjecturar um esboço de um conceito para o direito-garantia à **ampla defesa**, o que fizemos com apoio em nosso marco teórico, sem a preocupação de esboçarmos uma singularidade conceitual, o que seria mais apropriado para uma tese. Assim, *conjecturamos que a ampla defesa poderia ser caracterizada como a possibilidade de exauriência argumentativa na procedimentalidade*

ordinária regida pelo devido processo constitucional.

No entanto, ao coletar o conceito foi necessário, para continuar nossa incursão, desfazer algumas confusões, especificamente, duas em especial: **ampla defesa** como sinônimo de defesa e, **ampla defesa** como consectário do contraditório. Para tanto, embrenhamo-nos na pesquisa sobre a defesa jurídica e estabelecemos a correlação com a **ampla defesa**.

Logo após, vimos a necessidade de teorizar e explicitar a coextensividade entre os princípios autocríticos. Vimos que é a partir dessa coextensividade que se encaminha o sentido de uma exauriente argumentação pelo direito-garantia à **ampla defesa**. Daí, passamos pela teoria democrática da prova, haja vista que a exauriência de argumentos necessita da prova em um viés democrático para se efetivar.

Estabelecido esse quadro de fundamentação, conceito e correlação sistêmica, percebemos que mesmo diante de todas as conquistas implementadas pela teoria processual e constitucional, ainda se verificam institutos que se apresentam como entraves ideológicos aos conteúdos coletados. Isso nos fez dissertar e pleitear, ainda que brevemente, a desconstrução da racionalidade modernista, que se liga a um dos pontos levantados na demarcação teórica, que é a dogmática analítica. No viés da racionalidade modernista, que se dedica ao *mestre*, vimos a impossibilidade de fruição da **ampla defesa**. O mesmo se verificou nas pretensões de sumarização cognitiva e de mitigação da **ampla defesa**, em prol de uma vã celeridade. Aliás, foi necessário apresentarmos a confusão levada a efeito, na atualidade, entre duração razoável do processo, princípio de índole constitucional e a celeridade processual, que representa a cumulação de fases em busca de solução rápida da *lide*, conferindo poderes exclusivamente ao juiz de dicção do direito, em prejuízo da ampla argumentação demarcada pelo **devido processo**.

Ao dissertarmos sobre esses entraves, mostrou-se ainda mais necessário, a elaboração de um capítulo conclusivo, a partir de todos os enunciados discutidos, com a finalidade final de demonstrar o que seria a expressão *ampla* na **ampla defesa**. Esse trecho da pesquisa descortinou a necessidade de que, para a perfeita fruição do direito-garantia à **ampla defesa**, é imprescindível que a parte esteja em juízo democrático e que o desenvolvimento dos atos se dê por um modelo normativo caracterizado pela procedimentalidade ordinária e plenária, com a regência do devido processo. A partir desses três perspectivas: o juízo democrático, a procedimentalidade ordinária e o devido processo constitucional é que se apresenta como possível a fruição do direito-garantia à **ampla defesa**.

REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ADORNO, Theodor W. **Indústria cultural e sociedade**. Seleção de textos Jorge M. B. de Almeida. Tradução Elisabeth Levy. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua**. Tradução Henrique Bueno. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2010.
- AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de et al. Ação e jurisdição em Oskar von Bülow. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.). **Estudos continuados de teoria do processo**. São Paulo: Thomson, 2005. v. VI, p. 15-51.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ALMEIDA, Andrea Alves et al. Por trás do discurso normativo do CPC de 1973: teoria ou ideologia? In: LEAL, Rosemiro Pereira; ALMEIDA, Andréa Alves de (Coord.). **Comentários críticos à exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos e Cruz, 2011. v. 1, p. 35-113.
- ALMEIDA, Andrea Alves. **Espaço jurídico processual na discursividade metalinguística**. Curitiba: CRV, 2012.
- ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Tradução Orestes Nestor de Souza Laspro. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 22, n. 87, p. 61-69, jul./set. 1997.
- ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática**. 2014. 185 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.
- ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **A lealdade na processualidade democrática: escopos fundamentais do processo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1979.
- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Mario da Gama Kury. Brasília: Ed. da UnB, 1985.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal: a necessidade de uma interpretação das reformas do processo penal a partir da Constituição. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 331-345.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe. **Prisão e medidas cautelares**: nova reforma do processo penal – lei n. 11.403/2011. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BARROS, Flaviane Magalhães; CARVALHO, Marius Fernando Cunha de; GUIMARÃES, Natalia Chernicharo. O princípio da **ampla defesa**: uma reconstrução a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito. **Provocações**, Sete Lagoas, n. 2, p. 35-51, jan./dez. 2006.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 7. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia aristotélica**. São Paulo: Manole, 2003.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução Márcio Pubgliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BOURDIEU, Pierre; EAGLETON, Terry. A *doxa* e a vida cotidiana: uma entrevista. In: ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010. p. 265-278.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 623.228-SP. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 14/08/2007. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2442007>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.354-PR. Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 10/08/2004. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 set. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2047334>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. O surgimento do Estado Republicano. (Trabalho apresentado III Simpósio Internacional sobre Justiça, Porto Alegre, 1-5/09/2003). **Lua Nova Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 62, p. 131-150, fev. 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Campinas: LZN, 2005.

