

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Decisões judiciais e desconstrução hermenêutica no Estado
Democrático de Direito**

Bruno César Fonseca

**Belo Horizonte
2012**

Bruno César Fonseca

Decisões judiciais e desconstrução hermenêutica no Estado Democrático de Direito

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

Orientador: Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias

**Belo Horizonte
2012**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

F676d Fonseca, Bruno César
Decisões judiciais e desconstrução hermenêutica no estado democrático de direito / Bruno César Fonseca. Belo Horizonte, 2012.
182f.

Orientador: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Decisão (Direito). 2. Estado democrático de direito 3. Hermenêutica. 4. Constituição. I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Bruno César Fonseca

Decisões Judiciais e a Desconstrução Hermenêutica no Estado Democrático de Direito

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

Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (Professor orientador) – PUC Minas

Doutor Rosemiro Pereira Leal - PUC Minas

Doutor Gregório Assagra de Almeida – Universidade de Itaúna

Doutor Carlos Henrique Soares (Suplente)- PUC Minas

Belo Horizonte, 01 de fevereiro de 2012

À minha amada e dedicada esposa Renata,
aos meus desprendidos filhos Maria Eduarda e Pedro,
que na mais tenra idade souberam compreender a ausência do pai.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais Paulo Lima Fonseca e Grácia Maria Fonseca, por todo o apoio e torcida, aliados ao amor sempre dedicado e discussão da hipótese.

À minha esposa e filhos, por possibilitarem me ausentar para tessitura desta dissertação.

Ao meu orientador Professor Doutor Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, não só pelo exemplo de profissional e de docente que encanta quem com ele convive, mas pela amizade sincera, paciência e dedicação que sempre me servirão de exemplos na vida pessoal e profissional, um eterno ídolo.

Aos Professores Doutores Rosemiro Pereira Leal, Leonardo Marinho, Lucas Gontijo e José Luiz Quadros pela convivência nas disciplinas, nos corredores e nos eventos do Programa de Pós-Graduação da PUC Minas, pelos exemplos de profissionais dedicados, pela sempre boa vontade em atender aos anseios da ignorância do aprendiz e, não menos, pelas contribuições teóricas ao presente trabalho, neste ponto em especial, ao Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, exemplo de que a inteligência não precisa sobrepujar a docilidade.

Aos colegas, a quem faço menção honrosa, Fernanda Gomes, Renata Vilela, Jéssica Gonçalves e José de Assis, não só pelas discussões teóricas enriquecedoras, mas pela amizade que se construiu nesse momento especial de nossas vidas e pelo carinho com a chegada do meu segundo filho.

Aos meus alunos do curso de graduação em Direito e Serviço Social da Universidade Salgado de Oliveira-BH e a esta instituição, que me acolheu e me sorveu de incentivo para possibilitar a realização do curso de Mestrado.

A todos que deveriam ter sido citados nominalmente e que de alguma forma supriram minha ausência profissional e pessoal.

E este livro, eu não o enfeitei nem o sobrecarreguei com longos períodos, com palavras sonantes e empoladas, nem com algum outro arrebique ou ornamento amaneirado com os quais muitos adornam suas obras: por meu intento, ou nenhum mérito distinguirá meu livro, ou apenas a novidade da matéria e a sua gravidade o farão lograr boa acolhida. Tampouco desejaria que a um homem de reles e modesta condição fosse imputada a presunção de ousar discorrer a conduta política dos príncipes e preceituar-lhe as regras: (...), para conhecer a natureza dos povos, é preciso ser Príncipe, e para conhecer a dos príncipes, ser do povo.

Nicolau Maquiavel

RESUMO

A linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação, nível Mestrado, da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, *O processo na construção do Estado Democrático de Direito*, tem produzido importantes aportes teóricos a viabilizar uma democracia co-institucionalizada. Assim, nas leituras das obras edificadas e utilizadas por alunos e professores do programa, depreendeu-se o tema das decisões judiciais solipsistas, e o interesse pela pesquisa. Buscou-se expor e aplicar as teorias que se puseram à crítica da comunidade jurídica, a qual parece não refutá-las, ao revés, praticam um canibalismo teórico, jungindo às velhas enunciações liberais e sociais um herdeiro Estado Democrático de Direito que insiste em não se concretizar. Para testificação das hipóteses e teorias do programa, notadamente sobre o processo constitucional e a teoria neoinstitucionalista do processo, cunhou-se a hipótese da desconstrução hermenêutica, cujo significado extraiu-se da desconstrução derridiana e da teoria hermenêutica filosófica. Ao unirmos essas fontes extraiu-se o problema da pesquisa, as decisões judiciais cujo centro de significação não está no processo, tampouco na lei construída pelo devido processo, desconstroem a hermenêutica que caracteriza e informa o Estado Democrático de Direito? Após pesquisa de julgados, nos quatro maiores tribunais do país, e munidos da exposição teórica de hermenêutica, desconstrução, Estado Democrático de Direito e decisões judiciais, verificou-se que há realmente um sincretismo teórico que obstaculiza a concreção do *plus* normativo e teórico propiciado pela Constituição. Outrossim, o povo (legitimados ao processo) não tem consciência do seu papel frente ao princípio da soberania popular, entregando-se às práticas de violência nos atos estatais e, ainda, soerguendo um Estado mítico, ditador dos direitos e obrigações, por seus clarividentes agentes que, antes de serem funcionários públicos, são a voz e a vez do Direito.

Palavras-Chave: Decisão Judicial, Estado Democrático de Direito, Desconstrução, Hermenêutica, Constituição.

ABSTRACT

The line of research of the Post-Graduate, Masters level, of the Faculdade Mineira de Direito at PUC Minas, the process in building a democratic state, has produced important theoretical contributions to enable a co-institutionalized democracy. The readings of the works built and used by students and teachers of the program, it appears the subject of judicial decisions solipsistic, arousing the interest in research. We sought to testify theories that put the criticism of the legal community that seems to refute them, upside down, a practice cannibalism theory, added old liberal pronouncements and heir to a social democratic state that insists on not materialize. For witnessing of hypotheses and theories of the program, especially on the constitutional process and the neo-institutionalist theory of the process, coined the hypothesis hermeneutics of deconstruction, whose meaning was extracted from Derrida's deconstruction theory and philosophical hermeneutics. By uniting these sources was extracted from the research problem, judicial decisions whose center is not of significance in the process, either in law built by due process, deconstructing the hermeneutics that characterizes and informs the democratic State of Law? After I research all trials in the four largest courts in the country, all the information that I gather, of the theoretical hermeneutics, of the deconstruction, of the Democratic State of Law and of the judicial decisions, it proves that there really is a theoretical syncretism that builds barriers blocking the *plus* normative and theoretical of the Constitution. There for, the people (legitimized the process) are not aware of their role against the principle of popular sovereignty, indulging practice of violence acts in the state. Raising a Mythical Dictator State of the rights and obligations, for it insightful agents, before they are public servers are the voice of the rights.

Keywords: Judicial Decision, Democratic State, Deconstruction, Hermeneutics, Constitution.

LISTA DE ABREVIATURAS

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

DPJ – Departamento de Pesquisas Judiciárias

PLS – Projeto de Lei do Senado

PUC – Pontifícia Universidade Católica

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TRT/MG – Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais

v.g. – *verba gratia*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
1 DESCONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA.....	30
1.1 Teoria hermenêutica.....	30
1.2 Sobre a desconstrução.....	62
1.2.1 A desconstrução e o direito.....	69
1.3 Desconstrução hermenêutica.....	74
2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA CARACTERIZAÇÃO HERMENÊUTICA.....	80
2.1 Antecedentes e referenciais teóricos.....	83
2.2 Caracterização teórica do estado democrático de direito.....	90
2.3 Evolução teórica de processo.....	107
2.4 Teoria da processualidade como caracterização hermenêutica.....	121
3 DECISÕES JUDICIAIS.....	129
3.1 Acepção constitucionalizada de decisão judicial e sua estruturação técnica.....	129
4 DECISÕES JUDICIAIS E DESCONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	138
4.1 Exame do conteúdo decisório de alguns acórdãos.....	142
4.1.1 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.....	143
4.1.2 Tribunal de Justiça de São Paulo.....	147
4.1.3 Tribunal de Justiça do Rio De Janeiro.....	150
4.1.4 Tribunal de Justiça de Minas Gerais.....	154
5 A DESCONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA NO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 166/2010.....	161
6 CONCLUSÕES.....	166
REFERÊNCIAS.....	171

INTRODUÇÃO

Inicia-se a presente dissertação afastando-se um pouco das normas acadêmicas, as quais exigem uma introdução que exponha o problema, a hipótese e a evolução da pesquisa.

Lança-se de pronto um texto de Manoel de Barros, inserto no livro *Matéria de Poesia*, segundo capítulo (*Com os loucos de água e estandarte*), poema nº2:

Assim falou Gidian(ou Gedeão)
que assistia nos becos:

“Poeta Quintiliano me nomeou Principal
Sou lobisomem particular
Eurico me criou desde criança
Para lobisomem
Me inventei

Fui procurar dentro do mato um preto Germano
Agostinho, que operava com ervas
Mandou botar as unhas no vinagre vinte dias
Apreendi grande

Só as dúvidas santificam
O chão tem altares e lagartos

Remexa o sr.mesmo com um pedacinho de arame
Os seus destroços
Aparecem bogalhos

Quem anda no trilho é trem de ferro
Sou água que corre entre pedras:
- liberdade caça jeito

Procuro com meus rios os passarinhos
Eu falo desmendado

Me representa que o mundo
(...), tem de tudo:
- cabelos de capivara
Casaca de tatu...

Gosto é de santo e boi
Saber o que tem da pessoa na máscara
é que são!
Só o guarda me escreve

Palavras fazem misérias
Inclusive músicas!

Eu sou quando e depois
Entro em águas...”¹

¹ BARROS, Manoel. *Matéria de Poesia*, p.31-32. A única parte do poema não transliterada é a que se encontra com reticências entre parênteses, mas não afeta o objetivo, as demais, inclusive a estrutura, estão fidedignas.

Essa aparente rebeldia, que é meramente argumentativa, tem o condão de expor que a desobediência das normas técnicas (preestabelecidas pelas normas acadêmicas) acarreta certa revolta ou indignação no locatário do discurso, assim como, a irritabilidade que ocasiona uma decisão judicial que não reconheça direitos líquidos e certos, previamente estabelecidos na Constituição, razão da presente pesquisa: é dizer, a desobediência às normas, antes de ser liberdade do locador do discurso, é ofensa.²

Na poesia manoelina retro citada, verifica-se uma desorganização estrutural que contraria as normas de citação³, por outro lado, utiliza-se um poema que denota uma significação estranha aos códigos preestabelecidos na língua e na realidade (contexto de significação), dos quais não se tem pré-conhecimento, precisando construir uma significação própria, se quiser compreendê-lo.

O próprio Manoel de Barros denomina sua técnica de “desencontro da palavra com a ideia”, como descreve Adalberto Müller Júnior, que apresenta a obra citada. Segundo Müller, Manoel de Barros trabalha com a frase, em forma “sintaticamente lógica, [a qual] é submetida a um desarranjo semântico (a um ‘ilogismo’) pelo encontro inusitado de realidades aparentemente incompatíveis.”⁴

A decisão que foge a uma teoria hermenêutica instalada na Constituição é como um poema de Manoel de Barros, que o brilhante poeta desculpe a comparação, isto é, uma poesia cujo significado é inteligível somente pelo seu autor e cada leitor idiossincraticamente eleja o que ela venha a emanar, que pode ser simples autoridade, justeza ou violência.

Ademais, Manoel de Barros viabiliza uma “experiência na linguagem”, que falseia o entendimento de que se descreve por meio da linguagem um mundo que é pré-dado, também confirmando a tese de que a metalinguagem (natural ou científica) é parte da própria linguagem, servindo para descrevê-la, isto é, uma linguagem que descreve outra linguagem.

Essa característica é denominada reflexibilidade da metalinguagem e possibilita retirar a linguagem do esquema língua-mundo, assim, o sentido é construído na própria linguagem e não em fatores extralingüísticos (objeto-realidade do mundo).

² Aqui se pede vênia à Umberto Eco, pois a ironia inicial, antes de querer confundir a compreensão do leitor é demonstração da tese que se quer defender. Cf. ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*, p.117-119.

³ Cf. GALUPPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas*, p.153-155.

⁴ MÜLLER JR., Adalberto. *Em pleno uso da poesia*, p.1 “orelha assinada”.

Com efeito, nas lições de Edna Nascimento:

“A metalinguagem, característica fundamental de qualquer sistema de significação, como já foi bastante propalado, é responsável por duas propriedades essenciais que distinguem as línguas naturais dos demais sistemas signícos: 1) onipotência — toda língua natural é metalinguagem universal, é com ela que o homem traduz com mais eficiência os outros sistemas semióticos que o cercam no seu cotidiano; 2) reflexibilidade — toda língua natural constitui-se em sua própria metalinguagem.”⁵

Essas lucubrações no campo da linguagem nos servirão de base para fundamentar uma técnica hermenêutica que coadune com a Constituição da República, para tanto, parte-se da acepção de língua como “conjunto de convenções necessárias, adotadas pelo corpo social para permitir” a “faculdade da linguagem”⁶.

O signo linguístico “é uma coisa que representa uma outra coisa”, e representa de forma mediada essa coisa(ou objeto) “para um intérprete”, essa representação produz “outro signo que traduz o significado do primeiro (é o interpretante do primeiro)”, daí a conclusão de que “o significado de um signo é outro signo”.⁷

Não se quer com essas acepções dizer que não se possam abalá-las, nem tampouco que tais noções determinem o cair numa rede de significação irretorquível, em que se tornaria o intérprete um “dicionário ambulante”. Tão somente, que tais acepções servirão como ponto de partida, mesmo porque, sem tais convenções, nada do que aqui é escrito seria compreensível, se códigos interpretantes não fossem previamente outorgados.

Daí novamente a importância da metalinguagem, inclusive como espaço de criatividade para enunciações hipotético-dedutivas e não condenação ao “saber e a ignorância” da “linguagem em si mesma”, mítica.⁸

Ao longo da pesquisa serão apresentadas as chaves que permitem sair dessa rede mítica da linguagem, mas já se aponta nestas linhas introdutórias, uma solução metalinguística, novamente louvando-se nos dizeres de Edna Nascimento:

⁵ NASCIMENTO, Edna Maria F. S. *Metalinguagem natural e teoria da linguagem*, p.115.

⁶ SAUSSURE, Ferdinand. *Curso de Linguística Geral*, p.15.

⁷ SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*, p.78.

⁸ “A teorização da linguagem e a teorização da crítica da linguagem ficaram proibidas a ponto de qualquer esboço para enunciá-las se tornar arrogância intolerável ante os que delas se servem em seu esplendor e magia. A linguagem adquiriu a condição inabalável de guardião do homem e de sua razão de ser, indispensável a uma ‘comunicação’ natural e a um agir respeitoso, insuscetível de violações em seu arcabouço estrutural. É como se o sagrado e o profano, numa quimera arquetípica, lutassem nela pela posse exclusiva de seu saber intrínseco e poderoso. O saber e a ignorância passaram a ser **linguagem em si mesma** em suas metamorfoses fantásticas e mirabolantes, no seu jogo de desvelamentos e fugas malabarísticas, de rendição e dominações, de amor e ódio, alegria e tristeza.” LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.230.

“A noção de metalinguagem elimina a necessidade de se estabelecer um vínculo entre língua/mundo. Para o estudioso de língua, essa relação falaciosa deixa de ser pertinente e é substituída pela relação língua-objeto/metalinguagem. O que se impõe no estudo do sentido é a própria linguagem, não o ‘objeto’, a ‘realidade do mundo’ — fatores extralingüísticos —, mas fatos lingüísticos, linguagens. Lógicos, principalmente Alfred Tarski (10, p.13), não têm deixado de ressaltar que as ‘significações lingüísticas’, constituídas pelo sistema das relações analíticas de uma expressão com outras expressões, não pressupõem a presença das coisas. Uma das grandes contribuições de Tarski para a ciência da linguagem foi a ênfase dada, nos seus estudos de semântica, a uma linguagem artificial secundária denominada por ele metalinguagem.”⁹

A tradução de um pensamento gera um novo pensamento, contudo o ato interpretativo pode e deve ser normatizado, controlando os sentidos que se possam denotar do discurso.

Jacques Derrida, ao definir a indecidibilidade como condição para a decisão, denuncia que as subjetividades própria e institucional, contribuem para manutenção da cultura dominante¹⁰, afastando a possibilidade de compreensão dos demais indivíduos. Ademais, as subjetividades criam interpretações variadas, agravando a incompreensão do discurso de significação.

Uma das formas de se controlar a interpretação desenfreada, a qual é de difícil apreensão pela comunidade linguística, é o estabelecimento de um *locus* de significação, ainda mais se o signo constante daquele discurso for, por sua formação, convencional (signo de lei), porque o resultado da interpretação deve traduzir o signo anterior, não contrariá-lo, sob pena de desencontro do texto com a ideia.¹¹

⁹ NASCIMENTO, Edna Maria F. S. Metalinguagem natural e teoria da linguagem, p.115.

¹⁰ Cf. DERRIDA, Jacques. Una filosofía Deconstructiva, p.1. Para Derrida “Entre o indecidível e a decisão não há contradição: o indecidível é a condição da decisão. Toda decisão envolve uma avaliação da situação única em que se assume a responsabilidade de articular e negociar esses dois gestos contraditórios. Não há regra geral, nem garantia preestabelecida. Estamos sempre presos a um espaço que é, ao mesmo tempo, o da subjetividade crítica e da subjetividade funcional ou institucional. Não creio que esta oposição nos permita eleger entre ambas, porque não existem zonas selvagens de não-institucionalidade. Creio que em nome da crítica emancipatória, devemos fazer tudo para não nos tornar intelectuais de Estado, orgânicos ou funcionais, nem tampouco ‘agentes culturais’. Mas de fato, participamos inevitavelmente de tudo que rechaçamos: não se trata de negar essa condição, mas de realizar um trabalho que incomode ou perturbe a ordem dominante da cultura.” No original: “Entre lo indecidible y la decisión no hay contradicción: lo indecidible es la condición de la decisión. Cada decisión supone una evaluación de la situación singular en la que se toma la responsabilidad de articular y negociar estos dos gestos contradictorios. No hay regla general ni garantía preestablecida. Estamos siempre atrapados en un espacio que es, a la vez, el de la subjetividad crítica y el de la subjetividad funcional o institucional. No creo que esta oposición nos permita elegir entre ambas porque no existen zonas salvajes de no-institucionalidad. Creio que en nombre de la crítica emancipadora, debemos hacer todo lo posible para no volvernos intelectuales de Estado, intelectuales orgânicos o funcionarios, ni tampoco “agentes culturales”. Pero de hecho participamos inevitablemente en todo lo que rechazamos: no se trata de negar esa condición sino de realizar un trabajo que incomode o perturbe el orden dominante de la cultura.”

¹¹ Cf. SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*, p.69.

No direito a norma é pré-dada, tendo as partes e o juízo acesso anterior à deflagração do conflito, sendo o elemento extradiscursivo a ser utilizado no processo de significação, conforme será tratado no primeiro capítulo.

Não se quer dizer com isto, que devam ser ignoradas situações complexas que envolvam a normatividade como, por exemplo, a história, as situações econômicas e sociais, as condições em que se estabeleceram as relações jurídicas entre as partes, nem se quer afirmar que a liberdade do julgador esteja mecanizada, portanto, “sem liberdade”¹², tão somente que o resultado da interpretação não pode ser uma criação distinta do que o signo da norma preconiza, sob pena de transformar liberdade em arbítrio.

Lúcia Santaella expõe que o *interpretante* traduzirá o signo anterior em outro de mesma natureza. Assim, se o *interpretante* está normatizado, sua significação não pode ser dada a partir de ideologias, experiências, ou quaisquer subjetividades, porque retira dos demais indivíduos a possibilidade de crítica.¹³

Nesta pesquisa, busca-se combater a ideologia como interpretante na atividade judicial, isto é, a ideologia particular do julgador imposta aos jurisdicionados, sem possibilidade de participação e ingresso destes na significação que os fatos e o direito em debate serão submersos no ato decisório, tornando-se impenetrável aos destinatários do discurso.

Também não é comprazedor, às ideias aqui difundidas, a sobreposição da ideologia à teoria, razão pela qual se delimita nestas linhas introdutórias a acepção para o termo.

Como leciona Michael Löwy, o termo ideologia é outorgado a um filósofo francês, Destutt de Tracy, que publicou, em 1801, o tratado denominado *Eléments d’Idéologie*. Napoleão associou os ideólogos à metafísica, e em que pese Destutt concluir por uma análise científica materialista, o uso corrente no início do século XIX originou-se de Napoleão, sendo uma metafísica especulativa, que ignora a realidade.¹⁴

Em *A ideologia Alemã*, de Marx, a ideologia “aparece como equivalente à ilusão, falsa consciência, concepção idealista na qual a realidade é invertida e as ideias aparecem como motor da vida real”. Posteriormente, Marx atribui às “formas

¹² GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. *Direito: razão e sensibilidade*, p.180.

¹³ “Se o signo for convencional, ou seja, signo de lei, por exemplo, uma palavra ou frase, o interpretante será um pensamento que traduzirá o signo anterior em um outro signo da mesma natureza, e assim *ad infinitum*” (SANTAELLA, Lúcia. *O que é semiótica*, p.82).

¹⁴ LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social: elementos para uma análise marxista*, p.11-12.

ideológicas” a consciência da vida real, enumerando-as “como sendo a religião, a filosofia, a moral, o direito, as doutrinas políticas”, dentre outras. Mannheim, mais tarde, distingue ideologia e utopia. Após essas incursões, Michael Löwy conclui que ideologia está ligada numa concepção hipotética à “visão social de mundo”.¹⁵

No primeiro capítulo, discorre-se sobre o interpretante ideológico de Edward Lopes, bem como se expõem diversas enunciações hipotéticas para afastar da interpretação a ideologia e suplantá-la pela teoria, pela norma processualmente edificada, como preconiza a teoria da lei democrática, de Rosemiro Pereira Leal.

Portanto, vincar a interpretação judicial à visão social de mundo do julgador, em princípio, é excluir da atividade estatal a participação dos destinatários, por não se poder afirmar estarem as partes ingressadas nessa mesma ideologia, até porque não diz a Constituição que o juiz é a voz da “ideologia dominante.”

Aqui são pertinentes as observações de Georges Burdeau sobre a legitimidade do poder, retomada no segundo capítulo desta dissertação. Segundo Burdeau, a instituição estatal dissocia o poder e os homens que estão encarregados de exercê-lo, deslocando-se o suporte da autoridade. A legitimidade, ensina Burdeau, é uma relação criada por uma norma, “para que ela apareça é então preciso que exista uma norma relativamente à qual se possa apreciá-la.”¹⁶ E não há norma que coadune com o texto constitucional ao autorizar o julgador ser portador de uma visão de mundo que deva ser imposta às partes, ainda mais, sem que as partes possam ter tido acesso à esta visão antes da decisão.

Tal imposição implica em violência, e aí se recorre a Jacques Derrida, que visou combatê-la, em especial, nos discursos que possuam um centro rígido de significação, cujas bases não possam ser perquiridas. A filosofia desconstrutiva juntamente com a teoria hermenêutica, estudadas no primeiro capítulo, possibilitam formar hipóteses de aplicação para a expressão “desconstrução hermenêutica”, ponto central de análise das decisões ulteriormente selecionadas no quarto capítulo.

¹⁵ LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social*: elementos para uma análise marxista, p.12-13. “Para Marx, claramente, a ideologia é um conceito pejorativo, um conceito crítico que implica ilusão, ou se refere à consciência deformada da realidade que se dá através da ideologia dominante: as ideias das classes dominantes são as ideologias dominantes na sociedade.” (p.12) Em Mannheim temos: “ideologia total que é o conjunto daquelas formas de pensar, estilos de pensamento, pontos de vista, que são vinculados aos interesses, às posições sociais de grupos ou classes; ideologia em seu sentido estrito, que é a forma conservadora que essa ideologia total pode tomar, em oposição à forma crítica, que ele chama de utopia.” (p.13)

¹⁶ BURDEAU, Georges. *O Estado*, p.83.

No segundo capítulo deste texto, buscou-se demarcar as características do Estado Democrático de Direito, em especial, para se eleger uma técnica hermenêutica que coadune com essa concepção teórica de Estado.

A presente pesquisa dissertativa pauta-se na vinculação, bem delineada por Ronaldo Brêtas, das atividades estatais no Estado Democrático de Direito, do qual exsurge uma *teoria do direito democrático*, pela qual o ato de decidir deve estar revestido de uma *hermenêutica constitucional democrática*, com direitos fundamentais pré-definidos (julgados na constituinte), consistindo-se, pois, na execução desses direitos, como assevera a teoria *neoinstitucionalista* do processo, cunhada por Rosemiro Pereira Leal, exposta no segundo capítulo.

Nesse contexto democrático, o processo deve ser visto como procedimento em contraditório, a fim de possibilitar que a decisão se forme a partir da paridade que se instala no devido processo constitucional.¹⁷

O judiciário que age com visões de mundo solipsistas, ainda que de maneira não intencional, se encontra longe do povo, esta é a conclusão provisória alçada. As obras utilizadas têm em comum não só a demonstração do poder destrutivo das ideologias, mas como todos os autores foram instados a combater pré-conceitos tidos como verdades absolutas à maneira do *cogito* cartesiano, saberes insertos na cultura, *topoi*, tais denúncias é tudo o que se pretende no presente texto, ora entregue à crítica da comunidade acadêmica.

A Escola Mineira de Direito Processual¹⁸, na sua linha de pesquisa *O processo na construção do Estado Democrático de Direito*, permite que a abordagem de antigos institutos processuais, oriundos muitas vezes de um sistema *pré-constitucional democrático*, possa ser refeita sob a ótica de um direito democrático, sob o qual deve ser proferida a decisão judicial, neste texto revisitada pelas bases teóricas apreendidas na referida linha de estudos.¹⁹

Ao final, pretendeu-se erigir uma técnica hermenêutica que permita extrair do procedimento uma decisão constitucional, é indispensável, portanto, neste título, a demonstração das bases epistemológicas do pensamento aqui versado,

¹⁷ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.13.

¹⁸ A Escola Mineira de Direito Processual do programa de Pós-Graduação da PUC-Minas, conforme já exposto em: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*, p.201-260.

¹⁹ Cf. REIS, Francis Vanine de Andrade. TAVARES, Fernando Horta. *Natureza e convenção: uma crítica à visão essencialista do interesse processual a partir da mecânica social de K. Popper*, p.110-111. "A linha de pesquisa desenvolvida no mestrado em Direito Processual da PUC MINAS, intitulada de 'O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito', permite a oportunidade de estudos envolvendo o repensar de institutos ainda não refletidos a partir da adoção do padrão democrático de construção pacífica e racional do conviver." (p.111)

notadamente, o que se pretende alçar com o termo técnica. Como a técnica a ser proposta não se trata de mera habilidade, impende discorrer sobre ciência, e sua relação com a técnica.

Aroldo Plínio Gonçalves aduz que toda ciência pode ser entendida de duas formas, uma “como um conjunto de conhecimentos fundamentados”, outra “como uma atividade criadora de conhecimento”, portanto, em que pesem as disputas doutrinárias para aperfeiçoamento da noção do vocábulo, conclui de forma simples “que o termo ciência refere-se ou ao conhecimento obtido, ou à atividade desenvolvida para obtê-lo”.²⁰

Rosemiro Pereira Leal, com apoio em Karl Popper e Gaston Bachelard, assevera que, em tempos atuais, a ciência nas acepções traduzidas alhures não é mais voltada à criação de conceitos universais, eis que todo enunciado científico permanece *provisório para sempre*. Isto significa dizer que a ciência não mais está ligada invariavelmente à definitividade, e esta é uma acepção pós-moderna de ciência, *obra da discursividade*.²¹

Essa acepção não tem encontrado, na área do Direito, como assevera Rosemiro Pereira Leal, índices consideráveis “de pesquisa para produção e verificabilidade de novas teorias”. Tal insucesso atribui-se ao sistema da *common law*, adotado por nações hegemônicas, nas quais os conflitos são resolvidos pela *idiosincrasia* dos juízes e, ainda, pela

“ideologia medieval do ‘civil law’, onde a dominação político-econômica é componente histórica e direcionadora dos provimentos. A solução dos litígios, nesse patamar, não elide ou reduz a massa de conflitos na sociedade, mas assegura uma conflitualidade desejada, permanente e necessária à imobilização do pensamento crítico.”²²

Aroldo Plínio Gonçalves aduz que “a noção geral de técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades.” Nesse sentido, toda técnica genuína deve encontrar-se iluminada pelas luzes da ciência.²³

Rosemiro Pereira Leal acentua que a técnica precede à ciência, e “a atividade técnica ou o ato técnico corresponde a procedimentos conjugados e bem orientados para produzir resultados úteis.” Na mesma linha de raciocínio retro descrita, tem-se

²⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p.18.

²¹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.43.

²² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.45.

²³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p.23-24.

que a teorização da ciência é fruto de “uma conquista intelectual ocorrida após dominação da técnica”, por conseguinte a

“ciência, como atividade que tem por objeto o esclarecimento da técnica e das teorias e ideologias da técnica, busca a produção e o crescimento esclarecido do conhecimento pela dialetização dos enunciados técnicos-teóricos.”²⁴

A técnica no direito é normatizada, o que pode trazer falibilidade. Esta falibilidade normativa é conhecida como *aporia*²⁵, *in casu*, as aporias jurídicas, que seriam as lacunas, as antinomias. Para Rosemiro Pereira Leal essas aporias não devem simplesmente “ser consideradas como falibilidades normativas que devam ser corrigidas pela atuação do devido processo constitucional” com fundamentação de que o decididor é quem sabe a essência da lei, porque este discurso presta-se às ideologias dos sistemas surgidos no Estado burguês e social servindo para “salvação das aparências do justo, do bom, do certo a ser empregado por uma jurisdição malabarista e tutora da ordem ideologizada pelas classes determinantes”, sem qualquer discursividade ou testificação.²⁶

Ainda com base em Rosemiro Pereira Leal, temos que a ciência se manifesta pela “dialetização do pensamento técnico-abstrato mediante o apontamento crítico de ausência de realidades ou existência de contradições relevantes na lógica do discurso do fazer e do conhecer.” Se integradas as atividades humanas no “mundo de objetos dos pensamentos possíveis com o espreque de encontrar resultados práticos e úteis no direito pela criação, classificação e tipificação de normas”, estaremos diante da técnica jurídica. Por conseguinte, a técnica jurídica processual seria a “criteriologia desenvolvida a serviço da criação, estruturação, sistematização e aplicação das normas procedimentais no âmbito do Direito Processual.”²⁷

Portanto, a técnica apresentada no presente texto pretende estabelecer critérios para aplicação do direito, que afastem uma significação pautada no juiz, no contexto social, na ideologia, e em outros elementos extradiscursivos, não previamente outorgados aos sujeitos do processo, inviabilizando uma solução compartilhada do conflito.

²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos, p.42-43.

²⁵ Carlos Ceia, leciona que: “[Do gr. *aporia*, ‘caminho inexpugnável, sem saída’, ‘dificuldade’.] 1. Dificuldade, impasse, paradoxo, momento de auto-contradição ou *blindspot* que impede que o sentido de um texto ou de uma proposição seja determinado. Na filosofia grega antiga, o termo começou por servir para designar contradições entre dois juízos (o que se chamaria depois, com mais propriedade, antinomia.)”, p.1.

²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica, p.53.

²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos, p.44.

Dessarte, a solução para sair da teia do decididor solipsista se contém na “concepção principiológica e constitucional de Estado Democrático de Direito”²⁸, fundado na discursividade de “juridificação procedimental definidora dos critérios de produção, aplicação e garantia de direitos.”²⁹

Nenhuma decisão deve ser tomada sem que as partes demandantes tenham dela participado, pois não há Estado Democrático de Direito se a decisão surge imposta “do exercício imediato e prestante da instituição(intuição) holística da judicância”.³⁰ Assim, existem a ciência e a técnica adequadas à atual conjectura de Estado que o país instituiu, e aquelas que se prestam à manutenção do *statu quo* de dominação.

As relações jurídicas postas à apreciação do judiciário tornam-se cada vez mais complexas diante do bloco de direitos fundamentais erigidos no texto constitucional, o que exige uma interpretação harmonizada com a ordem jurídica vigente. Tal complexidade não deve implicar na criação do direito, a partir de premissas como, “prudente arbítrio do juiz”, “livre interpretação”, “experiência do julgador” ou qualquer outra indecifrável, que permita uma decisão se afastar do ordenamento jurídico e se valer do sentimento ou sentimentalismo do magistrado, fator contrário ao desenvolvimento hermenêutico que se busca na construção do Estado Democrático de Direito.

Tais desvios interpretativos são objeto de análise no presente texto, a partir de pesquisa de julgados e da proposição teórica que aqui se utilizou para formatar o alcance da expressão desconstrução hermenêutica.

Inicialmente, a dissertação traz a proposição de demarcação do que se pretende com a expressão “desconstrução hermenêutica”(capítulo um), a tanto, expõem-se cada instituto, para depois traçar-lhes a significação isolada e conjuntamente.

²⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do código de processo civil e o modelo constitucional do processo, p.465. Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p.100.

²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.76. Rosemiro Pereira Leal, citando Luiz Moreira, assevera que “é por intermédio do Direito que são institucionalizadas as aspirações, vontades e opiniões dos cidadãos.(...)Em uma palavra, só adquirem obrigatoriedade as questões que puderem resistir aos questionamentos do processo democrático;segundo, a recusa dessa normatividade procedimental significa que nós não temos uma esfera moral para orientar nossas ações.(...)É por isso que a teoria discursiva do Direito é fundamentada a partir da composição entre direitos humanos e soberania do povo.Assim, sua fundamentação, sua medida de legitimidade, é definida pelas razões do melhor argumento, que é sempre passível de problematização. Isto é, o Direito estabiliza a tensão entre facticidade e validade, pois sua validade precisa estar em condições de comprovar-se”.

³⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.74.

O Estado Democrático de Direito e sua caracterização hermenêutica, como dito, vêm descritos no capítulo dois, desvelando a importância do desenvolvimento das instituições jurídico-democráticas e sua concreção.

No terceiro capítulo o texto expõe, de forma sucinta, as características do ato decisional em consonância com o Estado Democrático de Direito anteriormente tratado.

No quarto capítulo tratou-se de coletar e analisar as decisões judiciais, ora quantitativamente, ora qualitativamente, elegendo alguns acórdãos que praticam a desconstrução hermenêutica como representativos da comprovação da hipótese, bem como alguns acórdãos que tendem a uma hermenêutica democrática.

As decisões que ignoram o ganho decorrente da construção teórica de um devido processo constitucional, balizado em uma teoria da democracia, prejudicam a efetivação do Estado Democrático de Direito estabelecido na Constituição.

Um número excessivo de decisões, tidas como desviantes do sistema, e que se afastem da aceção de uma interpretação conforme a Constituição, impedirão de certa maneira a efetivação desse Estado.

Para concluir, empenhou-se em breve análise da parte geral do Projeto de Lei do Senado nº166/2010, que trata do novo Código de Processo Civil, e sua correlação com o devido processo constitucional, nos moldes colimados pela pesquisa.

O pensamento aqui versado e o atual estado das coisas se traduzem na citação anônima feita por Eduardo Couture, ao criticar a doutrina francesa sobre o processo, e que aqui é usada para enunciar o paradoxo entre técnica interpretativa que coadune ao direito democrático e a que o desconstrua hermeneuticamente, senão vejamos: “Certo pregador, ouvindo um dia a outro pregador, disse: a teologia deste pregador corresponde à minha demonologia; a sua ideia de Deus corresponde à minha ideia de Demônio.”³¹

³¹ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, p.69.

1 DESCONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA

Esta etapa da pesquisa importa em demarcar³² a acepção de desconstrução hermenêutica, para que desta enunciação se possa analisar as decisões judiciais, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Não se pretendeu estabelecer um centro de significação irretorquível para os termos³³, mas um campo (teoria-hipótese-enunciação) em que se torne possível as substituições, aperfeiçoamentos, a permuta e transformação de seus elementos³⁴, nesse inacabado projeto democrático da pós-modernidade.

Dessarte, para compreender o alcance que se quer, da expressão desconstrução hermenêutica, estabelece-se a acepção de hermenêutica, afim ao Estado e seus marcos teóricos³⁵, bem como a desconstrução e sua significação neste texto.

A concepção filosófica de *desconstrução*, atribuída à Jacques Derrida³⁶, será utilizada como marco teórico para cunhar a significação pretendida, já que hermenêutica e desconstrução, uma vez imbricados, permitirão(espera-se) lançar arestas para combater a tirania, esvaziar a violência e vivenciar a democracia.

1.1 Teoria hermenêutica

De uma maneira generalizada, a palavra hermenêutica significaria a “interpretação do sentido das palavras”, contudo, como ressalta João Baptista Herkenhoff, tal acepção retira a hermenêutica do conceito amplo de linguagem, o

³² Aqui utilizada a *demarcação* como razão que leva a “propor convenção adequada”, sem preocupar-se em distinguir a natureza das expressões. No sentido de Popper, demarcação equivale à “proposta para que se consiga um acordo ou se estabeleça uma convenção.”(POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p.37 e 39).

³³ Cf. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p.27. O “significado transcendental” em Derrida importa numa reconceituação de estrutura, que historicamente “a estruturalidade da estrutura era limitada pela existência de um centro, de uma origem fixa, de um ponto de presença”, o que fazia presumir uma “origem absoluta do sentido”(SANTIAGO, Silvano. *Glossário de Derrida*, p.84)

³⁴ Cf. SANTIAGO, Silvano. *Glossário de Derrida*, p.83. Como expõe Leyla Perrone-Moisés, ao comentar as últimas impressões de Roland Barthes sobre a desconstrução, “Derrida nos convida a substituir a utopia política por uma abertura ao por-vir que, embora baseada na justiça e na crítica com relação ao capitalismo neoliberal, é menos diretiva, menos impositiva, por isso mesmo mais corajosa.”(PERRONE-MOISÉS, Leyla. *Aquele que desprende a ponta da cadeia*, p.101); Cf. POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p.27 e ss.

³⁵ Aqui entendido como “a teoria referencial de testabilidade de outras teorias para conjectura de textos e refutações de erros e ideologias no discurso do esclarecimento do conhecimento científico.” LEAL, Rosemíro Pereira. *Teoria geral do processo*. p.277.

³⁶ Cf. PERRONE-MOISÉS, Leyla. *Aquele que desprende a ponta da cadeia*, p.97; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *A justiça e o perdão em Jacques Derrida*, p.1; STRATHERN, Paul. *Derrida: em 90 minutos*, p.42.

qual contempla outras formas que servem aos propósitos comunicativos, e a restringe à linguagem verbal.³⁷

Como obtempera Chris Lawn, “o termo está correndo o risco de *over-uso*”, no sentido de interpretação e hermenêutica serem consideradas sinônimas, contudo, por meio de um esforço teórico é possível desvelar relevantes distinções.³⁸

O dicionário Houaiss assim define o termo Hermenêutica:

“s.f. (1836) 1 ciência, técnica que tem por objeto a interpretação de textos religiosos ou filosóficos, esp. das Sagradas Escrituras 2 interpretação dos textos, do sentido das palavras 3 semio. teoria, ciência voltada à interpretação dos signos e de seu valor simbólico 4 jur conjunto de regras e princípios us. na interpretação do texto legal ꞑ etim gr. hermēneutikê (sc. tékhnê) 'arte de interpretar' <hermēneutikós, ê, ón 'relativo a interpretação, próprio para fazer compreender', prov. por infl. do fr. hermēneutique (subst.) 'arte de descobrir o sentido exato de um texto; interpretação, em sentido teológico; interpretação do que é simbólico'.”³⁹

A raiz da qual derivou a palavra hermenêutica é grega, “*hermeneuein*”, cujo significado é interpretar, para os gregos consistia na “explicação das elusivas mensagens e sinais sagrados”, assim tem-se o deus Hermes, encarregado de interpretar a vontade divina e trazê-la ao conhecimento humano.⁴⁰

No *Organon*, de Aristóteles, encontra-se o mais remoto emprego do vocábulo⁴¹, ao estagirita é atribuído o estabelecimento das primeiras regras hermenêuticas, seguidas e repetidas tradicionalmente.⁴²

Joseph Raz aduz que “ao interpretar, explicamos, demonstramos ou expomos o significado do objeto da interpretação”, contudo, ressalta que, comumente, pensa-se a interpretação como recuperação do significado que o objeto da interpretação (a que Raz denomina *original*) possui. O risco de se correlacionar interpretação e recuperação está na tentação em buscar unicamente a intenção do criador. O que a obra significa nem sempre se liga à intenção de seu autor, podendo desgarrar-se: “o significado dos objetos culturais não deve ser reduzido a um fato estatístico.”⁴³

O estudo do tema toma contornos relevantes na Idade Média, em especial a partir dos séculos XVI e XVII, por meio da busca de “interpretação das Sagradas

³⁷ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p.5. Cf. LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.66.

³⁸ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.66.

³⁹ HOUAISS, Antônio. *Hermenêutica*, CD-ROM.

⁴⁰ Cf. LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.66.

⁴¹ Cf. HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p.5.

⁴² Cf. BULTMANN, Rudolf Karl. *Crer e compreender: artigos selecionados*, p.203.

⁴³ RAZ, Joseph. *Interpretação sem restabelecimento*, p.235-240.

Escrituras”, retomando sua origem em desvelar os caminhos de Deus, pela filosofia protestante, afirmando-se como “disciplina filosófica em 1756.”⁴⁴

Em nota de fim, Nelson Saldanha aduz que, nas obras de Adolfo Plachy, Vincenzo Piano Mortari e Aldo Mazzacane, as origens da hermenêutica jurídica também remontam ao século XVI, contudo, ressalta que somente no período oitocentista tem-se a “compreensão da atitude hermenêutica em seu sentido mais amplo e mais profundo”, especialmente com Schleiermacher, “que se dedicou à teologia”, e August Boeckh, “que vinculou a filologia com a filosofia e a história.”⁴⁵

Chris Lawn, com esteio nas obras de Gadamer, assevera que para “recuperar relatos e discursos reprimidos e obscuros da verdade de épocas anteriores à Modernidade”, é preciso “considerar o surgimento do método como uma característica central da filosofia moderna”, referindo-se à Descartes, que foi capaz, por meio de seu *cogito*, de subverter as formas de autoridade e erigir a “razão humana como fonte de toda a verdade”, influenciando e possibilitando o surgimento do movimento iluminista do século XVIII, o qual rejeita a tradição e a opõe à razão, cuja verdade será obtida por “métodos racionalmente autorizados”, via de “uma matriz e um movimento procedural”.⁴⁶

Alexandre de Moraes Rosa reforça essa afirmação, ao dissertar sobre o *cogito* cartesiano, e conclui que “essa ênfase no *método analítico* tornou-se a característica básica do moderno pensamento científico.” E tratado como um dogma, levou ao reducionismo científico, “a crença de que a compreensão de partes que constituem um todo, desconsiderando as demais circunstâncias (conscientes e inconscientes) que podem ser adquiridas plenamente pela análise.” Ressalte-se, ainda, que o método cartesiano enxergava o funcionamento mecânico do universo, segmentando o problema a níveis mais baixos, separando suas partes e daí percebendo suas

⁴⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p.5. LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.66-67.

⁴⁵ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*, p.233.

⁴⁶ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.50-53. O autor acentua que “A tradição filosófica, começando com Descartes, deu à razão este *status* exaltado e se transformou numa arma para combater ideias e práticas que eram consideradas como nada mais que resíduos redundantes do passado herdado.”(p.51-52). A palavra procedural é originária do inglês *procedure* e significa, segundo John Lee Cook Jr, “a sequence of actions or operations which have to be executed in the same manner in order to always obtain the same result under the same circumstances (for example, emergency procedures).”(p.1)(uma seqüência de ações ou operações que devem ser executados da mesma maneira, a fim de obter sempre o mesmo resultado sob as mesmas circunstâncias (por exemplo, procedimentos de emergência).

relações. Sua razão última é fundada numa crença, na qual seu método não é capaz de comprovar.⁴⁷

Karl Popper contesta os “métodos indutivos”, representados por enunciados singulares ou particulares, a partir dos quais se inferem enunciados universais, dando como exemplo a observação de um sem número de cisnes brancos e a inferência de que todos os cisnes são brancos. Ao revés propõe seja criado um princípio de indução, que corresponderia a um enunciado capaz de orientar as inferências indutivas, contudo, rejeita a ideia de que tal princípio fosse determinante da verdade das teorias que dele decorressem, mas que se apresentasse como “enunciado sintético, ou seja, enunciado cuja negação não se mostre contraditória, mas logicamente possível.”⁴⁸

Como assevera Rudolf Bultmann, em Schleiermacher(1768-1834)⁴⁹, apontou-se para a necessidade de se estabelecer uma compreensão além das regras tradicionais de hermenêutica, as quais, segundo sua concepção, permitiam uma compreensão apenas “gramatical”, necessitando fosse acrescida uma compreensão “psicológica”, apreendendo-se as obras não só por “uma análise formal lógica e estilística”, é preciso captar o momento de vida da pessoa, a “forma exterior” deve ser acrescida da “forma interior”, o que induz a uma interpretação “não objetiva, e sim subjetiva, “divinatória”.⁵⁰

Schleiermacher se refere ao “círculo hermenêutico”, estabelecido como um enigma no centro da interpretação, isto é, “o todo deve ser entendido em relação às suas partes, e as partes ao todo.” Contudo, este círculo possui uma lacuna assente nos processos de pensamento do autor, envolto de crenças, intenções e significados sintáticos das palavras, neste diapasão, “a intenção do autor e o significado do narrador produz a distinção central de Schleiermacher, entre os tipos gramaticais e psicológicos da interpretação.”⁵¹

⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Decisão Penal: a bricolage de significantes, p.62.

⁴⁸ Cf. POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*, p.27-29.

⁴⁹ Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher (Breslau, 21/11/1768 – 12 /02/1834) foi um teólogo e filósofo alemão, considerado pai da hermenêutica. (FRIEDRICH SCHLEIERMACHER)

⁵⁰ BULTMANN, Rudolf Karl. *Crer e compreender: artigos selecionados*, p.205. Chris Lawn destaca que o trabalho de Schleiermacher foi o de maior impacto, contudo J.C.Dannhause, Benedict Spinoza (*Tractatus theologico-politicus*, 1670), Friedrich Ast, Cladenius e Friedrich August Wolf, são figuras importantes no desenvolvimento da moderna hermenêutica, estabelecendo regras para a interpretação correta dos textos bíblicos, legais e clássicos, considerados como pais da moderna hermenêutica. LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.67.

⁵¹ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.69-70.

Wilhelm Dilthey⁵², a partir dos trabalhos de Schleiermacher, desenvolveu a ideia de que a compreensão se contextualiza cultural e historicamente com o sentido original do texto, isto significa, como assevera Nelson Saldanha, em tentativa de Dilthey para correlacionar compreensão e realidade, fazendo-o a partir de uma tríade de conceitos, quais sejam, “vivência, expressão e compreensão. Partindo-se do vivido, que se projeta na expressão, chega-se à compreensão.”⁵³ Vê-se, nessa tríade, novamente um círculo hermenêutico.

Dilthey separou o conhecimento humano em duas partes, uma ligada às ciências naturais, cujo objetivo é disponibilizar explicações, é a ciência da causa e efeito; e a outra conhecida como ciências humanas (*Geisteswissenschaften*), preocupadas com a compreensão da “praticidade da vida humana”, cuja explicação causal é inapropriada, sendo necessário o entendimento (*Verstehen*), no lugar de mera explicação empírica. O problema das ciências humanas é que o homem é parte daquilo que procuramos entender, o que afasta o desapego e imparcialidade possíveis nas ciências naturais. Dilthey avança em relação à Schleiermacher, na visão de Gadamer, por não dar tanta ênfase à questão psicológica, priorizando “a categoria da vida sobre a reflexão e a razão, acatando qualidades cognitivas” sem estarem totalmente separadas. Demonstra, assim, que as ciências humanas são essencialmente hermenêuticas.⁵⁴

Schleiermacher e Dilthey pertencem à corrente filosófica alemã denominada de romantismo, cujos primórdios são contemporâneos ao surgimento da linguística. Como acentua Nelson Saldanha, a “importância” desse movimento está no fato de que empreenderam uma preocupação com a sensibilidade e não somente com a razão, o que “condicionou um intenso debruçamento sobre o histórico e sobre o subjetivo”, e tal proporcionou explicitar a “insatisfação com o mundo e com o presente, ou seja, com o dado.”⁵⁵

Nelson Saldanha, a partir da constatação de que tal perspectiva permitiria opor-se ao estado das coisas, estático, nostálgico e sem perspectiva de futuro, atesta que a teoria da hermenêutica surgiu a partir do conhecimento histórico das diferentes maneiras de se interpretar, e quando este ato “foi entendido como um

⁵² “Wilhelm Dilthey (Wiesbaden, 19 de novembro de 1833 — Siusi allo Sciliar, 1 de Outubro de 1911) foi um filósofo hermenêutico, psicólogo, historiador, sociólogo e pedagogo alemão.” (Wilhelm Dilthey. *Wikipedia*, p.1)

⁵³ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo*, principalmente no direito, p.218.

⁵⁴ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.74-75.

⁵⁵ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo*, principalmente no direito, p.219.

processo abrangedor de componentes objetivos e subjetivos.” A hermenêutica surge “em ligação com a filosofia e a arqueologia, os métodos comparativos e a filosofia sistematizante: surgiu com Schleiermacher, com Böckh, com o próprio Nietzsche e depois com Dilthey.”⁵⁶

Em que pesem tais visões serem essencialmente metafísicas, aperfeiçoadas ulteriormente por filósofos que influenciaram e influenciam até hoje a filosofia do direito estudada e aplicada⁵⁷, permitiu a hermenêutica desde tais primórdios oitocentistas o desenvolvimento do pensamento crítico, a partir de técnicas de comparação e visão de etapas, permitiu-se a criação de uma teoria hermenêutica, não mais restrita à filosofia, ingressando na teoria do direito associada à questão da interpretação.⁵⁸

Para Rosemiro Pereira Leal, Dilthey inaugura uma hermenêutica caracterizada por “uma interpretação indolor e prazerosa (recompensante) para todos por um *médium* linguístico retirado de nossas vivências onde *espírito* e *matéria* (alma-corpo) se unem (...) demarcando *sentidos de vida* num ‘círculo hermenêutico’ em que” não há “relação *vida* e direito à vida.” Em Dilthey, a hermenêutica é autocrática, o sentido é dado pela “experiência vivida”, não é possível ao homem sair de seu enclausuramento histórico, não há problematização crítica dos sentidos da vida, mas uma convenção social que se equivale à vida.⁵⁹

No século XX, como destaca Herkenhoff, a compreensão surge como tema central em Gadamer, com esteio em Heidegger, influenciando a hermenêutica jurídica moderna.⁶⁰

Importante, nesse ponto, delimitar algumas distinções teóricas sobre esse *modus* implementado pela filosofia do século XIX e que serviu de base para a filosofia do século XX, a fim de se tratar posteriormente das *turns*.

Paulo Ghiraldelli Júnior assevera que, na filosofia antiga, as preocupações eram cosmológicas e ontológicas, por tal razão, o modo de questionar o mundo era

⁵⁶ SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*, p.219.

⁵⁷ Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*, p.30 a 44. O autor realiza um esboço histórico da visão de mundo quanto à figura do direito na sociedade, desde as sociedades pré-modernas, com a atitude hermenêutica que lhes corresponde demonstrando a evolução das técnicas hermenêuticas, mas confirmando o que aqui foi exposto, isto é, as práticas metafísicas foram aperfeiçoadas, mas não substituídas.

⁵⁸ Cf. SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito*, p.219 e 220.

⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.142.

⁶⁰ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p.6.

“direto (*intentio recta*).” Já a preocupação da filosofia moderna é sobre o conhecimento, assim utiliza-se o “modo indireto (*intentio obliqua*).” Nesta, importa saber qual “representação do mundo é válida; qual representação é verdadeira e, assim, se há ou não conhecimento do mundo.” A *intentio obliqua* inaugura “a filosofia enquanto teoria do conhecimento ou epistemologia.”

Assim ocupa-se a filosofia em:

“Explicar o conhecimento – o que ele é e como ocorre – leva os filósofos a elaborarem e testarem modelos do que seria o aparato cognitivo. Este aparato cognitivo, em parte, é denominado de “a mente” ou, mais ampliadamente, “a consciência”. Entendendo que a consciência produz reflexões, crenças, desejos, intenções e juízos, ela é também tomada, então, como sujeito. Criar e testar modelos de subjetividade se torna a tarefa do filósofo moderno, que a partir de meados do século XIX passa a dividir tal trabalho com o psicólogo.”⁶¹

Paulo Ghiraldelli Júnior aduz que “de John Locke (1632-1704) a Friedrich Hegel (1770-1831) e Karl Marx (1818-1883)”, apesar das especificidades quanto à construção da “subjetividade”, é possível cunhar a seguinte acepção: “sujeito é aquele (ou aquela entidade) que é consciente de seus pensamentos e responsável pelos seus atos”. Nesse diapasão, “como núcleo do sujeito ou como o seu melhor representante” temos as categorias “‘mente’, ‘pensamento’, ‘entendimento’, ‘consciência transcendental’, ‘Espírito’, ‘proletariado’.”⁶² Isto é, a subjetividade permeia o entendimento do mundo, o que viria a ser suplantado, a partir das críticas à metafísica, ainda que sem superá-la completamente.

Luís Carlos Balbino Gambogi expõe longamente sobre a impossibilidade de se separar da interpretação as subjetividades do intérprete e toda gama de conhecimento que este carrega, todavia, ressalta que não há um condicionamento absoluto, já que “o intérprete pode superar a ideologia, que cega, fazendo sobre ela incidir o senso crítico.”⁶³ Tal entendimento ilustra as evoluções teóricas que serão tratadas a seguir.

Segundo Paulo Ghiraldelli Júnior na transição dos séculos XIX e XX, os filósofos passam a elaborar críticas do sujeito, ou subjetividades que não se sustentassem no padrão já estabelecido. Nesse sentido:

⁶¹ GHIRALDELLI JR., Paulo. Virada lingüística-um verbete, p.1.

⁶² GHIRALDELLI JR., Paulo. Virada lingüística-um verbete, p.2.

⁶³ GAMBOGI, Luís Carlos Balbino. *Direito: razão e sensibilidade*, p.184.

“Arthur Schopenhauer (1788-1870) aliou o conhecimento ao corpo; para ele, haveria um conhecimento especial, para além do Entendimento, que seria fornecido por processos ligados à compaixão. Friedrich Nietzsche (1844-1900) disse que o sujeito era uma “ficção da linguagem”, isto é, apenas uma função gramatical que, por motivos sociais, se cristalizou ontologicamente na discurso da filosofia. Sigmund Freud (1856-1939) fez a consciência ficar tripartida e deu ênfase ao que seria o subconsciente: Id e Superego controlariam o Ego e seriam, de certo modo, responsáveis por muito mais atos e falas do que se poderia imaginar. Os pragmatistas disseram que Charles Darwin (1809-1882) os havia ensinado a ver continuidade entre seres com consciência e seres sem consciência; desse modo, a idéia de sujeito deveria ser repensada, pois não se tratava de algo que não tivesse uma gênese – biológica e antropológica. Os frankfurtianos, no início do século XX, evocaram Marx e Freud para dizerem que o sujeito em nossa sociedade moderna é em verdade o objeto; ou seja, por questões econômicas e libidinais, estaríamos em uma sociedade onde o que é vivo se transforma no que é morto e vice-versa, de modo que o morto – no limite os objetos e o próprio Capital – passam a ser as instâncias de tomada de decisão, ou seja, o vivo.”⁶⁴

Rosemiro Pereira Leal destaca que a consciência vem sendo tratada como mito, impossibilitando uma compreensão sobre sua responsabilidade na doação de esclarecimentos, o que impede a concretização de uma autocrítica, uma vez velados os “momentos históricos” em que as convenções sociais impuseram determinado modelo de agir e pensar. Em Popper, “a ‘consciência’ não tem instantânea ou historicamente consciência plena de si, a não ser pela superveniência de uma metalinguagem produzida na premente contingência do homem de resolver, por tentativas e erros”, a irritabilidade na solução de seus problemas. Neste sentido, a intersubjetividade, em si mesma, não é esclarecedora da autoconsciência sem “enunciatividades teóricas como forma de argüição dos saberes socialmente contextualizados ou paradigmáticos conforme Kuhn.”⁶⁵

Nesse contexto, Ludwig Wittgenstein(1889-1951) comparou a consciência a uma linguagem privada, que inexistente, já que toda linguagem é social, sendo o pensamento uma estrutura semelhante à linguagem social. Wittgenstein I, como é conhecido em seu *Tractatus*, trata a verdade como “identidade das estruturas das coisas e do pensamento.” Posteriormente, na obra *Investigações Filosóficas*, Wittgenstein II suplanta essa reflexão para afirmar “não existe um mundo em si independente da linguagem, que deveria ser copiado por ela. Só temos o mundo na

⁶⁴ GHIRALDELLI JR., Paulo. *Virada lingüística-um verbete*, p.2. Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.144.

⁶⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.145 e 181. A noção de paradigma será tratada no próximo capítulo.

linguagem; nunca temos o mundo em si, imediatamente, sempre *por meio da linguagem*.”⁶⁶

Popper assevera que, em Wittgenstein, “toda proposição significativa há de ser *logicamente reduzível* a proposições elementares(ou atômicas), por ele caracterizadas como descrições ou ‘afigurações da realidade’”. Portanto, não teria superado o método indutivista de demarcação, apesar de considerá-lo um “pseudoproblema vazio”, consistente em dizer que “os enunciados universais não são enunciados genuínos”, desta feita uma lei natural seria uma prescrição para formação de enunciados. De acordo com Popper, demonstra-se a inexistência de uma demarcação entre sistemas científicos e metafísicos, atribuindo-lhes o mesmo *status*, “o veredicto decorrente do dogma positivista relativo ao significado é o de que ambos são sistemas de pseudo-enunciados, destituídos de sentido. Assim, em vez de afastar a Metafísica das ciências empíricas, os positivistas levam à invasão do reino científico pela Metafísica.”⁶⁷

Para Popper, os enunciados ditos sintéticos(Kant), que possam ser empiricamente corroborados, são hipóteses e, de conseguinte, científicos. Aqueles enunciados, que apesar de sintéticos(“verdadeiros”) não são corroboráveis, são metafísicos, apesar de serem “hipotéticos(no sentido de ‘inseguros’)”.⁶⁸

Após as contribuições de Wittgenstein, surge a teoria da linguagem performativa, da Escola de Oxford⁶⁹, com John Langshaw Austin(1911-1960), que teve o mérito de sistematizar o passo de superação da semântica tradicional iniciado por Wittgenstein, consistente na determinação do sentido das expressões, pelo uso da palavra, seu aparecimento nos diversos jogos de linguagem. As preocupações de Austin sustentam-se nas diferentes possibilidades que podem ser realizadas com as palavras, não meramente descritivas, mas que representam uma ação.

⁶⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.105. Cf. GHIRALDELLI JR., Paulo. *Virada lingüística-um verbete*, p.2.

⁶⁷ POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*, p.38.

⁶⁸ Popper ressalta que não crê “na existência de enunciados sintéticos para os quais se possa oferecer fundamento *a priori* ou que possam ser legitimados *a priori*”, para fundamentação de enunciados metafísicos não há que se “dispor de argumentos fortes” e continua, “os enunciados metafísicos não são hipóteses científicas. Todo nosso ‘conhecimento’ sintético é de caráter conjectural e, se a linha demarcatória que separa enunciados sintéticos e analíticos *pode* ser traçada com nitidez – pelo menos em teorias bem construídas ou formalmente apresentadas- não se deve olvidar que a separação é geralmente imprecisa no domínio das aplicações práticas da Ciência.” POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*, p.546.

⁶⁹ “É importante deixar claro que Austin não era o único filósofo da escola analítica de Oxford que procurava resolver questões filosóficas, discutindo a linguagem ordinária: com ele estavam Strawson, Ryle e Hare, entre outros. Mas foi Austin quem introduziu de maneira definitiva os conceitos de *performativo*, *ilocucionário* e de *ato de fala*, conceitos através dos quais deslança toda a sua argumentação. Estes três conceitos tanto se perpetuaram nas discussões posteriores da filosofia analítica quanto nas da linguística.”(OTTONI, Paulo. *John Langshaw Austin e a Visão Performativa da Linguagem*, p.120)

Austin denomina “enunciados constatativos” os que se referem a fatos, os descrevem e descrevem ações, contudo os contrapõem aos enunciados que por si só executam uma ação,⁷⁰ em que “a própria declaração das palavras, realizada em certas condições, significa a execução de uma ação”, v.g., o “sim” no casamento, uma declaração de testamento. A essas enunciações Austin denomina “performativa”(do inglês *to perform*)” e têm caráter constitutivo.

Importante nessa seara é que se suplanta a característica fundamental das sentenças(frases que encerram um pensamento) na concepção tradicional, pois pouco importa a verdade ou falsidade, mas em quais condições essa ação se realize, ao contrário dos enunciados constatativos, cuja falsidade ou verdade relaciona-se com a correspondência das coisas em questão, os atos performativos são felizes ou infelizes(*happy* ou *unhappy*).⁷¹

Segundo Manfredo Araújo de Oliveira, Austin “situa a linguagem no seio do processo comunicativo. Os atos que executamos por meio dos enunciados performativos executam ações convencionais”, é dizer, são executados porque “cumprem normas intersubjetivamente estabelecidas”, só são atos se cumprirem as normas, não pela intenção de seu enunciador. Posteriormente, Austin desenvolveu a teoria dos atos da fala, na qual uma expressão pode ser composta de três dimensões, locucionária, ilocucionária e perlocucionária.⁷²

O “ato locucionário” refere-se à totalidade da ação lingüística, considerando que cada procedimento lingüístico é um tipo de ação humana. Para Austin a teoria do uso para dar significação às palavras só é compreensível a partir dos diferentes atos ilocucionários, que são os que se executam na medida em que se diz algo, pois ao dizer algo, também se faz algo, aqui se encontra a intenção, o juízo, a colocação de uma questão, uma ameaça, isto é, além de conhecer a significação, é também possível perquirir sobre a força ilocucionária, a “expressão de determinada função” da linguagem. Através da execução do ato ilocucionário, por meio de um ato locucionário, podemos executar uma terceira ação, o “ato perlocucionário”, que consiste em surtir efeitos nos sentimentos, ações e pensamentos de outra pessoa.⁷³

⁷⁰ No sentido empregado por Austin temos o art.158 do CPC, que prescreve: “Art. 158 - Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.”

⁷¹ Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.151-153.

⁷² Cf. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.154-157.

⁷³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.158-161.

Confrontando suas teorias, Austin conclui que os procedimentos constataivos concentram-se no aspecto locucionário, os performativos, no aspecto ilocucionário, passando ao estudo dos verbos que dão às expressões força ilocucionária dividindo-a em cinco classes (veridictivas, exercitivas, comissivas, conductivas e expositivas). Interessante para a presente pesquisa o estudo dessas expressões, pois Austin demonstra que o ato de julgar consiste “na articulação de um juízo(...) a respeito de valores ou de fatos com base em material de prova ou argumentação.” O que levou Manfredo de Araújo ao seguinte resumo:

“com as expressões veridictivas faz-se uso da força de julgar: com as exercitivas impõe-se influência, usa-se de autoridade; com as comissivas assume-se uma obrigação ou se manifesta uma intenção; com as conductivas assume-se uma atitude, e, por fim, com as expositivas explicam-se argumentos, fundamentações, comunicações.”⁷⁴

Austin levanta a questão de que a filosofia da linguagem aproxima-se da hermenêutica, pois considera que a linguagem é um meio heurístico *sine qua non* para conhecimento da realidade. A compreensão da linguagem se perfaz no contexto sócio-histórico, que possibilita os atos de fala, explicitando, assim como também o faz a hermenêutica, um “contexto intersubjetivo, que gera sentido.”⁷⁵

Austin desvela que a filosofia da linguagem e a hermenêutica careciam da distinção necessária à uma reflexão filosófica crítica, que se compraz na problemática da constituição do sentido e na justificação, problema da validade, que será ulteriormente levantado por Apel e Habermas, erigindo “o princípio normativo a partir de onde a crítica é possível.”⁷⁶

Segundo Paulo Ghiraldelli Júnior, “Martin Heidegger (1889-1976) afirmou que a acoplagem entre ‘homem’ e ‘sujeito’ não era legítima. ‘Sujeito’ viria da noção de substrato, do que é que sustenta e/ou recebe e/ou põe o objeto.” O humanismo que imperou na modernidade fez o homem transformar-se em objeto, que é posto e que por sua vez é manipulado, sendo o projeto moderno o domínio do mundo pelo

⁷⁴ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.162-164.

⁷⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.168.

⁷⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.169. Em nota, Manfredo acentua sobre o princípio normativo que “então será possível explicitar com mais clareza do que ocorreu até então a diferença entre o conhecimento explicativo falível de regras empíricas e o conhecimento sobre as condições de possibilidade e validade de tal conhecimento, o que é propriamente específico da atividade filosófica.”

homem e conclui: “O tiro teria saído pela culatra: ao nos colocarmos como sujeitos, perdemos toda condição de ouvirmos a voz da filosofia, ou seja, a ‘voz do Ser’.”⁷⁷

Em Heidegger, a Hermenêutica é o estudo da compreensão, que, por sua vez, significa compreender o mundo, que consiste em um sistema de relações e a possibilidade dessas, nesse sentido, pode-se concebê-lo, por exemplo, como linguagem, tornando-se “dizível”. Afirma o filósofo que “a Hermenêutica é sempre uma compreensão de sentido: buscar o ser que me fala e o mundo a partir do qual ele me fala; descobrir atrás da linguagem o sentido radical, ou seja, o discurso.”⁷⁸

Em Heidegger, o “círculo hermenêutico” aponta por desgarrar-se da metodologia das ciências naturais, estabelecendo-se um método paralelo, já que, segundo o filósofo, inspirador de Gadamer, estaria oculta “a possibilidade positiva do tipo de conhecimento mais primordial”, sendo que o “objetivo na interpretação nunca é permitir que nossa pré-posse, pré-visão e pré-concepção sejam apresentadas a nós por concepções fantasiosas e populares”, nesse sentido, como explica Chris Lawn, “o conjunto de interpretações preexistentes que fazem com que sejam possíveis outras interpretações.”⁷⁹

Heidegger demonstrou que, ao contrário de Descartes, a interpretação do mundo seria possível sem um pré-entendimento, o entendimento não se resolve na consciência, mas no ser no mundo, isto é, na interpretação. Heidegger desenvolve o termo *Dasein* que, comumente, na língua e na filosofia alemãs, “significa vida ou existência”. Para o filósofo em comento, o termo compõe-se em *Da* e *Sein*, e traduz-se como “aí-do-ser”, é designativo da existência humana, o homem “se posiciona no mundo de sua própria criação, através do entendimento deste mundo.” O *Da* pode significar “aí-do” e “nem aqui nem lá, mas algumas vezes entre”, o que demonstra a indeterminação do *Dasein*.⁸⁰

Álvaro Ricardo de Souza Cruz discorre sobre a acepção heideggeriana de Hermenêutica, a qual “se dá por meio do desvelamento do ente, *a-letheia*, ou seja, a compreensão, o acesso, a escolha, que são momentos constitutivos da busca do ser

⁷⁷ GHIRALDELLI JR., Paulo. *Virada lingüística-um verbete*, p.2.

⁷⁸ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p.6. E, ainda, SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo*, principalmente no direito, p.219.

⁷⁹ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.13,77-78.

⁸⁰ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p. 80-81, 188.

e, simultaneamente, modos de ser(existência) do próprio ente que buscamos(analítica existencial).”⁸¹

Nelson da Silva Júnior, ao dissertar sobre a crítica heideggeriana à metafísica, desvela que a própria história do Ser torna-se um fundamento infundado, revela ser o próprio *Dasein locus* de um ser pré-definido, admitido ulteriormente pelo próprio Heidegger, *in verbis*:

“Em Ser e tempo, Heidegger interpreta a investigação metafísica sobre o sentido do Ser enquanto um questionamento que pensa o Ser a partir dos entes. Ao pensar o Ser como ente, entretanto, a metafísica necessariamente pensa a temporalidade do Ser como uma temporalidade linear e virtualmente infinita, feita de uma sucessão infinita de momentos presentes. Isso seria resultante, em última instância, da estrutura existencial do Dasein, que, acossado por sua angústia diante do poder-não-mais-estar-ai, sistematicamente foge de sua possibilidade última e oblitera a própria finitude sem cessar, inclusive no campo do pensamento sobre o Ser. Após a virada” dos anos 1930 (die Kehre), a crítica heideggeriana à metafísica se desloca da subjetividade e passa a considerar a própria história do Ser como a origem do velamento ao fundamento infundado. Com efeito, um voluntarismo essencialmente metafísico permanece em vigor na terminologia heideggeriana de Ser e tempo, por exemplo, na possibilidade de um estar-ai decidido (Entscheidung) diante do ser-para-a-morte (Sein-zum-Tode). É dessa forma que a subjetividade autônoma ainda vigente no Dasein será considerada posteriormente por Heidegger vestígio metafísico em Ser e tempo (Heidegger, 1949).”⁸²

De acordo com Herkenhoff, em Heidegger, Husserl e demais fenomenológicos⁸³, a compreensão do homem e do mundo só é possível a partir de sua facticidade.⁸⁴

Manfredo Araújo de Oliveira explicita que Gadamer(1900-2002)⁸⁵ sustentou uma hermenêutica baseada além da discussão meramente metodológica, a compreensão sustentada por Gadamer é “constitutivo fundamental do ser histórico”, a “análise da temporalidade”, o que representa “uma passagem da hermenêutica

⁸¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, p.38-39.

⁸² SILVA JUNIOR, Nelson da. "Who's there?": A desconstrução do intérprete segundo a situação psicanalítica, p.26.

⁸³ “Fenomenologia é definida como o estudo da estrutura da consciência. Ao invés de explicar a consciência em termos de teoria filosófica, a fenomenologia coloca de lado as suposições teóricas e permanece no nível de uma descrição, em primeira mão, da experiência da consciência. Dessa forma, ela procura entender a consciência como é vivida e experienciada. O fundador e pai da fenomenologia moderna é Edmund Husserl, um pioneiro nesse procedimento, apesar de o termo haver sido usado anteriormente por G.W.F. Hegel em sua obra *Fenomenologia do espírito*. As figuras mais importantes no cenário da fenomenologia, depois de Husserl, são: Heidegger, Sartre, Merleau-Ponty e outros.” LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.192-193.

⁸⁴ HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política*, p.6. Para o autor toda hermenêutica seria “uma metafísica, uma ontologia fenomenológica.”

⁸⁵ “Hans-Georg Gadamer (Marburg, Alemanha 11 de Fevereiro de 1900 – Heidelberg, Alemanha 13 de Março de 2002) foi um filósofo alemão considerado como um dos maiores expoentes da hermenêutica filosófica. Sua obra de maior impacto foi *Verdade e método (Wahrheit und Methode)*, de 1960.”(HANS-GEORG GADAMER. *Wikipedia*.p.1.)

psicologizante”, sustentada por Schleiermacher e Dilthey, desenvolvidas na modernidade, “para uma hermenêutica propriamente histórica.”⁸⁶

Chris Lawn, em obra dedicada à Gadamer, sustenta que o filósofo alemão procurou suplantar os fundamentos iluministas, opondo-se à ideia do concebido, de um mundo estável, pré-formado, o que leva ao problema do sujeito e do objeto, solucionado, sob a perspectiva hermenêutica gadameriana, pela indivisibilidade entre os sujeitos e os objetos.

Nesse contexto, a linguagem ao invés de descrever o mundo, seria constitutiva do mundo. Chris Lawn assevera:

“O que a tradição hermenêutica rejeita é a idéia de que um mundo unitário dá acesso a um tipo definitivo de conhecimento. Desde os tempos remotos isso tem sido o sonho dos filósofos, e não está em lugar algum mais evidente do que no Iluminismo, mas as hermenêuticas revelam que todo o entendimento humano é basicamente interpretação. A perspectiva no mundo é sempre somente isso; ela nunca é uma imagem não-mediada da maneira que as coisas realmente são, ela é necessariamente provisional e limitada, e nunca pode ser uma visão da maneira que as coisas realmente são, porque a maneira na qual as coisas realmente são é tão ilusória quanto a pedra filosofal.”⁸⁷

Manfredo Araújo de Oliveira afirma que a preocupação de Gadamer não era com a hermenêutica em sua acepção teórico-instrumental, mas, antes, com a investigação do “que significa para a compreensão e a autocompreensão do homem saber-se ‘carregado’ por uma história, que se articula para nós como linguagem dada pela tradição?”.⁸⁸

Dessarte, para Gadamer, seria a consciência determinada pela história, a partir da tradição, que se cunha o sentido para o mundo, não sendo obra de uma subjetividade isolada e separada da história, daí a facticidade.⁸⁹

Importante ressaltar que em *Verdade e Método*, de Gadamer, cujo subtítulo é “esboços de uma hermenêutica filosófica”, o autor estabelece a hermenêutica como aspecto de todo entendimento humano, é universal e não mais um método que compete com a ciência.⁹⁰

A tradição em Gadamer significa, segundo Manfredo de Oliveira, “entrega, transmissão”, e isso tem consequências hermenêuticas, na medida em que não se

⁸⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.225-226.

⁸⁷ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.58-59.

⁸⁸ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.232.

⁸⁹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.233.

⁹⁰ Cf. LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.66.

trata de mera subjetividade, compreender é interpretar, e tudo se desenvolve na mediação da linguagem, neste sentido, “o problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre pensamento e linguagem”, concretizando-se a influência histórica.⁹¹

Chris Lawn assevera que Gadamer, ao contrário do que muitos dizem a seu respeito, não era “defensor de um *statu quo*,” sua tradição não seria “o peso apavorante das gerações mortas, mas sim uma interação dialógica incessante entre o passado e o presente.” A concepção gadameriana de diálogo é “uma admissão de que nenhum indivíduo ou comunidade tem acesso privilegiado à verdade, uma verdade provisional, falível e versátil”, o intérprete projeta o significado temporário, mas seus pré-conceitos serão “desarranjados e re-definidos pelo horizonte do texto ou pelo parceiro do diálogo.” Em verdade e método Gadamer afirma que “o entendimento é sempre fusão dos horizontes” e “o ser que pode ser entendido é linguagem”.⁹²

Manfredo Araújo de Oliveira aduz que a partir da “hermenêutica histórica” abre-se uma rediscussão dos paradigmas do pensamento ocidental, apesar de ter trazido uma relativização da razão, por um processo de finitude e determinidade. Emerge-se a crise da razão, o saber torna-se especializado e inatingível, ao contrário do passado, retirando-se os referenciais últimos de tematização e legitimação do saber e da ação, o saber torna-se axiomático, “vivemos hoje sob o fracasso assumido de uma fundamentação última de nosso saber e de nosso agir”.⁹³

Lênio Streck se opõe a essa determinação de relativismo da hermenêutica filosófica dantes citada por Manfredo Araújo, porque o que ocorre é um combate à verdade absoluta buscada pela metafísica “e em face da impossibilidade de que exista uma metodologia que possa sustentar a verdade dos discursos”. O relativismo do qual acusam a hermenêutica, nada mais é, com base em Grondin, um *fantasma*, criado para suspeitar da hermenêutica que sustenta ser a verdade algo temporário, ou que esta somente se daria no horizonte da conversação, consorte às possibilidades de questionamento.⁹⁴

⁹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.232-233.

⁹² LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.13, 172-173, 182-183. O termo horizonte foi usado por Nietzsche e Husserl para se referir a um determinado ponto de vista ou perspectiva. Para Gadamer: “O horizonte é o alcance da visão que inclui tudo que pode ser visto, a partir de um determinado ponto de vista. Aplicando isso à mente, podemos falar sobre as limitações do horizonte, da abertura de novos horizontes.” (p.192)

⁹³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.247-253.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, p.313-315.

Álvaro Ricardo de Souza Cruz aponta que “para Apel, a fenomenologia hermenêutica, por meio da concepção existencial da compreensão, indicava o caminho para a superação dos pressupostos da relação sujeito-objeto cartesiano-kantiana.” Ainda com base em Apel, o “círculo hermenêutico” gadameriano elucida que “o intérprete não se apropria do texto”, controlando seus vícios e virtudes no processo interpretativo, deveria pelos questionamentos “ouvir” o que o texto tem a lhe dizer, dando-se “a fusão de horizontes entre as tradições e a história efetual do intérprete com o horizonte do texto que é lido.” Conclui que assim ter-se-ia “um novo conceito de verdade pelo desocultamento do sentido de ‘algo como algo’ em sua ‘circunstância explicativa’.”⁹⁵

As críticas à filosofia da consciência, empreendidas no início do século XX, levam à tentativa de seu abandono. Para tanto, realizam uma abdicação do psicologismo na filosofia. Despontam-se as teorias analíticas de Husserl, George Moore, Bertrand Russel, e também dos integrantes do chamado círculo de Viena⁹⁶. “Surgiu, então, a filosofia analítica e, em certa medida, desenvolveu-se de fato um tipo de prática filosófica que bem mais tarde passou a ser denominado de o resultado da ‘virada lingüística’.”⁹⁷

Como acentua Chris Lawn, a filosofia analítica, “como um movimento distinto na filosofia, é relativamente recente, mas a análise como atividade filosófica é tão velha quanto os antigos gregos.” Após apresentar Bertrand Russel, Gottlob Frege e Ludwig Wittgenstein, como seus expoentes, explicita o método dos filósofos analíticos:

“Os filósofos analíticos têm uma tendência a usar ferramentas da lógica e da análise linguística para expor as pretensões da metafísica e, neste sentido, são herdeiros do pensamento empiricista de David Hume.(...)a filosofia analítica tem sido usada como rótulo para identificar aquelas pessoas envolvidas no mundo profissional filosófico que mostram sinais evidentes de

⁹⁵ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, p.84-85.

⁹⁶ “O Círculo de Viena foi um grupo de filósofos, organizado informalmente em Viena à volta da figura de Moritz Schlick. Encontravam-se semanalmente, desde antes da Primeira Guerra (informalmente) e oficialmente desde 1919, até finais de 1936, quando Schlick foi assassinado e o Círculo disperso. Seu sistema filosófico ficou conhecido como o “Positivismo lógico”. Membros proeminentes do Círculo incluíram Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waissman, Hans Hahn. Receberam as visitas ocasionais de Hans Reichenbach, Kurt Gödel, Carl Hempel, Alfred Tarski, W. V. Quine, e A. J. Ayer (que popularizou a obra deles em Inglaterra). Karl Popper, apesar de não ter frequentado as reuniões do Círculo, foi uma figura central na recepção e na crítica às suas doutrinas. Por algum tempo, algumas das figuras do grupo encontraram-se regularmente com Ludwig Wittgenstein (a fase inicial da sua filosofia foi racional-positivista).” (CÍRCULO DE VIENA. *Wikipedia*.p.1)

⁹⁷ Cf. GHIRALDELLI JR., Paulo. *Virada lingüística-um verbete*, p.3.

hostilidade àquilo que, recentemente, ficou conhecido como filosofia continental ou europeia.”⁹⁸

A “pragmática transcendental” de Karl-Otto Apel, da qual Manfredo de Oliveira atribui o início da reviravolta da filosofia contemporânea, surge para tentar suplantar a subjetividade própria da filosofia moderna para a intersubjetividade. Em que pese as críticas ao pensamento de Apel⁹⁹, há aqui “uma superação do solipsismo metodológico, que marcou a filosofia moderna da consciência.”¹⁰⁰

Na pragmática transcendental busca-se superar a “auto-reflexão da filosofia da consciência da tradição”, que marcou as concepções hermenêuticas anteriormente expostas, para demonstrar que o solipsista, na medida em que argumenta, pressupõe um “jogo público de linguagem”. A pragmática contesta, ainda, a filosofia analítica que é marcada por “uma hierarquia infinita de metalinguagens ou metateorias, com cujo auxílio linguagens ou teorias condicionadas linguisticamente podem ser objetivamente analisadas”, excluindo-se qualquer auto-reflexão *a priori*. Para Apel tal posição seria insustentável, porque desde a primeira manifestação linguística “se exprime uma relação comunicativa intersubjetiva entre os homens”, o que denota uma autocompreensão como “ser-no mundo”.¹⁰¹

Todavia, num discurso proposital de confrontos de argumentos, nenhum óbice haveria de se concretizar o embate de metateorias, como ocorre nos processos que se desenvolvem junto ao Estado (judicial, legislativo e administrativo).

A postura hermenêutica inaugurada pela pragmática¹⁰² transcendental pode ser resumida no seguinte excerto:

⁹⁸ LAWN, Chris. *Compreender Gadamer*, p.187. “A filosofia analítica tenta substituir a auto-reflexão da filosofia moderna da subjetividade pelo progresso infinito de metalinguagens. Esse é o cerne da ‘Teoria dos tipos’ [Russel].” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.257).

⁹⁹ Em nota de pé de página, Manfredo Araújo de Oliveira, aduz que “Höslle chama atenção para o fato de que Apel apenas repete a tese central do Wittgenstein das *Investigações filosóficas* sem esforço algum de demonstração.” OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.256, nota 20.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.256-257. Cf. ainda a referência de Manfredo de Oliveira à discussão de Apel sobre a substituição da filosofia transcendental pela filosofia da linguagem, na teoria do conhecimento: “É isso que Apel vai denominar a superação do ‘solipsismo metodológico’, pois essa postura vai entender o conhecimento não como resultado de uma consciência solitária no esquema relação ‘sujeito-objeto’, que é o esquema básico da filosofia moderna, mas como produto de um processo interativo de entendimento, em que a relação ‘sujeito-sujeito’ passa para o centro. Para Apel, isso vai significar a articulação de um terceiro paradigma para a reflexão filosófica: a ontologia clássica teve o ‘ser’ como paradigma, a filosofia transcendental a ‘subjetividade’, agora a ‘intersubjetividade’ linguisticamente mediada.” OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.254, nota 14.

¹⁰¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.257,260.

¹⁰² “Em um sentido amplo, ‘pragmatismo’ ou ‘filosofia pragmática’ referem-se a concepções de filosofia que defendem não só uma distinção entre teoria e prática, mas sobretudo o primado da razão prática em relação à razão teórica, incluindo desde Kant, cuja última obra de 1804 intitulou-se precisamente ‘Antropologia de um

“A hermenêutica vai mostrar que a consciência originária da ‘compreensão’ de algo só se pode fazer a partir de um horizonte de sentido, que é sua condição de possibilidade; em outras palavras, condição de possibilidade da experiência é a familiaridade com um mundo vivido já sempre aberto pela mediação de determinada linguagem histórica. Aqui se manifesta a constituição do sentido como algo social e histórico em contraposição ao esquema da filosofia transcendental clássica, em que o sentido se constitui no sujeito isolado.”¹⁰³

Lenio Streck acentua que “a partir da derrocada da metódica racionalista acende-se o debate acerca da condição de possibilidade para interpretar.” Outrossim, “isso poderia representar uma espécie de abertura do processo de compreensão”, com o afastamento do momento essencialmente subjetivo do ato de compreender.¹⁰⁴

A hermenêutica não deve ser compreendida especificamente como um fenômeno subjetivo, um momento auto-reflexivo sobre a realidade, conjugando-se ora o transcendental e ora o empírico, em busca de uma verdade a ser revelada (metafísica). Não deve haver uma cisão entre a fundamentação e a aplicação, com espeque em Lenio Streck, “compreendemos aplicando e aplicamos compreendendo”.¹⁰⁵

Kuhlmann descreve que o pensamento contemporâneo discute, e se perfaz, na distinção entre uma “postura teórica, em que falamos sobre objetos de nossa experiência, e uma ‘postura reflexiva’, em que se tematizam as condições de possibilidade de nosso falar sobre objetos.”¹⁰⁶

Álvaro Ricardo de Souza Cruz aduz que, na falha da hermenêutica filosófica em estabelecer condições de validade, surge o *pragmatic turn*, e o faz por meio da ética do discurso. Com base em McCarth, a pragmática universal (Habermas) se propõe perquirir sobre as condições de possibilidade, deslocando-se o foco, da experiência do objeto para “a possibilidade de chegar a um acordo na comunicação na linguagem ordinária.”¹⁰⁷

ponto de vista pragmático, até algumas correntes da filosofia contemporânea.’ O termo “pragmática” é derivado do grego *pragma*, significando coisa, objeto, principalmente no sentido de algo feito ou produzido, sendo que o verbo *pracein*, significa precisamente agir, fazer. Os romanos traduziram *pragma* pelo latim *res*, o termo genérico para coisa, perdendo talvez com isso a conotação do fazer ou agir presente no grego.” (MARCONDES, Danilo. *Desfazendo mitos sobre a pragmática*, p.38)

¹⁰³ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.260.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p.180.

¹⁰⁵ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p.181.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.262. Em nota.

¹⁰⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, p.94-95.

Álvaro Ricardo Souza Cruz explicita que a ética do discurso “pressupõe que todo ato de fala pertence ao *telos* do entendimento”, haverá a busca de um “acordo racional de pretensões de validade de alguma norma”, assim, para Habermas, aquele que fala, busca uma “situação ideal de fala”, que consiste no “conjunto de pressupostos universais e inevitáveis da racionalidade”, quais sejam:

- “a) a simetria de posições e a igualdade na oportunidade de fala;
- b) a idéia subjacente de *ego* e *alter ego* (como pressuposto da diferença e do pluralismo);
- c) o *médium* linguístico [supondo uma dimensão sintática (gramaticalmente adequada à compreensão), uma dimensão semântica (o entendimento das expressões) e uma dimensão pragmática (...concerne ao conceito de mundo da vida)];
- d) ilimitação de tempo para se obter o acordo;
- e) a ausência de coação física e moral no processo argumentativo;
- f) a sinceridade, ou seja, a crença naquilo que se fala e o intuito de levar o outro a uma decisão racionalmente motivada e a ausência de coação interna ou externa na execução do discurso.”¹⁰⁸

Ainda com espreque em Álvaro Ricardo Souza Cruz, há na pragmática universal de Habermas, bem como, desde os trabalhos de Wittgenstein e da escola de Oxford, a superação de que a fala teria somente função descritiva, relevando-se seu aspecto performativo (dimensões ilocucionárias e perlocucionárias).¹⁰⁹

Apel, em busca de uma fundamentação última, dissente do racionalismo crítico, por entender que a demonstração hipotético-dedutiva não seria a única demonstração possível, caso o fosse teria razão o trilema de Münchhausen¹¹⁰. O racionalismo crítico não enxergaria, segundo Apel, a “demonstração reflexiva”, a qual pretende ser uma “teoria transcendental da intersubjetividade levantando a pretensão de superar a ontologia tradicional, a teoria moderna do conhecimento e a

¹⁰⁸ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, p. 98.

¹⁰⁹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, p. 99. “De maneira absolutamente diversa da dimensão locucionária da fala, que se limita à afirmação de algo sobre determinado objeto, a ilocucionária faz a comunicação assumir seu espectro performativo por meio da expressão de um apelo, de uma ameaça, de uma advertência, de uma intenção ou de um compromisso. Já o conteúdo perlocucionário da comunicação humana seria um terceiro sentido que se vincula às consequências ou aos resultados particulares, não convencionais, do ato de linguagem”(p.99).

¹¹⁰ “O pressuposto do trilema de Münchhausen é que todo conhecimento é axiomático-dedutivo, portanto parte de pressupostos não demonstráveis.”(OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.382) Rosemiro Pereira Leal explicita ao discorrer sobre o princípio da legalidade que “Evita-se, enfim, de modo exclusivamente *metafísico-aristotélico*, a infinitude regressiva da *petitio-principii* que implicaria na inevitável circularidade ao se fundamentar o fundamentante: isto é, cair na armadilha do *trilema de Münchhausen*, tendo como única saída, a submissão aos princípios aristotélicos da não-contradição *ser em face de algo*, com apoio no princípio teleológico da razão suficiente, que orientam ainda a pragmática linguística dos contextualistas sociais por uma semiótica-semiologia(...) arbitrada pela cultura (*práxis e lexis* agóricas) formativa de significados.”(LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.191).

filosofia analítica contemporânea da linguagem, repensando a unidade da filosofia teórica e prática.”¹¹¹

A reflexão transcendental que permeia a obra de Apel é a seguinte:

“Quem argumenta pressupõe sempre que pode, no discurso, chegar a resultados verdadeiros, isto é, que existe verdade. Pressupõe ainda que seu parceiro, com o qual ele fala, em princípio, é capaz de captar a verdade, ou seja, é pessoa. A situação de argumentação é intranscendível para quem quer que argumente, e uma tentativa, com pretensão à verdade, de sair dessa situação é inconsistente, pois mesmo quem rompe a argumentação quer exprimir algo, o que significa levantar uma pretensão de validade.”¹¹²

Rosemiro Pereira Leal expõe que a pragmática lingüística “não sai da rede de um *contexto social* que lhe dê significados por ‘razões’ acrílicas.” O dogma historicista impede que se construa uma hermenêutica “autocrítica-discursiva”.¹¹³

Karl Popper(1902-1994), em combate à busca de uma verdade irretorquível em ciência, enuncia o que denominou de “critério de demarcação”, como “proposta para que se consiga um acordo ou se estabeleça uma convenção”, o que se torna viável a partir de um objetivo comum entre os interlocutores, por exemplo, chegar a uma solução de seu conflito. O critério de demarcação tem relevância para a teoria do conhecimento, que aqui se viu jungida à questão hermenêutica, pela filosofia da linguagem. Para Popper, a correlação em ser científico um enunciado que seja verdadeiro, traz de volta um dogmatismo positivista, ao revés, propõe que enunciados sejam verificáveis e falseáveis.¹¹⁴

Uma teoria para ser científica e, portanto, para sua consideração hermenêutica “deve ser falsificável”, possibilitando sua verificação empírica. Deve a teoria ser “refutável”, isto é, a possibilidade de testá-la, equivale a possibilidade de demonstração de sua falsidade empiricamente e, de conseguinte, toda sorte de induções que dela decorreram, sem olvidar que existem graus de testabilidade, e que existem exceções a certas aplicações, o que se perfaz com as alterações,

¹¹¹ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.370-371.

¹¹² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*, p.371.

¹¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.188.

¹¹⁴ Cf. POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*, p.38-42. Popper em nota assevera que apresenta seu critério de demarcação como critério de falseabilidade, não como critério de significado, pois para ele o contrário seria admitir um dogma do significado, o que ele combate. “A falseabilidade separa duas classes de enunciados perfeitamente significativos: os falseáveis e os não falseáveis; traça uma linha divisória no seio da linguagem dotada de significado e não em volta dela.”(p.42)

hipóteses auxiliares, apesar de os cientistas não se preocuparem muito com este aspecto¹¹⁵.

Como leciona Rosemiro Pereira Leal, “a teoria da linguagem de Popper comporta quatro estágios: a função *expressiva*, *sinalizadora*, *descritiva* e *argumentativa*”. As funções expressiva e sinalizadora são comuns aos homens e aos animais, a função argumentativa possibilita “em sua mais elevada forma de desenvolvimento”, uma “discussão crítica” frente a uma proposta, ou “*proposição da proposta*”.¹¹⁶

Na leitura, sempre profícua, de Rosemiro Pereira Leal, em Popper, “não há proibição, pela via da discussão crítica (lingüístico-evolucionária-problematizante), de eleger uma entre várias teorias como marco de controle do nosso pensar”, o que não impede que tal teoria seja substituída, buscando-se entre as teorias concorrentes “o melhor padrão teórico-regulador”.¹¹⁷

Importante destacar, que a consciência humana se desenvolverá se “na antítese dos contrários, o homem se deparar com a irritabilidade (...) ante um *problema* a resolver,” buscando “significações nos pontos diacríticos do desespero linguístico (...), numa linha evolucionária de significação crescente”, a consciência irá lhe antecipar movimentos e resultados possíveis, gerando “‘sistemas linguísticos exossomáticos’ que, fora da consciência, podem tornar-se ‘sistema legal’ para controle e crescimento da própria consciência.” Esses sistemas implicam na “antecipação de meios (universo de significados preventivos) de sua própria preservação”.¹¹⁸

Para rematar esse esforço teórico acerca da hermenêutica, vê-se que a filosofia da linguagem e a hermenêutica se imbricaram, a partir da concepção de que o mundo é linguagem, restando a tarefa da hermenêutica em teorizar a forma de compreensão do mundo.