CAMARGO, Margarida Lacombe. **Hermenêutica e argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Tradução Lisa Pary Scarpa. 4. ed. Campinas: Book Seller, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I e II.

CARRIÓ, Genaro. **Sobre los limites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001.

CASTRO JUNIOR, Roberto Apolinário de. Confronto principiológico entre os códigos de processo civil de 1939 e 1973. In: LEAL, Rosemiro Pereira; ALMEIDA, Andréa Alves de (Coord.). **Comentários críticos à exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para elaboração de um novo CPC**. Franca: Lemos e Cruz, 2011. v. 1, p. 77-101.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o estado**. Porto: Afrontamento, 1979.

COSTA, Reginaldo da. **Ética do discurso e verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. A contribuição da constituição democrática ao processo penal inquisitório brasileiro. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 221-231.

COUTURE, Eduardo. **Introdução ao estudo do processo civil**: discursos, ensaios e conferências. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Líder, 2008.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo**: teoria da legitimidade democrática. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DEL NEGRI, André. **Processo constitucional e decisão *interna corporis***. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DERRIDA, Jacques. **Posições**. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2001.

DERRIDA, Jacques. **Writing and difference**. Tradução Alan Bass. London and New York: Taylor and Francis e-Library, 2005.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUDLEY, Will. **Idealismo alemão**. Tradução Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2013.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed.. São Paulo: Ed. da USP, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Elaine Nassif. Campinas: Book Seller, 2006.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di diritto processuale**. Padova: CEDAM, 1975.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Tradução Raquel Ramalhete. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades do processo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Tradução Flávio Beno Siebeneicheler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. I: Entre faticidade e validade.

HABERMAS, Jürgen. Que significa socialismo hoje? Revolução recuperadora e necessidade de revisão de esquerda. Tradução Márcio Suzuki. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 30, p. 43-61, jul. 1991.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Tradução Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, jan./jun. 1995. 157 p.

HABERMAS, Jürgen; RAWLS, John. **Debate sobre el liberalismo político**. Tradução Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOMRICH, Adriana Chaves Borges. **O conceito de superego na teoria freudiana**. 2008. 247 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Instituto de Psicologia, São Paulo.

HUME, David. **Resumo de um tratado da natureza humana**. Tradução Rachel Gutiérrez e José Sotero Caio. Porto Alegre: Paraula, 1995.

KANT, Immanuel. **Prolegómenos a toda a metafísica futura**. Tradução Artur Morão. Lisboa: Edições Setenta, 1988.

KAUFMANN, Matthias. Discurso e despotismo. In: MOREIRA, Luiz; MERLE, Jean-Christophe (Org.). **Direito e legitimidade**. Tradução Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2003. p. 94-106.

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

LEAL, André Cordeiro. A inconstitucional ancianidade do (ante)projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: LEAL, André Cordeiro; MURTA, Antônio Carlos Diniz. **A tensão entre o público e o privado**: ensaios sobre os paradoxos do projeto democrático constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p. 97-112.

LEAL, Rosemiro Pereira. A continuidade do imperialismo do saber em Husserl. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **A relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 169-174.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, Belo Horizonte, ano 5, n. 2, dez. 2006. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. Direitos fundamentais do processo na desnaturalização dos direitos humanos. **Virtuajus - Revista Eletrônica**, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, jul. 2006. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2006/Docentes/pdf/Rosemiro.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. **Revista de Direito da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 44, p. 265-277, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. O *due process* e o devir processual democrático. In: ROSSI, Fernando et al. (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 581-594.