Rosemiro Pereira Leal explicita que é temeroso arraigar todo o mérito de um direito democrático à pragmática, desde Rorty e Habermas, em detrimento da reviravolta linguística, perfaz o autor um mergulho nas concepções que antecederam a essa afirmação. Inicia com a metafísica ontológica, que empreendeu

¹¹⁵ Cf. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*, p.70-71. Cf. POPPER, Karl R. *A lógica da pesquisa científica*, p.43-44.

¹¹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.56.

¹¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *O paradigma processual ante as sequelas míticas do poder constituinte originário*, p.316.

¹¹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.57.” Não é dado na democracia discursivo-processual excluir alguém da formação exossomática de sua consciência teórico-coletiva.”

suplantar a metafísica grega, inserindo o homem como lugar fundante do *ente*¹¹⁹, e continua:

“Cogita-se assim que o homem é uma questão(*quaestio*) advinda de uma *res dubia* contida no *apeiron*(no indeterminado) do surgir do mundo. Este ser ambíguo, porque também ente, e já indeterminado em suas origens, seria um atormentado(Freud-Heidegger-Lacan) que se põe a viver num *ambi-ens*(ambiente) continuamente hostil que torna a sua própria história angustiosa dentro da qual se aventura a formular uma desatinada coerência existencial através de decisões ante o desafio de se estar no ente ou perdê-lo para sempre. A filosofia, desde os seus primórdios, ocupa-se da razão e justificação da preferência entre decisões de vida ou na vida (aqui considerada no complexo *zoé-byos-byos polytikos* para ficarmos na articulação da *práxis* e *lexis* gregas que engendram uma *polys*, uma *ágora*, uma *arché da physis*, uma *episteme*, *aletheia*, *dické*, *arché*, *phronesis*-enfim, um modelo de mundo a se pretender justificar em metafísicos fundamentos pré-unificantes de sentido- *princípio da não contradição*- para todos os mundanos).

Essa busca delirante de princípios primeiros e irreduzíveis(fé e crenças inabaláveis), como verdade pré-unificante e justificadora da existência, transita de noções de uma razão *a priori* intrínseca ao homem e deste a uma razão egressa da história, não se falando em tentativas múltiplas de misturá-las em fórmulas filosóficas engenhosas para se obter um sistema fechado nos absolutismos do sentido da vida como saber primeiro-último (dogmática eterna) a que fatalmente se encerrasse o homem: este é o ciclo rígido da impossibilidade da contradição fundamental que marca a tradição filosófica (a autocracia de sentidos achada pelo pensamento dos déspotas esclarecidos ou auto-iluminados). Despontava-se, na contemporaneidade, outro esforço para resgatar a filosofia como sistema a partir de uma pragmática transcendental (metafísica dos costumes) confrontada com as chamadas reviravoltas linguísticas e pragmática (*turns*), para afirmar novamente **leis do ser** a revelarem coerência inexpurgável para o ser-homem. Percebe-se, nesse passo, uma troca de gaiolas para o mesmo pássaro. Repete-se a recusa kantiana de colocar a **razão** moralista e auto-iluminada sob suspeita e, com Habermas, tem-se a troca dessa razão por uma **racionalidade** engendrada num autopoietico *agir-comum-cativo* (**esfera pública**) de inerência instituinte e unificante dos sentidos (ideal de fala convincente) para designar um tipo de sociedade humana chamada democrática, o que ao contrário, nos anuncia um reminescente, repetitivo e perseverante corpo-político-social paideico (*demos*) do modelo mítico-metafísico-pragmático transcendentalista do mundo grego da *polys* na *ágora*.¹²⁰

Importante, nessa exposição evolutiva, é que a metodologia hermenêutica tradicional, fundada em subsunções, induções e deduções, ou no esquema sujeito-objeto, foi suplantada ou substituída por trabalhos de diversos filósofos, outrossim, isto não significa uma permissividade de relativismo, no sentido de assentir com a

¹¹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.29.

¹²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.29.

discricionariedade do intérprete, já que na própria evolução da teoria hermenêutica demonstrou-se a incongruência do solipsismo, tampouco devemos ignorar os ganhos teóricos nas reviravoltas da história hermenêutica.¹²¹

Miguel Baptista Pereira afirma que:

“A Hermenêutica como analítica crítica da existência é destruição de tudo o que tradicionalmente veda o acesso humano às coisas, sobretudo da ‘a-historicidade da Fenomenologia’ e de toda a cristalização metafísica do pensamento e, positivamente, é o anúncio do que estas ocultam e do próprio processo de ocultação.”¹²²

Jules Coleman e Brian Leiter argumentam que existe uma distinção entre as teorias filosóficas, já que nem todas se ocupam em oferecer explicação aos “compromissos conceituais e teóricos das práticas humanas. Algumas são normativas.” Estas justificam ou defendem “as condições sob as quais certas práticas e instituições” se especificam. Assim, temos teorias analíticas e teorias normativas. A conclusão que se busca no presente texto, enquadra-se na categoria normativa, uma vez que o ambiente em que se desenvolve a hermenêutica aqui tratada é no processo.

Isso não significa, que teorias analíticas não possam ter dimensões normativas, o exemplo encampado por Coleman e Leiter é o da filosofia da linguagem, a seguir transliterado:

“Uma filosofia da linguagem oferece uma descrição dos compromissos conceituais e teóricos de nossas práticas linguísticas, cujo aspecto central é a atribuição de significado. Como parte da prática de atribuir significado a palavras e frases, pretendemos que o significado da palavra ou da frase sirva para *limitar* os usos que se podem dar à palavra ou à frase. O limite linguístico é um conceito normativo; assim, a análise do significado será parcialmente normativa, especificando as condições do uso *justificável* de palavras ou frases. Dessa maneira, uma descrição do significado que se concentrasse inteiramente na história do uso de um termo fracassaria por não poder explicar em que sentido o significado tinha como objetivo não meramente descrever a prática costumeira, mas limitar o uso futuro.”¹²³

Jules Coleman e Brian Leiter tratam, ainda, da “indeterminação semântica”, em resumo, há um ceticismo semântico caracterizado pela inexistência de “fatos

¹²¹ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*.p189.

¹²² PEREIRA, Miguel Baptista. *Hermenêutica e Desconstrução*, p.229.

¹²³ COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, p.310-311.

objetivos de um tipo adequado que constituam ou determinem o significado de uma palavra ou frase”, assim como “não há nenhum fato que seja o significado, o significado de uma frase, diretiva, comando ou pedido será invariavelmente indeterminado.” Dessa forma haverá uma indeterminação das razões, calcada num argumento cético que colocará o significado como uma questão de “*condições de assertibilidade* (isto é, as condições sob as quais a comunidade de usuários da linguagem permite a asserção de uma frase específica)” e não sob questões de verdade.¹²⁴ Apesar de suplantar a metafísica, em busca da verdade, a teoria da indeterminação não responde à uma hermenêutica autocrítica-discursiva, liga-se mais às significações pragmáticas, para conformação dessas condições da comunidade, as quais são, aparentemente, pressupostas.

Também não parece suficiente uma “filosofia reflexiva”, apesar dos avanços em tentar suplantar a metafísica, ainda prende-se a um contexto social, o qual dá significados historicamente engendrados nas culturas. Francisco de Fátima da Silva assevera que uma hermenêutica aos moldes de uma “filosofia reflexiva”, faz a hermenêutica se aproximar da ideologia, da busca pela intenção subjacente, nas palavras do autor:

“Porém, a hermenêutica, para Ricoeur (1984), é uma “filosofia reflexiva” (p. 158) que tem de dar conta do conflito entre as diferentes interpretações dos símbolos da linguagem. Desta forma, enraizada à filosofia de Friedrich Nietzsche, que exigia da filosofia a tarefa de desmascarar as fábulas ilusórias e os falsos valores da consciência (a moralidade), **a hermenêutica supõe o esclarecimento da verdadeira “intenção” e do “interesse” que subjaz toda a “compreensão” da realidade** (eis uma caricatura da hermenêutica); gesto semelhante ao da teoria e método psicanalítico (desmascaramento dos desejos e pulsões secretas do inconsciente) e ao das teorias marxistas sobre a ideologia. Frente a esta tarefa, Ricoeur reclama uma hermenêutica dedicada a restaurar o verdadeiro sentido que os símbolos contêm, o que explicaria o progresso da consciência.”¹²⁵

Com base em Rosemiro Pereira Leal, podemos concluir que a hermenêutica que se apoia na razão eminentemente historicista, ou psicologizante, ou moralista, ou na crença de saberes depositados em esclarecidos, desprestigiando a argumentação a partir de teorias (pensamentos objetivos), não será uma hermenêutica de estabilização dos sentidos, aliás, é justamente o oposto que

¹²⁴ Cf. COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade, p.330-331.

¹²⁵ SILVA, Francisco de Fátima da. A indecibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica: a primazia da metáfora da escritura, p.4.

experienciamos¹²⁶, isto é, permite-se ao intérprete dar o sentido a partir de métodos que privilegiam a razão natural, a intenção, a destinação histórica, ao invés de uma discussão “crítica (descritivo-argumentativa)” e, portanto, “desideologizante”, não-mítica.¹²⁷

O presente texto busca expor uma acepção hermenêutica que permita fugir da indeterminação interpretativa, apontar alternativa para sair de um contexto social pressuposto, bem como, se afastar de teorias que depositem no intérprete esclarecido o significado, para tanto, novamente, nos louvamos de Rosemiro Pereira Leal, que adequou a “teoria do interpretante”, de Edward Lopes, para sua teoria da lei democrática, lançando aos juristas a oportunidade de buscar uma interpretação isomênica.

Conforme expõe Rosemiro Pereira Leal, as teorias semânticas se apoiam nos seguintes postulados:

“a) a **sensatez da mensagem** afirma que o **discurso** tem um sentido, mas não algum sentido imanente porque, se o tivesse, não seria necessário interpretá-lo. Isso significa que o ‘sentido do discurso está fora dele, situando-se, por assim dizer, em um espaço que o transcende e ao qual chamamos **texto**’, não podendo, portanto, prevalecer o brocardo: *interpretatio cessit in claris*.

b) o **caráter oculto do significado** que afirma ‘que o sentido é algo que se procura’, logo há sempre sentido no **discurso** por vários **textos** implícitos, o que designa a multissignificação do discurso, tornando, assim, axiomática, para a semântica, a inevitabilidade da polissemia. Daí, do discurso ao texto há um elo enigmático (várias constatações como excesso de sentidos) que é utilizado – (...) – como ‘desejo de dominação’.(...)

c) a **inteligibilidade do sentido** que tem no **destinador do discurso** a única ‘autoridade’ para dizer o que o discurso significa, embora essa locação da autoria do discurso pudesse ser sublocada a uma ‘autoria do texto’.”¹²⁸

¹²⁶ Andrei Marmor ao pesquisar sobre a interpretação de obras de arte chega a afirmar: “as interpretações admitem pluralidade e incompatibilidade até em um único e mesmo esquema.” Isso porque “intérpretes e críticos de arte normalmente supõem que não há verdade na matéria referente à escolha do esquema adequado à interpretação de uma obra de arte”, ao contrário do Direito a “reivindicação interpretativa é abrangente”, isto é, “reivindica verdade” e, para Marmor, só será inteligível no Direito se a interpretação elege um esquema desse tipo. (MARMOR, Andrei. Três conceitos de objetividade, p.301)

¹²⁷ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.134-135.

¹²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.272-273.

Dessas lições, e com base na leitura de Rosemiro Pereira Leal, pode-se: (em **a**) desdogmatizar uma interpretação exegética, já que a linguística demonstra que o sentido não é imanente, situa-se no texto, fora do próprio discurso. Ademais(em **b**), a polissemia é ambiente profícuo à dominação, “a manipulação de sentidos” transforma o manipulador em “árbitro todo-poderoso da comunidade” e, por fim (em **c**), a supervalorização da autoridade do destinador do discurso, sendo o único sublocador capaz de dar sentido engendrando um texto “segundo sua inteligência”.¹²⁹

Como observa Edward Lopes, na “decodificação(*output*)” de uma mensagem temos um “interpretante do código”, que também serve para sua “codificação (*input*)”, contudo o código(a palavra, o termo, o sema) pode amearhar diversos significados, assim surge um “interpretante do contexto”(sintagma), este por sua vez encontra significação na língua, a qual está envolta numa cultura, daí a necessidade de um “interpretante ideológico”. Tais interpretantes são apresentados pelo autor, da seguinte maneira:

“a) um *interpretante do código* tem a função de traduzir a mensagem a luz das informações fornecidas pelo código de partida que a organizou.(...)
 b) um *interpretante do contexto*, cuja função é localizar, numa contigüidade sintagmática, a lei de *similaridade* que preside ao arranjo de toda a seqüência dotando-a de uma certa redundância informacional.(...)
 c) um *interpretante ideológico* cuja função é decodificar a mensagem enquanto prática social, a partir dos códigos e discursos alheios que formam o complexo dos sistemas modelizantes através dos quais uma sociedade se interioriza em cada um dos indivíduos que a integra. Pois uma visão do mundo assume, para ser declarada, a forma de um discurso. Assim, um discurso que designe outro discurso ou que com outro discurso se autorize, toma esse segundo discurso como seu interpretante ideológico.”¹³⁰

Edna Nascimento aduz que o conceito de interpretante em Peirce, permite pensar “que o falante desenvolve, concomitantemente à sua competência lingüística, uma competência metalingüística”. Em seguida, Edna Nascimento retoma as três semióticas de Hjelmslev (semiótica denotativa, conotativa e metalingüística ou metassemiótica)¹³¹, para com base em Roland Barthes expor que “Qualquer sistema

¹²⁹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.273.

¹³⁰ LOPES, Edward. Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante, p.34-37.

¹³¹ “*semiótica denotativa* — em que nenhum dos planos (expressão e conteúdo) é uma semiótica; *semiótica conotativa* — cujo plano da expressão é uma semiótica; *semiótica metalingüística ou metassemiótica* — cujo plano do conteúdo é uma semiótica.” NASCIMENTO, Edna Maria F. S. *Metalinguagem natural e teoria da linguagem*, p.117.

de significação comporta um plano da expressão (E) e um plano do conteúdo (C) e a significação coincide com a relação (R) entre os dois planos (ERC).”¹³²

Na introdução de sua obra *Discurso, texto e significação*, Edward Lopes aduz que o conceito de interpretante que desenvolve, não se confunde com os projetos de Pierce ou de Morris, é utilizado como “fato de leitura”, e “se limita a descrever os procedimentos empíricos através dos quais um discurso conotado se transforma em texto(s) denotado(s)”.¹³³

Como sustenta Rosemiro Pereira Leal, a teoria do interpretante de Lopes substitui a “‘variável’ da declaração do sentido do discurso engastada no ‘sujeito da enunciação’(locador-locatário do discurso) pela ‘variável’ dos ‘códigos sociais’ de sentido como ‘bens coletivos’ a dessujeitizarem a linguagem”.¹³⁴

Tais códigos são “possuídos” tanto pelo destinador quanto pelo destinatário do discurso e esses não mais possuem “o monopólio do sentido”, caminha-se, portanto, para uma hermenêutica não desabrida, em que os diversos sentidos que se possam enunciar de um determinado discurso, poderão ser reduzidos a um “meta-sentido que os reabsorva conjuntamente, estando eles, portanto, hierarquizados por relações de dominação intradiscursiva.”¹³⁵

Na “teoria do interpretante”, o contexto “alude a um lugar semiótico (lingüístico): ele se refere, sempre, a elementos que existem no interior do discurso”(intradiscursivos). Na teoria em análise, ideologia refere-se a “elementos extradiscursivos” que somente influenciarão o ato de comunicação, se declarados a partir de outro discurso, seria, portanto, a ideologia, um “discurso heterodiscursivo.”¹³⁶

Rosemiro Pereira Leal aponta, no interpretante ideológico, sua divergência com a teoria de Edward Lopes, já que ideologias não podem, em Direito, soerguer um viés interpretativo, em detrimento das normas, pois seria um retrocesso aos moldes liberais e sociais.

Nas observações de Rosemiro Pereira Leal, é preciso suplantar o “mito do contexto” inserto na teoria do interpretante, pois, apesar de substituir o solipsismo

¹³² NASCIMENTO, Edna Maria F. S. *Metalinguagem natural e teoria da linguagem*, p.116-117.

¹³³ LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*, p.1.

¹³⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.274-275.

¹³⁵ LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*, p.5; LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.274.

¹³⁶ Cf. LOPES, Edward. *Discurso, texto e significação: uma teoria do interpretante*, p.41.

interpretativo(ao erigir um interpretante do código e o discurso como lugar da significação), não supera a consideração de uma sociedade pressuposta, porque se, em Direito, os “códigos sociais” advindos de “convenções sociais” forem utilizados como interpretante, fora de um direito legislado pelo devido processo, estar-se-ia reafirmando os positivistas, pois incluir-se-ia na base da interpretação “usos, costumes e princípios gerais de direitos não legislados”, que, “ao contrário de democratizar interpretações, abrem um **leque** de judicações em juízos de conveniência, equidade, transcendência, razoabilidade, proporcionalidade” dos quais queremos nos afastar.¹³⁷

Rosemiro Pereira Leal ressalva, quanto ao “interpretante ideológico”, que Edward Lopes levanta ser a “malha da rede de sentidos”, que a linguística parte de valores éticos, morais comunitários, que servem bem à sociologia, psicologia, antropologia, ao direito (propugnado pelos positivistas), porque o sentido na “linguagem natural decorre inevitavelmente de *objetos culturais do passado*”.¹³⁸

A escolha do “‘interpretante’ para a produção e atuação do direito nas democracias” é bastante relevante, como expõe Rosemiro Pereira Leal ao enunciar sua teoria, jungida à teoria do interpretante, nos seguintes termos:

“Como bem acentua o professor Edward Lopes, se trouxermos suas lições para o Direito Democrático, a compatibilidade (coexistência) do **texto** com o **discurso** há de ocorrer na mesma instância instituinte da co-institucionalidade jurídica como se uma “**obra**” ali estivesse sendo editada (constitucionalizada), porque “o texto diz aquilo que o discurso quer dizer”. O que ensina o referido professor e que tem especial interesse para o Direito é que a “veredicação é da ordem intradiscursiva, não extradiscursiva” e “a obra surge como o espaço de suporte de uma prática significativa em cujo âmbito algo produzido (o texto) é produtor daquilo mesmo que o produziu (o discurso)”. Aqui, na minha leitura, a metalinguagem se empreende no movimento entre texto e discurso com vínculo ao código (interpretante como regulador do sentido intradiscursivo), impedindo que o texto (sempre de origem precompreensiva ao discurso) possa desgarrar-se do interpretante (referente-código) intradiscursivo que dá suporte a uma prática de simétrica paridade interpretativa para todos.¹³⁹

A importância da metalinguagem, na leitura de Edna Nascimento, está em nos possibilitar “denominar/definir” é, pois, a capacidade linguística em condensar e

¹³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.277.

¹³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.278. Não seria outra, a conclusão da pragmática, anteriormente tratada, como ressalta Rosemiro Pereira Leal, estando o homem condenado em sua “incompreensão inescapável do mistério da vida”, envolto de mitos, dogmas, axiomas indecifráveis, cujos sentidos formam-se numa “rede historicista”(p.278).

¹³⁹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.275.

expandir, sem a qual é possível falar em deficiência sensorial(“menomazione sensoriale” nos dizeres de Jakobson). A autora continua:

“É também a propriedade metalingüística natural que faz de um discurso um novo discurso: todo discurso e todo o discurso é um novo interpretante. A partir de um sistema de significação já dado, (ERC), em outras palavras, de **um saber programado, denominado por Edward Lopes ‘interpretante do código’, o falante constrói o saber do discurso, ou seja, ainda na terminologia de Lopes, ‘o interpretante do contexto’.**”¹⁴⁰

Edna Nascimento destaca a condição criativa possibilitada pela metalinguagem, sem a qual seríamos meros repetidores, assim, a teoria hermenêutica com espeque na teoria do interpretante, ao invés de revelar um sentido posto no destinador, ou esclarecido no destinatário do discurso, possibilita-nos criar um “saber individual”, a partir da reinterpretação de um “saber coletivo”, senão vejamos:

“Assim, se essa capacidade de transcodificação não fosse desenvolvida, estaríamos fadados a falar como o ‘dicionário’, e o discurso se constituiria num estereótipo. Se entendemos sentido como transformação, como propõe Greimas(...), ele se funda no funcionamento metalingüístico das línguas naturais pelo qual são responsáveis dois mecanismos fundamentais, a condensação e a expansão. O falante, utilizando-se desses mecanismos, não repete ‘um saber’, mas cria ‘o saber’. A língua natural não se coloca então como repetição, mas trabalho. Juntamente com a atividade lingüística o falante tem de desenvolver uma atividade metalingüística que lhe permite reinterpretar ‘um saber coletivo’ e construir ‘o saber individual’. O sentido pode então ser entendido não como fixo, mas metamorfoseado pelo falante. A criatividade discursiva se manifesta também quando o falante ultrapassa os limites do ‘codificado’ e manipula esse material lingüístico investindo-o de significação própria. O falante não é assim aquele que apenas se apropria de um sistema de relações já dadas, mas também as constrói. O reconhecimento desse funcionamento discursivo que demonstra a ‘presença do homem na língua’, como tão bem se expressou Benveniste (...), tem sido historicamente importante para colocar em xeque visões limitadoras do processo da significação. O discurso, que era entendido tradicionalmente como uma combinatória linear e uniplana de signos, passa a ser o espaço da construção da significação.”¹⁴¹

Insta salientar que a criatividade discursiva, dantes referenciada, de ultrapassar os limites do código, não se coaduna, tal qual fora descrito, no direito, pela simples razão de que o código no direito (a Lei), antes de ser palavra, é a proteção do indivíduo ante arbitrariedades do Estado. O que seria possível, e plenamente viável, no campo do direito, que, por óbvio, não pode se omitir, ante as mazelas sociais, as situações econômicas, os costumes, seria lançar tais

¹⁴⁰ NASCIMENTO, Edna Maria F. S. Metalinguagem natural e teoria da linguagem, p.118.

¹⁴¹ NASCIMENTO, Edna Maria F. S. Metalinguagem natural e teoria da linguagem, p.119.

imbricações no interior do processo de significação, mas tendo como norte de sentido o ordenamento jurídico.

Outra possibilidade, no campo da formação de significação, e o ideal, seria o embate de teorias ocorrido no bojo dos autos, cujo resultado deve, necessariamente, decorrer do interpretante que dará sentido ao discurso, no caso do direito, da lei, do ordenamento jurídico.

Assim, o resultado da significação do discurso constante no texto da decisão, deve estar atrelado ao ordenamento jurídico e aos autos, e não contrariá-los. Isso possibilitaria, inclusive, discutir dialogicamente, as questões históricas, ideológicas, econômicas e sociais que permeiam o caso concreto, tendo como norte, sempre, o ordenamento jurídico.

A crítica a visões limitadoras do processo de significação (citação de Benveniste na epígrafe anterior) não tem relação com a demarcação hermenêutica que aqui se busca, no nosso entender tal crítica só se louvará se considerar a inexistência de um espaço para conformação de sentidos, não teorizados e não sujeitos à crítica, o que ocorrerá se o processo hermenêutico se der ora no locador, ora no locatário, ora no discurso, ora no objeto, como preconiza a hermenêutica jurídica vigente.

Esse espaço deve possibilitar igualdade de oportunidades, de proposições, ainda que em sentidos diversos, por esta razão, Popper apresenta um racionalismo crítico e uma teoria da linguagem que dará condições de problematizar esses diversos sentidos, lidos como diversas teorias, sujeitas à crítica.

A própria conclusão de Edna Nascimento de que o discurso será o espaço para construção da significação faz cunhar tal entendimento, bem como a referência transliterada de Greimas, a saber: "Num universo 'branco' em que a linguagem fosse pura denotação das coisas e dos gestos, não seria possível interrogar-se sobre o sentido: toda interrogação é metalingüística".¹⁴²

Ocorre que, na leitura até aqui feita, e com base na obra¹⁴³ de Rosemiro Pereira Leal, a metalinguagem também necessita de um interpretante, de um referente. Não quer dizer que ideologias, ou significados cunhados historicamente, não sejam utilizados no processo de significação na comunicação humana, contudo, ao se colacionar essas lições para o Direito não se está falando de algo dado

¹⁴² NASCIMENTO, Edna Maria F. S. *Metalinguagem natural e teoria da linguagem*, p.119.

¹⁴³ *Processo como Teoria da Lei Democrática*.

(democracia como topos), mas de algo a ser empreendido, vivenciado, em uma relação de sujeitos que são iguais perante o ordenamento jurídico e não podem entregar a um terceiro o destino de suas vidas, se esse terceiro não compartilhar das mesmas “ideologias”.

Ao se tratar do Direito, não se está reduzido a um clã, um clube, ou uma religião, nos quais intérpretes autorizados ditam a vontade geral, estamos engajados em um projeto inacabado (Estado Democrático de Direito), no qual a sociedade é regulada por si própria, em que seus cidadãos são sujeitos livres e iguais.

Não pode haver dominação na democracia, ainda mais se esta advir de uma força mítica, indefinida, assim, a liberdade criadora do processo de significação do discurso jurídico, empreendido nas funções estatais, deve ser limitada por normas criadas num espaço-tempo da história, por meio de um processo, em que os “saberes coletivos” tenham sido submetidos a uma discussão, que viabilize uma melhor condução do homem na vida.

Essa melhor condução do homem na vida só se soerguerá com eficácia, se as ideologias inseridas nas atividades estatais forem substituídas por teorias, que possibilitem um agir consorte às necessidades sociais, econômicas, familiares, trabalhistas, retirando o peso da responsabilidade em busca de justiça, dos agentes estatais e inserindo-os num contexto construído no espaço dialógico-crítico, em todos os níveis de produção e aplicação.

Como se viu, o “código” ditará a possibilidade de uma “hermenêutica isomênica”¹⁴⁴, o que não impede o enfrentamento de diversos sentidos, mas viabiliza a escolha a partir da confrontação entre as teorias¹⁴⁵, que se destinam a reger esta ou aquela seara do conhecimento ou situação problema.

Dessarte, ainda com suporte em Rosemiro Pereira Leal, verifica-se a necessidade de se delimitar uma teoria do discurso e no caso do Direito e do Estado Democrático, uma “teoria do discurso jurídico”, a fim de suplantar velhos clichês dogmáticos como a “hermenêutica jurídica”, ou a “teoria da constituição”, apresenta o autor uma teoria da lei democrática, cujas balizas têm raízes numa “linguística intradiscursiva” (excluindo-se ideologias extradiscursivas), estando os “institutos

¹⁴⁴ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.274

¹⁴⁵ Francis Vanine de Andrade Reis, ao tratar da metodologia da mecânica social popperiana, esclarece o seguinte: “Uma metodologia de mecânica social gradual propugna uma reforma gradual e setorial controlada por uma comparação crítica entre os resultados esperados e os obtidos, através da apresentação de crítica racional, ou seja, formulada por argumentos apresentados por meio da linguagem. Tudo isso tem como finalidade a redução paulatina dos níveis de violência no conviver humano.” (REIS, Francis Vanine de Andrade. Interesse processual e intersubjetividade racional, p.53).

linguísticos do *texto* e do *discurso* como formativos, na base instituinte da LEI JURÍDICA, dos suportes teóricos sobre os quais deve recair a **fundamentação** das decisões.”¹⁴⁶

Práticas que destinam os significantes aos representantes do povo, ou aos agentes estatais portadores do poder decisional, não suplantando os velhos suportes positivistas, não representam a hermenêutica na pós-modernidade, ainda que se reconheça a contribuição que a virada linguística tenha propiciado, é preciso teorizar os meios em que o povo “soberano” vai efetivar seus direitos fundamentais constitucionalizados.

A hermenêutica que servirá de baliza para esta dissertação, tem no próprio discurso o lugar de significação, o que representa o avanço hermenêutico que aqui se buscou expor.

Se aplicados os ensinamentos da teoria da lei democrática, que visa uma hermenêutica estabilizadora de sentidos, temos o “interpretante(neo-paradigma processual)” que “já é posto na rede normativa(sintagmática) como referente lógico-jurídico(*devido processo*) para toda a comunidade linguística constitucionalizada (co-institucionalizada).”¹⁴⁷

Ao utilizarmos o devido processo(com função metalinguística) como *interpretante*, é possível a denotação do intérprete(texto), vinculada ao discurso(lei-conotação), firmando-se uma “*veredição* (correspondência)” entre o texto e o discurso, no mesmo momento de elaboração da obra “(construção normativa)”.¹⁴⁸

Ainda que não se tenha legislação construída sob a consciência democrática, é possível formar, no processo, uma significação que coadune com o embate realizado pelas partes e pelo juiz, delimitada pelo que fora discutido e com norte de sentido no ordenamento jurídico, sendo a decisão, sob essas bases, um provimento constitucional.

A correspondência (*veredição*) ocorrerá, portanto, no interior do discurso, é intradiscursiva, os textos pré-dados (LEI) constituídos sob a mesma forma dantes referida, asseguram a estabilização dos sentidos, além de permitir revisitar seus fundamentos e avançar sobre eles, por meio da argumentação.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.280.

¹⁴⁷ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.277-278.

¹⁴⁸ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.275-278.

¹⁴⁹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.277-278.

A “relação semântica entre o enunciado e o mundo não é verdadeira” por uma crença, “mas é verossímil pelo *médium* linguístico teórico-dedutivo de asserções hipotéticas ou conjecturais abertas à crítica (testes de resistência), visando à obtenção de *conhecimento científico*.”¹⁵⁰

Em suma, a significação deverá ser construída pelos elementos que se encontram no bojo do próprio discurso. No direito democrático, os autos serão o espaço dessa significação, o local no qual os discursos são produzidos e dos quais se extrairão a *solução compartilhada do conflito*.

O contexto, que auxiliará na construção do provimento, se transforma em objeto de discussão, e o elemento extradiscursivo que se admite é advindo do código pré-dado, leia-se, ordenamento jurídico.

1.2 Sobre a desconstrução

A desconstrução, em princípio, pode ser compreendida como atividade crítica, processo de argumentação, estratégia política, intelectual, modo de leitura ou abordagem ou posição filosófica¹⁵¹, a proposta propugnada por Jacques Derrida vai muito além de um mero criticismo, porque iniciou um debate filosófico profundo acerca do tema, abrindo-se o leque de utilização para quaisquer ciências.¹⁵²

A desconstrução feita de forma criteriosa permite ao desconstrutor¹⁵³ erigir novas bases para interpretação e aplicação do instituto estudado, sem, contudo, ignorar aquelas utilizadas para constatação da teoria anterior, ao revés disso, utiliza seus próprios fundamentos para desconstruí-la.

Conforme aduz Derrida, a desconstrução é contemporânea ao estruturalismo¹⁵⁴, surgiu para questionar seus axiomas, não para fazer ressurgir o

¹⁵⁰ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.279.

¹⁵¹ Cf. STRATHERN, Paul. *Derrida: em 90 minutos*, p.42; CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.99.

¹⁵² Cf. PERRONE-MOISÉS, Cláudia. A justiça e o perdão em Jacques Derrida. p.1.

¹⁵³ Expressão utilizada por Marco Lucchesi na apresentação da obra de Jonathan Culler. (CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.10.)

¹⁵⁴ “O termo estruturalismo tem origem no *Cours de linguistique générale* de Ferdinand de Saussure (1916), que se propunha a abordar qualquer língua como um sistema no qual cada um dos elementos só pode ser definido pelas relações de equivalência ou de oposição que mantém com os demais elementos. Esse conjunto de relações forma a estrutura. O estruturalismo é uma abordagem que veio a se tornar um dos métodos mais extensamente utilizados para analisar a língua, a cultura, a filosofia da matemática e a sociedade na segunda metade do século XX. (...) De um modo geral, o estruturalismo procura explorar as inter-relações (as “estruturas”) através das quais o significado é produzido dentro de uma cultura. (...) De acordo com a teoria estrutural, os significados dentro de uma cultura são produzidos e reproduzidos através de várias práticas, fenômenos e atividades que servem como sistemas de significação(...) Lévi-Strauss explicou que os antônimos estão na base da estrutura sociocultural.(...) Cultura, explicou Lévi-Strauss, é um processo dialético: tese, antítese, síntese.”(ESTRUTURALISMO. *Wikipedia*, p. 1)

subjetivismo ou outra categoria com centro fixo inquestionável, mas para discutir as pressuposições de sua crítica. Segundo Derrida: “não se trata de desconstruir uma ideia crítica para voltar a um dogmatismo pré-crítico, senão para reativar uma memória conceitual de sua história.” E conclui, após admitir a existência de uma cultura desconstrutiva, em que pesem as críticas à palavra cultura, “Não se trata então de levantar-se contra as instituições senão de transformá-las mediante lutas contra as hegemonias, as prevalências ou prepotências em cada lugar onde estas se instalem e se recriem.”¹⁵⁵

O termo desconstrução pode servir de *passe-partout* em apressadas variações conceituais, quando se afasta da definição filosófica que o originou, como descreve Marco Lucchesi, ao apresentar a edição brasileira da obra de Jonathan Culler sobre o assunto. Tais variações as quais Lucchesi denomina “migrações conceituais”, poderiam dar azo à “uma espécie de atomização infinita (partículas de significante levando a outras subpartículas de novos subsignificantes), o que redundaria em absoluta e equívoca polimerização textual.”¹⁵⁶

Não parece ser outra a impressão que o desconstrutivismo acarreta em alguns estudiosos, em especial quanto ao aspecto de taxá-lo de radical, ao “negar a própria pretensão de racionalidade, afirmando que a única resposta é que não há nenhuma resposta”, como afirmara Francisco de Castilho Prates, que, em nota de rodapé, teceu as seguintes considerações:

“Os desconstrutivistas podem ser definidos, grosso modo, como aqueles pensadores que negam radicalmente o projeto moderno de racionalidade, pautando-se pela máxima de que *a única resposta é que não existe resposta alguma*, em uma postura demasiadamente cética. O autor que melhor representa essa vertente é Jacques Derrida.”¹⁵⁷

Para demarcarmos o termo, sem exauri-lo, e não repetirmos o equívoco de polissemia da expressão, o que acarretaria um retalho interpretativo em nossa pesquisa, valhamo-nos do estado d’arte desta categoria filosófica.

Miguel Baptista Pereira afirma que a desconstrução francesa e estadunidense advieram “do modo crítico da leitura e interpretação da destruição” de Heidegger, a

¹⁵⁵ DERRIDA, Jacques. Una filosofía Deconstructiva, p.1.No original: “Entonces, no se trata de desconstruir la idea crítica para volver a un dogmatismo precrítico, sino para reactivar una memoria conceptual ligada a su historia.(...) No se trata entonces de levantarse contra las instituciones sino de transformarlas mediante luchas contra las hegemonías, las prevalencias o prepotencias en cada lugar donde éstas se instalan y se recrean.”

¹⁵⁶ LUCCHESI, Marco. In: CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.10.

¹⁵⁷ PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco, p.520-nota 2.

filosofia deste, por sua vez, tem raízes em Mestre Eckhart (filosofia renana da Idade Média), que, juntamente com seus discípulos, cunharam o “binômio *Bildung-Entbildung* (Formação-Desconstrução). Soma-se, ainda, “influências cruzadas da crítica romântica, dos jovens hegelianos e sobretudo Nietzsche.”¹⁵⁸

Leyla Perrone-Moisés, estudiosa da desconstrução, não coaduna deste entendimento, isto é, para a autora é um equívoco ligar a desconstrução em Derrida à demolição ou destruição.¹⁵⁹

Culler, em sua pesquisa, faz referência a 32 obras de Jacques Derrida, em capítulo que visa delimitar a desconstrução para a filosofia, parte de três formulações de Derrida (colhidas em mais de uma obra), as quais inserem a desconstrução numa estratégia filosófica.

A primeira formulação, de Culler, diz respeito ao papel que os termos filosóficos ocupam entre si, isto é, existe uma posição de hierarquia entre termos contrapostos, seja por razões axiológicas ou lógicas, há uma posição de comando. O papel da desconstrução é reverter essa posição, substituindo o sistema anterior.

A segunda formulação, feita por Culler a partir das obras de Derrida, diz respeito à investigação da “genealogia estruturada de seus conceitos”, tudo de forma mais escurrita possível, determinando “de uma certa perspectiva externa”, aquilo que essa história pode ter se olvidado e que se constituiu enquanto tal e de conseguinte tornou-se repressiva.¹⁶⁰

A terceira formulação diz respeito ao combate à filosofia que o discurso a ser desconstruído afirma, à identificação das “operações retóricas que produzem o fundamento de discussão suposto, o conceito chave ou premissa.”¹⁶¹

Portanto, a desconstrução reverte a posição hierárquica, mas não leva à conclusão de que o discurso fora ilegítimo e deva ser apagado, isto porque o discurso anterior é indispensável para o argumento da desconstrução e em sua genealogia pode ter sido útil em determinada época, não se sustentando ulteriormente. As premissas, das quais lança mão o texto, ou a teoria que se quer

¹⁵⁸ PEREIRA, Miguel Baptista. *Hermenêutica e Desconstrução*, p.229.

¹⁵⁹ Cf. PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os “discursos culturais”, p.166.

¹⁶⁰ Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.100. Strathern também se ocupou em estudar as obras de Derrida, afirma que a desconstrução derridiana surgiu num contexto de dominação estatal autoritária, propugnada pelo governo patriarcal de Charles de Gaulle, e o movimento a que se denominou pós-estruturalismo, capitaneado por Derrida, Foucault e Barthes, os quais representaram a defesa da relativização frente à rígida estrutura francesa. (STRATHERN, Paul. *Derrida*: em 90 minutos, p.47-48.)

¹³ Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.100.

desconstruir são normalmente compostas de um núcleo rígido que deve ser objetado pelo desconstrutor.

Paul Strathern afirma, ao comentar a cisão entre Foucault e Derrida, que para este o texto histórico estava aberto a interpretação, podendo “mudar de época para época”, não sendo possível “supor que o pensamento pode usar uma linguagem que se coloca ‘fora’ da própria linguagem que ele descreve”.¹⁶²

De acordo com Leyla Perrone-Moisés, Derrida consegue fazer “da linguagem ao mesmo tempo um alvo e uma arma, relança indefinidamente a significação, desarmando a representação”, nesse sentido é possível “estar, ao mesmo tempo, *fora* de uma fala objeto que é desconstruída, e *dentro* de uma nova fala provisoriamente construída, que refunde a primeira.”¹⁶³

A desconstrução é uma tentativa de escapar da prisão às questões de uma “metafísica da presença”, que foi combatida por Jacques Derrida, e que pode ser ilustrada na seguinte passagem:

“Já se pressente, portanto, que o fonocentrismo se confunde com a determinação historial do sentido do ser em geral como *presença*, com todas as subdeterminações que dependem desta forma geral e que nela organizam seu sistema e seu encadeamento historial (presença da coisa ao olhar como *eidos*, presença como substância/essência/existência(*ousia*), presença temporal como ponta (*stigmé*) do agora ou do instante(*nun*), presença a si do cogito, consciência, subjetividade, co-presença do outro e de si, intersubjetividade como fenômeno intencional do ego etc.). O logocentrismo seria, portanto, solidário com a determinação do ser do ente como presença.”¹⁶⁴

Jonathan Culler, ao comentar esta passagem, esclarece que esses termos(*eidos*, *stigmé*, *ousia*, *nun*) figuraram em tentativas filosóficas de descrever o que seja fundamental, tratados como força ou princípio central e básico. Os termos fundamentais são usados sempre em oposições e pressupõem-se a primazia de uns sobre os outros, *v.g.*, “literal/metafórico, natureza/cultura, inteligível/sensível, positivo/negativo, transcendente/empírico”, dessa maneira, temos que o primeiro termo supõe prioridade e o segundo uma negação ou ruptura do primeiro.¹⁶⁵

¹⁶² STRATHERN, Paul. *Derrida: em 90 minutos*, p.49-50.

¹⁶³ PERRONE-MOISÉS, Leyla. *Aquele que desprendeu a ponta da cadeia*, p.102.

¹⁶⁴ DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*, p.15. Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.108. Cf. DERRIDA, Jaques. *L'écriture et la différence*, p.51-97.

¹⁶⁵ Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.108.

Na obra *Glossário de Derrida*, é possível averiguar na definição do termo *Logocentrismo*, a luta de Derrida contra a supervalorização do significado, próprio de uma filosofia metafísica, senão vejamos: “Centramento da metafísica ocidental no significado, que tem a proximidade com o logos, com a determinação metafísica da verdade – *eidos* -, com o ente como presença – *ousia*.”¹⁶⁶

A análise nas concepções logocêntricas e, portanto metafísicas, torna-se uma iniciativa de retorno em idealização, a uma origem pura, padrão, para conceber a derivação ou complicação. Isto quer dizer que sempre tendemos a partir de um caso padrão para discutir suas derivações, sem o que não poderíamos falar em uma análise séria, herança do *cogito*. Segundo Culler “a dificuldade em imaginar e praticar procedimentos diferentes[estabelecimento de padrões] é uma indicação da ubiqüidade do logocentrismo.” Todos os metafísicos assim o fizeram.¹⁶⁷

Na desconstrução o que é tratado ou proposto como um dado, simples e puro, um componente elementar, é de *per si* “um produto, dependente ou derivado”, uma vez colocado como base para desenvolvimentos ulteriores. Ainda que busquemos a origem das coisas, das palavras, da fala, um conjunto de fatores coexistiu para dar origem ao que entendemos como estrutura, “não importa quão longe no passado tentemos ir”, iremos pressupor uma organização anterior, “uma diferenciação anterior.”¹⁶⁸

Há na obra derridiana um combate à cadeia significante, em Gramatologia, Derrida aduz: “Não há significado que escape, mais cedo ou mais tarde, ao jogo das remessas significantes, que constitui a linguagem”.¹⁶⁹ O mesmo foi feito por Roland Barthes, em *O Império dos Signos*, como demonstra Leyla Perrone-Moisés, sob influência de Derrida e em oposição ao “projeto semiológico saussuriano[...] remetendo a uma significação sempre de[i]ferida”, ao afirmar que o signo possuía “significado fugidio e significante sem fundo”¹⁷⁰.

Jonathan Culler, ao comentar a crítica de Derrida à clássica obra de Saussure, *Cours de linguistique générale*, afirma que o linguista parte do conceito de signo baseado “numa distinção entre o sensível e o inteligível; o significante existe para dar acesso ao significado e, assim, parece estar subordinado ao conceito ou

¹⁶⁶ SANTIAGO, Silvano(Sup.). Glossário de Derrida, p.56.

¹⁶⁵ CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.108.

¹⁶⁸ Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.110-111.

¹⁶⁹ DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*, p.8.

¹⁷⁰ PERRONE-MOISÉS, Leyla. Aquele que desprende a ponta da cadeia. In: NASCIMENTO, Evando.(Org.) *Jacques Derrida: pensar a desconstrução*, p.98.

significado que comunica.” E conclui que, para Saussure, a distinção entre os signos para ser empreendida pelo linguista implica em apreender significados e fazer deles seu ponto de partida, retornando assim ao logocentrismo.¹⁷¹

É prática recorrente no meio científico os conceitos, dogmas, sentidos pré-constituídos no bojo de discursos críticos à metafísica. Jonathan Culler destaca a possibilidade de o discurso que visa desconstruir se autodesconstruir.¹⁷²

Leyla Perrone-Moisés dedica à essa temática (autodesconstrução) uma Comunicação, no IV Congresso Internacional da Associação Portuguesa de Literatura Comparada (2001), publicado em capítulo de livro em 2007 (*Desconstruindo os “discursos culturais”*), que adiante se comenta.

Leyla Perrone-Moisés ao analisar os estudos culturais¹⁷³ que buscaram aplicar a desconstrução, e terminaram por se desconstruir em seu próprio bojo, adverte que

“De modo geral, o que não é absolutamente derridiano nos estudos culturais é a essencialização de seus objetos, as conclusões apresentadas como sentidos plenos, verdadeiros, dogmáticos e moralizantes, enquanto a desconstrução é uma crítica infinita, um deslocamento, uma abertura de horizonte, um adiamento (diferimento) constante da conclusão, da Verdade. Também não é derridiana a ilusão de exercer uma prática política pelo simples fato de se usar, no espaço restrito da universidade, uma terminologia politicamente correta. Exercidos sem as devidas precauções, os estudos culturais se tornam tão ideológicos quanto os discursos ideológicos que pretendem criticar, por uma simples inversão de sinal que jamais poderia ocorrer na desconstrução derridiana.”¹⁷⁴

Vê-se quão tormentoso é o caminho a ser percorrido, ou seja, praticar a desconstrução e precaver-se da autodesconstrução, mas, nessa irritabilidade, encontra-se a chave da significação que se pretende dar à junção dos termos desconstrução e hermenêutica.

Depreende-se, na leitura de Culler e Leyla Perrone-Moisés, que a desconstrução pode ser praticada tanto de maneira intencional, inserindo-a numa “estratégia filosófica”, ou num “modo de leitura”, em que se buscará as bases retóricas, para relançar um sentido, quanto pode ser não intencional, traduzido na afirmação de que o discurso que visa a desconstruir pode se autodesconstruir.

¹⁷¹ CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.115. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*, p.15-25.

¹⁷² Cf. CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.115. SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Linguística Geral*, p.89-93.

¹⁷³ Estudos fundados no gênero, na etnia, no multiculturalismo e no pós-colonialismo.

¹⁷⁴ PERRONE-MOISÉS, Leyla. *Desconstruindo os “discursos culturais”*, p.174.

Portanto, se pode haver uma desconstrução não intencional num discurso desconstrutor, por que não falarmos de uma desconstrução não intencional num discurso qualquer, ou, em especial, num discurso construtor de uma decisão, quando na construção desse texto, o discurso que dele sobressai contraria as caracterizações hermenêuticas que dele se espera?

Se o sentido deve ser construído no bojo do próprio discurso, como exposto no subtítulo antecedente, a desconstrução, enquanto estratégia filosófica ou modo de leitura, nos soergue de técnica para desvelar os fundamentos aporéticos, paradoxais e axiomáticos, que constituirão as bases de uma decisão judicial. Não menos importante se revela a questão de que, ao contrariar o paradigma que dá orientação teórica hermenêutica àquele ato, estaria tal discurso desconstruindo as enunciações que lhe dão condição de possibilidade e de justificação, necessárias ao fenômeno hermenêutico.

Todavia, como o próprio Derrida afirma, não necessariamente o texto, ou a obra, ou a teoria há de ser desmerecido, ao se autodesconstruir, essa foi a leitura de Jonathan Culler, ao discorrer sobre o conceito saussuriano de signo analisado na obra *Gramatologia*, de Derrida:

“Derrida, assim, demonstra como o discurso de Saussure se desconstrói, mas também argumenta, e esse é um ponto que não deve ser esquecido, que longe de invalidar o *Cours*, esse movimento de autodesconstrução é essencial para seu vigor e pertinência. O valor e a força de um texto podem depender, em considerável parte, do modo como desconstrói a filosofia que o sustenta.”¹⁷⁵

Obviamente, que o valor que se verá erigido, numa decisão estatal desconstrutora da teoria hermenêutica adequada ao Estado Democrático de Direito, é o da violência sem fundamento, o da autoridade pela autoridade, é a demonstração empírica das práticas autoritárias na própria democracia.

A “política da desconstrução” para o próprio Derrida funciona “como uma ferramenta para ser usada contra o autoritarismo político e a injustiça.”¹⁷⁶ Pertinente torna-se sua aplicação na análise das instituições jurídicas que apresentam traços de uma autoridade mítica, em meio a um sistema que se autoproclama democrático.

A desconstrução derridiana é ínsita ao combate à “violência sem fundamento”, é o que levou Rosemiro Pereira Leal a dedicar um subtítulo na sua

¹⁷⁵ CULLER, Jonathan. *Sobre a desconstrução*, p.113; Cf.DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*, p.36-58.

¹⁷⁶ STRATHERN, Paul. *Derrida: em 90 minutos*, p.68.

obra *Processo como Teoria da Lei Democrática*, no qual analisa, em especial, a conferência de Derrida, intitulada *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, em que pesem os dissensos, é fonte de elucidação da violência parlamentar na construção da lei, conforme adiante será exposto.¹⁷⁷

Em resumo, como norte à técnica desconstrutiva de um discurso, em princípio, deve-se encontrar seus fundamentos e hierarquizá-los de forma contraposta, em segundo lugar, há de se perquirir sobre a origem dos conceitos que sustentam tal discurso, pondo-os à prova. E, por fim, identificar as operações retóricas, desprovidas de um suporte questionável, isto é, os axiomas, utilizados como centro dessas operações, devem ser por si só um objeto de discussão.

1.2.1 A desconstrução e o direito

Diante das proposições do subtítulo anterior, as quais sustentam, de forma eficaz, o enfrentamento dos discursos insertos nas decisões judiciais, é necessário expor acerca da teorização da desconstrução no direito, para uma aproximação mais acurada da desconstrução.

Jacques Derrida enfrentou o tema da desconstrução no direito, e o fez na obra *Força de Lei*, com subtítulo, *o fundamento místico da autoridade*, recentemente traduzida para o português¹⁷⁸. Conforme expõe o autor, a desconstrução, efetivada por ele no referido ensaio, tratou das relações entre direito e justiça, sob as perspectivas do poder, da autoridade e da violência.

Como afirmado na seção anterior, sobre a desconstrução derridiana, o autor tratou de demonstrar os paradoxos que permeiam os fundamentos das instituições as quais visa (des)construir, por óbvio não visou desconstruir o direito enquanto tal,

¹⁷⁷ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.98-108.

¹⁷⁸ Conforme consta na advertência da tradução: “a obra é dividida em duas partes, a primeira parte, *Do direito à justiça*, original *Deconstruction and the Possibility of Justice*, foi proferida por Derrida na abertura de um colóquio na Cardozo Law School, em Nova York, em outubro de 1989, a segunda parte, intitulada *Prenome de Benjamin*, foi entregue aos participantes, sem contudo ter sido proferida por Derrida naquela oportunidade.” A primeira publicação do texto, conforme nota de rodapé, constante ao final da advertência, foi em agosto de 1990, com o nome “*Deconstruction and the Possibility of Justice*”, na *Cardozo Law Review*, de Nova York. Posteriormente, com o mesmo título, pela editora Routledge, em 1992, ambas as publicações na forma de artigos. A primeira edição da obra como livro, foi em alemão e data de 1991, cujo título foi *Gesetzeskraft. Der mystische Grund der Autorität*, em 1991.” (DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.VII-VIII).

tampouco a justiça, valendo-se das contradições que podem advir da relação entre direito e justiça, pelo fundamento da força.

Derrida aduz que um questionamento desconstrutivo que opõe lei e convenção, ou instituição e natureza, ou ainda, um questionamento que desestabiliza, ou aponta paradoxos entre valores, será sempre um questionamento sobre o direito e a justiça. Ocorre que, por vezes, haverá excessos nas buscas destes fundamentos, chegando-se mesmo a por em dúvida a necessidade do próprio questionamento, tudo porque existe uma autoridade, “portanto uma força legítima da forma questionadora, a respeito da qual podemos nos perguntar de onde ela tira uma força tão grande em nossa tradição.”¹⁷⁹

A desconstrução, segundo Derrida, apesar de não se endereçar ao problema da justiça, acabou por fazê-lo, ainda que indiretamente. Para o filósofo, qualquer tentativa de falar diretamente que algo seja justo é oblíquo, trairá a própria justiça, ou o direito.¹⁸⁰

Derrida demonstra, a partir das teses de Pascal e Montaigne, as relações entre a justiça e a força, ou melhor, a necessidade desta para que aquela seja seguida e que seja justo segui-la¹⁸¹. Nesse sentido, Derrida destaca o que esses pensadores denominavam de “fundamento místico da autoridade”, e a distinção entre direito e justiça, notadamente no que é pertinente à obediência das leis, cuja autoridade repousa sobre elas próprias, ao crédito que damos a elas, baseado na fé, num ato não racional, nem ontológico.¹⁸²

Alexandre Araújo Costa, em artigo que buscou elucidar a obra *Força de Lei*, ora em comento, faz as seguintes afirmações:

“A base de todo jusnaturalismo é a idéia de que o direito positivo só é válido na medida em que pode ser derivado de um direito natural composto por normas e valores intrinsecamente justos. Contra essa postura de que o direito é válido, em última instância, porque é justo, Montaigne sustentou que *as leis mantêm-se creíveis, não por serem justas, mas por serem leis. É o fundamento místico de sua autoridade, elas não têm outro*. Essa idéia encontra eco no pensamento de Pascal, que chegou a dizer que *o costume faz a equidade, pela simples razão de ser recebido; tal é o fundamento místico da autoridade.*”¹⁸³

¹⁷⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.12-13.

¹⁸⁰ Cf. DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.17.

¹⁸¹ Derrida parte do seguinte pensamento de Pascal: “Justiça, força – É justo que aquilo que é justo seja seguido, é necessário que aquilo que é mais forte seja seguido.” (DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.18).

¹⁸² Cf. DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.19-21.

¹⁸³ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.1.

Tais elucubrações são utilizadas por Derrida para afirmar que, apesar da conclusão de Pascal e Montaigne estarem baseadas num “pessimismo cristão”, suas obras representam as premissas de uma “filosofia crítica *moderna*, ou uma crítica da ideologia jurídica”, tal ocorre porque se elucidou que as superestruturas do direito são compostas de “interesses econômicos e políticos das forças dominantes”, e, ainda, porque o pensamento de Pascal traduz que o momento de surgimento da justiça e do direito tem íntima ligação com o que denomina de “força performativa, isto é, sempre uma força interpretadora e um apelo à crença”.¹⁸⁴

Outrossim, o direito, em seus fundamentos, antes de estar a serviço da força ou de uma ideologia qualquer, manteria a própria força, bem como o poder e a violência. O próprio ato de “*fazer a lei*” traria em si uma “violência performativa e portanto interpretativa que, nela mesma, não é nem justa nem injusta”, e conclui afirmando que “nenhum discurso justificador pode, nem deve, assegurar o papel de metalinguagem com relação à performatividade da linguagem instituinte ou à sua interpretação dominante.”¹⁸⁵

Derrida quer dizer com isso que o limite do discurso está nele próprio, a origem da autoridade, no caso da instauração da lei, nos textos de Pascal e Montaigne, funda-se numa violência sem fundamento, é místico. Mas os discursos justificadores para o fundamento da autoridade ocultam esse caráter, precisam fazê-lo para evitar os questionamentos¹⁸⁶. Ainda que se tenha um Estado que garanta o direito, arraigado em convenções e regras, haverá na origem o limite místico.

Daí que se poderia rematar que o direito é por si “*desconstruível*, ou porque ele é fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis(...), ou porque seu fundamento último, por definição, não é fundado.”¹⁸⁷

Derrida busca demonstrar, na primeira parte de sua obra, as incongruências em se “tentar buscar na justiça um fundamento para o direito positivo.”¹⁸⁸ Dessa maneira, desestabiliza as bases míticas que permeiam o direito, como na passagem a seguir trasladada.

¹⁸⁴ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.23-24.

¹⁸⁵ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.24.

¹⁸⁶ Cf. COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.3-4.

¹⁸⁷ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.26.

¹⁸⁸ Cf. COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.3.

“Há um porvir para a justiça, e só há justiça na medida em que seja possível o acontecimento que, como acontecimento, excede ao cálculo, às regras, aos programas, às antecipações etc. A justiça, como experiência da alteridade absoluta, é inapresentável, mas é a chance do acontecimento e a condição da história. Uma história sem dúvida irreconhecível, claro, para aqueles que pensam saber que falam quando usam essa palavra(...). Esse excesso da justiça sobre o direito e sobre o cálculo, esse transbordamento do inapresentável sobre o determinável, não pode e não deve servir de álibi para ausentar-se das lutas jurídico-políticas, no interior de uma instituição ou de um Estado(...).”¹⁸⁹

A desconstrução ocorrerá, segundo Derrida, no interregno entre a “indesconstrutibilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito”, sendo este construível porque “ultrapassa a oposição da convenção à natureza”¹⁹⁰, é, portanto, desconstruível. Não é possível reduzir a justiça a um sistema de direito natural ou de direito positivo, pois considerar determinadas normas como justas é o mesmo que impedir que sejam criticadas.¹⁹¹

Afirma Derrida que “a desconstrução é a justiça”¹⁹², Alexandre Araújo Costa explica essa afirmação, da seguinte forma:

“Para usar uma metáfora de Deleuze e Guattari, a justiça é como um movimento infinito, de tal forma que ela não pode ser retida em um determinado tempo histórico sem se desnaturar. Ela é o constante movimento no sentido do novo, uma exigência perpétua de uma justificação que se sabe de antemão impossível, pois nenhuma decisão pode se colocar como justa sem implicar a paralisia do movimento da justiça.”¹⁹³

Assim como a desconstrução, a justiça estaria sempre em aberto, sempre a construir, como asseverou Derrida, sempre a porvir¹⁹⁴, daí que ela é indesconstruível. O *direito*, entretanto, advém de um processo histórico que lhe atribui forma e conteúdo, servindo a desconstrução para apontar o caráter mítico da fundamentação nesse quadrante, ou nesse espaço-tempo criador da norma ou da decisão.¹⁹⁵

Rosemiro Pereira Leal, ao tratar da obra *Força de Lei*, destaca que Derrida “denuncia um jogo paradoxal de justiça possível com um direito impossível que estabelece uma relação do construível com o desconstruível, em sendo a própria

¹⁸⁹ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.55.

¹⁹⁰ DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.27.

¹⁹¹ Cf. COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.8.

¹⁹² DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.27.

¹⁹³ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.8.

¹⁹⁴ Cf. DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*, p.55.

¹⁹⁵ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.8.

justiça inescurecida a possibilidade de *desconstrução*". Todavia, como obtempera Rosemiro Pereira Leal, Derrida se ocupa mais em "duvidar da **certeza dos extremos**" do que investigar "as diferenças radicais e específicas entre as coisas", tampouco conjecturou "um núcleo teórico como fundamento a balizar a construção da **lei**", mas contribuiu muito ao desvelar a "**violência sem fundamento** na instauração da **lei**".¹⁹⁶

Destarte, a desconstrução, no direito, opera no sentido de viabilizar discursos que se oponham aos discursos tradicionais e hegemônicos, causadores de opressão conceitual e cobertos por uma manta acrítica, aporética e, portanto, violenta.¹⁹⁷ Ainda que construa um discurso não acobertado de uma verdade, que se considere absoluta, mas aberto à crítica.

Rosemiro Pereira Leal apresenta solução factível para sair dessa rede de violência na parlamentarização da lei, qual seja, uma lei criada, mediante um processo, no qual se permita expor a teoria que orientou sua formação, registrada na exposição de motivos, e que permitirá compreender os fundamentos do discurso legal, e possibilitar interpretação em situação de igualdade, além de definir "o âmbito de compreensão, aplicação, alteração ou extinção do direito (conexões normativas a serem legiferadas)".¹⁹⁸

A questão levantada por Derrida, isto é, o limite místico da autoridade, surgido na origem dos atos de criação, imposição e interpretação da lei, traz à conclusão de que a justiça tal qual é tratada pelos juristas da *civil* e da *common law*, em si, é indiscernível, como denuncia Rosemiro Pereira Leal:

"Portanto, há mesmo, como enfatiza Derrida, *aporias* dos sistemas jurídicos que permanecem ideologicamente impenetráveis à plena e irrestrita fiscalidade processual difusa e concreta como denominamos na técnica processual contemporânea, para evitar a desconstrução (desmitificação) de uma justiça das autoridades (**jurisdição**). Por isso, atualmente, a expressão 'justiça' é uma *doxa* explícita que, por si própria, denuncia um logro semântico de difícil mascaramento. E *justiça* no sentido do insuscetível ao discernimento (ideologia velada) só poderia ocorrer, no direito democrático, onde ela mesma em si não existisse."¹⁹⁹

Todavia, não quer dizer que a ideia de justiça deva ser abandonada, porque, como afirma Rosemiro Pereira Leal, o "*direito* sem o conceito de *justiça* não seria o

¹⁹⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.99.

¹⁹⁷ COSTA, Alexandre Araújo. *Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei*, de Jacques Derrida, p.6.

¹⁹⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.100.

¹⁹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.101.

direito democrático de que cuida minha *teoria neoinstitucionalista do processo*". A justiça do direito democrático, segundo Rosemiro Pereira Leal, seria equacionável juridicamente, "uma variável teórica do **processo** que a própria **lei** expressaria como fundamento de sua validade e legitimidade, desmitificando os apelos(clamores) por **justiça** num campo ausente da teoria da palavra legal".²⁰⁰

A lei deve "possibilitar a investigação processual da validade e legitimidade do sistema jurídico que se mostra injusto e a causar atrocidades pelo seu *equivoco* manejo (operacionalização)." O *devido processo* é a estrutura que permitirá uma desconstrução compartilhada, argumentativa, e, portanto, justa.²⁰¹

1.3 Desconstrução e hermenêutica

Jacques Derrida, em conferência na Universidad Arcis, publicada pela Revista de Crítica Cultural do Chile, em 1997, apontou a relação entre hermenêutica e desconstrução, ao discorrer sobre as diferenças entre a teoria e a retórica, *in verbis*:

"As relações entre desconstrução e hermenêutica são também complexas. O que se chama em geral "hermenêutica" designa uma tradição de exegese religiosa que passa por Schleiermacher e a teologia alemã até Gadamer entre outras fontes, e supõe que a interpretação dos textos deve descobrir o seu "querer dizer" verdadeiro e oculto. A desconstrução não tem a ver com essa tradição, pelo contrário, põe em dúvida a ideia de que a leitura deva finalmente descobrir a presença de um sentido ou de uma verdade oculta no texto. Mas há também outra maneira de pensar a hermenêutica, que se percebe em Nietzsche ou em Heidegger, na qual a interpretação não consiste em buscar a última instância de um sentido oculto senão uma leitura ativa e produtiva: uma leitura que transforma o texto pondo em jogo uma multiplicidade de significações diferentes e conflituosas. Esse sentido nietzscheano da interpretação é muito mais próximo à desconstrução, tal como a menção de Heidegger à *hermeneuein* que não busca decifrar nem revelar o sentido depositado no texto senão produzi-lo através de um ato poético, de uma força de leitura-escrita."²⁰²

²⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.102.

²⁰¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.103.

²⁰² DERRIDA, Jacques. Una filosofía Deconstructiva, p.1.No original: "Las relaciones entre desconstrucción y hermenéutica son también complejas. Lo que se llama en general "hermenéutica" designa una tradición de exégesis religiosa que pasa por Schleiermacher y la teología alemana hasta Gadamer entre otras fuentes, y supone que la interpretación de los textos debe descubrir su "querer decir" verdadero y oculto. La desconstrucción no tiene que ver con esa tradición sino, por el contrario, pone en duda la idea de que la lectura deba finalmente descubrir la presencia de un sentido o una verdad oculta en el texto. Pero hay también otra manera de pensar la hermenéutica, que se percibe en Nietzsche o en Heidegger, donde la interpretación no consiste en buscar la última instancia de un sentido oculto sino en una lectura activa y productiva: una lectura que transforma el texto poniendo en juego una multiplicidad de significaciones diferentes y conflictuales. Ese sentido nietzscheano de la interpretación es mucho más cercano a la desconstrucción, tal como lo es la mención de Heidegger a la *hermeneuin* que no busca decifrar ni revelar el sentido depositado en el texto sino producirlo a través de un acto poético, de una fuerza de lectura-escritura."

Portanto, as semelhanças entre a teoria hermenêutica a partir de Heidegger, e o sentido nietzscheano de interpretação, aproximam-se da desconstrução, porquanto não buscam revelar o sentido do texto, mas produzir tal sentido, numa ideia próxima à teoria do interpretante jungida à teoria da lei democrática, dantes referidas, nas quais o sentido se produz concomitantemente no texto e no discurso, a partir dos códigos, construídos sob bases teóricas esclarecidas já postas à prova.

Como acentua Leyla Perrone-Moisés, “a desconstrução derridiana é uma leitura fina e minuciosa de textos da tradição ocidental, visando a mostrar seus pressupostos idealistas e metafísicos.”²⁰³ Semelhante ao que ocorreu na evolução da teoria hermenêutica, também houve uma busca de superação da metafísica na desconstrução francesa.

A hermenêutica, porquanto impõe um sentido em detrimento de outros, impede uma inequívocidade²⁰⁴, a desconstrução, a seu turno, põe em xeque os dualismos hierárquicos, “o sentido último é sempre diferido”,²⁰⁵ a desconstrução tende a revelar o sentido da escrita e seus fundamentos.

Leyla Perrone-Moisés explicita que a desconstrução assume dois limites, um é que a desconstrução chega constantemente a aporias²⁰⁶, por não se contentar com conclusões últimas, outro é o limite “entre o pensar e o fazer”, sendo a desconstrução “uma prática filosófica, acadêmica, que não se confunde com uma práxis política.”

Nas palavras de Leyla Perrone-Moisés:

“Derrida aponta e questiona, nesses textos, os dualismos hierárquicos em que o primeiro termo tem sido historicamente privilegiado: ser/não-ser, fala/escrita, realidade/aparência, masculino/feminino, etc. A crítica da tradição filosófica ocidental, na obra de Derrida, é infinita, já que o sentido último é sempre diferido. Opor sentidos plenos, verdadeiros e últimos, aos sentidos dos textos desconstruídos, seria recair no mesmo dualismo que ela combate. Por não se imobilizar jamais numa afirmação plena, a desconstrução leva freqüentemente a aporias. “Nem isso, nem aquilo”, “por um lado, por outro”, são formulações freqüentes no discurso de Derrida. **A aporia é o limite da desconstrução, que visa ao deslocamento do sentido, numa atitude de crítica permanente. Outro limite assumido pela desconstrução, é o que existe entre o pensar e o fazer. A**

²⁰³ PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os “discursos culturais”, p.166.

²⁰⁴ Cf. SILVA, Francisco de Fátima da. A indecidibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica: a primazia da metáfora da escritura, p.1.

²⁰⁵ PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os “discursos culturais”, p.166.

²⁰⁶ Rosemiro Pereira Leal compara a aporia, em Derrida, ao contraditório da teoria *neoinstitucionalista*, o que possibilitaria desconstruir a autoridade infundada. Nas palavras do autor: “A *experiência da aporia*, expressão de Derrida, o que para mim designa aspectos do **contraditório** na *teoria neoinstitucionalista*, é um dito radical em Derrida, quando afirma: ‘Mas acredito que não há justiça sem essa experiência da aporia por impossível que seja.’” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.103).

desconstrução é uma prática filosófica, acadêmica, que não se confunde com uma práxis política. (O que não impede que, como pessoa física, Derrida tenha tomado e continue tomando várias atitudes políticas: com relação ao apartheid na África do Sul, ao comunismo soviético na antiga Tchecoslováquia, na criação de “cidades refúgio” para os escritores perseguidos, na defesa explícita dos sem-terra brasileiros, etc.)”²⁰⁷

Francisco de Fátima da Silva, ao correlacionar os institutos estudados, afirma que “se reduzida à interpretação, a hermenêutica não passaria de uma análise interpretativa de textos sagrados, jurídicos, literários”. Tampouco a desconstrução, afirma o autor, poderia ser reduzida ao niilismo, porquanto seria “entendida como uma ciência que prova que os textos nada significam, o que se transformaria num absurdo, uma vez que Derrida nunca afirmou tal coisa.”²⁰⁸

A desconstrução duvida, assim como a “lógica paraconsistente”, da “certeza dos extremos(mal e o bem, o bom e o mau, o justo e o injusto)”²⁰⁹, para tanto, não se assenta “em sentidos previamente determinados, em termos morais”²¹⁰, aqui se afasta da hermenêutica de Schleiermacher e se aproxima da teoria da lei democrática, cunhada por Rosemiro Pereira Leal.

Esse afastamento da desconstrução de uma hermenêutica psicologizante, ou que vise a revelar verdade, pode ser a razão pela qual alguns autores afirmem que a desconstrução negue a hermenêutica, nas palavras de Francisco de Fátima da Silva:

“Talvez esteja aí um dos motivos, pelos quais a desconstrução seja acusada de negar a hermenêutica, posto que, esta, preocupada com um significado imanente ao texto (ainda que não seja escondido, que seja revelado, como queria Ricoeur), procura resgatar a verdade desse; ao passo que a desconstrução, longe de querer recuperar algum sentido escondido alhures, considera que ‘a essência da literatura [...] é produzida enquanto conjunto de regras objetivas numa história original dos `atos´ de inscrição e leitura’ (Derrida, 1992, p. 45).”²¹¹

Podemos condensar as relações dantes trazidas numa explanação de Francisco de Fátima da Silva, onde aponta a desconstrução como determinante do sentido do texto ao desvelar sua “metaforicidade”, a qual possibilitaria uma produção do sentido:

²⁰⁷ PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os “discursos culturais”, p.168.

²⁰⁸ SILVA, Francisco de Fátima da. A indecidibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica:a primazia da metáfora da escritura, p.3.

²⁰⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.99.

²¹⁰ PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os “discursos culturais”, p.169.

²¹¹ SILVA, Francisco de Fátima da. A indecidibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica:a primazia da metáfora da escritura, p.3.

“A produção de sentidos traz a necessidade de repensar o conceito de polissemia na linguagem – uma problemática suscitada pela figura, pela metáfora em geral. Para dar conta do processo de significação, torna-se necessário lançar mão do termo disseminação, evitando trabalhar com uma limitação, com um possível resgate da “verdade”. Quando a hermenêutica interpreta, impede ao mesmo tempo a univocidade, impõe um sentido em detrimento de outros; então, o que a desconstrução faz é determinar o sentido “próprio” da escrita como a própria metaforicidade, o que apaga a distinção entre sentido literal e figurado. Neste sentido, a metáfora torna-se uma questão central no processo da escrita, pois possibilita os conceitos e organiza o discurso na sua forma, no seu tom, no seu ritmo. A interpretação passa a ser uma condição de produção de sentidos, não mais um artifício usado para resgatar os sentidos de um texto, seja escrito, seja falado.”²¹²

À guisa de conclusão deste capítulo, há de se ter claro que não se pretendeu desconstruir a hermenêutica filosófica. Tão somente num viés expositivo, confrontaram-se diversas teorias, erigindo aquelas que se coadunassem com a proposta de demarcação do instituto.

As teorias hermenêuticas são utilizadas como marcos para a interpretação do direito e base da hermenêutica jurídica contemporânea, omitindo-se a presente dissertação, de maneira proposital, em discorrer sobre as diversas escolas, ou métodos de interpretação (histórico, teleológico, sistemático), por entender que, em suplantando seus marcos, estas(es) restariam superadas(os). E, mesmo que não se trate de superação, suas proposições não estão excluídas do dialogismo, argumentativo e teórico, que se propõe na construção do sentido, extraídas no bojo do próprio discurso.

Isto quer dizer que não se ignora, em um processo interpretativo, as considerações sobre a evolução histórica do instituto, seus fins, as ideologias que o fundamentaram, ou mesmo o contexto no qual a norma está inserida, todavia, todas essas questões devem ser objeto de discussão no espaço dialogador do processo, ao invés de impostos no discurso de significação(aplicação da lei-decisão), pelo “intérprete-aplicador-solipsista”²¹³, ao dissabor dos destinatários(partes).

A desconstrução, em suas bases proposicionais-enunciativas, além de ser uma estratégia filosófica, crítica, um modo de leitura que desvela as aporias, os sentidos últimos sem fundamentos, pode ocorrer de modo não intencional(discurso que se autodesconstrói), e talvez somente por essa dedução hipotética, é que se possa dar sentido ao título da pesquisa.

²¹² SILVA, Francisco de Fátima da. A indecidibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica: a primazia da metáfora da escritura, p.3.

²¹³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.103.

Dessarte, decisões judiciais e desconstrução hermenêutica no Estado Democrático de Direito é tema-proposição que caminha para uma significância científica, se desconstrução não disser respeito ao Estado Democrático de Direito, mas à hermenêutica, enquanto teoria que orienta este Estado, em suas bases de aplicação do direito(decisões judiciais).

Essa advertência tem o objetivo de chamar a compreensão para o fato de que as decisões estatais não têm o condão de *per si* em desconstruir o Estado Democrático, porque estão inseridas nele, são práticas de interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, constituído de normas formadas no devido processo.

As decisões podem concretizar o avanço teórico propiciado pelo Estado Democrático de Direito, conforme se discorrerá adiante, acaso não se afastem das garantias que o orientam, e não menosprezem o papel dos legitimados ao processo(povo).

Aqui não se opõem desconstrução e hermenêutica, a demarcação do instituto da desconstrução possibilita dar sentido à hermenêutica ocorrida nas decisões judiciais, assim o que se desconstrói não é o Estado, mas a teoria hermenêutica que o orienta.

Também é possível falar em uma autodesconstrução das decisões judiciais que contrariassem os próprios fundamentos, contudo, o alcance que se pretende enunciar da expressão desconstrução hermenêutica, apesar de denotado do bojo da decisão judicial, é conotado do discurso constitucional que servirá para orientar o texto decisional.

Por fim, a desconstrução hermenêutica é um método interpretativo que aponta os centros rígidos de significação dos discursos, como fundados numa verdade metafísica, ou num positivismo sociológico, ou num amálgama de teorias incompatíveis, que têm o condão de não possibilitar uma hermenêutica harmônica ao paradigma que lhe deve servir de suporte.

Assim, se o discurso se afasta do código interpretante, que lhe deveria servir de matriz (aqui a matriz autocrítico-discursiva do devido processo), pratica a desconstrução hermenêutica, independente da intenção do locador. Igualmente, se aufere a desconstrução hermenêutica, no discurso cuja significação tenha sido buscada fora do movimento entre o texto e o discurso, isto é, em elementos idiossincráticos não postos à discussão, mas que determinaram a significação, a decisão, a aplicação da norma no caso concreto.

A autodesconstrução ocorrerá se a própria decisão não condiz com o suporte teórico que indica como fundamento. É possível utilizar a técnica demarcada da desconstrução para criticar os discursos, em especial aqueles que tendem a levantar uma hipótese que se autoproclama verdadeira e irretorquível.

Dessarte, duas espécies de desconstrução são possíveis, uma determinada (com o intuito de desconstruir), e outra não intencional (desconstrução de um referente ou autodesconstrução), a primeira pode ser usada como método crítico, a segunda como modo de leitura a desvelar a contrariedade inserta no bojo do próprio texto, muitas vezes desconstruindo o próprio discurso que visa ser denotado.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SUA CARACTERIZAÇÃO HERMENÊUTICA

Esboçado o alcance da expressão *desconstrução hermenêutica*, é preciso delinear a acepção de Estado Democrático de Direito e suas imbricações teóricas, a partir das quais será possível demarcar sua caracterização hermenêutica.

Portanto, no presente capítulo, trataremos dos antecedentes e referenciais teóricos que delineiam as concepções epistemológicas desse Estado, demonstrando que o processo é a proposição que permite a incessante fiscalidade que está intrínseca à ideia de democracia, que se afaste da *paideia*²¹⁴, perpassando pela evolução do constitucionalismo e de conseguinte da Constituição.

Demonstrando a correlação do processo com o Estado, surge a necessidade de se elucidar as teorias do processo que lhe servem de balizamento, o que nos leva à concepção constitucionalizada do processo e finalmente ao devido processo, que será o referente lógico-jurídico a balizar a hermenêutica. Desta forma as diretrizes hermenêuticas que se adéquam ao Estado Democrático de Direito ficarão demarcadas.

O Estado é uma instituição criada como um aparato “de unificação pressuposta das vontades a possibilitar a naturalização (ontificação) do imaginário-fantástico das multidões a serviço das reinações dos estadistas”, como bem observa Rosemiro Pereira Leal. O Estado transformou-se em um mito, precedido pela sacral acepção de soberania, sob bases epistêmicas fundadas no fetichismo de um homem mimético, cuja tradição lhe perfaz reveladora, um suposto lugar de enunciação de uma verdade, de uma justiça, capaz de obscurecer atitudes justamente paradoxais à essas finalidades.²¹⁵

²¹⁴ Werner Jaeger aduz que os gregos deram o nome de *paideia* a “todas as formas e criações espirituais e ao tesouro completo da sua tradição, tal como nós o designamos por *Bildung*, ou pela palavra latina, cultura.” Segundo Jaeger, por essa razão “não se possa evitar o emprego de expressões modernas como civilização, tradição, literatura, ou educação; nenhuma delas coincidindo, porém, com o que os gregos entendiam por *paideia*.” No original: “Así, resulta claro y natural el hecho de que los griegos, a partir del siglo IV, en que este concepto, halló su definitiva cristalización, denominaran *paideia* a todas las formas y creaciones espirituales y al tesoro entero de su tradición, del mismo modo que nosotros lo denominamos *Bildung* o, con palabra latina, cultura.”(p.258). “Es imposible rehuir el empleo de expresiones modernas tales como civilización, cultura, tradición, literatura o educación. Pero ninguna de ellas coincide realmente con lo que los griegos entendían por *paideia*.”(p.9). (JAEGER, Werner. *Paideia: Los ideales de la cultura griega*, p.9 e 258).

²¹⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.20-21.

Esse Estado mítico, o Estado moderno tipicamente europeu, deixa de ser o centro das atenções políticas, científicas e filosóficas há algum tempo, apesar de suas práticas ainda estarem agregadas à época seiscentista.²¹⁶

As constituições liberais e do *Welfare State* davam suporte à manutenção do Estado pressuposto, como ressalta Rosemiro Pereira Leal:

“Assim, esses tipos de constituições recepcionadoras, homologatórias do Estado-Sociedade miticamente originário ou postos pelo Estado historicamente pressuposto e, por inerência escatológica, cumpridor ôntico de fins de integração social, são portadores de auto-evidência absolutizadora de seus próprios sentidos por conteúdos de uma linguagem autocrática a serviço de uma dominação social exercida na rede burocrática dos poderes.”²¹⁷

Nesse contexto, interessante ressaltar a visão acerca da definição de ser governado de Pierre-Joseph Proudhon, anarquista francês, transliterado por Demétrio Magnoli e Elaine Senise Barbosa, da obra *General Idea of the revolution in the nineteenth century*, que, apesar de ter sido proclamada em 1851, revela as práticas estadistas novecentistas reiteradamente mimetizadas por nossos iluminados governantes em pleno século XXI:

“Ser governado significa, a cada ato e a cada transação, ser notado, registrado, matriculado, taxado, rotulado, medido, numerado, avaliado, habilitado, autorizado, admoestado, proibido, emendado, corrigido, punido. É, sob o pretexto da utilidade pública e em nome do interesse geral, ser posto na condição de contribuinte, instruído, redimido, explorado, monopolizado, coagido, espremido, mistificado, roubado; então, à primeira palavra de reclamação, ser reprimido, multado, desprezado, aprisionado, julgado, condenado, fuzilado, deportado, sacrificado, vendido, traído e, para coroar isso tudo, ridicularizado, ultrajado e desonrado.”²¹⁸

Ao tratar das dificuldades de se efetivar uma democracia, Eric Voegelin aduz que ela necessita ser exercida com “sabedoria”, pois há mais para alcançar do que a liberdade, como a segurança e a prosperidade, mas isso não funciona se o cidadão pensa individualmente. O filósofo-político cita definição de George Santayana, para quem “democracia é o sonho irrealizável de uma sociedade de plebeus patrícios”, e também faz referências à Churchill, para concluir que se precisa de uma sociedade

²¹⁶ O inglês Richard Crossman já denunciava, em 1958, que os países asiáticos e africanos não mais eram planetas ou satélites que rodeavam a “Europa, ou a região do Atlântico Norte, como o centro fixo do Universo”. Bem destacou Crossman que, apesar de ser sabido que os demais povos eram iguais aos considerados brancos civilizados europeus, e que a Europa nada mais era que um “agrupamento regional de Estados-Nação”, ainda se perpetravam velhas práticas da suposta superioridade. Desabafou ao final, destacando que se tratava de uma análise econômica essencialmente, que “Enquanto não nos livrarmos deles [velhos hábitos e atitudes], não poderemos competir no mundo em que vivemos a partir de 1945.”(CROSSMAN, Richard Howard Stafford. *Biografia do Estado Moderno*, p.219-220.)

²¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.22.

²¹⁸ MAGNOLI, Demétrio. *Liberdade versus Igualdade*, p.197-198.

de plebeus patrícios, que não há, temos de suportar a democracia, porque as outras formas de estado são ainda piores.

Com base em Mark Twain, Voegelin assevera que a democracia se funda em três fatores, “a liberdade de expressão, a liberdade de consciência e a prudência de nunca praticar nenhuma delas”, ressaltando que não há possibilidade de se fazer uso incondicional das liberdades, sob pena de ocasionar um desequilíbrio na “realização dos bens sobre os quais a sociedade está fundada.”²¹⁹

Nesses três parágrafos antecedentes, vê-se uma rebuçada descrença de efetivação da democracia, talvez porque o filósofo alemão e suas fontes estadunidenses e espanhola, bem como o anarquista francês, não fossem ingressados numa teoria da processualidade aos moldes da teoria *neoinstitucionalista* do processo, adiante exposta, além de acreditarem numa sociedade pressuposta incapaz de construir uma democracia que não lhes fosse dogmatizada.²²⁰

De toda sorte, ainda se comprazem suas afirmações no tocante à superação da individualidade, bem como, demonstram os desafios de se igualar plebeus e patrícios, o que somente será possível com o esclarecimento de que a democracia não é uma obra inacabada, pressuposta, ditada pelo Estado-mítico, estando apta a uma revisitação constante, construída pela via do direito e em especial do processo.

Para que se possam combater os discursos emanados do senso comum e das funções estatais que mimetizam as práticas de dominação, há muito denunciadas por Proudhon²²¹, mister perquirir suas bases teóricas, em especial, as advindas do velho continente, ensinadas e praticadas no Brasil com um peculiar sincretismo.

²¹⁹ VOEGELIN, Eric. *Hitler e os Alemães*, p.115-116.

²²⁰ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.266. Uribe ilustra esse sonho democrático sem enxergar uma teoria da processualidade, mas com visão crítica: “Democracia, como vimos, não é somente uma forma de governo, mas um estilo de vida. Uma maneira de viver e de comportamento que só pode ser alcançado por um processo de maturação e autoconsciência. Trata-se de um grande senso de responsabilidade e de uma decisão, sempre renovada, para o sacrifício pelo bem comum. E com isso um grande valor para defender-se - mesmo com a própria vida - liberdade e justiça. Supõe uma atitude de crítica e de oposição, e a luta permanente pelo direito, mas sem violência ou excessos. O que importa é a consistência. Não retire o dedo da linha quando se trata de salvaguardar os direitos das pessoas, como Gandhi fez na Índia.” No original: “La democracia, como ya lo hemos visto, no es nada más una forma de gobierno, sino un estilo de vida. Una forma de vivir y comportarse a la que sólo se llega por un proceso de maduración y autoconciencia. Implica un gran sentido de responsabilidad y una decisión, constantemente renovada, de sacrificarse por el bien común. Y con ello un gran valor para defender --aun con la vida misma-- la libertad y la justicia. Supone una actitud de crítica y de inconformidad y una permanente lucha por el derecho, pero sin violencias ni excesos. Lo que importa es la constancia. No quitar el dedo del renglón cuando se trata de salvaguardar los derechos del pueblo, como lo hizo Gandhi en la India.” (URIBE, Hector Gonzalez. *Estado y democracia en la perspectiva mexicana actual*, p.3.)

²²¹ MAGNOLI, Demétrio. *Liberdade versus Igualdade*, p.198.

2.1 Antecedentes e referenciais teóricos

Carlos Walter, com esboço em Luis Roberto Barroso, afirma que o Brasil ingressou na *pós-modernidade* sem estabelecer definitivamente um paradigma tipicamente liberal ou moderno, tendo concretizado uma “tradição autoritária, excludente, populista e elitizada”, o que gera entraves para concreção do “paradigma jurídico-discursivo encaminhado pela Constituição da República de 1988”.²²²

Apresentam-se, então, as construções teóricas que balizaram a formação da concepção de Estado Democrático de Direito que se busca delinear como enunciativo de um *paradigma jurídico-discursivo*. Para tanto, tracejou-se um paralelo da construção legiferante no Brasil com os modelos que lhe serviram, elucidando um certo pluralismo que obstaculiza a efetivação desse Estado.²²³

Héctor González Uribe ao discorrer sobre a evolução do Estado, afirma que por mais de dois séculos o Estado absolutista se desenvolveu, contudo passou por transformações econômicas, políticas, guerras e movimentos internacionais que determinaram sua evolução para o regime democrático. Relevam-se, ainda, as transformações científicas determinantes para essa evolução, tais como as obras de Locke, o qual demonstrou que a fonte do governo político era a vontade dos cidadãos e não os direitos monárquicos; Montesquieu, que expôs a necessidade de que o poder deve ser controlado pelo próprio poder e; Rosseau, que, com seu Contrato Social, combateu os privilégios e desigualdades de seu tempo, trazendo à lume princípios de direito político, fundamentando o direito em uma sociedade de homens livres e iguais. Todas essas ideias seriam base para a Revolução Francesa(1789).²²⁴

Segundo José Reinaldo de Lima Lopes, a Revolução Francesa alterou a fisionomia do Estado, vindo à despontar as ideias de Estado democrático fundado na soberania popular e igualdade jurídica dos cidadãos. Durante o século XIX e

²²² WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*, p.39-40.

²²³ Remetemos o leitor interessado na evolução dos paradigmas estatais às obras: HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p.123-188; DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p.20-38; BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fundamentos do Estado Democrático de Direito*, p.150-153. WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*, p.23-56.

²²⁴ Cf. URIBE, Hector Gonzalez. *Estado y democracia en la perspectiva mexicana actual. Estudios: filosofía, historia, letras*, p.1.

início do século XX, as novas constituições políticas instauram os regimes constitucionais como expressão da limitação do poder pelo direito.²²⁵

John Gilissen, ao discorrer sobre as fontes de direito na época contemporânea, traz elucidações acerca da Revolução Francesa, destacando que, a partir daí, o direito não parou de evoluir e “aos sistemas políticos do liberalismo sucedeu, sob diversas formas, a democracia social: igualitarismo, socialismo, comunismo, proteccionismo dominam, em graus diversos, a evolução dos europeus do séc.XX.”²²⁶

Toby Green, estudioso da intolerância inquisitorial dos primórdios até esses tempos revolucionários, afirma que os inimigos da Inquisição em 1789, “eram a liberdade, a igualdade e a interdependência; os amigos eram o *statu quo* e a hierarquia,”²²⁷ elucidando-nos as origens da tirania da ignorância pressuposta.

O liberalismo, como acentua José Reinaldo de Lima Lopes, foi essencial ao discurso dos brasileiros e não se confundia com ideais democráticos, esses refletidos sob a forma republicana, v.g. a revolução pernambucana(1817), crise da Abdicação (Revolução de 7 de abril de 1831). O liberalismo revolucionário francês “inspirou uma carta de direitos que foi incorporada à Carta Constitucional de 1824”. No Brasil o liberalismo que estimulou a independência encontrava-se envolto nas questões da autonomia nacional e, portanto, configurou-se em luta contra o sistema colonial, mantendo “divisão entre cidadãos ativos e passivos”.²²⁸

O surgimento de um novo modelo estatal se fez presente no pós-guerra, de 1919 a 1939, em face da ineficiência do modelo de igualdade jurídica do Estado Liberal frente aos problemas econômicos de um mercado sem restrições que espalhava a fome e a pobreza, eclodiram, então, os regimes ditatoriais. Héctor González Uribe, expondo sobre o surgimento de um novo modelo de estado que viria substituir o “estado democrático”, frente às mazelas que o regime liberal proliferara, leciona:

²²⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias, p.277. No Brasil, estes ideais revolucionários têm função modernizadora, notadamente a abertura dos portos brasileiros, em 1808, por D.João VI e criação do Reino Unido do Brasil, em 1815, mas com um espírito ainda absolutista. José Reinaldo de Lima Lopes ilustra essa afirmação com base em Visconde de Cairu, segundo o qual “o príncipe D.João é um benfeitor de seu reino e ampliador da liberdade de negócios dos súditos”, contendo as “perniciosas ideias democráticas e revolucionárias da França”(p.277).

²²⁶ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p.413.

²²⁷ GREEN, Toby. *Inquisição: o reinado do medo*, p.369.

²²⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias, p.278.

“Se chamava às vezes de estado comunista e outras de estado fascista, mas se caracterizavam por suas tendências autoritárias que em certas ocasiões culminaram em nova e terrível figura: a do estado totalitário. Nela se cumpriam as orientações de Mussolini: tudo dentro do estado; nada fora do estado; nada, absolutamente nada, contra o estado. E assim surgiram os três grandes estados totalitários de nosso século: o estado comunista, na URSS; o estado nacional fascista, na Itália; o estado nacional-socialista na Alemanha.”²²⁹

O Brasil do século XIX é marcado pela tentativa de se fazer um Estado nacional, a fim de se desgarrar da tradição do direito português, numa tentativa de se construir uma nova ordem, tendo superado os defensores do Antigo Regime, mas não de forma radical, desde 1824. O Brasil imperial é unitário, mas sectarista quanto à igualdade, em especial quanto aos direitos políticos. A monarquia exhibe sua face conservadora, com o Poder Moderador, o Conselho de Estado, Senado vitalício e Religião de Estado, isso garantia que aqueles não integrados no “núcleo de poder não tivessem poder institucional suficiente para introduzir mudanças.”²³⁰

A República desencadeia alterações significativas no Brasil, em especial a federalização rompe com a tradição de unidade de fontes legislativas e cria uma política estadual, ocorre a separação entre a Igreja e o Estado, estabelece-se com maior vigor o *laissez-faire*, silenciando-se completamente a Constituição Republicana (1891) acerca de direitos sociais, ocorre a vitória do liberalismo na República. Há um sincretismo na cultura jurídica brasileira que se inspira nas instituições políticas estadunidenses e argentinas como modelos constitucionais, influência francesa no direito administrativo e organização judiciária, com processo “inquisitorial, escrito e cartório nos moldes do velho processo romano-canônico” e direito civil inspirado nos alemães.²³¹

Com espreque em Rosemiro Pereira Leal e Herren Aguilar, Carlos Walter explicita que as legislações liberais estão assentadas em uma concepção de justiça, pouco importando se há uma teoria jurídica constitucionalizada, o que é relevante é a existência da norma no ordenamento jurídico, há na concepção liberal uma confusão entre fins e meios, sobreposição da individualidade, soberania dos juízos

²²⁹ URIBE, Hector Gonzalez. *Estado y democracia en la perspectiva mexicana actual*, p.3. “Se le llamaba a veces estado comunista y otras estado fascista, pero se caracterizaban por sus tendencias autoritarias que en ocasiones culminaron en una nueva y temible figura: la del estado totalitario. En ella se cumplían las indicaciones de Mussolini: todo dentro del estado; nada fuera del estado; nada, absolutamente nada, contra el estado. Y así surgieron los tres grandes estados totalitarios de nuestro siglo: el estado comunista, en la URSS; el estado nacional fascista, en Italia; el estado nacional-socialista en Alemania.”

²³⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias, p.312-327.

²³¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. O direito na história: lições introdutórias, p.367-368.

universais, alimentados pelas teorias do “jusnaturalismo, realismo e positivismo jurídicos”.²³²

Do Brasil republicano advêm legislações que alteram o direito privado, em decorrência de investimentos estrangeiros, industrialização, comércio internacional, surgindo algumas reformas e leis novas.²³³

As transformações do pós-guerra²³⁴ influenciam significativamente o Estado brasileiro, o conflito entre o socialismo, o liberalismo e o corporativismo, com o crescimento dos movimentos operários, inclusive com uma greve geral em 1917, no Estado de São Paulo, e a criação do partido comunista, em 1922, são exemplos claros disso. Na era Vargas, surgem legislações que denotam diminuição da autonomia da vontade, como a lei de usura, lei de luvas, mas não logrou em reformar os Códigos Civil e Comercial, fazendo com que convivessem nessa nova fase de Estado social, “princípios gerais individualistas”. O corporativismo surgiu nas duas primeiras décadas do século XX, como alternativa às revoluções pós-guerra, o que acabou na experiência fascista e social-democrática, pois destacava o papel do Estado como responsável pelos rumos sociais, diminuindo as garantias liberais. Nesse contexto surge a Constituição de 1934, contemplando pela primeira vez diversos direitos sociais.²³⁵

No âmbito do direito público há uma alteração do modelo estatal do ponto de vista econômico e político, perceptíveis nas Constituições de 1934, 1937 e 1946. Nesse período, vêm o Código Eleitoral, Código Penal e a Lei das Contravenções Penais, o Código de Processo Civil de 1939 substitui os Códigos estaduais, o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho e da Justiça do Trabalho.²³⁶

²³² WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*, p.30-31.