LEAL, Rosemiro Pereira. O estar em juízo democrático. In: AURELLI, Arlete Inês et al. (Coord.). **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**: estudos em homenagem a Thereza Alvim. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014. p. 371-379.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **A relativização inconstitucional da coisa julgada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 23-32.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus – Revista Eletrônica**, Belo Horizonte, v. 4, n. 1, jul. 2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2005/Docentes/PDF/processo%20civil%20e%20sociedade%20civil.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

LUNO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion**. 6. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

LYOTARD, Jean-François. **O pós-moderno**. Tradução Ricardo Corrêa Barbosa. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Forjadores del derecho procesal constitucional**. Buenos Aires: AD-HOC, 2009.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade da supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo: princípios constitucionais do processo**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 123-143.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli – notas preliminares. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 145, p. 41-46, jan./mar. 2000.

MARCONDES, Danilo. **Filosofia analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. 2 ed.. Rio de Janeiro: Lumens, 2011.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Estudos em Avaliação Educacional**, São Paulo, n. 20, p. 183-202, jul./dez. 1999.

MITIDIEIRO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIEIRO, Daniel Francisco. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MONTEIRO, Claudia Sevilha. **Teoria da argumentação jurídica e nova retórica**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte, 2004.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Guilherme Peres. **Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Plícia Araujo de et al. Motivação sob a perspectiva da teoria da autodeterminação: um estudo da motivação de alunos do curso de ciências contábeis da

universidade estadual de montes claros. In: CONGRESSO USP DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM CONTABILIDADE, 7, 2010, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Ed. USP, 2010. Disponível em: <<http://www.congressousp.fipecafi.org/web/artigos102010/402.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. 2014. 220 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O ônus da prova no processo democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PAOLINELLI, Camilla Mattos; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. O novo código de processo civil: notas sobre o projeto barradas. In: FREIRE, Alexandre (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 439-468.

PEDROSO JUNIOR, Neurivaldo Campos. Jacques Derrida e a desconstrução: uma introdução. **Revista Encontros de Vista**, Dois Irmãos-PE, ed. 5, p. 1-12, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.encontrosdevista.com.br/Artigos/Neurivaldo_Junior_Derrida_e_a_desconstrucao_uma_introducao_final.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica filosófica e constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica**. Tradução Virgínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização**: normas da ABNT para apresentação de teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos. 9. ed. rev. ampl. atual. Belo Horizonte: PUC Minas, 2011. Disponível em: <<http://www.pucminas.br/biblioteca>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 1974.

POPPER, Karl Raimund. **A miséria do historicismo**. Tradução Octany S. da Mota e Keonidas Hegenberg. São Paulo: EDUSP, 1980.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987. t. II.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento objetivo**: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

QUINTÃO, Mário Lúcio Soares. **Teoria do estado**: novos paradigmas em face da globalização. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SALTINI, Rafael. Kant, a democracia e o liberalismo. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 185-202, jan./jun. 2010.

SANTOS FILHO, Orlando Venâncio dos. **A dogmatização da ampla defesa**: óbice a efetividade do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. Lisboa: Edições 70, 1986.

SHOPENHAUER, Arthur. **O mundo como verdade e representação**. Tradução M. F. Sá Correia. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

SILVA, Juremir Machado da. **Entrevistas marcantes**: Habermas e a modernidade. Porto Alegre, 28 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.correiodopovo.com.br/blogs/juremirmachado/?p=4140>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

SOUZA, Artur Cesar de. **A parcialidade positiva do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Fernanda Gomes e. **A prova no processo civil democrático**. 2012. 171 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte.

STIELTJES, Claudio. **Jürgen Habermas**: a desconstrução de uma teoria. São Paulo: Germinal, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TAVARES, André Ramos. Justiça constitucional: superando as teses do legislador negativo e do ativismo de caráter jurisdicional. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo (Coord.). **Estudos de direito processual constitucional**: homenagem brasileira a Hector Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisado do direito. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 197-217.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Coord.). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 265-279.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: Ed. da UnB, 1979.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. A nova ordinariiedade: execução para cognição. **Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de MG**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 67-74, jul./dez. 2004.

VIEIRA, José Marcos Rodrigues. **Da ação cível**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). **Max Weber**. São Paulo: Ática, 2004. p. 128-141.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. **Polemica sobre la “actio”**. Tradução Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1974.

WOLF, Francis. Nascimento da razão, origem da crise. In: NOVAES, Adauto (Org.). **A crise da razão**. São Paulo: Cia das Letras, 2006. p. 67-95.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

ZIZEK, Slavoj. **Um mapa da ideologia**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.