²³³ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, p.380-382. Destaca o autor que em especial a Lei das Sociedades Anônimas, as Leis que disciplinam os títulos de dívida das companhias e títulos ao portador. Tais legislações e políticas como o encilhamento têm como pano de fundo a criação de um ordenamento jurídico que possibilitasse o desenvolvimento econômico, mas criaram paulatinamente uma interdependência entre o capital privado e o público como bem denunciara Marx. Paralelamente às legislações liberais, uma legislação social se erigia com destaque para um projeto que limitava a jornada diária e previa férias de 15 dias por ano, recebido por Deodoro em 1889; criação do Patronato Agrícola para arbitrar disputas entre imigrantes e fazendeiros, em 1911 surgindo depois os Tribunais Rurais do Estado em 1922; lei de acidentes de trabalho e risco profissional, em 1919, reformada em 1923; Reforma do regime de locações em 1921.

²³⁴ Cf. WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*, p.32.

²³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, p.383-387.

²³⁶ Cf. CASTRO, Flávia Lages. *História do direito: geral e Brasil*, p.443. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, p.386-387.

O golpe do Estado Novo impõe uma Constituição (1937) marcada por um caráter centralizador, como afirma Flávia Lages de Castro, erigiu-se um “mito da nação e do povo” unido ao ditador.²³⁷

Habermas, ao discorrer sobre os paradigmas estatais do direito, afirma que o Estado social procurou substituir o modelo de “direito formal burguês”, segundo o qual a “sociedade econômica institucionalizada”, principalmente pelos direitos privados à propriedade e liberdade contratual, “deveria ser desacoplada do Estado enquanto esfera de realização do bem comum e entregue à ação espontânea de mecanismos do mercado.” Em contraponto a esse liberalismo surgem uma nova categoria de direitos fundamentais, “capazes de incrementar pretensões a uma distribuição mais justa da riqueza produzida socialmente.”²³⁸

De acordo com Habermas, essas interferências do Estado social fazem surgir uma percepção diferente dos “processos sociais”, isto é, “a vinculação social da propriedade, definida por lei, e a intervenção do juiz no conteúdo e na efetivação do contrato” com o fim de compensar a desigualdade econômica. Tanto o paradigma do direito liberal quanto do Estado Social equivocam-se ao tratar “a constituição jurídica da liberdade como ‘distribuição’ e a equiparam ao modelo de repartição igual de bens adquiridos”.²³⁹

Vale lembrar a lição de Aroldo Plínio, sobre essa tendência socialista de impor aos juízes serem os preceptores da ideologia estatal, ao estudar a crise de confiança no Direito, quando menciona o congresso jurídico germano-italiano, ocorrido em maio de 1939 em Viena, impondo aos magistrados a filosofia do nacional-socialismo.²⁴⁰

Héctor González Uribe aduz que talvez os estados totalitários houvessem se imposto se não fosse pela segunda guerra mundial, a partir da qual se extinguíram as ambições de Hitler e Mussolini, fazendo parecer que a democracia triunfaria novamente, contudo, os erros cometidos pela Inglaterra e pelos Estados Unidos possibilitaram que a União Soviética exportasse seu sistema para outros países, criando uma “bipolaridade” entre os estados democráticos e os novos estados totalitários, encabeçados pela URSS. Essa ‘bipolaridade’ foi chamada de

²³⁷ CASTRO, Flávia Lages. *História do direito: geral e Brasil*, p.476. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, p.388.

²³⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p.138-140.

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p.142 e 159.

²⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 13. Não é mera coincidência ser um ato de violência o juiz que se autodefinia como preceptor da vontade da lei, assim o era no nacionalismo alemão, como denunciado por Aroldo Plínio e Voegelin.

“capitalismo-socialismo; mundo livre-mundo comunista; democracia-totalitarismo”, mas Uribe conclui que “o Estado democrático foi evoluindo até o estado social de direito, sem perder suas características de tradição popular”.²⁴¹

Dessarte, verificam-se as bases que antecederam a conformação de Estado que adiante se cuidará, resta estabelecer se este Estado é um novo “paradigma” ou uma evolução dos anteriores.

O ambiente em que surge o Estado Democrático de Direito é o de uma sociedade complexa²⁴², e, nos moldes habermasianos, esta sociedade é informada por paradigmas que se sobrepõem (Estado Liberal e Estado Social).²⁴³

Ronaldo Brêtas entende que tais paradigmas não deveriam ser compreendidos como “conjuntos compartimentados de hipóteses científicas teóricas e genéricas”, nem tampouco como “realidades técnicas distintas”, assim, filia-se ao entendimento de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco, os quais se apoiam em Elías Díaz e Pablo Lucas Verdú, para asseverarem:

“o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida que não renega, antes incorpora e supera, dialeticamente, os modelos liberal e social que o antecederam e que propiciaram o seu aparecimento no curso da História”.²⁴⁴

Para que haja superação, não se deve admitir que o Estado Democrático de Direito seja junção dos Estados Liberal e Social, pois seria o mesmo que admitir que a tradição seja determinante nos processos de justificação e aplicação do direito, nesse sentido, obtempera Carlos Walter:

“Outrossim, não sendo o porvir lógico do historicismo e do historicismo de paradigmas precedentes, o Estado de Direito Democrático não constitui aqui o paradigma pós-social(subsidiário) imanente à derrocada do *Welfare State*, nem a arena wittgensteiniana de adesão às regras do jogo.”²⁴⁵

²⁴¹ URIBE, Hector Gonzalez. *Estado y demarcia en la perspectiva mexicana actual*, p.3. No original: “el Estado democrático ha ido evolucionando hacia un estado social de derecho, sin perder sus características de raigambre popular.”

²⁴² Cf. COSTA, Luciana da Silva. *Constituição, Sistema Político e Sistema Jurídico: a judicialização da política analisada à luz da teoria sistêmica*, p.1900. COSTA, Álisson da Silva; RIBEIRO, Ana Luisa de Oliveira; TAVARES, Fernando Horta, *et al.* Por uma análise do Direito, Poder e Justiça na Construção do Estado Democrático de Direito: as contribuições de Arendt, Habermas e Derrida, p.8.

²⁴³ Comungamos com a tese de que não devemos admitir que o Estado de Direito Democrático seja a junção dos Estados Liberal e Social, pois seria o mesmo que admitir que a tradição possa ser determinante nos processos de justificação e aplicação do direito, nesse sentido: “Outrossim, não sendo o porvir lógico do historicismo e do historicismo de paradigmas precedentes, o Estado de Direito Democrático não constitui aqui o paradigma pós-social(subsidiário) imanente à derrocada do *Welfare State*, nem a arena wittgensteiniana de adesão às ‘regras do jogo’.” WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*, p.56-57.

²⁴⁴ BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.56. Nota 100.

²⁴⁵ WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*, p.56-57.

Por fim, é preciso saber se “a translação dos paradigmas de Estado-Liberal e Social de Direito para o chamado Estado Democrático de Direito” trouxe resultados para melhoria da vida humana.²⁴⁶

O Estado Democrático de Direito não trouxe melhorias qualitativas de vida, como obtempera Rosemiro Pereira Leal, mas indubitavelmente outorgou qualidade teórica que orientará sua busca, já que a “novidade” dessa construção (Estado Democrático de Direito) consiste na “concepção de direito democrático”, o que afasta uma hermenêutica desabrida (ainda que com técnicas e métodos), e reclama enunciações divorciadas de um mítico poder que se valha de pressuposições indecifráveis, axiomas, *topoi* e de uma sociedade admitida hipoteticamente e não “autocrítico-reflexiva”.²⁴⁷

Lenio Streck explicita que parte da teoria (doutrina) e parte da prática (jurisprudência) “ainda sustenta posturas objetivistas (em que a objetividade do texto sobrepõe-se ao intérprete (...)), de outro, há um conjunto de posições doutrinário-jurisprudenciais assentadas no subjetivismo, segundo o qual o intérprete (sujeito) sobrepõe-se ao texto.”²⁴⁸ Impõe-se amenizar esses paradoxos, a partir de uma teoria capaz de harmonizar a hermenêutica nesse Estado.

Não é um problema exclusivo do direito, essa ausência de referências, ou sobreposição paradigmática, conforme se observa na seguinte passagem de Wolfgang Iser, na epígrafe do trabalho de Francisco de Fátima Silva, a saber:

“o que se observa hoje é uma canibalização mútua entre marxismo, psicanálise, estruturalismo, pós-estruturalismo, etc. O processo todo visa a compensar as óbvias deficiências inerentes a cada uma das perspectivas; e o resultado dessa canibalização recíproca é um amálgama de discursos interpretativos que Jacques Derrida caracterizou assim: *Não é difícil imaginar que tipos de monstro tais operações combinatórias necessariamente geram, bastando lembrar o fato de que teorias incorporam teoremas opostos, os quais, por sua vez, já incorporavam outros.*”²⁴⁹

Ademais, em não se reclamar um paradigma para o Estado, se reafirmará sempre o “relativismo epistemológico e ético da chamada pós-modernidade.”²⁵⁰

²⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.26.

²⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.27.

²⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p.193.

²⁴⁹ SILVA, Francisco de Fátima da. A indecidibilidade enquanto desconstrução da hermenêutica: a primazia da metáfora da escritura, p.1.

²⁵⁰ PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os “discursos culturais”, p.172.

2.2 Caracterização teórica do Estado Democrático de Direito

Canotilho, após traçar a evolução do Estado de Direito, a partir das contribuições históricas inglesas, francesas, americanas e alemãs, conclui que, atualmente, o Estado constitucional não se forma apenas pelas ideias de “*rule of law* (regra do direito ou império do direito)”, “Estado de legalidade (*État légal*)”, “Estado constitucional [*Constitutional State*]”, bem como no “princípio do Estado de direito (*Rechtsstaat*)”, mas também pela necessidade de se constituir em um “Estado de direito democrático”.²⁵¹

Nesse mesmo sentido, Ronaldo Brêtas, ao analisar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, perpassa a evolução teórica do Estado de Direito e conclui que “não se pode mais cogitar de um Estado, (...) sem as modernas e importantes qualidades identificadas pelo marcante fenômeno do constitucionalismo, que são o Estado de Direito e o Estado Democrático.”²⁵²

Canotilho explica que o Estado constitucional é inicialmente um

“Estado com uma constituição limitadora do poder através do império do direito. As ideias do «governo de leis e não de homens», de «Estado submetido ao direito», de «constituição como vinculação jurídica do poder», foram, (...) tendencialmente realizadas por instituições como as de *rule of law*, *due process of law*, *Rechtsstaat*, *principe de la légalité*. No entanto, alguma coisa faltava ao Estado de direito constitucional — a legitimação democrática do poder.”²⁵³

Ressalta-se, pois, a “legitimação democrática do legislador” e a divisão das funções²⁵⁴ no Estado de Direito, como formas de não se contentar com o paternalismo estatal e voltando-se ao estabelecimento de critérios que possibilitem estabelecer uma igualdade jurídica em face às desigualdades fáticas.²⁵⁵

²⁵¹ CANOTILHO, J.J. *Estado de Direito*, p.9.

²⁵² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fundamentos do Estado Democrático de Direito*, p.155.

²⁵³ CANOTILHO, J.J. *Estado de Direito*, p.10.

²⁵⁴ Sobre a correta separação das noções de tripartição de poderes e funções estatais, Ronaldo Brêtas, após análise da obra de Montesquieu e com espeque em Goyard-Fabre e Baracho, assevera que “acatamos a doutrina da existência de um poder único do Estado, que se espalha sobre os indivíduos pelo exercício das suas três fundamentais funções jurídicas, a executiva, a legislativa e a jurisdicional. O Estado deve ser concebido como ordenação de várias funções atribuídas a órgãos diferenciados, segundo a previsão das normas constitucionais que o organizam juridicamente. O que deve ser considerada repartida ou separada é a atividade e não o poder do Estado, do que resulta uma diferenciação de funções exercidas pelo Estado por intermédio de órgãos criados na estruturação da ordem jurídica constitucional, nunca a existência de vários poderes no mesmo Estado.”(BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.18).

²⁵⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p.170-171.

Ronaldo Brêtas enfatiza que “se todo poder emana do povo, em nome de quem os órgãos do Estado o exercem”, a legitimação democrática consiste na vinculação dos atos estatais às normas constitucionais e infraconstitucionais, o que constitui “fundamento constitucional básico do Estado Democrático de Direito.”²⁵⁶

Essa “legitimação democrática do poder” consiste em “uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do direito e do poder no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos.”²⁵⁷ Dessa maneira tem-se erigido o Estado Democrático como um princípio jurídico.

Marcelo Neves assevera que, numa perspectiva política e democrática, não há legitimação além do povo, “pressupõe-se(...)que os procedimentos democráticos realizem-se de acordo com o modelo estabelecido constitucional e legalmente(‘as regras do jogo’) o que vincula reciprocamente a formação da ‘vontade’ política e os critérios do Estado de Direito.”²⁵⁸

Canotilho aponta para a necessidade de concretização do princípio da *soberania popular*, como forma de compreensão do Estado Democrático de Direito, nos dá delineamentos da correlação intrínseca deste Estado com o processo e, com base em Habermas, indica uma concepção paradigmática, senão vejamos:

“O Estado constitucional carece da legitimidade do poder político e da legitimação desse mesmo poder. O elemento democrático não foi apenas introduzido para «travar» o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder. Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no Estado de direito; (2) outra é a *legitimidade* de *uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político* no Estado democrático. O Estado «impolítico» do Estado de direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder.”²⁵⁹

Nessa linha, Canotilho assevera que, para superar a metafísica é necessário distinguir entre legitimação do direito e do processo de formação do direito e legitimidade de uma ordem de domínio e do exercício do poder político, surgindo a questão da origem do poder, e continua:

²⁵⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito, p.289.

²⁵⁷ CANOTILHO, J.J. *Estado de Direito*, p.10.

²⁵⁸ NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de Direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional, p.2.

²⁵⁹ CANOTILHO, J.J. *Estado de Direito*, p.10.

“Só o princípio da *soberania popular*, segundo o qual «todo o poder vem do povo», assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de «charneira» entre o «Estado de direito» e o «Estado democrático», possibilitando a compreensão da moderna fórmula *Estado de direito democrático*.²⁶⁰

O Estado Democrático de Direito que hoje se desenvolve e amadurece tem como pano de fundo, segundo Habermas, a ideia de que “os homens agem como sujeitos livres na medida em que obedecem as leis que eles mesmos estabeleceram, servindo-se de noções adquiridas num processo intersubjetivo”.²⁶¹

Flávio Quinaud Pedron e Bernardo Gonçalves Fernandes observam, ao comentarem Habermas, que “os sujeitos de direito têm de se reconhecer como autores das normas às quais se submetem. Como consequência, autonomias pública e privada devem estar pressupostas reciprocamente, sem que, contudo, uma possa gozar de supremacia sobre a outra.”²⁶²

Para compreensão dessa concepção de legitimação do direito e do poder político balizados numa sociedade de homens livres, temos que enfrentar a tensão entre a facticidade e a validade, isto é, a coercibilidade própria de um Estado de Direito, existente na esfera pública, ocorre de maneira concomitante à autonomia privada dos cidadãos que constituem não só destinatários, mas também autores das normas a que se submetem, características típicas de um Estado Democrático.²⁶³

O Estado Democrático de Direito é tratado pelos autores ora como uma junção de princípios²⁶⁴, ora como um *paradigma*, o que importa em enfrentar tais tendências.

Ronaldo Brêtas destaca que o termo paradigma pode ser erroneamente compreendido no sentido de modelo ou padrão. Em leitura da obra de Thomas Kuhn, Ronaldo Brêtas expõe que paradigma refere-se a “matriz disciplinar”, entendida como “uma grade de avaliações, de generalizações, de procedimentos

²⁶⁰ CANOTILHO, J.J. *Estado de Direito*, p.10.

²⁶¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p.190. Luiz Branco assim traduz a noção de intersubjetividade em Habermas: “Ele parte da concepção de que todo e qualquer entendimento/comunicação se faz pela linguagem e da relação desta com o falante e ouvintes, na pressuposição de que seja alcançado um consenso/entendimento, compartilhando-se as compreensões subjetivas de cada um com todos (intersubjetividade), da mesma forma que, para ele, é a linguagem que permite a construção de todo e qualquer pensamento e do próprio mundo.” BRANCO, Luiz Gustavo Faria de Azevedo. O dever de pagar impostos e sua relação com a interpretação e aplicação da legislação tributária no Estado Democrático de Direito Brasileiro, p.85-86.

²⁶² FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O poder judiciário e(m) crise*, p.31

²⁶³ Cf. SEGATTO, Antonio Ianni. A Tensão entre Facticidade e Validade, p.50.

²⁶⁴ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.155.

científicos ou de métodos e de regras de pesquisas, utilizadas por uma certa comunidade científica.”²⁶⁵

Após incursão nas obras de Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Arthur José Almeida-Diniz, Ronaldo Brêtas aduz que Thomas Kuhn ressemantizou o conceito de sistema para paradigma, e conclui que “os paradigmas do Estado de Direito e do Estado Democrático de Direito devem ser compreendidos como sistemas jurídico-normativos consistentes”, orientados pela teoria do Estado e pela teoria constitucional, em cujos “complexos de ideias, princípios e regras”, deve haver uma coordenação e uma “conexão lógico-formal”.²⁶⁶

Álvaro Ricardo de Souza Cruz, após expor que o paradigma científico kuhniano pode ser entendido como “realização científica universalmente reconhecida”, aduz que “o paradigma fixa um conjunto de aspectos metodológicos, convenções linguísticas e formas de realização/interpretação de experimentos,(...) compartilhados por uma dada comunidade de cientistas.”²⁶⁷

Habermas aduz que “os paradigmas jurídicos intervêm na consciência de todos os atores, dos cidadãos e dos clientes, do legislador, da justiça e da administração.”²⁶⁸

Del Negri traz elucidacões sobre o tema, em capítulo denominado principiologia dos chamados paradigmas jurídico-constitucionais, no qual enfrenta a problemática do termo paradigma, para erigir, ao contrário da proposta de Kuhn, uma concepção que permite testificação e que estaria adequada a uma Teoria do Estado e da Constituição, qual seja, o paradigma do Direito Democrático é um “marco teórico jurídico-constitucional-democrático adotado no Brasil pela vigente Constituição”, e explicita que esse eixo teórico “tem estimulado a participação e fiscalização dos co-autores (cidadãos) sobre como as leis devem ser lidas, interpretadas, construídos, re-construídos[sic] e entendidas nas sociedades complexas e descentralizadas.”²⁶⁹

Tais lucubrações de Del Negri têm bases na teoria *neoinstitucionalista* de Rosemiro Pereira Leal, que, em recente publicação, enfrentou largamente o tema,

²⁶⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p.100; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.55.

²⁶⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.56-57.

²⁶⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial*, p.75.

²⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p.133.

²⁶⁹ DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p. 28.

afastando definitivamente a concepção de Kuhn, para quem a ciência “para se paradigmaticar” não se sujeita à testificação, uma vez que a racionalidade científica em Kuhn é resultado de contingente conexão entre “fatores do contexto sócio-psíquico-histórico e razões do contexto de justificação(epistemológicos)”, erigindo o “método empírico de demarcação” popperiano, possibilitando a construção de uma “Sociedade Aberta no sentido crítico-teórico-metodológico”, fundado numa “*racionalidade*” baseada no “teorométodo de tentativas e erros”. Em tal perspectiva, o paradigma pode ser concebido como “marco teórico-crítico-normativo não oriundo da história ou da convenção.”²⁷⁰

Eleitas as duas últimas acepções para o termo, passa-se à análise das concepções principiológicas e paradigmáticas, para posterior embate e conclusão.

Ronaldo Brêtas dá especial atenção ao princípio do Estado Democrático de Direito, citando Canotilho, Gilmar Mendes, Inocêncio Mártires, Paulo Branco, aduzindo que ele pode ser obtido da articulação dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, em entrelaçamento técnico das normas da Constituição. De acordo com Brêtas, essa correlação é classificada pela doutrina alemã como *legitimação democrática do Estado de Direito* e pela doutrina italiana como *democracia constitucional*. E conclui que isso ocorre porque o sistema constitucional é marcado “pela associação do poder político legitimado do povo(democracia)” e pela “limitação do poder estatal pelas normas jurídicas (Estado de Direito)”.²⁷¹

André Del Negri assevera que o art.1º da Constituição apresenta uma “proposta paradigmaticante de Estado Democrático de Direito”, e afirma que adota a expressão em sentido invertido, isto é, “Estado de Direito Democrático(projeto inacabado e em constante construção)”, porque, com base em Kelsen, seja o Estado autocrático ou democrático, será sempre um Estado de Direito.²⁷²

Lenio Streck também adota a concepção paradigmática de Estado Democrático de Direito e afirma que há uma resistência à implementação do novo paradigma surgido do constitucionalismo. As barreiras que sustentam essa

²⁷⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.181,183/185 e 205.

²⁷¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos(Coord.). *Constituição e democracia: fundamentos*, p.283; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p.287; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.57.

²⁷² DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, p.72. Tal conclusão foi cunhada a partir da observação de Brêtas, que nos informa que, para Kelsen, a expressão Estado de Direito é pleonástica, por se entender que todo Estado é de Direito. Cf. BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. Fundamentos do Estado Democrático de Direito, p.154-155; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.52.

resistência são basicamente três: o *modo positivista de fazer e interpretar o direito, a velha teoria das fontes e o modo de interpretação baseado nos paradigmas aristotélico-tomista e da filosofia da consciência*²⁷³.

Como dito alhures, o Estado Democrático de Direito vem normalmente tratado como uma fusão de princípios, ou como um *paradigma*, o que essas concepções têm em comum é que ambas defendem a inextricabilidade entre *Estado de Direito e democracia*, logo não se excluem, mas se completam, em que pesem as consequências adiante expostas.

Os autores que tratam o Estado Democrático de Direito como um paradigma estatal, ou, ainda, que traçam um paradigma para este Estado, não ignoram seu arcabouço principiológico, aqueles que tratam como fusão de princípios não deixam de apontar a necessidade de uma aplicação em todas as funções estatais e construções científicas.²⁷⁴

Diante de tantas variações conceituais, Ronaldo Brêtas parte da doutrina alemã do *Rechtstaat* para erigir, como dito alhures, o Estado Democrático de Direito como um princípio, afastando as digressões e transgressões que se originam de um estabelecimento do Estado como um paradigma, ou como um fim em si mesmo, em que pese o termo paradigma não ser, em si mesmo, estratificação de significado como bem explicitado por Rosemiro Leal.²⁷⁵

Há de se ressaltar, quanto à concepção paradigmática, o retorno às práticas liberais e sociais, e para tanto, novamente, são relevantes as lições de Rosemiro Pereira Leal sobre o assunto:

“O que se deduz, nas leituras de vários autores, é que estes estão empenhados em encontrar talentosamente interpretações jurídicas para identificar, de forma límpida, o paradigma do *Estado Democrático de Direito* como se este, por imanência ou atributo, já trouxesse, em si mesmo, uma característica(‘horizonte histórico de sentido’) a ser decifrada pelos estudiosos e juristas designativa do paradigma estatal da democracia.”²⁷⁶

²⁷³ De acordo com o autor: “Com sustentação em Kelsen e Hart (para falar apenas destes), passando pelos realistas norte-americanos e escandinavos, construiu-se, com o passar dos anos, uma resistência ao novo paradigma de Direito e de Estado que exsurgiu com o segundo pós-guerra. O novo constitucionalismo — que exige uma nova teoria das fontes, uma nova teoria da norma e um novo modo de compreender o Direito — ainda não aconteceu.” STRECK, Lenio Luiz. *Crise de paradigmas*: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz, p.1; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p.192.

²⁷⁴ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.54-58.

²⁷⁵ Cf. BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. *Fundamentos do Estado Democrático de Direito*, p.154 e 155; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.51-53. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.55-57. Em Rosemiro Pereira Leal, paradigma seria uma “proposição processualmente fiscalizável”. (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.67)

²⁷⁶ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.28.

Há, portanto, uma distinção entre **ser** o Estado Democrático de Direito um paradigma e **ter** o Estado um paradigma. Parece pouco acautelatório estatuir um Estado como paradigma, para não recair no erro do liberalismo e nacionalismo, ao invés de se buscar um paradigma para este, possibilitando uma estabilização de suas práticas, a partir de uma teoria hermenêutica.

Outrossim, sendo o Estado um paradigma, poder-se-ia tratá-lo como um centro fixo de significação em si mesmo (tópico-retórico), prospector de uma filosofia democrática desregrada e dogmatizada, impossibilitando a crítica, uma vez que acarretaria o mesmo erro dos seus antecessores, isto é, depositar nas mãos dos agentes estatais a concretização dos ideais advindos de um Estado Democrático ideal e não teorizado.²⁷⁷

Por essa razão é que se busca demarcar, estabelecer, ainda que sujeito à “desconstrução”, um paradigma para “nomear o Estado Democrático de Direito”, que se afaste de ideologias e se assente em teorias.²⁷⁸

Carlos Walter, ao perpassar pela evolução teórica dos Estados, e da teoria da linguagem, com esteio na teoria *neoinstitucionalista*, concebida por Rosemiro Pereira Leal, acentua que o “esvaziamento da sobrecarga ética e a radicalização pluralística das diferenças como marcos de falibilidade” reclamaram a elucidação de um paradigma “teoricamente explicável por um direito democrático constitucionalizado e discursivamente *legitimado pelo processo*.”²⁷⁹

Habermas aponta para um paradigma procedimental, o que já nos ingressa numa teoria da democracia mais assente à ideia de um princípio democrático constitucionalizado, a saber:

“o paradigma procedimental distingue-se dos concorrentes, não apenas por ser ‘formal’, no sentido de ‘vazio’ ou ‘pobre de conteúdo’. Pois a sociedade civil e a esfera pública política constituem para ele[paradigma procedimental] pontos de referência extremamente fortes, à luz dos quais, o processo democrático e a realização do sistema de direitos adquirem uma importância inusitada.(...)Pois ele é formal no sentido de que apenas formula condições necessárias segundo as quais os sujeitos do direito podem, enquanto cidadãos, entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los.”²⁸⁰

²⁷⁷ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.30/31. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.237.

²⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.29.

²⁷⁹ WALTER, Carlos. *Discurso jurídico na democracia: processualidade constitucionalizada*, p.57.

²⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p.189-190.

Cumpra expor a proficiente crítica de Rosemiro Pereira Leal à procedimentalidade de Habermas, já que seria fundada na possibilidade de “estar os homens livremente falando no espaço-tempo dos embates (falas-nuas) de suas convicções de senso comum”, neste contexto decidiriam as normas a serem adotadas para resolução de seus conflitos, sem uma pré deliberação “sobre o marco jurídico-discursivo” que resguardaria uma “problematização argumentativa e incessante dos fundamentos dos direitos a serem constituídos e a caracterizarem uma democracia.”²⁸¹

É importante compreender a extensão da concepção constitucional brasileira de Estado Democrático de Direito (sem ignorar as construções teóricas estrangeiras), por estar, ainda, arraigada de práticas incompatíveis com as concepções pós-modernas (o chamado giro linguístico²⁸²). Para se combater essas práticas, imbuídas de tradições²⁸³ malfazejas, é preciso por às claras, essa realidade nacional, tanto teórica, quanto fática, o que não deve ser entendido como uma afirmação xenofóbica ou bairrista.²⁸⁴

Não foi outra a conclusão que galgou Girish Bhat ao pesquisar sobre Estado e sociedade, na doutrina alemã. Bhat deparou-se com a concepção de Lei alemã e chegou à seguinte conclusão:

“Na verdade, encontrar uma resposta para a ‘questão Alemã’ inevitavelmente envolve uma avaliação dos alemães e seu Estado. O *Rechtsstaat*, no fundo, sempre foi um ideal, uma visão, um complexo de princípios, ao invés de uma realidade concreta.”²⁸⁵

Portanto, toda construção teórica, em torno do que seja Estado Democrático de Direito, deve ter em conta que há uma necessidade preeminente de se concretizar esse Estado e seus consectários, haja vista as aplicações nefastas

²⁸¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.209.

²⁸² “A linguagem não é apenas um instrumento para compreensão entre atores sociais, mas sim a condição de possibilidade dessa compreensão. E mais, a racionalidade não apenas está dirigida à execução de tarefas, mas envolve também a busca por um *entendimento mútuo* entre indivíduos. Essa busca, contudo, não representa um aspecto isolado do fenômeno linguístico, mas situa a linguagem no centro do problema da integração social.” FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O poder judiciário e(m) crise*, p.225. Cf. ainda, crítica sobre o denominado giro linguístico, em: LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.187 e 262.

²⁸³ Cf. WEBER, Max. Os três tipos de dominação legítima, p.131-134.

²⁸⁴ Compraz a concepção democrática globalizada da Ministra Carmen Lúcia a qual acentua que “o sistema democrático de vida fez-se direito fundamental não apenas de todos os povos, mas, principalmente, de todos os cidadãos.(...) Como os demais direitos fundamentais, deixou o regime político de ser uma ‘questão interna’ de cada sociedade estatal”. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Direito Constitucional perante o Direito Internacional atual*, p.98.

²⁸⁵ BHAT, Girish. *Recovering the Historical Rechtsstaat*, p.67. No original: “Indeed, finding an answer to the ‘German question’ inevitably involves an appraisal of the Germans and their state. The *Rechtsstaat*, at bottom, has always been an ideal, a vision, a complex of principles, rather than a concrete reality.”

dadas às normas jurídicas em certos julgados²⁸⁶, sendo mister que tenhamos um “comportamento constitucional”²⁸⁷ adequado à principiologia deste Estado.

Como exemplo do desprezo às normas e à construção teórica, já alcançada pela ciência do direito, desde 1988, vale citar o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, em que pese ter sido prolatado no calor do debate:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. (...) Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial n.279.889-AL, 2001/0154059-3).²⁸⁸

Lenio Streck leciona que o Estado Democrático de Direito é “um *plus* normativo e qualitativo, sustentado em dois pilares: a democracia e o resgate das promessas incumpridas da modernidade (concretização dos direitos fundamentais sociais).”²⁸⁹

Dessarte, José Afonso da Silva destaca que a Constituição de 1988 instituiu um novo Direito(democrático) e uma nova concepção de Estado, o *Estado Democrático de Direito*, e, como descrito no seu preâmbulo, este Estado está

“destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional com a solução pacífica das controvérsias.”²⁹⁰

²⁸⁶ Exemplo é jurisprudência, até pouco tempo, recorrente no TRT/MG, que negava o direito, constitucionalmente garantido, de assistência judiciária ao empregador com base em uma lei de 1970, muito anterior à Constituição, e que sequer vedava expressamente a concessão do benefício ao empregador, *in verbis*: “ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - INDEVIDA AO EMPREGADOR. Somente o empregado faz jus ao benefício da assistência judiciária gratuita, na Justiça do Trabalho, nos termos do artigo 14, da Lei 5584 de 26/06/70 e do artigo 789, parágrafo 4, da CLT, pelo que não há como ser estendido ao empregador por falta de expressa previsão legal.” (TRT-AI-1484/97 - 5 T. Rel. Juiz Luiz Philippe Vieira de Mello Filho - Publ. MG 23/05/98).

²⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p.208.

²⁸⁸ Vide comentários sobre o voto do Ministro Humberto Gomes de Barros em: LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*, p.24-25; STRECK, Lenio Luiz. *Crise de paradigmas: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz*, p.3. E, ainda, BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.123-126.

²⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p.299.

²⁹⁰ SILVA, José Afonso da. *A Constituição e a estrutura de poderes*, p.248.

A expressão Estado Democrático de Direito não pode ser tratada como um *topos*,²⁹¹ lançado aleatoriamente no texto constitucional, porque constitui-se em princípio(ou fusão de princípios) que baliza(m) as atividades estatais e privadas, através de normas estabelecidas no ordenamento jurídico, a partir da influência dos cidadãos como co-autores nos discursos de formação, aplicação e justificação. Aqui se encontra o eixo paradigmático entre o Estado e o processo.²⁹²

Para desvelar a caracterização hermenêutica nesse Estado alhures transcrito, será preciso efetivar a descentralização da figura do Estado para o processo, porque a realização democrática erigida pelas modernas teorias, somente é possível pela via do processo constitucional legislativo, judicial e administrativo.²⁹³ Para tanto, estabelece-se os marcos teóricos que orientaram a formação dessa caracterização, delimitando as acepções de Constituição e processo, bem como a indissociabilidade desses institutos.

A inextricabilidade entre processo constitucional e Estado Democrático de Direito, revela-se na importância do processo para a concretização do Estado de Direito jungido à democracia, transcreve-se essa relação consoante a teoria *neoinstitucionalista*, de Rosemiro Pereira Leal:

“Em suma, processo e democracia estabelecem uma relacionalidade que torna possível uma LINGUAGEM processualizada (sentido *neoinstitucionalista*) supletiva das significâncias na construção decisória da existência, incidência, supressão ou confirmação da normatividade democrática por um controle de constitucionalidade (fiscalidade plenária) incessante e aberto a qualquer do povo, sem quaisquer ônus (art.5º, LXXVII, da CB/88), como instituto de auto-inclusão do destinatário normativo no sistema de operacionalidade e fruição dos direitos fundamentais também processualmente criados.”²⁹⁴

Dessarte, um Estado como o brasileiro, que se declara constitucionalmente (art.1º, *caput*)²⁹⁵ um Estado Democrático de Direito, está obviamente vinculado ao processo constitucional, por ser este instituidor da necessária efetivação da democracia, sem o qual viveremos verdadeiramente em um “Estado de não-

²⁹¹ A significação de *tópos* pode ser delineada a partir de Aristóteles, como sendo a de "pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita e que podem conduzir a verdade" (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p.27). Valemo-nos, ainda, das lições de Rosemiro Pereira Leal e Tércio Sampaio Ferraz Júnior sobre o tema, para concluirmos que os *topoi* são "pontos de vista, opiniões correntes, costumes, lugares comuns"(LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.52), "fórmulas, variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto das opiniões"(FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p.327).

²⁹² Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania*, p.8-9.

²⁹³ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.49.

²⁹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania*, p.13.

²⁹⁵ “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:(...)”

direito”²⁹⁶, que permite um indivíduo não eleito, decidir em total dissonância com as questões postas pelas partes e desenvolvidas em simétrica paridade, com observância do contraditório, ou ainda, permitir que um indivíduo eleito erija uma norma em desacordo com o sistema constitucional e, por fim, que o administrador desobedeça às normas ou aplique sanções em dissonância com o sistema jurídico.

André Del Negri, com espeque na teoria *neoinstitucionalista*, chegou à mesma conclusão alçada nessa pesquisa, ao investigar a relação entre o processo legislativo no marco do Direito democrático e o Estado Democrático de Direito, nas palavras do autor:

“O Estado de Direito Democrático e o Devido Processo Legislativo são instituições interdependentes, vez que **o Direito para ser democrático deve ser produzido por um modelo processual constitucionalizado** a fim de legitimar o Direito e configurar a democracia, a cidadanização e a soberania popular pela estrita observância ao contraditório, ampla defesa e isonomia.”²⁹⁷

Ronaldo Brêtas, ao discorrer sobre a função jurisdicional, captou a existência de um **princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito**, acentuando que tal princípio encontra-se implícito no texto constitucional e refere-se a uma vinculação decorrente de um “imperativo lógico do próprio sistema constitucional” originado

“da ideia de uma ordem normativa jurídico-fundamental resultante da conexão interna entre democracia e Estado de Direito, princípios positivamente constitucionalizados, aos quais jungidas **todas as funções e atividades exercidas pelos órgãos do Estado.**”²⁹⁸ (grifo nosso)

Ronaldo Brêtas considera tal princípio decorrente das normas constitucionais que vedam emendas à Constituição para “abolir a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação das funções do Estado e os direitos e garantias fundamentais, por meio das chamadas cláusulas pétreas (art.60,§4º)”. Encerra o raciocínio afirmando que não se poderia supor que a falta de menção de vinculação dos órgãos administrativos e jurisdicionais autorizaria a não

²⁹⁶ Canotilho, com base em Rawls, explicita que: “atingir-se-á o «ponto do não direito» quando a contradição entre as leis e medidas jurídicas do Estado e os princípios de justiça (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana) se revele de tal modo insuportável (critério de insuportabilidade) que outro remédio não há senão o de considerar tais leis e medidas como injustas, celeradas e arbitrárias e, por isso, legitimadoras da última razão ou do último recurso ao dispor das mulheres e homens empenhados na luta pelos direitos humanos, a justiça e o direito — o direito de resistência. individual e colectivo.”(CANOTILHO, J.J. *Estado de direito*, p.7).

²⁹⁷ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p.126.

²⁹⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito*, p.286.

vinculação destes a esse princípio. Por fim, informa o autor que os órgãos jurisdicionais ao proferirem suas decisões deverão fazê-lo direcionados pelo princípio do Estado Democrático de Direito. Tal princípio concretizará dois subprincípios, o *da supremacia da Constituição* e o *da reserva legal*.²⁹⁹

Portanto, se as funções estatais estão sujeitas ao princípio do Estado Democrático de Direito, o qual se realiza pela supremacia da Constituição e observância da legalidade, o Estado, por sua vez, está ligado ao devido processo constitucional(garantia fundamental). Há, portanto, uma indestrinçável relação que deve ser observada na concretização de uma sociedade erigida em bases democráticas pós-modernas. Neste sentido, Rosemiro Pereira Leal preconiza que “numa teoria pós-moderna do Estado, a constituição democrática fica no lugar do Estado, tornando-se este um espaço crítico discursivo pelo devido processo institucionalmente constitucionalizado.”³⁰⁰

Dessarte, não há abertura para decisões monologistas, seja na esfera administrativa, judicial ou legislativa.³⁰¹

Humberto Theodoro Júnior acentua que “o Estado Democrático de Direito é, antes de tudo, um Estado de Direito” baseado na lei emanada do órgão competente, tendo a supremacia da Constituição e as leis infraconstitucionais como concretizadoras da ordem jurídica constitucional.³⁰²

Voegelin acentua que “existe um *Rechtsstaat* se todas as leis da sociedade provêm de uma norma reconhecida como a norma de legitimação mais alta, ou seja, normas constitucionais”. Conclui o autor que isto se aproxima da ideia de um sistema legal racional, desenvolvida pela “teoria legal”.³⁰³

Eric Voegelin ao investigar os fundamentos da “hierarquia das proposições legais na ordem legal”, inicia sua reflexão à partir de Bodin (século XVI), que trouxe a ideia de um sistema legal fechado, com origem no monarca, sendo este o mais alto legislador. Trazendo essa noção à atualidade, e após as colaborações de

²⁹⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.287.

³⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania, p.2.

³⁰¹ Cf. DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p.86. BRÊTAS, Ronaldo de carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.120-123.

³⁰² Cf. THEODORO JUNIOR, Humberto. O sistema jurídico positivo e o impacto na era das reformas legislativas, p.7.

³⁰³ VOEGELIN, Eric. *Hitler e os Alemães*, p.283.

Kelsen³⁰⁴, as proposições legais têm como nível mais alto a Constituição “sob a qual estão as proposições do legislador, sob essas estão as ordens administrativas, os atos administrativos individuais, a aplicação judicial aos casos concretos e assim por diante.”³⁰⁵

Resta estabelecer o método enunciativo dessas normas, para afastar as aplicações paradoxais, bem como, fundadas simplesmente na relação hierárquica da Constituição, ignorando a construção do provimento a partir de uma igualdade/possibilidade de entendimentos e participação dos destinatários normativos.

Lenio Streck destaca seis percepções necessárias à compreensão da Constituição como Constituição(*etwas als etwas*), são elas:

1ª) confrontação com a sociedade a que é dirigida;

2ª) exame das proposições que determinam o resgate das promessas da modernidade;

3ª) a integração dos direitos fundamentais sociais foram integrados ao texto, pela simples razão de que a maioria da população não tem acesso à esses direitos;

4ª) a maioria dos dispositivos é ineficaz, diante da realidade social;

5ª) a Constituição não é mero documento que expõe direitos, também expõe as mazelas sociais;

6ª) a Constituição é nascida de um processo constituinte e faz surgir uma nova sociedade, permitindo que a política seja feita de acordo com a Constituição.³⁰⁶

Alessandro Pizzorusso, ao pesquisar o “processo de constitucionalização”, que se constitui na evolução da constitucionalização, enquanto um complexo de princípios e regras elaborados para “realizar uma equilibrada acomodação da organização da sociedade”, chega à conclusão de que esse “processo de constitucionalização” dos Estados perpassa necessariamente pelo “reequilíbrio entre garantias do princípio da legalidade e garantias do princípio democrático.”³⁰⁷

André Del Negri informa, com espeque em Marcelo Cattoni, o papel da Constituição nos paradigmas Liberal e Social, sendo que, no primeiro, tem-se a Constituição como meio de governo, propiciando a regulação da oposição entre os atores, consistindo a democracia em processo eleitoral e legitimação pela maioria. A

³⁰⁴ Cf. BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito, p.287.

³⁰⁵ VOEGELIN, Eric. *Hitler e os Alemães*, p.282.

³⁰⁶ Cf. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p.292-293.

³⁰⁷ PIZZORUSSO, Alessandro. O processo de constitucionalização na Europa, p.17 e 32.

Constituição do Estado Social seria, no entanto, um arcabouço de valores que uma sociedade política quer preservar, consistindo a democracia na forma de efetivação dessa preservação.³⁰⁸

Humberto Theodoro Júnior afirma que a partir da segunda metade do século XX, após as grandes guerras, exigiu-se uma revisão constitucional que deixasse os direitos fundamentais não só no plano de meras declarações, mas de efetividade, o que ocorreu mediante a aproximação do direito constitucional com o processo.³⁰⁹

José Afonso da Silva acentua que a ideia síntese da concepção básica da Constituição e que, portanto, irá orientar a compreensão das normas que a compõem, é formada pelos “princípios fundamentais do respeito à dignidade da pessoa humana e da cidadania do art.1º e os objetivos fundamentais constantes no art.3º, especialmente o de construir uma sociedade livre, justa e solidária”.³¹⁰

Vê-se, pois, que mesmo os autores adeptos de uma concepção metafísica do direito, como citado no parágrafo anterior, ressaltam o marco hermenêutico constitucional, faltando-lhes ingressar efetivamente na teoria da processualidade aqui defendida.

Ronaldo Brêtas aduz que o “Estado Democrático de Direito encontra sua primeira e maior expressão” na supremacia da Constituição, em especial nas normas que declaram direitos e garantias fundamentais. Com base em Simone Goyard-Fabre, conclui Brêtas que a supremacia da Constituição é “a ideia-força que domina a concepção jurídica do constitucionalismo.”³¹¹

André Del Negri traceja uma acepção democrática de Constituição promulgada, considerando o autor que a Constituição:

“é referente lógico para implementação de uma base democrático-jurídico-principiológica, tornando-se um meio de assegurar os fundamentos de liberdade e igualdade aos cidadãos, e, assim, essas Constituições se originam num recinto de discursividade (Parlamento/Assembléia Constituinte) composto por representantes sociais, eleitos pelo Povo (comunidade jurídica), a fim de elaborar um texto constitucional.”³¹²

³⁰⁸ DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*, p. 34-38.

³⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*, p.234.

³¹⁰ Admite-se tal posicionamento, contudo, somente como ideia síntese, porque como demonstrado ao longo de toda a pesquisa, quaisquer objetivos somente serão possíveis com a estrita observância das normas que estruturam a Constituição, além da garantia fundamental do processo estabelecida como cláusula pétrea, desalojados de um conceito tópico-retórico normalmente defendido pelo renomado autor. Cf. SILVA, José Afonso da. *A Constituição e a estrutura de poderes*, p.248.

³¹¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito*, p.287-288.

³¹² DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, p.59.

Após discorrer sobre a tensão entre a *volonté générale*(rousseauiana) e as regras contramajoritárias contidas na Constituição, Lenio Streck sustenta que a Constituição “a partir da revolução copernicana”, ocorrida após a segunda guerra, “*passa a ser – em determinadas circunstâncias – condição de possibilidade do exercício do regime democrático, naquilo que a tradição*(no sentido que Gadamer atribui a essa expressão) *nos legou.*”³¹³

Lenio Streck, com base em Ribas Vieira, afirma que a Constituição, com o significado de *constituir* é um pacto do qual toda a sociedade é coprodutora, nos dizeres de Ribas, é a zona de mediação entre a legalidade e a legitimação, conclui-se, que “a Constituição passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico.” Aqui o termo *topos* no sentido de lugar, não no sentido de “conformador/subsuntivo da atividade interpretativa.”³¹⁴

Nessa seara, Alexandre Morais da Rosa acentua que toda interpretação deve “perpassar pelo seu controle formal e material, não podendo ser infringida ou modificada ao talante dos governantes públicos, mesmo em nome da maioria- esfera do indecível” posto que para ser reformada depende de processo específico, além das cláusulas pétreas, portanto, “a aplicação de qualquer norma jurídica precisa sofrer *oxigenação constitucional*”.³¹⁵

Márcia Ângela de Souza, com espreque em Del Negri, aduz que o processo passou a ser o centro das garantias constitucionais, e as teorias constitucionalistas ocuparam-se do devido processo legal e dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e isonomia³¹⁶. Del Negri acentua que o processo constitucional é uma instituição que resulta de conquistas históricas, para assegurar aos cidadãos a possibilidade de reivindicar e fiscalizar os direitos fundamentais, no âmbito da produção e da aplicação das leis.³¹⁷

³¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*, p.20.O significado gadameriano de tradição foi tratado no primeiro capítulo (p.33).

³¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise* :uma exploração hermenêutica da construção do Direito, p.252.

³¹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*, p.92-93.

³¹⁶ SOUZA, Márcia Angela de. Os princípios constitucionais processuais da isonomia, igualdade e paridade de armas – por uma aplicação adequada no processo penal e na execução penal, p.267. LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria *neoinstitucionalista*, p.284.

³¹⁷ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no processo legislativo*.teoria da legitimidade democrática, p.61.

Dierle Nunes, ao focar a complexidade da sociedade e seus novos balizamentos frente à democracia, demonstra a importância do processo nessa tensão entre o que seja factual e o que seja legitimamente válido, por consequências advindas da procedimentalidade típica do sistema democrático, erigindo as categorias da participação e do policentrismo³¹⁸, em substituição a um modelo que dê relevância a um só sujeito, ou somente à autonomia pública em detrimento da vontade do cidadão, propondo a superação dos modelos liberal e social, conforme se extrai do seguinte excerto de sua obra:

“A necessidade da procedimentalidade fiscalizadora e participativa poderá, finalmente, impedir que, sob o argumento ideológico de aplicação de valores compartilhados, imponha-se a vontade privatista dos manipuladores que, mascarados pelo papel de agente político, impõem seus próprios interesses. No pêndulo pró-juiz, de um lado, e pró-parte e advogado, do outro, a participação e o policentrismo buscam o dimensionamento e o equilíbrio de concepções liberais e sociais em face das nuances de aplicação normativa, de modo que a assunção de responsabilidade por todos os agentes processuais e a mudança de sua mentalidade no exercício das respectivas funções venham a representar um verdadeiro horizonte para a almejada democratização processual.”³¹⁹

Essa participação é tarefa abstrusa, mas não no sentido de impossível, apenas uma dificuldade própria do pluralismo da sociedade hodierna, daí a necessidade de se estabelecer na Constituição um *locus* hermenêutico, como aponta Dhenis Cruz Madeira:

“Aliás, se ausente o norte constitucional, o pensar jurídico se tornaria extremamente penoso numa sociedade pluralista. Neste sentido, o texto constitucional apresenta-se justamente, como articulador(não-mítico) dos objetivos comuns(falseáveis e abertos à crítica), institucionalizando os procedimentos comunicativos de construção das decisões, o que torna o discurso jurídico linguisticamente viável.”³²⁰

Por óbvio, essa construção transliterada não foi cunhada a partir de uma concepção de lei(ou Constituição) aos moldes “tradicionais” em que a lei jurídica figura imbuída na moral, na ética, e nas intenções políticas, descontextualizadas de uma teorização que lhes possibilite uma estabilização de sentido, um direito à igualdade interpretativa(*isomenia*).³²¹

³¹⁸ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p.201-251.

³¹⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p.251.

³²⁰ MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo, p.126.

³²¹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.17, 18 e 85.

A Constituição, numa teoria esvaziada de processualidade, “é uma *arca de ilusões* que tem que ser carregada e *não* aberta e aplicada pelo *decididor*,”³²² a lei que não esclarece a teoria que a balizou permite invariavelmente a “ideologia dos fatos consumados no contexto histórico do mundo da vida nua”, sendo, pois, “um *topus* de multissignificações engendradas pelos juízos tradicionais”, e não tratada “como lugar(*topologia*) referencializante da atividade administrativo-governativa de uma comunidade político-econômica na concepção construtora de uma *sociedade aberta*”.³²³

A teoria da processualidade permite que saltemos de uma lei em que sua causa é “algo em si normativo(automaternal-material)” que nasce “de um desejo sociolinguístico ou social-natural nas pressupostas comunidades humanas” e passa para efeito de uma causa, não simplesmente substituindo-a, criando pontos fixos, axiomáticos, substantivados, mas partindo de uma problematização teórica, ainda que com base no senso comum, previamente estatuída no discurso de sua formação, diuturnamente submetida à fiscalidade de seus destinatários, pelo devido processo.³²⁴

É preciso pesquisar, nessa defesa da teoria da processualidade para caracterização hermenêutica no Estado Democrático de Direito, qual ou quais teorias do processo estariam aptas a viabilizar a fiscalidade incessante da Lei, o que se fará em subtítulo próprio, a seguir estruturado.³²⁵

Seguindo a linha proposta ao elaborar a presente pesquisa, de confrontação de teorias, como método para demarcação dos institutos estudados, faz-se uma exposição das teorias processuais, para, como dito, eleger aquela(s) que se adéqua(m) ao Estado Democrático de Direito, bem como aquela(s) que caracterizará(ão) o paradigma desse Estado.

³²² Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.67.

³²³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.17 e 85.

³²⁴ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.17,18 e 85.

³²⁵ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.29.

2.3 Evolução teórica do processo

Tratadas geralmente pela doutrina sobre o manto de *natureza jurídica*³²⁶ encontram-se as teorias do processo, como resultado da autonomia científica do direito processual e esforço de notáveis juristas, idealizadores e difusores dessas proposições descritoras do instituto *processo*.

Não cabe aqui debuxar, de maneira exaustiva, as descrições dessas teorias, mas tão somente desvelar seus principais pontos, para erigir as que se adéquam ao “surgimento de Constituições democráticas e acolhedoras do *Devido Processo Constitucional*.”³²⁷

As teorias que podem ser delineadas, de maneira mais segura e sem omissões desonrosas, são as expostas por Rosemiro Pereira Leal³²⁸, estatuindo-se o processo como contrato; quase-contrato; relação jurídica; situação jurídica; instituição; procedimento em contraditório; teoria constitucionalista do processo e; teoria *neoinstitucionalista* do processo.³²⁹

A **teoria do processo como contrato**, propugnada por Pothier(1800), considera que o processo seria o resultado de um contrato entre as partes, através do qual se obrigam a submeter o conflito ao juiz e a acolher a decisão (*litiscontestatio*). Essa teoria traduz uma visão iluminista, rousseauniana³³⁰, típica do século XVIII, submetendo o Estado à vontade individual, nada tendo correlação com a instituição processo, ainda que fosse no século XVIII, tampouco na atual matriz principiológica do Estado Democrático de Direito.³³¹

O **processo como quase-contrato** foi a teoria cunhada a partir de um raciocínio de eliminação, como acentua Couture, seus defensores afirmavam o processo como fonte de obrigações, não sendo um contrato, ou um delito, ou um quase-delito, seria um quase-contrato.³³² Dessa forma, “a parte que ingressava em

³²⁶ Cf. CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, p.298; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p.387; ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*, p.205.

³²⁷ DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, p.266.

³²⁸ Cf. *Teoria geral do Processo*: primeiros estudos, p.77-92;

³²⁹ Cf. BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil, p.428.

³³⁰ Sobre essa correlação, Couture afirma que “Entre o pensamento de POTHIER, quando fundamenta a coisa julgada no contrato privado, e o pensamento de ROSSEAU, quando busca a explicação dos fenômenos de convivência humana no contrato-social, existe uma diferença de escala, mas não de substância. O pensamento de POTHIER é microscópico; o de ROSSEAU é macroscópico.” (COUTURE, Eduardo J. *Introdução do estudo do processo civil*, p.60-61.)

³³¹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo*: primeiros estudos, p.77-78; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, p.299; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p.387.

³³² Cf. COUTURE, Eduardo J. *Introdução do estudo do processo civil*, p.61-62. Couture, em nota de pé de página, afirma que a ideia do quase-contrato achava-se em escritores espanhóis antigos, precisamente Conde

juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexos entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide.³³³

Tal teoria não se diferencia em muito da antecessora, uma vez que a fonte dos direitos e deveres do processo seria a vontade indireta das partes e não a lei, além de analisar o contrato sob uma ótica extremamente privatista.³³⁴

A **teoria do processo como relação jurídica**, foi evidenciada na obra de Oskar Von Bülow, em 1868, intitulada *Die Lehre Von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*, traduzida para o espanhol sob o título *La Teoría de las Excepciones y los Presupuestos Procesales*.³³⁵

Segundo essa teoria, ao lado da relação jurídica material, existe a relação jurídica processual, entre as partes e o Estado-Juiz. Bülow expôs que a relação processual diferencia-se da relação substancial, por três aspectos: pelos sujeitos (autor, réu e Estado-juiz); pelo objeto (a pretensão jurisdicional); e pelos seus pressupostos.³³⁶

Goldschmidt, crítico da teoria bülowiana, assevera que as raízes da concepção de relação jurídica são encontradas no Direito romano, demonstrando que não se tratava de uma ideia original de Bülow.³³⁷

Nessa linha, Rosemiro Pereira Leal demonstra que a teoria foi construída sob um brocardo de Búlgaro, do século XII, que enunciava: "*judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* (o processo é ato de três personagens: do juiz, do

de La Cañada, na obra *Instituciones Prácticas*, datada de 1794, com referência a outro autor, Salgado. Arnault de Guényvau, fundamentou amplamente essa teoria, na obra "Du quasi-contract judiciaire", em 1859. Sua fundamentação, em fragmento do Digesto(L.3,II,I), denuncia Couture, está equivocada. Também defendeu essa teoria, Savigny.(COUTURE, Eduardo J. Introdução do estudo do processo civil, p.61). Certo é que o Código Civil Francês de 1804, refletindo a construção jurídica da época, precisamente, em seu artigo 1371, previa: "Quase-contratos são fatos puramente voluntários do homem, demonstrando um compromisso qualquer para com um terceiro, e às vezes um compromisso mútuo de ambas as partes." No original: "Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties."

³³³ LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do Processo*:primeiros estudos, p.78.

³³⁴ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo*:primeiros estudos, p.78; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, p.300; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p.388.

³³⁵ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p.391 e 494.

³³⁶ Cf. CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, p.300 e 304.

³³⁷ Nas palavras de Goldschmidt: "O conceito de relação jurídica processual ajudou a isolar o conceito de pressupostos processuais, frente às exceções materiais dilatórias. Mas devemos perguntar se com isso esgotou a sua missão, já que o conceito de relação jurídica processual está enraizado no direito romano, não com menos força do que o conceito de exceções dilatórias.Aquele conceito está relacionado com a divisão do julgamento romano em procedimento *in iure* e procedimento *in iudicio*". No original: "El concepto de la relación jurídica procesal ayudó a aislar el concepto de los presupuestos procesales frente a las excepciones dilatorias materiales. Pero cabe preguntar si con eso se há agotado su misión, puesto que el concepto de la relación jurídica procesal arraiga em el Derecho romano con no menos vigor que el de las excepciones dilatorias.Aquel concepto entronca con la división del proceso romano en procedimiento *in iure* y procedimiento *in iudicio*." (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, p.17-18)

autor e do réu).³³⁸ Por essas razões, Fazzalari refere-se à teoria da relação jurídica como “velho e inadequado clichê pandetístico”³³⁹.

Essa teoria vem imbuída de voluntarismos, tipicamente privados, fazendo transparecer que, com o nascimento de uma nova relação jurídica, através do processo, se geraria obrigações entre as partes, ou entre estas e o juiz. Olvidou-se que se trata de sujeição à jurisdição, no que diz respeito às partes, e de cumprimento do dever de prestá-la, por parte do juiz. Ambos, com estipulação e previsão no ordenamento jurídico.³⁴⁰ Contudo, apesar das críticas, teve grande aceitação, sendo aperfeiçoada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Liebman.³⁴¹

Há décadas essa teoria tem se mostrado incapaz de responder o que seja processo, mas, no Brasil, foi acolhida pelo Código de Processo Civil, por influência de Liebman, e difundida largamente pela escola de processo paulista (instrumentalista).³⁴²

Aroldo Plínio Gonçalves, com esquete em Léon Duguit, demonstra que a autonomia da vontade é, em última instância, o fundamento do conceito de relação jurídica. Ressalta, ainda, que a relação jurídica não se sustenta, ao se deparar com situações que exijam proteção pelo Direito, independente de qualquer relação, em especial quando a finalidade da norma é social.³⁴³

Não há no processo, possibilidade de imposição de condutas, seja entre as próprias partes, seja entre estas e o juiz, ou entre este e aquelas, já que não há como exigir qualquer conduta, porque tudo se resolve em ônus. O fundamento dos deveres das partes e do juiz é oriundo da própria função jurisdicional. Nas palavras de Aroldo Plínio:

“Seu fundamento está nas próprias normas que disciplinam a jurisdição e o processo, que é a estrutura normativa em que ela se manifesta, onde o exercício do poder é a realização do poder de cumprir o dever, o dever pelo qual o Estado se obrigou, quando assumiu a função de se substituir ao particular para garantir seus direitos, para reagir contra o ilícito, exercendo um poder que, como todo poder, no Estado de Direito, limita-se pela lei.”³⁴⁴

³³⁸ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo*: primeiros estudos, p.78.

³³⁹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, p.111.

³⁴⁰ Cf. GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*, p.21-23.

³⁴¹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo*: primeiros estudos, p.78.

³⁴² Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil, p.429-430.

³⁴³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p.78-80.

³⁴⁴ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 97-99 e 100.

De qualquer forma, a obra de Bülow foi um marco na evolução do direito processual³⁴⁵, conforme descrito por Gregório Assagra de Almeida, *in verbis*:

“Com a obra de Bülow surge o direito processual como novo ramo do Direito. A partir dela tem início a fase autonomista ou conceitual do direito processual, também intitulada de processualismo científico, pois o direito processual passa a ser compreendido com objeto e método próprios; passa a ser compreendido e estudado, enfim, por uma visão científica do fenômeno processual.”³⁴⁶

A **teoria do processo como situação jurídica**, surge como tentativa de superação da teoria da relação jurídica.

Aroldo Plínio Gonçalves demonstra, com base em Kelsen, Bonnacase, Roubier, Jèze, Duguit, Goethe e Radbruch, que a teoria da situação jurídica buscou minorar a utilização da dicotomia “direito subjetivo” e “direito objetivo” valendo-se apenas “dos direitos constituídos para um determinado sujeito, que assume sua titularidade”, afastando-se, o quanto possível, da noção de que existe “um direito sobre a conduta de outrem,” para “uma posição de vantagem de um sujeito ‘em relação a um bem’”, posição esta que surge numa situação jurídica.

Dessa forma considera-se situação jurídica, “a posição do sujeito em relação à norma que a disciplina.” Em resumo, contrasta-se “a força imperativa de uma vontade particular sobre o ato de outrem” para concluir-se que “só ao ordenamento jurídico se pode reconhecer a força para atos de império, só pelos procedimentos, por ele definidos e regulados, tais atos podem ser admitidos.”³⁴⁷

Rosemiro Pereira Leal aponta que, num primeiro momento, a teoria da situação jurídica não levava em conta que tais situações estivessem previamente estabelecidas em lei. Pelo menos não foi essa a concepção de Goldschmidt, idealizador da teoria publicada em 1925, na obra *O processo como situação jurídica*³⁴⁸. Para o autor, acentua Rosemiro Pereira Leal, a situação jurídica, formada pela atividade jurisdicional, compunha-se de “atos estratégicos das partes

³⁴⁵ Cf. GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*, p.13; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo*: primeiros estudos, p.78; CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO. *Teoria geral do processo*, p.300; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p.391.

³⁴⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Partes e terceiros no processo civil. Cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório, p.2.

³⁴⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p.90-94.

³⁴⁸ Cf. Ambos em nota de rodapé. GOLDSCHMIDT, James. *Teoria geral do processo*, p.15; COUTURE, Eduardo J. *Introdução do estudo do processo civil*, p.62.

para supostamente gerarem a seu favor esperanças e possibilidades de serem acolhidos, a final, pela sentença.”³⁴⁹

Rosemiro Pereira Leal aponta a não adequação dessa teoria ao atual Estado Democrático de Direito, ao esclarecer que o direito subjetivo, tão combatido por Goldschmidt, passou para as mãos, exclusivamente, do juiz, com possibilidade de proferir decisão “sem nexos jurídicos de causalidade imperativa com as situações criadas pelas partes no curso do processo”, isto porque, nessa concepção teórica, o juiz não se sujeitaria às sanções processuais, tornando o processo “uma forma alegórica de canteiro judicial onde as partes lançavam suas alegações que poderiam ou não germinar pelo adubo íntimo do entendimento do julgador.”³⁵⁰

A **teoria do processo como instituição** é filiada à Guasp (1940), o processo seria uma instituição, na medida em que haveria um complexo de atos, um método e um modo de ação, único, regulado pelo direito para obtenção de um fim. A crítica que se faz a essa teoria seria que ela teria fundo sociológico e não jurídico, construída em bases não constitucionais democráticas.³⁵¹

A **teoria do processo como procedimento em contraditório** foi criada por Elio Fazzalari (1957)³⁵² e trazida para o Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves (1992), denominada por Ronaldo Brêtas de *teoria estruturalista do processo*³⁵³, insere o processo como gênero do procedimento, com o elemento diferenciador do contraditório.³⁵⁴

Fazzalari afirma que o procedimento é estruturado pelas normas ou sequência delas, as quais disciplinam condutas que se constituem em direitos e obrigações, tornando-o uma sequência de atos ligados (o ato precedente é pressuposto do ato seguinte), até o ato final, que pode ser um provimento ou um simples ato.³⁵⁵

³⁴⁹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo*: primeiros estudos, p.80.

³⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo*: primeiros estudos, p.80-81. Goldschmidt afirmou que o processo seria constituído de uma série de expectativas, ônus e possibilidades jurídicas, que se consubstanciariam em situações jurídicas, “onde havia o direito há agora meras chances.” Nos dizeres do próprio Goldschmidt: “A única situação jurídica processual que se encontra antes de iniciado o pleito, e sem que se pressuponha um meio probatório, é a possibilidade abstrata de construir, pela apresentação da demanda, a expectativa de que o juiz proceda a consequência dela com apoio na lei processual.” No original: “La única situación jurídica procesal que se encuentra antes de que se haya entablado el pleito, y sin que se presuponga un medio probatorio, es la posibilidad abstracta de construir por la presentación de la demanda la expectativa de que el juez proceda a consecuencia de ella con arreglo a la ley procesal”. (GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso, p.208.)

³⁵¹ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo*: primeiros estudos, p.81.

³⁵² Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*, p.206.

³⁵³ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil, p.434.

³⁵⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, p.94.

³⁵⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, p.113-114.

O processo “é um 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.”³⁵⁶

O contraditório, em Fazzalari, é a estrutura dialética do procedimento, consiste na participação daqueles que sofrerão os efeitos do ato final, na preparação deste ato. Consiste, ainda, na simétrica paridade das posições dos sujeitos, com a respectiva incompatibilidade das atividades desses sujeitos e na importância dessas posições e atividades para o autor do ato final(juiz). O juiz não é contraditor, pois estranho aos interesses, é colocado em simétrica paridade com os contraditores na fase de preparação do ato, exceto no ato final.³⁵⁷

A partir de Fazzalari é possível a superação da teoria da relação jurídica (e foi essa sua intenção)³⁵⁸, bem como a distinção entre processo e procedimento³⁵⁹, não mais sob o ponto de vista teleológico cunhado por Bülow³⁶⁰, insuficiente ao esclarecimento, mas sob o enfoque jurídico que possibilita uma formação teórica alinhavada às bases de um Estado Democrático de Direito.

Aroldo Plínio Gonçalves esclarece que a instrumentalidade técnica do processo na forma de apresentação da teoria de Fazzalari (procedimento em contraditório entre as partes), não significa que a técnica se desenvolve para si e por si, mas “está em que ela se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia da participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos.”³⁶¹

Verifica-se que Aroldo Plínio reforça a ideia de processo como técnica, que tem em sua estrutura o contraditório, com isto tentou-se suplantar os escopos metajurídicos do processo, defendidos pela escola instrumentalista, capitaneada por Cândido Rangel Dinamarco, tendo em vista que o provimento (ato final) será

³⁵⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, p.118-119.

³⁵⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, p.121-124.

³⁵⁸ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil, p.434.

³⁵⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo*: primeiros estudos, p.93.

³⁶⁰ CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO asseveram que devido ao significado histórico do processo (do latim, *procedere*=seguir adiante) durante muito tempo foi “confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento)”, todavia, em 1868, Bülow, descreveu que “há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais”. E, portanto, o procedimento é o “meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo(...)”. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder”, já “a noção de procedimento é puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem.” *Teoria geral do processo*, p. 298.

³⁶¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p.171.

conclusão do procedimento, não obra solitária do juiz, em busca de uma paz social.³⁶²

Segundo Rosemiro Pereira Leal, com base em sua teoria *neoinstitucionalista*, e a partir de Fazzalari, é possível inclusive procedimento judicial, administrativo ou legislativo sem processo, desde que não deliberem acerca de direitos fundamentais ou situações de conflitos. “De conseguinte, o procedimento é manifestação estrutural resultante do complexo normativo da positividade jurídica”.³⁶³

A crítica que se faz à concepção fazzalariana de processo é a de que não foi tal teoria estruturada sob as bases constitucionais, isto é, Fazzalari não considerou que o processo é uma instituição constitucionalizada, portanto, não há para o autor o tratamento do processo como uma garantia fundamental³⁶⁴, o que se tornou preocupação da teoria constitucionalista.³⁶⁵

A **teoria constitucionalista do processo** é atribuída à Héctor Fix-Zamudio(México-1956³⁶⁶), José Alfredo de Oliveira Baracho(Brasil-1984³⁶⁷), Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera(Itália-1990³⁶⁸), por serem pioneiros no estudo sistemático do tema Constituição e processo.

Como construção teórica da relação entre Constituição e processo, tem-se que este se tornou centro das garantias constitucionais, como sustentáculo de efetivação dos direitos fundamentais, além do mais, a Constituição congrega princípios de direito processual, o que foi definido por Ítalo Andolina como “modelo constitucional do processo.”³⁶⁹

³⁶² Tal como exposto em CINTRA,GRINOVER,DINAMARCO, para quem “A pacificação é o escopo magno da jurisdição”. *Teoria geral do processo*, p.30.

³⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*:primeiros estudos, p.94.

³⁶⁴ Dierle, em nota de rodapé, ressalta que Fazzalari passou a adotar posturas hermenêuticas constitucionais a partir da década de 70, fundamentadas numa “concepção axiológica e comunitarista de uma Constituição material”, buscando o autor, nessa “segunda fase” valores constitucionais, sem abandono da procedimentalidade, todavia, a atividade dos juizes seria controlada pelos próprios pares, mediante o sistema recursal, referindo-se Dierle, ainda, às críticas expostas por Cattoni de Oliveira, “ao equívoco materializante da teoria fazzalariana.” NUNES, Dierle José Coelho, p.207-208.

³⁶⁵ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil, p.436; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*:primeiros estudos, p.83.

³⁶⁶ Cf. MAC-GREGOR,Eduardo Ferrer; LARREA,Arturo Zaldívar Lelo de. *Estudos de direito processual constitucional*, p.33.

³⁶⁷ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil, p.437; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*:primeiros estudos, p.84.

³⁶⁸ Cf. DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*.teoria da legitimidade democrática, p.102.

³⁶⁹ Rosemiro Pereira Leal critica o uso indiscriminado da expressão “modelo constitucional do processo”, porque não é só a estipulação de princípios do processo no âmbito da constituição que se aponta para um Estado Democrático de Direito. O “modelo constitucional do processo civil” não se confunde com a instituição processual constitucionalizada “modeladora fundacional de suas co-instituições: estado, funções legislativa, administrativa e judiciária, ministério público, advocacia, direitos fundamentais de vida, liberdade e igualdade, direitos econômicos de dignidade, propriedade, posse, bens corpóreos, incorpóreos e da personalidade, e múltiplos direitos sociais, internacionais e supranacionais derivados ou intercorrentemente agregados.” (LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos

Como acentua Del Negri, com espeque em Fix-Zamudio, Baracho, Andolina e Vignera, no pós-guerra, a crescente constitucionalização do processo, e consequente modificação do direito processual, passou a exigir a presença dos princípios constitucionais no estudo do processo, porque passaram a integrá-lo.³⁷⁰

Ronaldo Brêtas expõe que atualmente é preponderante a concepção constitucionalizada do processo, isto se perfaz, com base em Baracho, pela metodologia de garantia dos direitos fundamentais, balizado, conforme leciona Rosemiro Pereira Leal, nos “princípios do contraditório, isonomia, ampla defesa, anterioridade da lei, dever da jurisdição, direito ao advogado, liberdade incondicionada de requerer, caracterizadores do *due process* modulador dos procedimentos(*procedural due process*).”³⁷¹

A partir das proposições surgidas da teoria constitucionalista do processo, formaram-se as concepções de processo constitucional, bem como as construções teóricas de Direito Constitucional Processual e Direito Processual Constitucional.³⁷²

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira afirma que a Constituição, ao estabelecer “um verdadeiro *modelo constitucional do processo*, estruturante do direito processual”, tornou a observância dessa estrutura obrigatória, sob pena de inconstitucionalidade e “descaracterização do instituto do processo enquanto tal.”³⁷³

Nos últimos sessenta anos, a teoria da democracia foi albergada pela teoria da Constituição da qual faz parte a teoria dos direitos e garantias fundamentais, dentre os quais estaria o processo.³⁷⁴

processuais e constituição democrática, p.283-284).Cf. DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*.teoria da legitimidade democrática, p.102.

³⁷⁰ Cf.DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo*.teoria da legitimidade democrática, p.103.

³⁷¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*, p.87.

³⁷² Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, critica essas construções, e afirma que todo processo é constitucional, o autor esclarece que: “se o direito constitucional é o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, posto que estabelece os processos através dos quais todas as demais normas serão produzidas, quer da perspectiva legislativa, quer da perspectiva da aplicação, não há direito processual que não deva ser, nesse sentido, *constitucional*.”(CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional processual e direito processual constitucional: limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade*, p.6). Cf. DANTAS, IVO. *Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal*, p.132.

³⁷³ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional processual e direito processual constitucional: limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade*, p.6. Cf.DANTAS, IVO. *Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal*, p.133.

³⁷⁴ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, p.525-540; LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria *neoinstitucionalista*, p.289; LEAL, Rosemiro Pereira.O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário, p.324; DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, p.161-171 e 331-333.

Sem dúvida José Alfredo de Oliveira Baracho lançou bases para a compreensão democrática de processo constitucionalizado, ao estruturar cientificamente o processo constitucional, assim se manifestou:

“No processo constitucional, como instrumento básico de efetivação dos direitos fundamentais e processuais, devemos destacar: - o direito de ação e de defesa judicial: são assegurados a todos os indivíduos, de modo completo, por uma série de normas constitucionais que configuram o *due process of law*.

O processo constitucional pode ser assim esquematizado:

- a) o *direito de ação* e o *direito de defesa* são assegurados aos indivíduos, de modo completo, por toda uma série de normas constitucionais que configuram o que se denomina de *due process of law*, processo que deve ser *justo e leal*.
- b) reconhece-se a todos a garantia constitucional do direito de agir em juízo. Todos podem recorrer em juízo para proteger ou tutelar os próprios direitos e interesses legítimos.
- c) consagra-se a garantia do direito inviolável à defesa, em qualquer órgão ou grau de procedimento. A defesa é um direito inviolável de cada cidadão.
- d) As partes são iguais perante o juiz.
- e) ninguém pode ser privado do juiz natural designado por lei. Consagra-se a naturalidade e não a extraordinariedade do juiz. Não podem ser instituídos juízes extraordinários ou juízes especiais, a não ser secções especializadas para certas matérias.
- f) garante-se a legalidade da pena e da medida de segurança. Pesa sobre a sentença de provimento sobre a liberdade pessoal o controle da legitimidade mediante recurso. Ninguém pode ser punido senão por força de uma lei que tenha entrado em vigor após(sic)[antes do] o cometimento do delito. Ninguém pode ser submetido a medidas de segurança, salvo nos casos previstos em lei. Todas as medidas jurisdicionais devem ter motivação.
- g) a tutela jurisdicional do direito e do interesse legítimo contra atos da administração Pública é essencial. Contra os atos da Administração Pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos, perante os órgãos de jurisdição ordinária ou administrativa.”³⁷⁵

Verificam-se as bases referidas, na construção teórica quase irretorquível de Baracho, na junção entre Constituição e processo, reforçada pelo autor com espeque em Héctor Fix-Zamudio, asseverando a vinculação de uma função estatal, no caso a judicial, às normas fundamentais constitucionais. Daí advém que se necessitou criar procedimentos especiais para tutelar as disposições constitucionais, inclusive com o aparecimento de atividade específica para esse fim (Tribunais Constitucionais).³⁷⁶

A acepção de processo, portanto, tem relação direta com a Constituição, o que se tornou possível com as teorias do processo como procedimento em

³⁷⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p.56-57.

³⁷⁶ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p.58.

contraditório, e a teoria constitucionalista do processo, a partir da qual foi possível dar novos contornos ao processo como instituição constitucionalizada.³⁷⁷

Em pesquisa sobre o processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com espeque em Canotilho, André Pires Gontijo acentua que os poderes públicos desenvolvem-se mediante o procedimento, o qual conjuga “os momentos formais e materiais de realização do programa normativo, captando, com rigor, a concretização das normas constitucionais (no procedimento legislativo, no administrativo e no processo jurisdicional)”, e ainda, há necessidade “de vinculação constitucional de todas as atividades concretizadoras da Constituição” não apenas no âmbito do controle de constitucionalidade jurisdicional. O processo deve ser compreendido “como um conjunto de procedimentos que conduzem à concretização de determinada situação jurídica, cujo fundamento de validade se encontra na Constituição.”³⁷⁸

Como expresso por Dierle Nunes, transliterando Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, para a percepção do “modelo constitucional de processo”, e de conseguinte do processo constitucional adotam-se certas características, assim estruturadas:

“a) na *expansividade*, consistente na sua idoneidade (da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) para condicionar a fisionomia dos procedimentos jurisdicionais singulares introduzidos pelo legislador ordinário, a qual (fisionomia) deve ser comumente compatível com as conotações de tal modelo; b) na *variabilidade*, a indicar sua atitude a assumir formas diversas, de modo que a adequação ao modelo constitucional (por obra do legislador ordinário) das figuras processuais concretamente funcionais possam acontecer segundo várias modalidades em vista da realização de finalidades particulares; c) na *perfectibilidade*, a designar sua idoneidade a ser aperfeiçoada pela legislação infra-constitucional, a qual(isto é: no respeito, comum, de qual modelo e em função da consecução de objetivos particulares) bem podem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (ulteriores) garantias e institutos ignorados pelo modelo constitucional.”³⁷⁹

Ao se compreender o processo como *modelo constitucionalizado*, nas teorias constitucionalista e, como adiante exposto, na teoria *neoinstitucionalista*, é possível afirmar que deve ser “obedecido na construção dos procedimentos na infra-

³⁷⁷ Cf. ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional*. p 98-99.

³⁷⁸ GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, p.3362.

³⁷⁹ NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático, p.351-352.

constitucionalidade”, bem como se encontra conectado “à própria legitimidade das decisões(...) no Estado Democrático.”³⁸⁰

O objetivo do processo constitucional, como aponta Marcelo Cunha de Araújo, é o de “garantir um espaço de discurso ao cidadão, inserto em um Estado Democrático de Direito, na construção de uma aplicação do direito legislado em determinado caso concreto (*mutatis mutandis*, tal se aplica ao processo legislativo e à justificação do direito).”³⁸¹

Volvendo-nos à explicitação da teorização do processo, consoante o Estado Democrático de Direito, a crítica que é feita à teoria constitucionalista do processo é liderada por Rosemiro Pereira Leal e refere-se principalmente à não explicitação pelos seus adeptos de qual teoria do processo se filiam, enxergando o processo como instrumento da jurisdição³⁸².

É nesse contexto que surge **a teoria neoinstitucionalista do processo**, como acentua Rosemiro Pereira Leal, seu autor, considerando que a construção do “modelo” é deficiente, exigindo-se “uma enunciação institucionalista do processo fora das concepções de ‘Justiça Civil’, o que se oferece na teoria *neoinstitucionalista*.”³⁸³

A teoria *neoinstitucionalista* considera o processo como

“conjunto de institutos de direito fundamental constitucionalizado (ampla defesa, contraditório, isonomia, direito ao advogado, gratuidade da atividade jurisdicional) regente da construção estruturante (relação espaço-temporal normativa, não entre pessoas) dos procedimentos.”³⁸⁴

³⁸⁰ LEAL, André Cordeiro. *O Contraditório e a Fundamentação das Decisões*: no Direito Processual Democrático, p.88 e 89.

³⁸¹ Cf. ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional*, p. 105.

³⁸² Rosemiro Pereira Leal aduz que “a Teoria Constitucionalista do Processo ainda não disponibilizou uma teoria processual que conferisse fundamento à constitucionalidade que pretende encaminhar na perspectiva democrática do direito.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*, p.91). Na pesquisa aqui realizada, confirmou-se a denúncia de que os constitucionalistas, com acréscimos de suas construções teóricas da relação entre Constituição e processo, se filiam ou à teoria da relação jurídica, ou à teoria do processo como procedimento em contraditório, como Aroldo Plínio (Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p.102-129), e, ainda, a um sincretismo entre as duas, como Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera, cujo trecho da obra *I fondamenti costituzionali della giustizia civile-II modello costituzionale del processo civile italiano*, os autores referem-se ao processo como espécie de procedimento instrumental de atuação da jurisdição.(Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos processuais e constituição democrática*, p.286). Informa Baracho que “o processo constitucional não é apenas um direito instrumental”, e mais adiante, discorre sobre a relação jurídica processual, com bases chiovendianas. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, p.47).

³⁸³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Modelos processuais e constituição democrática*, p.286. Para melhor esclarecimento, na concepção de Rosemiro Pereira Leal *instituto* significa “agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidades de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal.” *Instituição* seria então “um agrupamento de princípios que guardam unidade ou afinidade de conteúdos lógico-jurídicos no discurso legal.” *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.281.

³⁸⁴ LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.296.

Rosemiro Pereira Leal propugna que a teoria *neoinstitucionalista* “só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania(soberania popular).” Por essa razão, “o processo, como instituição constitucionalizada, deflui de uma Comunidade Política consciente de um projeto constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação.”³⁸⁵

O processo se imporia por ligação teórica com a soberania popular, o povo se constituiria nos legitimados ao processo, o qual estruturalmente seria um discurso oriundo do exercício da cidadania, arrimado na Constituição. O processo constitucionalmente institucionalizado é referencial desde a criação da lei até no âmbito de incidência, aplicação, extinção ou transformação desta.³⁸⁶

Para a teoria *neoinstitucionalista*, não há processo, nos procedimentos, quando o processo não estiver, antes, institucionalmente definido e constitucionalizado pelos fundamentos normativos do contraditório, ampla defesa, direito ao advogado, e isonomia, ainda que o procedimento se faça em contraditório, porque o contraditório há de ser princípio regente do procedimento, e não atributo consentido em leis ordinárias processuais, ou dosado pela atuação jurisdicional em conceitos e juízos personalistas de senso comum, de conveniência ou de discricionariedade do julgador.³⁸⁷

Na teoria jurídica da democracia, o procedimento só está legitimado quando garantido pela instituição do devido processo constitucional que assegure a todos indistintamente uma estrutura espaço-temporal (devido processo legal e devido processo legislativo) na atuação(exercício), aquisição, fruição, correição e aplicação de direitos.³⁸⁸

Frise-se, ainda, que a concepção do que seja o termo jurisdicional, na teoria *neoinstitucionalista*, não tem correlação com a acepção normalmente difundida, eis que a tutela jurisdicional está contida na lei, somente o ordenamento jurídico detém “o monopólio da jurisdição”, esta como função exercida pelos órgãos judiciais é melhor traduzida pela expressão *judicatio*, “*jus dictare* – atividade de o juiz aplicar a

³⁸⁵ LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.39.

³⁸⁶ Cf. LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.86.

³⁸⁷ Cf. LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.87-90.

³⁸⁸ Cf. LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p. 289.

lei(judicacional). *Jus dicere* – dicção do direito pela lei(jurisdicional)”, neste sentido “atualmente JURISDIÇÃO é o atuar dos conteúdos da LEI ESCRITA no Estado”.³⁸⁹

À guisa de conclusão, somente a partir de Fazzalari foi possível alinhar uma teoria do processo coerente com o Estado Democrático de Direito instituído na Constituição de 1988, possibilitando uma participação dos destinatários no pronunciamento estatal (lei, decisão).

As contribuições da teoria constitucionalista propiciaram o desenvolvimento científico da díade CONSTITUIÇÃO e PROCESSO, tornando incontroverso que este se transformou em “metodologia de garantia dos direitos fundamentais”³⁹⁰, e aquela indubitavelmente passou a ser repertório de princípios processuais.³⁹¹

A teoria *neoinstitucionalista*, de Rosemiro Pereira Leal, rompe com as tradições, suplanta as teorias concebidas de Pothier a Goldschmidt, e complementa (apesar das dissidências³⁹²) as teorias de Fazzalari e constitucionalista, tratando o Estado Democrático de Direito não como um Estado que é resultado da evolução dos Estados Liberal e Social, mas como um Estado erigido na Constituição, que tem como “*paradigma construtivo*”³⁹³ o processo.

Por essas razões e por tudo quanto fora pesquisado, a teoria *neoinstitucionalista*, de Rosemiro Leal, demarca a acepção do que seja a instituição processo, no Estado Democrático de Direito, como um projeto inacabado, que se realiza pela incessante fiscalidade pelos legitimados(povo), somente possível pelo processo³⁹⁴, contudo, não se ignora, assim como a própria teoria *neoinstitucionalista*, as construções científicas do instituto, especificamente a partir de Fazzalari, por serem coerentes, em alguns aspectos, com o direito democrático.

³⁸⁹ LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.290. Nesse sentido, a jurisdição(judicação) “há de ser exercida sob o comando do processo”, este por sua vez, “é que é jurisdicionalizante”, impondo “a adoção inafastável de seus princípios e institutos jurídicos na construção dos procedimentos e realização dos provimentos”(LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.69). A teoria *neoinstitucionalista* “coloca a JURISDIÇÃO como instrumento do processo aberto a qualquer do povo, propiciando uma fiscalidade irrestrita (concreta e abstrata) do controle procedimental de constitucionalidade e contemplando uma hermenêutica adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito” LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.296.

³⁹⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, p.47.

³⁹¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.283.

³⁹² Rosemiro Pereira Leal aduz que sua teoria “nenhuma relação apresenta com as demais teorias que, ao se proporem a instrumentalizar soluções de conflitos numa sociedade pressuposta, não se comprometem com a auto-inclusão processual de todos nos direitos fundamentais, sem os quais se praticaria, a nosso ver, a tirania das ocultações dos problemas jurídicos e não sua resolução compartilhada.” *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.88.

³⁹³ LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário, p.312.

³⁹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria *neoinstitucionalista*, p.289.

O processo, no marco teórico do Estado Democrático de Direito, a partir de sua evolução, é garantia fundamental, criadora de “um espaço discursivo do cidadão na aplicação do direito”, bem como na sua criação, balizado em um conjunto de princípios, é instituição constitucional que efetiva o Estado Democrático de Direito.³⁹⁵

Dierle José Coelho Nunes aponta a democratização do processo, a partir de Fazzalari, e aduz que o processo passou “a servir de baliza e garantia na tomada dos provimentos jurisdicionais, legislativos e administrativos”, o que aumenta a participação do cidadão e afasta privilégios na formação dos provimentos estatais.³⁹⁶

O processo não pode estar reduzido a mero sistema procedimental, como conotamos de sua evolução teórica, manuseado ao bel prazer de seu decididor, porque é uma “instituição jurídica constitucionalizada”, que atua nos âmbitos constituintes e constituídos do Direito.³⁹⁷

Diante das construções teóricas até aqui expostas, desde a evolução do Estado Democrático de Direito, perpassando pela evolução do processo, todas interligadas, pode-se concluir, ainda, que o processo constitucional, institucionalizado, irá dar oportunidade à *legitimidade* das funções estatais, “tanto na *produção* do Direito(Devido Processo Legiferativo), quanto na *aplicação* do Direito(Devido Processo Legal).”³⁹⁸

Dessarte, na acepção da teoria *neoinstitucionalista*, conforme assevera seu preceptor, Rosemiro Pereira Leal, “inaugura-se, assim, um *direito democrático* que é o que a LEI cria, quando a LEI é criada pelo *devido processo*.”³⁹⁹

O devido processo, na teoria *neoinstitucionalista*, “é um núcleo inaugurador de um referente(*interpretante*) lingüístico na *metalinguagem* do texto e do discurso que codifica a formação de sentidos”, que são conotados no bojo do próprio discurso, possibilitando uma paridade interpretativa.⁴⁰⁰

Portanto, resta expor em que consiste este *devido processo*, o qual se utiliza como marco, para caracterização hermenêutica do Estado Democrático de Direito.

³⁹⁵ ARAÚJO, Marcelo Cunha. *O novo processo constitucional*, p.105; LEAL, Rosemiro. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.280; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil, p.437; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo, p.465.

³⁹⁶ NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático, p.351.

³⁹⁷ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*, p.49-50.

³⁹⁸ DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do Direito Constitucional*, p.173.

³⁹⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.29.

⁴⁰⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.276-277.

2.4 Teoria da processualidade como caracterização hermenêutica

Como acentua Rosemiro Pereira Leal, o *due process of law* no sistema da *common law* era lei moral dos juizes ou de uma razão natural e não uma “instituição jurídico-popular em bases processuais de produção do Direito Democrático.”⁴⁰¹

O devido processo legal está elencado no rol de direitos e garantias fundamentais(art.5º, LIV da Constituição Federal de 1988), previsto constitucionalmente, como limitador do poder estatal(garantia fundamental), possui conteúdo e aplicação abrangentes, dele decorrendo uma série de outros princípios e regras (art.5º, incisos II, XXXV, XXXVII, LII, LV e LXXVIII, art.93, incisos IX e X, arts.133 e 134 da Constituição Federal de 1988), portanto, como visto nas teorias constitucionalista e *neoinstitucionalista*, de íntima correlação ao Estado Democrático de Direito.⁴⁰²

O devido processo legal constitui-se, pois, em princípio constitucional e em garantia⁴⁰³, nos dizeres de José Alfredo de Oliveira Baracho, “as garantias são meios que a técnica jurídica moderna desenvolveu, em relação à regularidade dos atos estatais em geral.”⁴⁰⁴

Ronaldo Brêtas, ao discorrer sobre o devido processo legal constitucional, aduz que se trata de:

*“disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que a 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 as partes controvertem no processo.”*⁴⁰⁵

Verifica-se que o devido processo legal constitui-se em *estrutura normativa*, segundo Ronaldo Brêtas, esta “é a viga-mestra do processo constitucional” e se

⁴⁰¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*:primeiros estudos, p.51. Rosemiro afirma que “No seu nascedouro, o *due process* era um direito revelado e instituído pelo monarca e devido aos pares pela judicção dos juizes e não direito fundamental (de fundamentos construídos, garantidos e constitucionalizados democraticamente e legitimadores da Jurisdição).” LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*:primeiros estudos, p.52.

⁴⁰² Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil, p.416-418;PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido processo legal*:aspecto material, p.26-27.

⁴⁰³ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil, p.417.

⁴⁰⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional*:aspectos contemporâneos, p.23.

⁴⁰⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.292.

desvincula da aplicação do direito elementos subjetivos do julgador, propiciando ao cidadão, em situação de igualdade, provocar as funções estatais.⁴⁰⁶

Ronaldo Brêtas, com respaldo em Rosemiro Pereira Leal, acentua que é dada uma importância extremada ao ato decisório em si, o que leva ao esquecimento de que o processo é procedimento realizado em contraditório, que culmina na necessidade de se garantir a aplicação de princípios do processo constitucional, não sendo a decisão resultado de esforço hercúleo do decisor, mas “conclusão co-extensiva da argumentação das partes”.⁴⁰⁷

O devido processo legal, para Brêtas, constitui-se em

“bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis, ostentados pelas pessoas do povo(partes), quando deduzem pretensão à tutela jurídica nos processos, perante os órgãos jurisdicionais, quais sejam: a) direito de amplo acesso à jurisdição, prestada dentro de um tempo útil ou lapso temporal razoável;b) garantia do juízo natural;c)garantia do contraditório;d)garantia da ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela(defesa) inerentes, aí incluído o direito à presença de um advogado ou defensor público;e)garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais, com base no ordenamento jurídico vigente (reserva legal);f) garantia de um processo sem dilações indevidas.”⁴⁰⁸

Em que pese se referir ao processo jurisdicional, tais proposições são perfeitamente aplicáveis aos processos legislativos e administrativos, tendo em vista que neste Estado Democrático de Direito busca-se “regular legitimamente nossa convivência por meio do Direito”⁴⁰⁹, de outro modo estaríamos transferindo à função jurisdicional o papel exclusivo de velar pela consecução de direitos fundamentais e de concretização do Direito democrático.⁴¹⁰

André Del Negri, ao pesquisar os fundamentos do Devido Processo Constitucional, conclui que este é “instituição regenciadora de todo e qualquer

⁴⁰⁶ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.292; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil, p.437.

⁴⁰⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.292.

⁴⁰⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.293.

⁴⁰⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil:uma reflexão sobre o Projeto Constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas, p.248.

⁴¹⁰ Cf. CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil:uma reflexão sobre o Projeto Constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas, p.256. André Pires Gontijo afirma com arrimo em Canotilho e Häberle, que “há uma procedimentalização e processualização de todas as atividades relacionadas ao direito público no contexto do Estado Democrático de Direito”, essa processualização tem como finalidade resguardar “ao cidadão um *status activus processualis* para conseguir garantias efetivas de realização e proteção de seus interesses e dos direitos fundamentais.” GONTIJO, André Pires. A construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal, p.3362.

procedimento(devido processo legal), a fim de tutelar a produção de provimentos seja administrativo, legislativo ou judicial.”⁴¹¹

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, ao expor sobre a jurisdição constitucional, acentua que o papel dessa jurisdição é o da garantia do “exercício tanto da autonomia pública, quanto da autonomia privada dos co-associados jurídicos”, no que se refere ao controle de constitucionalidade das leis e do processo legislativo, assumindo para tanto a “garantia do devido processo legislativo democrático; ou seja, democracia e abertura nos discursos de justificação da validade das normas jurídicas” e, ainda, “garantia do devido processo constitucional; ou seja, imparcialidade e adequabilidade nos discursos de aplicação constitucional.”⁴¹²

O devido processo legal também recebe a classificação de devido processo Legal processual (*procedural due process of law*) e devido processo legal substantivo (*substantive due process of law*).⁴¹³

O devido processo legal processual, com base em Gozaíni e Danielle Pamplona, caracteriza-se na proibição de privação da liberdade ou do patrimônio da pessoa, sem a oportunidade de expor suas razões e ser ouvida, constitui-se nos princípios processuais que regem o processo e estão estatuídos na Constituição, desdobrando-se, principalmente, no contraditório, ampla defesa, publicidade, inafastabilidade da jurisdição.⁴¹⁴ Costuma-se referir-se a esse aspecto como *formal* em contraposição ao material.⁴¹⁵

O devido processo legal substantivo ou material atua principalmente como limitador do poder, a atividade estatal deve conformar-se com o princípio, não podendo privar o indivíduo de certos direitos fundamentais constitucionalmente

⁴¹¹ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no processo legislativo*. teoria da legitimidade democrática, p.118. Del Negri sustenta a ligação do devido processo legal com o devido processo legislativo e aduz que: “o Devido Processo Legislativo, o qual é também Devido Processo Legal, é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a uma produção democrática do Direito, uma produção realizada em consonância com o eixo-teórico-discursivo atual (Direito democrático), concretizado por intermédio do Processo Legislativo orientado pelo Processo Constitucional.” DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no processo legislativo*. teoria da legitimidade democrática, p.118.

⁴¹² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o Projeto Constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas, p.256.

⁴¹³ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.51; PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido processo legal*: aspecto material, p.67-68 e 120; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso constitucional: reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional, p.55.

⁴¹⁴ Cf. PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido processo legal*: aspecto material, p.67-68 e 120; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso constitucional: reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional, p.55.

⁴¹⁵ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.51; DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*, p.65-66.

previstos, por essa razão constitui-se numa forma de controle da discricionariedade do ato administrativo, desdobra-se, dentre outras, nas normas que estabelecem o direito de ação, o direito de propriedade, a inviolabilidade de domicílio, e indispensável fundamentação das decisões.⁴¹⁶

Nos Estados Unidos é bastante difundida a acepção do *substantive due process of law*, a título de exemplo, trecho de precedente neste sentido, datado de 1961, do caso *Poe v. Ullmam*, da lavra do juiz John M. Harlan, *in verbis*:

“(A)ssim, as garantias do devido processo, embora tendo suas raízes no *per legem terrae* da Magna Carta e sendo consideradas como salvaguardas processuais contra a usurpação e tirania do Executivo, também se transformaram neste país numa (verdadeira) barreira contra a legislação arbitrária.”⁴¹⁷

Lenio Streck aduz que “o princípio do *due process of law*, sob seu viés substantivo, garante ao cidadão a procura do Poder Judiciário para que lhe proporcione uma proteção jurídica individual.”⁴¹⁸ Esta proteção, referida por Lenio Streck, permite ao cidadão se opor às arbitrariedades do legislador, ao conteúdo e fim da norma, que não pode se desgarrar, desarrazoadamente, dos direitos e garantias estatuídos no ordenamento.

No Brasil, o aspecto substantivo do *due process of law* é observado em menor escala do que o processual, que, por sua vez, tem larga invocação, talvez pela própria semântica da expressão, somada à má formação dos juristas, egressos de um processo instrumental.

Verifica-se, entretanto, o exame do *due process of law* na acepção substantiva, como se percebe no seguinte excerto:

“No julgamento da Adin. 1.511/DF[DOU 31/10/96], relator o Ministro Carlos Velloso, restou expressa a possibilidade de análise da razoabilidade da lei, com fundamento no devido processo legal:

Due process of law, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (***rationa-lity***), devem guardar, segundo *W.Holmes*, um real e substancial nexó com o objetivo que se quer atingir.”⁴¹⁹

E também na seguinte ementa:

⁴¹⁶ Cf. PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido processo legal: aspecto material*, p.69 e 121; GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El debido proceso constitucional: reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional*, p.55.

⁴¹⁷ PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido processo legal: aspecto material*, p.63.

⁴¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo*, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta, p.9.

⁴¹⁹ PAMPLONA, Danielle Anne. *Devido processo legal: aspecto material*, p.126.

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI Nº8.713/93(ART.8º,§1º, E ART.9º) – [...] – ATIVIDADE LEGISLATIVA E OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW – CONHECIMENTO PARCIAL DA AÇÃO – MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PARTE. AUTONOMIA PARTIDÁRIA:(...)”

- A cláusula do devido processo legal – objeto de expressa proclamação pelo art.5º, LIV, da Constituição – deve ser entendida, na abrangência de sua noção conceitual, não só sob o aspecto meramente formal, que impõe restrições de caráter ritual à atuação do Poder Público, mas, sobretudo, em sua dimensão material, que atua como decisivo obstáculo à edição de atos legislativos de conteúdo arbitrário. A essência do *substantive due process of law* reside na necessidade de proteger os direitos e as liberdades das pessoas contra qualquer modalidade de legislação que se revele opressiva ou destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Isso significa, dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu cumprimento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal. Observância pelas normas impugnadas, da cláusula constitucional do *substantive due process of law*.(STF, ADI-MC 1063/DF, [Relator Celso de Mello], Tribunal Pleno, julgado em 18/05/94, DJ 27/04/2001)⁴²⁰

De forma simplificada, Rosemiro Pereira Leal esclarece as dimensões(incidências) substancial e processual do devido processo legal, sendo a primeira composta pelas “garantias implantadas constitucionalmente”, e a segunda “o modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado”.⁴²¹

Segundo Osvaldo Gozaíni, denota-se no devido processo legal, um aspecto(*status*) negativo de liberdade frente ao Estado e um aspecto(*status*) positivo de pretensão frente ao mesmo Estado⁴²².

Sua efetivação, enquanto garantia, depende da observância do texto constitucional, sendo sustentáculo do processo constitucional (modelo constitucional do processo). Na lição de Ronaldo Brêtas, constitui-se, como apontado, em “um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis”.⁴²³ Tais conquistas teóricas implicam na necessidade de uma interpretação conforme a Constituição, afastando-se “interpretações de historicidade extra-legal(de fundo axiológico-deontológico supletivo da lei)”, porque na seara do *due process* democrático, o ganho teórico do direito faz-se, segundo Rosemiro Pereira Leal,

⁴²⁰ DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*, p.67.

⁴²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*:primeiros estudos, p.54.

⁴²² Cf. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso constitucional:reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional, p.74.

⁴²³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.293.

“pela interpretação ‘ao pé da letra’ da **conexão normativa** determinante do espaço-tempo estrutural do procedimento desvelador dos atos-fatos de defesa e exercício de direitos fundamentais e não pela **super** visão(*epoché*) transcendental e primal do juiz (*nous-arché-diké*).”⁴²⁴

Dessarte, no Estado Democrático de Direito jungido ao processo, afasta-se a possibilidade de quaisquer decisões monologistas, fundadas em percepções idiossincráticas ou axiológicas do decididor.⁴²⁵ Como acentua Rosemiro Pereira Leal, o povo efetiva suas conquistas pelo processo constitucional legislativo, pelo “que é **devido**(garantido, assegurado)”, não pelos agentes estatais (juiz, administrador) que são meros concretizadores “do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado pelo *due process* democrático.”⁴²⁶

Resgatando os levantes do primeiro capítulo(conclusão subtítulo 1.1), temos que o *DEVIDO PROCESSO* será o “*núcleo-interpretante* do discurso normativo intralinguístico da legalidade co-institucionalmente adotado.”⁴²⁷ Assim, temos o paradigma hermenêutico do Estado Democrático de Direito fundado numa teoria linguístico-processual, cujo sentido será construído não no mundo, mas no interior do discurso, e os códigos interpretantes são extraídos intradiscursivamente, permitindo uma hermenêutica isomênica.

Em suma, por pertinente, conclui-se que Rosemiro Pereira Leal propõe o processo como a teoria a orientar paradigmaticamente o Estado atual, senão vejamos:

“Recusa-se a perceber que é pela escolha paradigmática de uma **teoria linguístico-processual** da produção do sistema jurídico aberta à compreensão de todos (*dis-curso*) que se ergue a possibilidade de construção de uma *sociedade democrática* na contemporaneidade. Essa ‘teoria’ é escolhida no âmago do *paradigma* linguístico-jurídico atual, e este co-institucionalizará como Co-instituição(conjunto processualmente juridificado de instituições, entre as quais o ESTADO), com base no melhor *dis-curso teórico processual*, uma **sociedade jurídico-política** em feições includentes para autores e destinatários normativos do SISTEMA CONSTITUCIONALIZADO.É nessa perspectiva que trabalha a minha *teoria neoinstitucionalista do processo*.”⁴²⁸

⁴²⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*.primeiros estudos, p.54.

⁴²⁵ Ronaldo Brêtas levanta rica discussão acerca do denominado complexo de Magnaud, por ele classificado como patologia forense, e, com arrimo em Carlos Maximiliano, François Géný, Chain Perelman, Aroldo Plínio Gonçalves, Marcelo Araújo, Theodoro Júnior, André Leal, Rosemiro Pereira Leal, Friedrich Müller, García de Enterría e Menezes Direito, conclui que é incompatível com o Estado Democrático de Direito a formulação de juízos desvinculados do ordenamento jurídico, sendo defeso, em conformidade com o sistema constitucional atual, a criação arbitrária do Direito. (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.290-292).

⁴²⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*.primeiros estudos, p.54.

⁴²⁷ LEAL, Rosemiro Pereira.*Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.18.

⁴²⁸ LEAL, Rosemiro Pereira.*Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.48-49.

O devido processo regerá a atividade estatal em seus níveis instituintes, constituintes, modificativos e extintivos de direitos, uma vez que a soberania popular na democracia vigente, implica na coautoria normativa, que desautoriza o agente estatal tomar decisões desabrigadas da participação do cidadão.

Nesse sentido, elucida a teoria *neoinstitucionalista* que o devido processo é “direito-a-advir”, “por uma principiologia autodiscursiva(contraditório, isonomia, ampla defesa)” que, por sua vez, institucionaliza o ordenamento jurídico, “fundante de uma procedimentalidade a ser adotada como hermenêutica de legitimação auto-includente dos destinatários normativos nos **direitos líquidos, certos e exigíveis** já assegurados no discurso constituinte da constitucionalidade.”⁴²⁹

Rosemiro Pereira Leal traz lição que não merece ser parafraseada, acerca da democracia no constitucionalismo, a partir da teoria da democracia que tem como paradigma a teoria da processualidade:

“A democracia seria incompatível com o constitucionalismo se este não apontasse um paradigma teórico da processualidade para sua própria caracterização hermenêutica que o tornasse devido na escritura constitucional a tal ponto de garantir as diferenças(pluralismo) pela igualdade de discutibilidade infinita no espaço da procedimentalidade tecnicamente estruturada segundo os princípios do contraditório, isonomia e ampla defesa. O que comprometeria a existência da democracia seria mesmo um desenrolar de opiniões por mecanismos não constitucionalizados em que se admitisse o absurdo majoritário, por uma retórica desabrida, de suprimir liberdade, igualdade e dignidade, e ainda assim se imaginar fruir de uma presunçosa democracia. Não há uma *ratio populis* reveladora de uma democracia adormecida na consciência dos homens, como não há uma *ratio* pretoriana descobridora privilegiada da *pax mundi* já adrede decidida no leito das sociedades humanas.”⁴³⁰

Nesse contexto complexo, em que as esferas pública e privada se entremeiam, surge a teoria da processualidade, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal, como meio para concreção da soberania popular frente ao poder estatal.

Em não se erigir um norte hermenêutico (devido processo) neste Estado atual, a sociedade estará condenada à investidura mítica, ao governante eloquente, ao legislador pantomímico, porque eles são os representantes na facticidade da vida social junto ao Estado, e em quem se depositará a obrigação em escolher dentre suas ideologias, teorias e realidades aquela que prevalecerá, não viabilizando uma solução compartilhada e *isomênica*.

⁴²⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos, p.91.

⁴³⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.165.

Nas palavras de Rosemiro Pereira Leal:

“A hermenêutica do direito democrático não se limita a métodos interpretativos por mais arrojados que sejam, mas tem como fundamento de sua compreensão a *teoria jurídica do processo* em suas faces de construção, atuação, e aplicação do direito. Não há *Estado democrático de direito* pela imediatividade de valores, metas, categorias ou silogismos, encerrados nos sistemas jurídicos que lhe possam dar suporte, mas pela observância a uma *condição* jurídico-espacial procedimentalmente processualizada (âmbito estatal democrático) como mediadora teórica de construção, garantia, recriação e aplicação do direito.”⁴³¹

Portanto, ao se eleger um referente lógico-jurídico que viabilize a construção do provimento estatal (lei, decisão, ato) a partir dele, e cujo sentido se encontre em elementos constituídos no bojo do próprio discurso, haverá de se concretizar o direito democrático.

Por óbvio, faz-se necessário pesquisar sobre a implementação desse paradigma, já que para a decisão ser proferida adequadamente, haverá de ter sido objeto de discussão, todos os elementos de significação.

⁴³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.122.

3 DECISÕES JUDICIAIS

Antes de se adentrar na consulta jurisprudencial, e de se buscar a desconstrução hermenêutica, cumpre tracejar a acepção de sentença, decisão, provimento, que se coadune com a teoria do direito democrático buscada no texto.

3.1 Acepção constitucionalizada de decisão judicial e sua estruturação técnica

Principia-se com as reflexões de Ronaldo Brêtas, ao ensinar que “os pronunciamentos emanados dos órgãos jurisdicionais ou os chamados ‘provimentos’, sob influência da doutrina italiana, são atos estatais imperativos, que refletem manifestação do poder político do Estado,” balizadas no poder “organizado, delimitado, exercido e controlado conforme as diretivas do Estado Democrático de Direito.”⁴³²

A noção que aqui se procura delinear diverge da propugnada por Goldschmidt, *v.g.*, para quem “as decisões podem ser definidas como expressões de vontade emitida pelo juiz para verificar o que ele considera justo.”⁴³³

Tampouco se contenta com a concepção carneluttiana, que André Leal expõe a partir da obra *Sistema de Direito Processual Civil*, na qual Carnelutti conceitua provimento como “fazer o que seja necessário”, o prover jurídico seria, portanto, a concretização desse fazer no exercício do poder, o que seria um “reflexo subjetivo do mandato (ou seja, idoneidade para mandar).”⁴³⁴ André Leal esclarece que, nessa concepção, a jurisdição teria como resultado a declaração de um juízo do juiz, que decorreria não só do juiz como também “da lei (e, portanto, um juízo coletivo sobre a aplicação justa da norma).”⁴³⁵

A acepção que se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito é a que extraímos de Elio Fazzalari, porque a ideia de decisão ou provimento não pode estar divorciada da ideia de procedimento, é o que constata o autor, ao analisar separadamente os conceitos de provimento e procedimento, a saber:

⁴³² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, p.152.

⁴³³ GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso: teoría general del proceso*, p.194. Texto original “las resoluciones pueden definirse como manifestaciones de voluntad emitidas por el juez con el fin de verificar lo que estima justo.”

⁴³⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, p.240.

⁴³⁵ LEAL, André Cordeiro. *A instrumentalidade do processo em crise*, p.75.

“O provimento de um órgão do Estado constitui, justamente, a conclusão de um procedimento, o ato final do mesmo: no sentido que a lei não reconhece ao provimento validade e/ou eficácia, se ele não foi, entre outras coisas, precedido da série de atividades preparatórias pela própria lei estabelecida.”⁴³⁶

Nessa direção, é a anotação de Rosemiro Pereira Leal, que conceitua sentença como “espécie de decisão que encerra o procedimento, como ato lógico-jurídico preparado pelas partes e proferido pelo órgão jurisdicional”. Outrossim, “o provimento jurisdicional (sentença) assume também o nome de decisão” e como tal pode ser interlocutória, desde que “proferida no curso do procedimento sem encerrá-lo.”⁴³⁷

Como bem acentua Rosemiro Pereira Leal, não é mais aceitável compreender as decisões como acepções particulares do juiz, a fim de que escolha decidir com justiça, assumindo o processo um modo criteriológico do decididor, não discutido processualmente, porque:

“A decisão no direito democrático é processualmente provimental e construída a partir da legalidade procedimental aberta a todos os indivíduos e se legitima pelos fundamentos teórico-jurídicos do discurso democrático nela contidos.”⁴³⁸

A própria palavra sentença já denota incongruência com o direito democrático, uma vez que advém de sentimento⁴³⁹, sendo mais adequada a expressão provimento, como ato que decorre do procedimento.

O art.162 do Código de Processo Civil brasileiro prescreve os chamados atos do juiz, que consistem segundo o diploma legal em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. É cediço na doutrina que o juiz não pratica apenas esses atos, portanto, como assevera Arruda Alvim, a lei refere-se aos pronunciamentos, compreendidos como espécie de categoria mais ampla, qual seja, a dos atos judiciais.⁴⁴⁰

Antes da entrada em vigor da Lei 11.232/2005, o §1º, do art.162, definia sentença como sendo “o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. O §2º, sem alteração, define decisão interlocutória como sendo “o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”. E o

⁴³⁶ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*, p.33.

⁴³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*, p. 208.

⁴³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.110.

⁴³⁹ HOUAISS, Antônio. *Sentença*, CD-ROM.

⁴⁴⁰ Cf. ARRUDA ALVIM, José Manuel. *Manual de Direito Processual Civil*, p.562.

§3º, também inalterado, define despacho como “todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma”.

A atual redação do §1º prescreve que sentença “é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts.267 e 269”, isto é, o art.267 prescreve “extingue-se o processo, sem resolução de mérito(...)” e o art.269 preceitua que “haverá resolução de mérito(...)”, mesmo que não conduzam à extinção do processo.

O conceito de sentença traduzido no Código de Processo Civil atualmente refere-se ao seu conteúdo, “uma das situações do art.267 ou 269” e não mais ao seu efeito. Sendo que, conforme se demonstrará nas próximas linhas, ambos são insuficientes para elucidar a espécie.

O ato judicial, que trata do mérito no curso da fase de conhecimento do processo, não pode ser admitido como sentença, uma vez que este ato que implica alguma das situações do art.269, somente pode ser definido como sentença quando encerra a fase de conhecimento.⁴⁴¹ Verifica-se uma verdadeira confusão semântica, técnica e jurídica da lei e árduo trabalho dos doutrinadores pátrios para tentar adequar o que não está consorte ao ordenamento jurídico vigente, numa busca de acertamento, às nada profícuas, reformas legislativas.

Apesar da dificuldade de definição a partir do conceito legal, essa conclusão, trazida alhures, assenta uma interpretação condizente ao sistema democrático, todavia, autores afirmam tratar-se de sentença as decisões interlocutórias com o conteúdo dos artigos 267 ou 269 do CPC⁴⁴², demonstrando a dificuldade de se assentar um entendimento na legislação que não indica a teoria processual que lhe serviu de base. *Data venia*, não é o que se extrai de uma análise do sistema do Código de Processo Civil e da Constituição Federal.

As perturbações começam com a expressão extinção do processo, jungida da teoria da relação jurídica de Bülow, eis que no atual sistema constitucional não há como a sentença extinguir o processo, como acentua Rosemiro Pereira Leal.⁴⁴³

Como leciona Rosemiro Pereira Leal, no Estado Democrático de Direito, é inaceitável conceber:

⁴⁴¹ Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p.406-407.

⁴⁴² Cf. denúncia de WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. *Processo civil curso completo*, p.566-567.

⁴⁴³ LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro, p.541.

“uma decisão como ato ou sentença final de um órgão guardião, depositário ou tutor da Constituição ou do próprio sistema processual, porque o devido processo constitucional não é uma instituição jurídica que suplique uma guarda(...)mas é eixo principiológico-discursivo de um controle de constitucionalidade(...) positivado à efetiva realização do Estado democrático como lugar decisório(jurídico-espacial) da integração social pelo direito processualizado a que se submete toda comunidade jurídica como autodeterminadora e garantidora(...) de seu próprio destino.”⁴⁴⁴

As partes são as destinatárias do provimento final como expõe Aroldo Plínio Gonçalves: “seja o provimento favorável ou desfavorável ao autor, ele acerta a situação de direito substancial, confirmando a existência do ilícito e do direito lesado ou ameaçado” para repará-lo ou fazer cessar a ameaça, ou há negativa da existência dessa lesão e conseqüente negativa da medida requerida.⁴⁴⁵

O problema de fundo, afirma Aroldo Plínio, é que na Constituição não há determinação de que o direito de pedir esteja vinculado ao direito material, tão somente à apreciação de lesão ou ameaça a direito, não devendo ser confundido o objeto, com o ato de apreciação.

Nesse sentido,

“Significa dizer que a existência do direito para o qual se pleiteia a tutela pode ser confirmada ou negada pelo provimento, sem que necessite indagar sobre a existência útil ou inútil do processo. Este cumprirá sua finalidade ao chegar a seu final com a participação das partes, participação revestida da garantia do contraditório, quer se confirme a existência do direito, da lesão ou da ameaça, caso em que não se poderá negar a tutela, quer se verifique a inexistência do direito, da lesão ou da ameaça, quando o provimento será emitido, mas a medida jurisdicional será rejeitada.”⁴⁴⁶

A sentença nada mais é que espécie de pronunciamento que confirma ou nega a existência do direito pleiteado e, por conseguinte, dispõe sobre a reparação ou cessação da ameaça, se for o caso, encerrando o procedimento.

O problema central é que o Código de Processo Civil, como afirma Rosemiro Pereira Leal, não distingue processo e procedimento, tendo a ação o sentido de procedimento, conforme disposto na lei processual. O certo é que a questão de se julgar com base no art.267 ou 269 do Código de Processo Civil está ligada à existência dos “elementos formativos ou fundacionais do procedimento”⁴⁴⁷, os chamados pressupostos processuais e condições da ação, nada tendo a ver com a extinção do processo, numa acepção fazzalariana.

⁴⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.130-131.

⁴⁴⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p.159-160.

⁴⁴⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p.164,165.

⁴⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*, p. 136.

Moacyr Amaral Santos leciona que “na sentença se contém a síntese do processo, o trabalho lógico feito pelo juiz no exame da causa e a decisão,” sendo, portanto, ato solene, escrito e estruturado em três partes.⁴⁴⁸

O Art. 458 do CPC prescreve que “são requisitos essenciais da sentença”:

- I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.”

A fundamentação é a exteriorização das razões da decisão. A falta de fundamentação gera nulidade absoluta. É garantia erigida na Constituição Federal (art.93, IX), daí a necessidade de sua estrita observância, juntamente com os demais princípios que regem a espécie.

No Estado Democrático de Direito, segundo Ronaldo Brêtas, louvando-se em Barbosa Moreira, ao escrever sobre o tema, os órgãos estatais sujeitam-se à lei, tendo, portanto, de justificar seus atos, ainda mais os decisórios. É o que a doutrina alemã denomina “*rechtsfertiger Staat*”, isto é, “Estado que se justifica”.⁴⁴⁹

Ronaldo Brêtas ainda ensina que essa justificação é feita “dentro de um conteúdo estrutural normativo”, isto é, o devido processo legal, no sentido de que o decisor motive racionalmente a decisão com estrita observância do ordenamento jurídico, indicando a “legitimidade das escolhas adotadas”, em decorrência da análise das questões de fato e de direito estabelecidas pelas partes em contraditório, constituindo-se a fundamentação em um “resultado lógico da atividade procedimental realizada”.⁴⁵⁰

A fundamentação é princípio expresso no texto constitucional que impõe aos órgãos jurisdicionais “o dever jurídico de motivarem seus pronunciamentos decisórios, visando afastar o arbítrio judicial, caracterizado por anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na motivação das decisões, de

⁴⁴⁸ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*: adaptadas ao novo Código de Processo Civil, p.16.

⁴⁴⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, p.152, 153.

⁴⁵⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, p.152, 153.

forma incompatível com os princípios constitucionais que estruturam o Estado Democrático de Direito.”⁴⁵¹

Importante ressaltar que, no Estado Democrático de Direito, a essência do dever de fundamentação, como assevera Ronaldo Brêtas, está nos argumentos (“razões de justificação”) das partes, que envolvem as questões (“razões da discussão=pontos controvertidos”) “produzidas em contraditório”, constituindo-se a “base para as razões da decisão”⁴⁵².

Para entender essas digressões melhor, perquiriremos a significação dos termos argumentos, questões e ponto. Ronaldo Brêtas ensina que ponto, com base em Carnelutti, “é o fundamento da pretensão ou da defesa que surge indubitoso ou incontroverso no processo.” Ocorrendo controvérsia, o ponto transforma-se em questão, logo, questão é “ponto controvertido”, acrescenta que segundo Carnelutti, a decisão é obtida resolvendo-se as questões discutidas, razão pela qual tais questões convertem-se em razões da discussão. Esclarece Ronaldo Brêtas, com base em Karl Larenz, que argumentos são “razões de justificação deduzidas pelas partes” que objetivam demonstrar consequências ou deduções.⁴⁵³

Importantes esses esboços para racionalizar o que seja um “pronunciamento decisório participado e democrático”, pois, segundo Brêtas, “as razões de justificação(argumentos) das partes, envolvendo as razões da discussão(questões), produzidas em contraditório, constituirão base para as razões da decisão,” essência do dever de fundamentação.⁴⁵⁴

Nesse sentido é a lição de André Cordeiro Leal, ao realizar a conexão dos princípios do contraditório e da fundamentação, afirmando-os indissociáveis, eis que o primeiro será base do segundo, dando azo à motivação, sem o que a decisão torna-se inconstitucional.⁴⁵⁵

O princípio do contraditório e o da fundamentação da decisão construídos sob as bases do procedimento permitem que se obtenha uma decisão consorte ao

⁴⁵¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito, p.293-294.

⁴⁵² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito, p.154.

⁴⁵³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito, p.295.

⁴⁵⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito, p.296.

⁴⁵⁵ Cf. LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões: no direito processual democrático*, p.73-77 e 83-86.

Estado Democrático de Direito,⁴⁵⁶ desde que a significação, como vimos, seja extraída do próprio processo e não da experiência do julgador.

Ronaldo Brêtas apresenta “quatro razões lógicas e juridicamente relevantes” para a exigência de fundamentação das decisões jurisdicionais, senão vejamos:

- “a) controle de constitucionalidade da função jurisdicional (princípio da reserva legal);
- b) “tolhimento da interferência de ideologias e subjetividades do agente público julgador no ato estatal de julgar”;
- c) verificação da racionalidade da decisão, no sentido de se averiguar possíveis erros na análise das questões postas em discussão, passível de responsabilidade;
- d) possibilidade de melhor estruturação dos recursos, com a impugnação técnica dos erros, para concretização dos princípios da recorribilidade e duplo grau de jurisdição”.⁴⁵⁷

No dispositivo, temos a conclusão da sentença, aqui serão finalizadas as “operações lógicas desenvolvidas” na fundamentação, “as proposições em que se consubstancia o *decisum*.” Conforme Rosemiro Pereira Leal, aqui reside “a conclusão resolutive das questões submetidas ao juízo, como corolário do discurso sentencial.”⁴⁵⁸ A ausência de dispositivo, como leciona Moacyr Amaral Santos torna a sentença ato inexistente, pois deixa de haver uma sentença.⁴⁵⁹

Rosemiro Pereira Leal destaca que são também “requisitos de inteligência” da sentença: a clareza, concisão e correção vernacular.⁴⁶⁰

A sentença judicial deve ser proferida de acordo com o que foi requerido pelo autor na petição inicial, em respeito ao princípio da congruência ou da adstrição. Tal princípio é referido de forma genérica no art.128 do Código de Processo Civil e consagrado no art.460, do mesmo diploma.

Ronaldo Brêtas bem acentua, com base em José Canotilho e Teresa Alvim, que tal princípio implica no dever de o órgão julgador pronunciar-se sobre tudo que foi pedido pelas partes e somente sobre isso.⁴⁶¹ Misael Montenegro Filho leciona que a razão de ser do princípio da adstrição da sentença ao pedido está em outro fundamento do direito processual civil, que é o princípio dispositivo ou da iniciativa

⁴⁵⁶ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*: no direito processual democrático, p.86.

⁴⁵⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito*, p.297.

⁴⁵⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos, p. 208.

⁴⁵⁹ Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*: adaptadas ao novo código de processo civil, p.20.

⁴⁶⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*: primeiros estudos, p. 208. Cf. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*: adaptadas ao novo código de processo civil, p.21.

⁴⁶¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito*, p.156.

da parte (arts. 2º e 262 do CPC).⁴⁶² Tudo isso já aponta para a conclusão de que a atividade judicial é limitada pela própria atuação das partes, o que reforça a importância do contraditório na estruturação procedimental.

Feitas essas lucubrações, colacionam-se alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal que demonstram como deve ser a construção do provimento, adequada ao ordenamento jurídico. Tais precedentes, em análise de Ronaldo Brêtas, emitiram pronunciamentos sobre temas essenciais do processo constitucional no Estado Democrático de Direito⁴⁶³, em total consonância com o exposto nessa pesquisa.

Os trechos que ilustram o processo constitucional são os seguintes:

“A fundamentação constitui pressuposto de legitimidade das decisões judiciais.-A fundamentação qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário.(...) A decisão judicial *deve* analisar *todas* as questões suscitadas pela defesa do réu. – Reveste-se de nulidade o ato decisório, que, descumprindo o mandamento constitucional que impõe a qualquer juiz ou tribunal o dever de motivar a sentença ou o acórdão, deixa de examinar, com sensível prejuízo para o réu, fundamento relevante em que se apóia a defesa técnica do acusado.(Habeas Corpus nº74.073-1 – Rio de Janeiro, Ementário nº1.875-03, Primeira Turma, Relator Ministro Celso de Melo, julgamento em 20.05.1997, publicado no Diário do Judiciário de 27.06.1997)⁴⁶⁴

[E, ainda]

“3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica.(...) 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV) (MS 24268 / MG - MINAS GERAIS, Tribunal Pleno, Relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 05.02.2004, publicado no Diário do Judiciário de 17.09.2004)”⁴⁶⁵

⁴⁶² MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, p.584-585.

⁴⁶³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.299. Não é outra a conclusão de Lenio Streck, em comentário ao mesmo precedente, expõe que o STF “embora historicamente venha impedindo a análise de recursos extraordinários que invoquem o aludido princípio[contraditório]-dá sinais sazonais da incorporação dessa democratização do processo, fazendo-o com base na jurisprudência do *bundesverfassungsgericht*, é dizer, a pretensão à tutela jurídica corresponde à garantia consagrada no art.5º, LV, da CF”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”*: o contraponto da resposta correta, p.18.

⁴⁶⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.299.

⁴⁶⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.300-301. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”*: o contraponto da resposta correta, p.18.

As razões que sustentam a menção aos precedentes, com arrimo em Ronaldo Brêtas, são, entre outras, as de que as garantias do contraditório e da ampla defesa (art.5º,LV da Constituição Federal) deflagram uma série de outros direitos e garantias interligados, em especial as consequências decorrentes do direito da parte ver seus argumentos considerados em juízo, quais sejam:

“a) capacidade, apreensão e isenção de ânimo do julgador ao contemplar as razões apresentadas; b) dever do órgão jurisdicional de conferir atenção aos argumentos; c) dever de tomar conhecimento e considerá-los de forma séria e detida; d) dever de fundamentar as decisões.”⁴⁶⁶

A partir destes precedentes, conclui Ronaldo Brêtas, se estabelece em definitivo a conexão entre os princípios do contraditório, da ampla defesa e da fundamentação, e qualquer decisão que deles se afaste encontra-se desvinculada do Estado Democrático de Direito, igualmente estará a decisão que não aprecia os argumentos suscitados pelas partes.

⁴⁶⁶ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.300.

4 DECISÕES JUDICIAIS E DESCONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Diante dos delineamentos teóricos versados nos capítulos antecedentes, é possível perquirir no bojo das decisões judiciais a desconstrução hermenêutica. O exame das decisões selecionadas será realizado ao abrigo das técnicas quantitativa e qualitativa, com destaque para esta.

A pesquisa consistiu em enumerar a quantidade de decisões dentro de um limite temporal, que se fundamentaram em aportes inesclarecidos, isto é, a partir de chaves de pesquisa que aqui se erigiram como indicadores de uma decisão solipsista, centrada na pessoa do decisor, e que tendem a demonstrar que a decisão está assentada em termos não democráticos, destoante da caracterização hermenêutica que lhe deveria servir de suporte.

Concomitantemente, empreendeu-se a análise de alguns acórdãos selecionados como representativos da pesquisa quantitativa, com vistas a elucidar como tais decisões tendem à desconstrução hermenêutica, desvelando-a.

As palavras-chaves foram retiradas, em parte, da obra de Ronaldo Brêtas, base do conteúdo do presente texto, como no excerto ora transliterado, no qual o autor resume a denúncia que aqui se pretendeu fazer, dos riscos da ideologia suplantar a teoria:

“Nossa crítica técnico-científica, entretanto, não se encerra aí, porque há outros conceitos vagos, captados de doutrinas tradicionais e adotados no exercício da função jurisdicional, baseados nas ideologias dos agentes públicos decisores (juizes), nas suas próprias concepções de vida, crenças e critérios pessoais ou nos seus particulares e talentosos sentimentos de justiça, algumas vezes elevados à grandiosidade imperial, porque são aprovados com louvor em difíceis concursos públicos ou escolhidos pelas autoridades judiciárias e governamentais, por meio de inclusões de seus nomes em majestáticas listas tríplices, algumas de deplorável memória. Que o digam os advogados militantes, ao se depararem com decisões jurisdicionais fundamentadas, por exemplo, **nos critérios enigmáticos e irresponsáveis do "justo razoável" do "ideal de justiça", "do caráter instrumental do processo", do "livre (ou prudente) arbítrio do juiz", do "prudente critério do juiz", do "processo justo", da "interpretação mais razoável", da "decisão mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos"**, além de outros tantos esquisitos fundamentos e expressões próprios de um autêntico festival de logomaquia, captados, às vezes, de aplaudidas doutrinas forjadas no argumento de autoridade e de textos pretorianos repetitivos e grandiloquentes, porém manifestamente incompatíveis com o princípio do Estado Democrático de Direito, ao qual os atos decisórios jurisdicionais têm de estar vinculados, a fim de que fiquem revestidos de legitimidade democrática, sem exceção de espécie alguma.”⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.122.

Incumbe citar outro precioso marco teórico dessa pesquisa, Rosemiro Pereira Leal, que, em sua obra *Teoria Processual da Decisão Jurídica*, desmascarou qualquer decisão que se fundamente em critérios de justiça do decisor, bem como em intersubjetividades, deslocando-se a interpretação para fora do processo, como não consoante ao Estado Democrático de Direito, também nos proporcionando várias palavras-chave, como no seguinte trecho:

“Não é mais concebível no plano da *decidibilidade* democrática, fazer-se o suprimento do *non-liquet* pelos princípios realistas da subjetividade do decisor expressos em máximas romanas do *in dubio contra actorem, in dubio contra reum e in dubio pro réu*, bem como em razoabilidades inefáveis de princípios de transcendência, boa-fé, bons costumes, conveniência, equidade, bom-senso, convertendo a ciência do Direito em esdrúxulo recinto de *decisão* personalista de um juiz clarividente.”⁴⁶⁸

Dessarte, nessa primeira etapa, foram utilizadas as seguintes expressões ou palavras-chaves, aqui, frise-se, consideradas como suficientes a demonstrar que o *interpretante* não está no processo, mas no juiz, na sua subjetividade e clarividência: a) livre(prudente) arbítrio(critério) juiz; b) instrumentalidade do processo; c) bom senso juiz; d) juiz é o destinatário da prova; e) livre convencimento do juiz.

Devido às peculiaridades de cada tribunal pesquisado, tais chaves sofreram algumas modificações, mas não deixaram de ser o norte da pesquisa, conforme explicitado nos subtítulos seguintes. Também não se empreendeu a busca pelas cinco chaves em cada um dos tribunais, porque aqui não se pretendeu, ao final, traçar uma probabilidade de desconstrução, dada à falibilidade que tal método poderia engendrar-se, o que seria impossível sem uma leitura totalizante das decisões dentro de um espaço-tempo e, ainda assim, correr-se-ia o risco de cair na própria denúncia, caso a leitura fosse regionalizada, por exemplo.

Assumidas as ressalvas de Popper sobre os enunciados básicos e existenciais decorrentes das estimativas de probabilidade⁴⁶⁹, faz-se necessária uma demarcação das decisões pesquisadas, bem como dos termos de pesquisa, de sorte que a análise ficasse jungida a essas delimitações.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mantém um Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ), que anualmente publica relatórios sob a denominação de “Justiça em Números”, o qual considera dentre outras variáveis o número de processos novos por ano, total de processos julgados, total de processos

⁴⁶⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*, p.70-71.

⁴⁶⁹ POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*, p.208-215.

retidos(taxa de congestionamento), em números totais ou por órgãos judiciários, além das espécies de demandas e a correlação do número de processos pelo de servidores e magistrados, custos e receitas.

Esses dados das pesquisas, além de demonstrar os números do judiciário, têm o condão de averiguar o cumprimento das metas do CNJ.⁴⁷⁰ Há o objetivo de se possibilitar comparar a quantidade de decisões da chave de consulta ao total das proferidas pelo órgão pesquisado, e também utilizando-os para eleger quais órgãos têm maior impacto na produção jurídica nacional. Mas vale a oportunidade de se avaliar o estado atual do judiciário.

Em 2009, o panorama em termos gerais era o seguinte⁴⁷¹:

- I) Ingressaram, durante o ano de 2009, 25,5 milhões de processos nas consideradas três esferas da Justiça (aproximadamente 18,7 milhões na Justiça Estadual, 3,4 milhões na Justiça Federal e 3,4 milhões na Justiça trabalhista).
- II) Ao final de 2009, também existiam 61,1 milhões de processos pendentes.
- III) Tramitaram, nos três seguimentos da Justiça, cerca de 82,9 milhões de processos em 2009, com a soma dos casos novos e dos processos pendentes de baixa.
- IV) Vale destacar que, do total de processos em tramitação, mais de 70% ingressaram antes de 2009 (ou seja, já se encontravam pendentes no início de 2009).
- V) Foram proferidas 23,2 milhões de sentenças com base na seguinte subdivisão: 17,2 milhões na Justiça Estadual (representando 74% do total), 2,7 milhões na Justiça Federal e 3,3 milhões na Justiça do Trabalho.

Já em 2010, o panorama apresentado sinteticamente é o seguinte⁴⁷²:

- I) Ingressaram, durante o ano de 2010, 24,2 milhões de processos nas três esferas da Justiça (aproximadamente 17,7 milhões na Justiça Estadual, 3,2 milhões na Justiça Federal e 3,3 milhões na Justiça trabalhista).

⁴⁷⁰ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: 2010*, p.3.

⁴⁷¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*. Indicadores do Poder Judiciário: panorama do judiciário brasileiro, p.184.

⁴⁷² Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números: 2010*, p.185.

- II) Ao final de 2010, também existiam 59,1 milhões de processos pendentes.
- III) Tramitaram, nos três ramos da Justiça, cerca de 83,4 milhões de processos em 2010, com a soma dos casos novos e dos processos pendentes de baixa.
- IV) Foram proferidas 22,1 milhões de sentenças com base na seguinte subdivisão: 15,8 milhões na Justiça Estadual, 2,8 milhões na Justiça Federal e 3,4 milhões na Justiça do Trabalho.

Na conclusão da análise do CNJ no comparativo entre os números dos anos de 2009 e 2010, verificou-se:

“A redução dos casos novos e o aumento do número de magistrados são os principais fatores explicativos para a queda de 2,3% da carga de trabalho da justiça entre 2009 e 2010, uma vez que o número de casos pendentes registrou alta entre esses dois anos. Em termos percentuais a Justiça Federal registrou a maior queda no indicador, de 10,7%, seguida pela Justiça Estadual, com 2,3%. Na Justiça do Trabalho houve crescimento de 1,8%.

Destaca-se, primeiramente, como aspecto geral, o pequeno aumento dos casos em tramitação no Poder Judiciário entre 2009 e 2010, no percentual de 0,6%. Esse diminuto crescimento derivou, principalmente, da elevação dos casos pendentes entre esses dois anos, no valor de 2,6%, uma vez que os casos novos diminuíram nesse período. Em termos percentuais, a Justiça do Trabalho foi a que apresentou maior aumento de casos pendentes (3%), ao passo que na justiça estadual e federal observaram-se valores um pouco menores, 2,5% e 2,9%, respectivamente. Com relação aos casos novos, registrou-se redução de 3,9% entre os dois anos. A Justiça Federal foi a que teve o percentual de redução mais significativo (6,1%), ao passo que na justiça estadual e do trabalho observaram-se respectivamente quedas de 3,5% e 3,9%.”⁴⁷³

Como dito, das pesquisas do DPJ/CNJ, pode-se demonstrar a razão da escolha de determinados tribunais para a consulta que aqui se busca demonstrar, bem como, comparar os números de decisões proferidas em termos totais e com bases desconstrutivas, não para traçar um percentual probabilístico, mas para denotar o número percentual de decisões sobre determinado fundamento tópicoretórico num dado espaço-tempo.

Assim, a pesquisa dos julgados destacou decisões fundamentadas em expressões e palavras que tendem elucidar que o núcleo da razão da decisão centrou-se no julgador, no contexto social, na história, na doutrina, em qualquer lugar, menos no processo.

⁴⁷³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números:2010*, p.184.

4.1 Exame do conteúdo decisório de alguns acórdãos

Os tribunais escolhidos para a pesquisa foram o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais e deveu-se ao fato de tais tribunais abrangerem áreas populosas, bem como serem considerados os quatro de grande porte, da Justiça Estadual, pelo Conselho Nacional de Justiça, além de, sozinhos, responderem por 62% das novas demandas da Justiça Estadual, que, por sua vez, é responsável por 73,33% dos novos processos no país.⁴⁷⁴ Esses quatro tribunais estaduais representam bem seus pares, ademais, a análise restaria circulante e inebriante.

Como os critérios de pesquisa dos acórdãos não são idênticos, dividiram-se os tribunais em subtítulos deste capítulo.

Antes, é válido verificar um panorama das decisões proferidas nos tribunais estudados, para servir de norte. E, para tanto, recorre-se, mais uma vez, aos números do DPJ/CNJ, assim resumidos:

“Tramitaram, em 2009, no 2º grau da Justiça Estadual, 3,1 milhões de processos, sendo que 1,3 milhão já estava pendente de julgamento desde o final do ano anterior (42%) e 1,8 milhão ingressou durante o ano (58%). Comparativamente com 2008, o número de processos em tramitação cresceu em apenas 0,9%, sendo que, em 2007 e em 2008, o aumento havia sido próximo a 9%. Mesmo com a mudança de metodologia, que passou a considerar os pendentes de baixa em vez dos pendentes de sentença, não houve crescimento significativo do número de processos, já que os casos pendentes cresceram 9% (nos três anos anteriores, o aumento médio anual também foi de 9%) e os casos novos reduziram em 4,2%, tendo ingressado, em 2009, aproximadamente 78 mil processos a menos do que em 2008. Observa-se ainda, que, estimando-se os pendentes de sentença³⁸ com base nos dados informados em 2008, o valor se aproxima dos casos pendentes de baixa de 2009 (tabela 4.8).

Foi proferido 1,7 milhão de decisões terminativas de processo, ou seja, o equivalente a 94% dos processos ingressados e foi baixado 1,5 milhão de processos. O TJ-SP foi responsável por 31% dos processos ingressados e 32% das decisões e o TJ-RS, por 22% dos ingressados, sendo que as decisões representam 19% da Justiça Estadual.”⁴⁷⁵

Em 2010, o panorama apresentado pelo CNJ é o seguinte, na 2ª instância:

⁴⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números:2010*, p.14 e 36. Em 2009 o TJBA incluía-se nos tribunais considerados de grande porte (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009: Indicadores do Poder Judiciário: panorama do judiciário brasileiro*, p.135.) No ano de 2010, somente os quatro referenciados.

⁴⁷⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009: Indicadores do Poder Judiciário: panorama do judiciário brasileiro*, p.141-142.

“Em 2010 tramitaram no 2º Grau da Justiça Estadual 3,3 milhões de processos, dos quais 1,44 milhão já estava pendente de julgamento desde o final do ano anterior (43,6%) e 1,86 milhão ingressou durante o ano (56,4%). Comparativamente com 2009, apesar de o crescimento do número total de processos baixados (9%) ter sido superior ao de casos novos (4%), observa-se que ainda ingressaram em 2010 cerca de 152 mil processos a mais no 2º Grau da Justiça Estadual em relação aos que foram baixados, ocasionando a tendência de crescimento dos casos pendentes para o próximo ano.

Nesse período, 1,8 milhão de decisões terminativas de processo foram proferidas, ou seja, o equivalente a 96% dos processos ingressados. O TJ-SP foi responsável por 28,0% dos processos ingressados e 28,3% das decisões, enquanto o TJ-RS, por 21,5% dos casos novos, sendo que as decisões representam 22,3% da Justiça Estadual.”⁴⁷⁶

Vale ressaltar que pela análise das técnicas de investigação do DPJ/CNJ não há distinção entre decisões de mérito ou terminativas nos números totais apostos na tabela sob a rubrica “Total de decisões que põem fim à relação processual no 2º Grau”, por essa razão consideramos que tais números representam o total de decisões proferidas, o que se incluem as monocráticas, definitivas e terminativas.

Como o CNJ disponibilizou, mais amplamente, os índices dos anos de 2009 e 2010, a pesquisa procurou limitar as decisões dentro deste espaço de tempo, a fim de possibilitar verificar percentualmente a chave pesquisada, com o número de decisões proferidas.

Os totais de cada tribunal serão expostos no seu respectivo título, bem como as limitações de cada um quanto aos critérios de pesquisa.

4.1.1 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

O sítio da Internet do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul disponibiliza a pesquisa avançada, assim demarcaram-se os julgamentos realizados entre 01/01/2009 a 31/12/2010, considerando os mesmos anos da pesquisa do CNJ(2009 e 2010), sem levar em consideração a data de publicação, isto é, considerou-se a data do julgamento e não da publicação. Não se restringiu a especialidade (cível/crime), tampouco o órgão julgador, o relator, ficando assinalada a opção “todos” nessas variáveis.

Na pesquisa da expressão “livre arbítrio juiz”, sendo considerados somente os resultados que contivessem todas as palavras, retornaram-se 141 acórdãos, sendo os assuntos dos mais variados, mas em especial, as temáticas tratavam de

⁴⁷⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números:2010*, p.56

apreciação de liminares, deferimento ou indeferimento e apreciação de provas, e arbitramento de danos morais.

A seguir translitera-se uma ementa com os fundamentos retro expostos:

“O Juiz é o destinatário da prova e a ele incumbe decidir sobre a necessidade ou não de sua produção. Assim sendo, convencendo-se o Relator da necessidade da produção de provas, solicitados pelo autor, tem ele livre arbítrio para determinar a realização da prova que entende imprescindível para a formação do seu convencimento, conforme dispõe o artigo 130 do CPC.”⁴⁷⁷

Desses 141 acórdãos com a expressão “livre arbítrio juiz”, o único que não deu à expressão uma significância extradiscursiva, foi o que, ainda que de maneira contraditória, destacou que a convicção do julgador deve se apoiar nos autos, já denotando uma aplicação mais consoante ao direito democrático do que o anteriormente citado, conforme se observa a seguir:

“Para prolação de um decreto penal condenatório, tem-se dito, é indispensável prova robusta que dê certeza da existência do delito e seu autor. **A íntima convicção do Julgador deve sempre se apoiar em dados objetivos indiscutíveis. Caso contrário, transforma o princípio do livre convencimento em arbítrio.** Na situação, como afirmou a Magistrada, analisando o que foi apurado no processo: “Observa-se que o fato do réu ter sido reconhecido por fotografia na fase policial é um forte indício que seja o responsável pelo crime ocorrido, mas provas judiciais não existem, sendo vedado ao juiz, conforme o Código de Processo Penal, fundamentar a decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação policial. Outrossim, destaca-se que os reconhecimentos colhidos durante a fase policial não se revestem de credibilidade posto que, ao contrário do que está consignado nos autos de reconhecimento, as vítimas, em juízo, afirmaram que o procedimento foi realizado em conjunto e, após terem conversando entre si, apenas apontaram semelhanças entre os indivíduos das fotografias e os agentes, porém não confirmaram com certeza que o denunciado era o autor do crime... Portanto, imperiosa a absolvição do acusado por inexistirem provas suficientes para a condenação.”⁴⁷⁸

Verifica-se que apesar da decisão afirmar uma íntima convicção do julgador, quando a significação passa a ser colhida dos autos, a decisão toma o rumo de uma decisão democrática.

Interessante foi a mudança da chave de pesquisa, vez que, dentre os 140 anteriormente compreendidos como desconstrutores da hermenêutica democrática, a expressão “O Juiz é o destinatário da prova”, foi encontrada na maioria deles. Assim, lançou-se com os mesmos critérios e no mesmo período (2009/2010) a dita

⁴⁷⁷ Agravo de Instrumento nº 70036459576, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Romeu Marques Ribeiro Filho, Julgado em 30/06/2010.

⁴⁷⁸ Apelação Crime nº 70039814504, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 16/12/2010, Publicação: Diário da Justiça do dia 12/01/2011

expressão, e a pesquisa retornou 1.730 acórdãos, que não consideravam incluídas necessariamente a expressão “livre arbítrio”, contudo, numa concepção democrática de processo, este é o destinatário da prova, não o juiz.

Assim, consideramos elucidativa tal expressão como fator de desconstrução hermenêutica, por tornar o juiz o centro de significação e, portanto, para análise, consideramos a resposta obtida na última chave, isto é, 1.730. A seguir, exemplo de acórdão com mesmo fundamento, sem lançar mão da expressão livre arbítrio:

“O Juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele aferir e aquilatar sobre a necessidade ou não de sua produção. Inteligência do art. 130 do Código de Processo Civil. 2. Assim, compete ao magistrado perscrutar se a matéria em discussão exige a realização da prova técnica deferida, a fim de que os elementos coletados nesta sirvam para formar o seu convencimento e decidir a causa, o que coaduna com a manifestação exarada pelo Julgador de primeiro grau e o disposto no art. 131 do CPC.”⁴⁷⁹

Esse acórdão demonstra a significação deslocada, ora para a *mens legis*, “inteligência do art.” e ora para o julgador “seu convencimento”, portanto, é exemplo da desconstrução hermenêutica com proficiência, pois adota, ao mesmo tempo, mais de uma interpretação, e nenhuma delas tem o processo como seu local de significação, aliás, demonstram a total insignificância das partes na geração do provimento.

O TJRS proferiu em 2009 e 2010, 711.473⁴⁸⁰ acórdãos. Desse total, 1.730 com evidente desvio hermenêutico, somente quanto ao critério de ser o juiz destinatário da prova e ao seu prudente arbítrio deferir, indeferir, mandar produzir, tudo com base nos arts. 130 e 131 do CPC.

Ao alterarmos a chave de pesquisa para “bom senso julgador”, com os mesmos critérios e tempo, retornaram-se 138 acórdãos, cujos temas referem-se, quase em sua totalidade, aos critérios de arbitramento de indenizações, revelando que a decisão é extraída principalmente do julgador, independente de qualquer problematização dos critérios de balizamento nos autos, diminuindo a importância da argumentação e das provas pertinentes, como no exemplo a seguir:

⁴⁷⁹ Agravo de Instrumento nº 70040388225, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 23/12/2010

⁴⁸⁰ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*: Indicadores do Poder Judiciário: panorama do judiciário brasileiro, p.142; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*:2010, p.41.

“A quantificação da indenização a título de dano moral deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, devendo o arbitramento operar-se com moderação, orientando-se **o julgador pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso**, não deixando de observar, outrossim, a natureza punitiva e disciplinadora da indenização.”⁴⁸¹ (grifo nosso)

Verifica-se a descentralização da interpretação do bojo do processo, para buscar a solução (significação do discurso processual) na doutrina, jurisprudência, experiência, bom senso, realidade, aqui considerados elementos extraprocessuais, em detrimento do que restou discutido nos autos, local em que a significação deve ser construída.

Por óbvio, não se quer dizer que a doutrina e a jurisprudência devam ser ignoradas, tampouco que o julgador ao interpretar não se valha da experiência, de seu bom senso, somente destaca-se que tais variáveis necessitam ter sido objeto de discussão no processo, não podendo ingressar no momento solitário da decisão.

Note-se que a expressão em negrito, é possível ser lida da seguinte maneira: “o juiz é o direito”, “a justiça é o juiz”.⁴⁸² A doutrina e a jurisprudência apenas sugerem ao clarividente, que não deve se esquecer da “sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso”, é dizer, na construção do provimento, a significação é obtida no contexto social pressuposto do julgador, não em elementos juridicamente processualizados, tal como se fazia na Alemanha hitlerista.

Servindo a pesquisa anterior de base para aprofundamento, considerando que o TJRS adota os critérios dantes colacionados para cálculo do *quantum indenizatório*, essa chave foi lançada, para se ter ideia do número de acórdãos que se valeram dos critérios extraprocessuais, e novamente o número multiplicou-se.

Em dois anos, o TJRS proferiu 3.840 acórdãos, nos quais se discutiu majoração, diminuição e arbitramento de valor indenizatório. Nessas decisões a significação partiu de um centro rígido e inatingível pelas partes, pois pautaram-se em critério do julgador ou da câmara, os quais por óbvio não foram objeto de contraditório pelas partes, como no exemplo a seguir:

⁴⁸¹ Apelação Cível nº 70039956032, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 15/12/2010.

⁴⁸² Cf. BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.120-121.

“O valor a ser arbitrado a título de indenização por danos morais deve refletir sobre o patrimônio da ofensora, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica ao resultado lesivo produzido, sem, contudo, constituir enriquecimento ilícito ao ofendido. Manutenção do quantum indenizatório porquanto proporciona a reparação adequada, **consoante o padrão adotado pela Câmara.**”⁴⁸³

Portanto, das 711.473 decisões proferidas em dois anos pelo TJRS, 5.770 (0,78%) foram proferidas em flagrante desrespeito ao direito democrático, pelo fato de não localizar no processo a interpretação para a solução da causa, tampouco em normas concebidas sob o devido processo, mas em *interpretantes* tipicamente sociais, ideológicas e pragmáticas, abrigando uma atividade judicial reveladora de sentido do ordenamento jurídico e determinadora do destino das pessoas. Frise-se que o percentual refere-se somente às chaves pesquisadas.

Como assevera Ronaldo Brêtas, “não pode haver decisões judiciais apoiadas nas noções vagas, imprecisas e fluídas de *justiça* e de *equidade*, vale dizer, *ao alvedrio judiciário*” nos atuais estágios teóricos do direito democrático.⁴⁸⁴

4.1.2 Tribunal de Justiça de São Paulo

No TJSP há de se destacar que há possibilidade de surgir na pesquisa o mesmo acórdão mais de uma vez, tendo em vista que os sistemas de processamento de dados disponibilizam os acórdãos à medida que os gabinetes dos desembargadores os encaminham, havendo casos de encaminhamento em duplicidade⁴⁸⁵. A pesquisa do TJSP foi feita anualmente, já que o sítio da Internet não disponibiliza interregno superior a um ano.

O primeiro termo pesquisado foi “livre arbítrio juiz”, retirando-se o acento agudo, e considerando apenas acórdãos, já que o tribunal dá possibilidade de buscar também acórdãos do Colégio Recursal, decisões monocráticas, e homologações de acordos. Não foram consideradas outras variáveis para pesquisa, como comarca, classe, relator, ementa, somente com a expressão-chave na caixa “pesquisa livre”.

⁴⁸³ Apelação Cível Nº 70040541716, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 30/12/2010.

⁴⁸⁴ BRÊTAS, Ronaldo Dias de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p.121.

⁴⁸⁵ Cf. GARFINKEL, Ana. Responsabilidade Civil por Erro Médico segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado De São Paulo (Síntese), p.40.

A pesquisa retornou que, no ano de 2009, foram proferidos 2.138 acórdãos com os critérios utilizados e no ano de 2010, 2.236, num total de 4.374 acórdãos. Os assuntos surgidos, ao contrário do ocorrido no TJRS, foram variados, dentre os quais se podem destacar: atos administrativos, reajuste de servidores, concursos públicos, estelionato, cartões de crédito, execução de contratos. Contudo, não foi possível acolher o resultado, pois os acórdãos da pesquisa também consideraram arbítrio das partes nas relações civis.

Interessante decisão foi encontrada nessa chave sob a ausência de lei de revisão anual para os servidores da perícia criminal do Estado de São Paulo, proferida sob a preocupação de uma interpretação constitucional, enfrentou a posição do magistrado frente a validade da decisão e a facticidade, mas ao final buscou sua significância em um contexto social, independente da demonstração da situação jurídica nos autos. São excertos desse acórdão:

“A equidade, no sentido inglês do termo (sistema de estimativa social para a formulação da regra jurídica para o caso concreto), assenta-se na valoração judicial dos elementos do caso e dos princípios de justiça material, segundo a pauta de valores sociais, e assim emite a decisão fundada não no justo legal, mas no justo natural. Na *injunctio* inglesa como no mandado de injunção do art. 5o, LXXI, o juízo de equidade não é inteiramente desligado das pautas jurídicas. Não tem o juiz inglês da *Equity* o arbítrio de criar a norma de agir *ex nihil*, pois se orienta por pauta de valores jurídicos existentes na sociedade (princípios gerais de direito, costumes, *conventions* etc). **E o juiz brasileiro também não terá o arbítrio de criar regras próprias, pois terá em primeiro lugar que se ater à pauta que lhe dá o ordenamento constitucional, os princípios gerais de direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social, enfim, os vetores do justo natural que se auferem no viver social, na índole do povo, no envolver histórico. Aí é que seu critério estimativo fundamenta sua decisão na falta de regulamentação do direito, liberdade ou prerrogativas objeto da proteção do mandado de injunção. [...]**

Retornamos, então, aos dois Brasis: **o Brasil real está inserido em uma economia global recessiva que atinge até as grandes nações, e vem sofrendo os efeitos econômicos desta recessão mundial. Fica então, muito difícil ao exegeta jurídico impor reajuste de vencimentos de servidores para suprir eventual mora legiferante porque a realidade demonstra que nenhum outro setor da atividade econômica (pública e privada) auferiu no período mencionado o mesmo índice de reajuste em seus lucros e salários em virtude de diversos fatores e inclusive em decorrência do desaquecimento da economia. E não existe um só elemento nos autos que sinalize, concretamente, em sentido oposto.**⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ Apelação com Revisão nº 994.02.002485-7 (310.007.5/6-00) – São Paulo - 2a Vara da Fazenda Pública. Apelante: Sindicato dos Peritos Criminais do Estado de São Paulo. Apelada: Fazenda do Estado de São Paulo. Relatora Des. Regina Capitrano. J:01/09/2009.

Importante ressaltar que a análise aqui perpetrada é parcial, em nada tendo a ver com o resultado obtido, tampouco com o fato de preservar o acórdão a separação das funções, evitando que o judiciário legisle (aqui estão os méritos), o que há de interessante, na leitura aqui realizada, é que o acórdão deduziu não haver, por parte do executivo paulista, violação da Constituição mesmo não produzindo a norma exigida, buscando fundamentos nas mais diversas fontes.

Verifica-se no acórdão um sincretismo interpretativo, ora balizado na Constituição, ora no contexto social, e quando se volveu para os autos, como local de fundamentação, exigiu da parte prova que não lhe incumbia, relativa à demonstração que outros setores da economia tiveram reajustes no mesmo período. A prova de tal fato seria ônus do réu, já que o direito do autor foi denotado da Constituição(Art.37, inciso X). De toda sorte, de nada adiantaria a demonstração pela parte, porque a justificativa da decisão foi retirada da “realidade” do julgador, que enxerga dois Brasís. A Constituição foi condenada no acórdão à sua ineficácia, diante da realidade cunhada e imposta pelo judiciário.

Vale ressaltar a plena convicção utilitarista e teleológica da decisão, na citação “pois terá em primeiro lugar que se ater à pauta que lhe dá o ordenamento constitucional, os princípios gerais de direito, os valores jurídicos que permeiam o sentir social” e para terminar com chave de ouro, “enfim, os vetores do justo natural que se aufere no viver social, na índole do povo, no envolver histórico.” É verdadeiramente um canibalismo teórico(Wolfgang Iser e Derrida), jungir as normas expostas na Constituição, à percepção de mundo (*Weltanschauung*⁴⁸⁷) do magistrado, porque incompatíveis as duas teorias hermenêuticas paradigmáticas de uma e de outra interpretação.

Destarte, tal acórdão perpetrou a desconstrução hermenêutica por um engenhoso entretecimento de métodos interpretativos extradiscursivos fundados na realidade, no contexto social, no subjetivismo do bom senso do julgador, tendo prevalecido às determinações do ordenamento jurídico constitucional.

Ao se lançar a expressão-chave “prudente e critério e juiz”, no ano de 2009, a pesquisa retornou 3.770 acórdãos, e no ano de 2010, 2.616, totalizando 6.386

⁴⁸⁷ Aqui utilizada como uma concepção abrangente e de apreensão do mundo, especialmente a partir de uma perspectiva específica, da posição que ocupa o indivíduo. Na definição do dicionário Houaiss: “conjunto ordenado de valores, impressões, sentimentos e concepções de natureza intuitiva, anteriores à reflexão, a respeito da época ou do mundo em que se vive; cosmovisão, mundividência”(HOUAISS, Antônio. *Weltanschauung*, CD-Rom).

acórdãos. Verificou-se certo sincretismo no judiciário paulista entre os critérios da lei e do juiz, como no excerto do voto seguinte:

“Atento para a reconhecida reincidência [...], o regime fixado na sentença de 1o Grau para o delito de roubo, deve ser mantido, desde que, em razão da gravidade do delito, **pode o Juiz, a seu critério, balizado pelas regras contidas no artigo 59 do Código de Processo Penal, fixar o regime que lhe pareça mais adequado a coibir delitos tidos como graves.**”⁴⁸⁸

Na tensão entre os critérios da lei e o da convicção, este é o vencedor, pois ao invés de contrastá-los (critérios da lei) aos autos (intradiscursivamente), contrasta-os à experiência do juiz, retirando a interpretação do direito democrático e praticando a desconstrução hermenêutica.

A razão de tal sincretismo pode ser a sobreposição do direito democrático, inserto na Constituição da República, às legislações decrépitas anteriores ou posteriores em desacordo com o direito constitucional, que, lançando mão das malfazejas cláusulas abertas, deposita no julgador o ônus de produzir a norma ao caso. Todavia, a amenização ou harmonização do critério legal que deposita no juiz o arbitramento, não é o próprio juiz e sua visão de mundo, mas os argumentos refutados ou não diante das provas coligidas no discurso processual.

O TJSP proferiu, entre 2009 e 2010, 1.080.444⁴⁸⁹ decisões. Destas 6.386(0,59%), sob a chave prudente critério do juiz, empreenderam flagrantemente a desconstrução hermenêutica.

4.1.3 Tribunal de Justiça do Rio De Janeiro

O TJRJ, na época da busca, possibilitava uma consulta restrita, os termos não foram retirados no corpo do acórdão, mas das ementas destes, seja do 1º julgamento, seja decorrente de um recurso interno. Ademais, o pesquisador tem que indicar a espécie de julgamento, se Cível, Criminal, Turma Recursal, Seção Criminal, Órgão Especial ou Conselho da Magistratura.

O primeiro termo pesquisado foi “prudente arbítrio”, nos anos de 2009 e 2010, tendo sido encontrados 300 acórdãos com essa chave na ementa, somente de natureza cível. O acórdão eleito nessa seara enfrentou o princípio da lógica do

⁴⁸⁸ Apelação Criminal com Revisão nº 993.07.105756-8, COMARCA: São Paulo, APELANTE: FLAVIO CORDEIRO, APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA.

⁴⁸⁹ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*: Indicadores do Poder Judiciário: panorama do judiciário brasileiro, p.142; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números:2010*, p.41.

razoável, e apontou interessante canibalismo teórico, que culminou na certeza decisional de que o juiz é livre para arbitrar o valor do dano moral, mas ele deve extrair sua liberdade da sua visão de mundo que tem da causa, em resumo da obra.

Senão vejamos:

"A principal objeção que se fazia à reparabilidade do dano moral era a dificuldade de se quantificar este valor.² Diversas leis, no entanto, já previam os critérios para a quantificação do dano moral.³ O arbitramento judicial é, sem dúvida, o meio mais eficiente para a fixação do dano.⁴ **Cabe ao julgador, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.**⁵ O princípio da lógica do razoável deve ser a bússola norteadora do julgador. Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado, que guarda certa proporcionalidade.⁶ O juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem necessárias."⁴⁹⁰

Em excerto desse julgamento a relatora levanta a questão de que o revogado Código Civil de 1916 já denotava para o arbitramento judicial e que tal deve ser feito de forma a evitar o enriquecimento sem causa, posteriormente, informa que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro teria constatado aumento de ofensa aos direitos do consumidor, o que ensejou aumento dos valores de indenização para coibir a prática, ou seja, utilizou-se de um *interpretante* extradiscursivo não processualizado, porque a parte não tem obrigação de conhecer as pesquisas do TJRJ.

Verifica-se quão cego está nosso judiciário, que confunde o balizamento legal de vedação do enriquecimento sem causa, que é normatizado, com prudente arbítrio, mas antes de se ater à casuística, como determina a lei, ou ao que dos autos consta, como requisitos para tal balizamento, como descrito na própria ementa deste acórdão em comento, extrai a quantificação e, portanto, a significação, de sua experiência extradiscursiva e solipsista, oriunda de uma clarividência típica de um líder religioso carismático, e não daquilo que fora discutido e provado no processo.

Ao se lançar a chave “prudente arbítrio” nas câmaras criminais, somente treze acórdãos foram mostrados, nos anos de 2009 e 2010. Abaixo uma ementa representativa da consulta, que vale comentar:

⁴⁹⁰ APELACAO nº 0123026-18.2009.8.19.0001, Relator: Des. Leticia Sardas, Julgamento: 17/12/2010 - Vigésima Câmara Cível, TJRJ.

“[...] PARA QUE SE ESTIME A QUANTIA DA MENCIONADA CONDENAÇÃO DEVE O JUIZ, EM SEU PRUDENTE ARBÍTRIO, ANALISAR AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO E, INFORMADO PELOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, DETERMINAR O VALOR MAIS CONDIZENTE COM O GRAU DA CULPA DO AGENTE E A EXTENSÃO DO PREJUÍZO SOFRIDO.”⁴⁹¹

Vale aqui ressaltar o caráter retórico⁴⁹² e contraditório dos termos prudente arbítrio, princípio da razoabilidade e proporcionalidade, pois de uma forma ou de outra o arbitramento é ato unilateral e não contextualizado pelo contraditório, sendo as partes meras tagarelas, porque, ao final, quem decide é o livre critério do juiz. Ora, se há na lei ou no processo a limitação, o arbitramento judicial não é livre. Percebeu-se nos acórdãos dessa chave a menção ao dever de fundamentação, aos critérios, mas, no final, a decisão é sempre livre de amarras, basta fundamentar para não ser inconstitucional.

Interessante acórdão foi encontrado, juntamente com outros sessenta, na chave “livre apreciação”, nas câmaras criminais do TJRJ. É um verdadeiro *tractus* da interpretação solipsita e de livre aplicação ou não da norma, vale destacar:

“De outro giro, adotado pela nossa sistemática processual penal o sistema do livre convencimento, o Juiz firma sua convicção pela livre apreciação da prova carreada aos autos, sendo livre na valoração ou eleição dela, devendo ser considerada a sua experiência e lógica. Assim, pode a decisão se basear em indícios existentes, não havendo dúvida que indício também é prova eis que previsto no capítulo a ela referente. [...] O juiz possui manifesta discricionariedade no calibre da pena base, sempre com observância dos elementos moduladores ditados pelo artigo 59 do Código Penal. No caso concreto, as circunstâncias da infração e a sua própria dinâmica autorizam o aumento operado que ocorreu de acordo com a razoabilidade. [...] O regime de pena deve ser fixado de acordo com as circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, observada, ainda, a orientação do artigo 33 do mesmo diploma legal. Não se trata, porém, de uma regra absoluta, devendo o Juiz quando do calibre da pena buscar aquela que se apresenta justa e necessária à prevenção e reprovação do crime, não só com relação ao seu quantitativo, mas, também, quanto a sua qualidade. [...] Em síntese, para afastar qualquer idéia equivocada de contradição, o artigo 59 do Código Penal deve ser analisado de uma forma quando da escolha da pena base e de outra maneira quando da escolha do regime de pena. No caso concreto, desnecessárias tais considerações, eis que a pena base se afastou do mínimo legal, o que justifica a escolha de regime mais gravoso do que o permitido pelo quantum final da pena.”⁴⁹³

⁴⁹¹ Apelação nº 0094320-25.2009.8.19.0001 (2009.050.06855), Relator: Des. Adilson Vieira Macabu, Julgamento: 02/02/2010, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL, TJRJ.

⁴⁹² Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.131-138.

⁴⁹³ Apelação nº 0048770-61.2007.8.19.0038- Relator: Des. Marcus Basílio, Julgamento: 22/09/2010, Primeira Câmara Criminal, TJRJ.

A decisão expõe que a interpretação é livre e é a que o juiz faz, ainda quando utiliza o interpretante legal, o faz ora de uma forma e ora de outra, mas já que usou além no primeiro (fixação da pena), deve fazê-lo também no segundo (fixação do regime), mas se arbitrou no mínimo, não precisa seguir a mesma regra, podendo alterar o regime, isto é, dá a interpretação que quiser segundo as suas convicções, não se enxerga a lógica que aduz, fica-se na retórica, na eloquência. Sem falar da falta de critério para aplicação de indícios, como se verá no comentário do próximo subtítulo.

O acórdão retro reclama, ainda, que pode o juiz desconsiderar as regras para alcançar a decisão justa, o que ele se olvida é que as regras são postas contra eles próprios e como segurança dos cidadãos frente à arbitrariedades na sua aplicação. Que lógica existe na realidade do julgador, na aplicação da justiça do magistrado, na sua experiência? Somente a lógica da idiosincrasia é a resposta.

Tais decisões são enunciadoras da desconstrução hermenêutica e a legalidade que propugnam é meramente ideológica, como já denunciou Rosemiro Pereira Leal, em lição que ora se transcreve:

“O **princípio da legalidade**, no direito desprocessualizado, assegura o seu próprio caráter intrinsecamente retórico pelo paradoxo estratégico que encerra historicamente: o ‘princípio’ é ‘princípio’ antes de ser ‘legalidade’. A **lei** assimila o ‘princípio’, o que torna a lei um ato vazio à espera de preenchimento (recheio) por **princípios**, os quais, a habitarem a lei, ocultam-se, velando o acesso aos seus ‘começos’ históricos. Blindam-se *ideologicamente* ao se metamorfosearem em **leis**. Portanto, a **lei**, quando não se enuncia por teorias, assume caráter de um fértil ‘vazio ideológico’(buraco negro) a sugar, em suas equivocidades, significados por um amontoado de técnicas interpretativas de dominação social e de hermenêuticas variadas a esse mesmo fim.”⁴⁹⁴

Enquanto não se produzem leis que exponham a teoria que lhes serviu de suporte, é viável estabelecer o norte de significação nos discursos lançados no procedimento, bem como em códigos preestabelecidos no ordenamento jurídico, dos quais as partes possam ter acesso e dos quais a decisão deve ser extraída.

O total de decisões proferidas no TJRJ, em dois anos, foi de 336.685⁴⁹⁵. Dessas, 313(0,1%) em flagrante desrespeito ao direito democrático, somente na chave pesquisada.

⁴⁹⁴ Cf. LEAL, Rosemiro Pereira. *O Processo como Teoria da Lei Democrática*, p.122-130.

⁴⁹⁵ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*: Indicadores do Poder Judiciário: panorama do judiciário brasileiro, p.142; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*:2010, p.41.

4.1.4 Tribunal de Justiça de Minas Gerais

O sítio da Internet do TJMG permite a pesquisa em acórdãos, acórdãos indexados, decisões monocráticas e súmulas. O resultado é dado em ordem de pertinência com a expressão-chave lançada no campo específico (“percentual de similaridade e freqüência das palavras-chaves”). Como critérios da “pesquisa livre” são possíveis de especificar o órgão julgador, o relator, a data de julgamento e a data de publicação. Além da consulta livre é possível a pesquisa avançada, na qual se pode escolher os seguintes critérios(filtros): com todas as palavras (E); com a expressão(ASPAS); com qualquer uma das palavras (OU); sem as palavras (NÃO) e com o radical(\$), há ainda uma lista de palavras desconsideradas na pesquisa.

O sítio do TJMG não exhibe a resposta à consulta quando o resultado da chave excede um número “muito grande de resultados”, como informado pelo próprio tribunal, obrigando o pesquisador a refinar sua pesquisa. Por exemplo, ao lançarmos na pesquisa livre, sem limitação de data, a expressão “livre arbítrio”, retornou o aviso de excesso, informando terem sido encontrados 10.313 acórdãos.

A expressão-chave “livre arbítrio”, na página de busca avançada e no filtro “com a expressão”, limitada pela data do julgamento de 01/01/2009 a 31/12/2010, retornou 2.997 acórdãos. Os assuntos desses acórdãos variaram entre o livre arbítrio da parte, como, por exemplo, nas decisões sobre indenização em razão do tabagismo,⁴⁹⁶ mas, em especial, quanto ao livre arbítrio do julgador, que totalizaram 2.658 acórdãos, cujos assuntos transitaram entre fixação da pena, do regime, dos danos morais e na designação das provas.

Acórdão muito interessante, encontrado na chave “livre arbítrio”, enfrentou as problemáticas da aplicação da pena e o papel do juiz. No caso, pesavam contra a acusada, enfermeira chefe e responsável pela chave do armário, o sumiço de remédios controlados, concomitantemente à suposta subtração dos medicamentos. Colegas de trabalho afirmaram que a acusada chegava ao serviço aparentando apatia, com atitudes desconexas, e esses indícios levaram à conclusão dos decididores dos dois graus de condená-la por peculato. A seguir excertos que merecem ser comentados.

⁴⁹⁶ Veja: Embargos Infringentes Cível nº 1.0024.05.79991 7-9/003 em Apelação Cível, Relatora: Des. Hilda Teixeira da Costa, Julgamento: 27/05/2010, Publicação: 20/07/2010.

“Por certo que não há qualquer suposição a impor a condenação, mas prova indiciária legítima, cujo conceito encontra-se esboçado no art. 239 do Código de Processo Penal, que é taxativo no sentido de que **é indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias**. Sobre o valor probatório dos indícios, afirma Júlio Fabbrini Mirabete que tanto mais forte o indício quanto mais íntima sua relação com o fato, não havendo princípios inflexíveis sobre o valor da prova indiciária no processo. Prossegue, adiante, assinalando que **"diante do sistema da livre convicção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na exposição de motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado.**"⁴⁹⁷

Aqui se depreende a impregnação da indução baconiana no ordenamento jurídico brasileiro, o acórdão, com base na doutrina de Mirabete, sustenta a possibilidade de se chegar à “verdade processual” por induções. Na base da teoria baconiana, a indução, por si só, está recheada de incertezas, uma vez que calcada em probabilidades⁴⁹⁸. É, pois, contraditório que se estabeleçam os indícios como local de induções, não só pelas denúncias popperianas à esse respeito, a seguir comentadas, mas pelo simples fato de que a significância do discurso transmuta-se para locais inexploráveis pelo acusado, assentados em operações cognitivas que chegam dos supostos efeitos à causa, com a obtenção de um raciocínio duvidoso, que é oposto sempre ao *in dubio pro reu* pelos defensores.

E tal oposição (indícios x *in dubio pro reu*) se dá porque, ao se decidir indutivamente por indícios, conclui-se por probabilidade (leia-se dúvida), o que é o mesmo que ferir a máxima pretoriana, contudo, ambos são aplicados em concomitância como se fosse logicamente possível sua convivência nos moldes que são postos na lei.

Segundo Luiz Carlos Severo, em Popper, a verdade se obtém das incoerências e não das coerências, haverá refutação das conclusões probatórias de

⁴⁹⁷ Apelação nº 0111774-90.2004.8.13.0411, Relator Des. Judimar Biber, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Julgamento: 26/01/2010.

⁴⁹⁸ “O século 17 e o método experimental de raciocínio tomaram isto [ciência como certeza infalível] parecer uma meta impossível. O indutivismo baconiano nos dirá: **se nós não podemos ter conhecimento seguro deixa-nos ao menos ter conhecimento provável baseado em fundamentos seguros**. Observações corretamente feitas serviriam de base. Nós generalizaríamos a partir de experimentos sólidos, estabelecendo analogias, e edificando conclusões científicas. Quanto maior a quantidade e variedade das observações, maior sua probabilidade. **Não podemos mais ter certeza, mas nós temos uma probabilidade correta.**” (SEVERO, Luiz Carlos. *Estabilidade da Ciência Biológica: uma epistemologia evolucionista, sem refutações e sem revoluções*, p.7)

um indício, se houver exemplos ou demonstrações empíricas nos quais tal indício não é verdadeiro.⁴⁹⁹

Poder-se-ia refutar tal conclusão, por exemplo, na ausência de comprovação da existência da substância subtraída no organismo da acusada, o que falsearia a decisão de que sua anomalia comportamental estivesse ligada ao medicamento subtraído, bem como na possibilidade de tais medicamentos terem sido entregues sem o devido controle, além de outras possibilidades que falseariam a conclusão indutiva perpetrada no caso. Nem sequer as orientações de quantidade de observações de Bacon são aplicadas, a experiência não é da ciência e sim do juiz, da sua capacidade intelectual.

Os indícios que coadunariam com um sistema democrático de hermenêutica judicial seriam aqueles cuja refutação se tornasse de tal modo dificultada pelos elementos intradiscursivos (constantes dos autos) e extradiscursivos (lei) que uma conclusão enunciativa pudesse seguramente ser exarada.

Luiz Carlos Severo expõe a acepção de coerência, na crítica de Popper às generalizações indutivistas:

Por outro lado, uma generalização pode ser refutada **quando se encontram exemplos onde ela não é verdadeira**. Como disse Popper, a coerência não pode estabelecer a verdade, mas a incoerência e a inconsistência sem dúvida estabelecem a falsidade. O crescimento do conteúdo empírico de uma teoria, aumentando seus falsificadores, acarretará maior probabilidade de a teoria ser refutada pela experiência. Uma teoria falsificável em mais alto grau diz mais sobre o mundo da experiência.⁵⁰⁰

Por essas razões, esse excerto do acórdão dantes citado encerra-se na acepção de autodesconstrução, porque conclui que não há provas, o que acarretaria uma decisão de absolvição pela máxima do *in dubio pro reu*, mas elege o indício(probabilidade), não refutado, satisfatoriamente como prova, criando uma contradição na própria fundamentação, que denota uma conclusão surgida da experiência do julgador e não do processo.

Em outros trechos da decisão em comento, encontra-se rica incursão no sincretismo teórico que afeta a atividade judicial, por alguns denominado de pluralismo, entretanto, tal sincretismo já aponta para uma hermenêutica

⁴⁹⁹ Cf. SEVERO, Luiz Carlos. *Estabilidade da Ciência Biológica: uma epistemologia evolucionista, sem refutações e sem revoluções*, p.40.

⁵⁰⁰ SEVERO, Luiz Carlos. *Estabilidade da Ciência Biológica: uma epistemologia evolucionista, sem refutações e sem revoluções*, p.41.

democrática, ainda que não isomênica, porque vencedores os argumentos da Constituição como *locus* hermenêutico, *in verbis*:

“Em suma, não encontraremos na lei ou na norma a proporcionalidade na aplicação da pena (como queriam os pensadores citados) - esta ilação é inevitável -, mas, sim, na consciência de justiça de cada povo, aqui é o ponto de partida, no senso de justiça e de satisfação com a pena mensurada, regido por seu próprio ordenamento em determinado momento, pois, também, inquebrantável que a pena de tempos remotos não nos pareça correta, como, também, para as gerações futuras, a pena aplicada hodiernamente poderá parecer *mui* injusta.

Assim, o princípio da proporcionalidade da pena pode variar de pessoa para pessoa e conseqüentemente de povo para povo e inevitavelmente de momento para momento da evolução sociocultural da civilização que o experimenta, sendo influenciado por vários elementos. É, pois, um princípio relativizado, plástico e volátil, razão pela qual se debruçaram sobre ele eméritos pensadores sem dele arrancar uma aplicação universal, estática, lógica e racional.[...]

É por isso mesmo que tenho afirmado que enquanto não vem um modelo capaz de a todos libertar, a todos compreender, de a todos respeitar e a todos atender na medida exata de suas próprias humanidades e individualidades, tornando o Estado apenas mais um dos elos de ligação da nossa visão limitada do mundo e dos outros, modelo que seja capaz de satisfazer a nossa atávica condição gregária e coletiva de paz e de segurança, ficarei, como magistrado, a aplicar a diuturna e tão humana justiça de meu próprio tempo que convive com as mazelas de nossos próprios equívocos filosóficos a darem à balança o equilíbrio indispensável à convivência em sociedade, adotando a estrita legalidade penal como corolário deste mesmo objetivo. [...]

Tenho afirmado que, a só existência de razões sociológicas, axiológicas, ou doutrinárias, não justificariam o afastamento do tipo penal legislado, mesmo porque ao Juiz, ainda que não concorde com o conteúdo normativo latente na norma de proibição ou de orientação e com ele não se alinhe intimamente, não se confere o poder de subtrair-se do ordenamento jurídico, se não nas hipóteses discricionárias ou de colisão da norma com o modelo constitucional vigente.

Diria mais, que os aspectos metajurídicos a condicionar a tipicidade, como justificativa para o afastamento do tipo penal, ou mesmo a aplicação do direito penal alternativo, mínimo, máximo, ou de qualquer natureza, sugeridos como institutos existentes no direito penal brasileiro, pressuporiam a existência de norma penal a lhe dar sustentação material, mormente quando a Constituição Federal tenha por base o modelo de distribuição de competências rígidas que são acometidas aos três poderes que ainda devem manter harmonia e independência entre todos.”⁵⁰¹

Ressaltando-se apenas os pontos positivos, porque o próprio Código Penal insere o contexto social como interpretante no processo, vê-se que o acórdão levanta a questão da necessidade de a análise do balizamento da pena e do regime inicial de cumprimento serem realizados mediante critérios ditados pela lei (o código interpretante), e daquilo que está posto nos autos(local de significação), tanto que denuncia os entendimentos sumulados e o subjetivismo como temerosos para a

⁵⁰¹ Apelação nº 0111774-90.2004.8.13.0411, Relator Des. Judimar Biber, 1ª Câmara Criminal do TJMG, Julgamento: 26/01/2010.

interpretação, transferindo para o processo e para as normas processuais tal extração de significado interpretativo, aqui estão os méritos do voto, essa é a hermenêutica democrática, se assim se puder designar.

O acórdão retro, em seu inteiro teor, denuncia o afastamento do direito democrático no subjetivismo, no utilitarismo, e nos escopos metajurídicos, buscando ao final, a interpretação que lhe coaduna com o ordenamento vigente, justamente na exposição de motivos do Código Penal, que traduziu a teoria que lhe serviu de suporte, como preconiza a teoria da lei democrática, de Rosemiro Pereira Leal.

A decisão em comento denuncia a inexistência de um modelo que satisfaça as exigências constitucionais de igualdade e individualização da pena, ficando com a *interpretante* do código como lugar de segurança para uma aplicação que coadune com o ordenamento vigente, tendo nos autos o local para extrair os balizamentos e não na experiência pessoal e noção de sociedade de cada julgador.

Em que pesem as visões divergentes do voto com as aqui defendidas, é possível responder ao julgador desditoso, com a prática judicial solipsista e metajurídica, que a solução por ele encampada está no caminho do direito democrático.

Ao se eleger uma teoria hermenêutica que restrinja a significação e possibilite uma paridade interpretativa, a decisão judicial será o resultado do que foi produzido pelas partes, em simétrica paridade, sendo o julgador também um contraditor, ademais, a lei é o elemento que possibilitará o sentido, obtido no contexto dos autos (não da sociedade pressuposta ou da experiência do julgador). A partir dos argumentos(organizados sob a forma de conjecturas, teorias, hipóteses e enunciações) como referenciais metalinguísticos e das provas coligidas sob a disciplina do processo, será possível extrair em correspondência ao texto, o discurso decisional que a sociedade se renderá.

Cumprе esclarecer que, quando se fala na lei como *interpretante*, não se está falando de *mens legis*, tampouco de *mens legislatoris* nos moldes que se apresentam nas “escolas hermenêuticas”, mas de um contexto que dará significado ao discurso e que fora previamente discutido e posto à crítica, tornando-se maduro e possibilitando interpretações condizentes à teoria que lhe serviu de base.

Dessarte, nessa pequena amostragem, restou evidenciado que há uma melhora qualitativa nas decisões, ocasionada pelo ganho teórico da Constituição que inseriu balizamentos hermenêuticos limitadores da atuação judicial. Contudo, a

impregnação de velhas doutrinas, que insistem em afirmar que o juiz é o destinatário dos elementos significantes intradiscursivos (argumentos e provas) e destinador da significação do caso apreciado, a partir de sua experiência, macula o sistema.

Continuando a pesquisa no TJMG, averiguou-se não existir uma consciência pré-formada nos magistrados de maneira geral, de que a significação deva ser extraída daquilo que foi produzido pelas partes e pelo juízo no processo, ao contrário, exalta-se um pluralismo interpretativo e uma confusão teórica e de fontes das mais diversas, não postas em discussão. Aqui está a desconstrução hermenêutica. A título exemplificativo, do amálgama teórico, citam-se dois acórdãos, sobre o mesmo instituto, ora com balizamento constitucional democrático e, ora com balizamento doutrinário nefasto e inconstitucional, senão vejamos:

“Com base no art. 130 do CPC, permite-se ao julgador - condutor do processo - determinar as provas necessárias à instrução processual, ou, de outro lado, indeferir as que repute inúteis para o caso que lhe é posto para julgamento. **Todavia, é necessário que esse dever-poder conferido ao julgador seja balizado pelos princípios norteadores do processo e do procedimento, mormente os que têm previsão constitucional, como é o caso do princípio da ampla defesa** (art. 5º, LV, da CF).”⁵⁰²

“**Não se pode olvidar que uma das características do processo moderno é exatamente a busca da verdade real que permite ao juiz, enquanto destinatário da prova**, caso entenda que os elementos constantes nos autos sejam insuficientes para desvendar a verdade dos fatos, determinar a produção da prova que entenda indispensável à solução da controvérsia.”⁵⁰³

Verificam-se nesses dois acórdãos, fontes teóricas totalmente díspares, ora com preocupações, frente à decidibilidade da pertinência da prova, de respeitar-se a ampla defesa e, ora com fundamentação totalmente metafísica, preocupada com a verdade real, não com a condição de possibilidade de significação do discurso decisório no bojo dos autos.

Nas premissas metafísicas levantadas na segunda ementa, isto é, “uma das características do **processo moderno é exatamente a busca da verdade real que permite ao juiz, enquanto destinatário da prova...**”, tem razão o acórdão, em afirmar serem características do processo moderno, porque não está ingressado no processo pós-moderno, em que a “verdade” se constrói nas refutações dos argumentos participados. O processo será o destinatário da prova e não o juiz.

⁵⁰² Apelação Cível nº 1.0145.08.497360-4/001, Relator: Des. Elpídio Donizetti, Data do Julgamento: 29/09/2009, Data da Publicação: 09/10/2009, TJMG.

⁵⁰³ Apelação Cível nº 1.0024.04.406754-4/001, Relator: Des. Elpídio Donizetti, Data do Julgamento: 13/09/2010, Data da Publicação: 30/09/2010, TJMG.

Frise-se que as concepções teóricas, doutrinárias e legais, que depositam no juiz o “poder discricionário” para ditar o direito, apontam para uma necessária revisão. Como acentua Karl Engisch, tal construção tem origem em Laun e Jellinek, e significa o “ponto de vista” do juridicamente justo ou correto para os julgadores, nas palavras de Engisch:

“O autêntico <<poder discricionário>> é atribuído pelo direito e pela lei quando a decisão última sobre o justo (correcto, conveniente, apropriado) no caso concreto é confiada à responsabilidade de alguém, é deferida à concepção (em particular, à valoração) individual da personalidade chamada (eventualmente <<articulando>> o seu ponto de vista com a deliberação tomada no seio de uma agremiação ou colégio) a decidir em concreto, e isto não apenas porque não é possível excluir um <<resto>> de insegurança, mesmo através de regras, por mais minuciosas que estas sejam, mas porque se considera melhor solução aquela em que, dentro de determinados limites, alguém olhado como pessoa consciente da sua responsabilidade, faça valer o seu próprio <<ponto de vista>>.”⁵⁰⁴

Está-se vivenciando o falido Estado moderno, palco de genocídios, extermínios, violência desarrazoada⁵⁰⁵, e insistindo em não inaugurar uma pós-modernidade autocrítica-discursiva-democrática, agradeça-se, pois, à tradição jurídica por essa imersão no passado.

O total de decisões proferidas no TJMG, em dois anos(2009 e 2010), foi de 332.470⁵⁰⁶. Dessas, 2.658(0,79%) com desvio interpretativo, nos moldes aqui expostos, somente sob a chave “livre arbítrio juiz”.

⁵⁰⁴ ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, p.221-222.

⁵⁰⁵ Cf. SÉMELIN, Jacques. *Purificar e destruir*. usos políticos dos massacres e dos genocídios, p.15-86.

⁵⁰⁶ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2009*: Indicadores do Poder Judiciário: panorama do judiciário brasileiro, p.142; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*:2010, p.41.

5 A DESCONSTRUÇÃO HERMENÊUTICA NO PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 166/2010

Um projeto de lei de um novo Código de Processo Civil, após a Constituição Federal de 1988, deveria estar em conformidade com a hodierna concepção de processo, a fim de balizar provimentos que concretizem o que foi produzido no procedimento, observadas as garantias constitucionais. Não menos importante, a legislação “renovadora” viabilizar uma técnica interpretativa que coadune com o direito democrático.

Nesse viés, interessante alteração proposta no Projeto de Lei do Senado(PLS) nº166, de 2010, diz respeito à criação de uma Parte Geral, que compõe o Livro I, na qual estão inseridas as normas de teoria geral do processo civil, mais precisamente no que concerne ao Capítulo I, denominado “Dos princípios e das garantias fundamentais do processo civil”.

Verifica-se a importância dada à constitucionalização do processo civil, pois logo no art.1º⁵⁰⁷ há previsão de ordenação, disciplina e interpretação do processo conforme os princípios fundamentais estatuidos na Constituição. Todavia, vinculada às essas importantes determinações, encontram-se as expressões *valores e observando-se as disposições deste Código*. Como se os valores fossem referentes hermenêuticos de aplicação de normas e não somente os princípios constitucionalmente estatuidos. Ademais, pela prescrição legal as normas do Código criam limitações à aplicação dos princípios constitucionais, como se verifica na parte final, que ressalta; “observando-se as disposições deste Código”.

Esse seguimento interpretativo desarrazoado é confirmado na primeira parte do art.6º⁵⁰⁸ do Projeto de Lei do Senado nº166/2010, que repete norma inconstitucional da antiga Lei de Introdução ao Código Civil(LICC), atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, reinaugurando a desconstrução hermenêutica no Estado Democrático de Direito, autorizando que “Art.5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”(Redação de acordo com a Lei 12.376, de 30.12.2010).

⁵⁰⁷ “Art.1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e os princípios estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.” (SENADO FEDERAL.*Projeto do novo código de processo civil*, p.245).

⁵⁰⁸ “Art. 6º Ao aplicar a lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, observando sempre os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.” (SENADO FEDERAL.*Projeto do novo código de processo civil*, p.245).

Essa inserção comprova a hipótese da pesquisa, isto é, a desconstrução hermenêutica se perfaz nas contrariedades do próprio sistema que vinca valores e contextos sociais à interpretação, sendo estes elementos contrapostos a normas constitucionais instituidoras de direitos líquidos e certos.

O art.6º, do PLS 166/10, cria um paradoxo, ao propor concomitantemente à análise pelo bem comum e fins sociais da lei, que sejam observados “os princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.” O que ratifica o posicionamento doutrinário de Ronaldo Brêtas, citado alhures, acerca do princípio da vinculação da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, ao impor aos juízes os mesmos princípios constitucionais vinculados à função executiva e observância de princípios fundamentais, mas mistura valores a normas, contextos extradiscursivos que levam a resultados totalmente díspares.

Consoante lição de José Alfredo de Oliveira Baracho⁵⁰⁹ está o art.9º do PLS 166/2010, ao prescrever que “não se proferirá sentença ou decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida”⁵¹⁰.

Outro ponto interessante em se anotar é o da proibição de decisão que esteja fundamentada ao largo da argumentação das partes, com nítida adoção da mais moderna acepção de contraditório, exposto no art.10 do Projeto: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual tenha que decidir de ofício.”⁵¹¹

Esse artigo 10 é digno de encômios e está em total consonância com o processo constitucional democrático, acentua-se que se o juiz não pode decidir sem a participação das partes, típico de um processo democrático, não pode também impor seus valores, sua visão de mundo, sem prévia outorga à discursividade processual e não era outra a lição de Ronaldo Brêtas, muito antes de se comentar acerca de um anteprojeto para um novo Código.⁵¹²

Ronaldo Brêtas sustenta, em ilustração ao que fora exposto, que o alcance do princípio da fundamentação harmoniza-se com o exercício da jurisdição vinculada ao princípio do Estado Democrático de Direito, uma vez que a jurisdição só atua

⁵⁰⁹ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*, p.90; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional*, p.106.

⁵¹⁰ SENADO FEDERAL. *Projeto do novo código de processo civil*, p.245.

⁵¹¹ SENADO FEDERAL. *Projeto do novo código de processo civil*, p.246.

⁵¹² Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil*, p.436.

mediante o devido processo constitucional e sendo o processo procedimento que se desenvolve em contraditório e em simétrica paridade entre as partes, a fundamentação equivale à justificação do órgão julgador das razões da decisão. Essa justificação não pode se olvidar da necessária racionalidade e estrita observância da estrutura normativa, obediente às questões e argumentos postos pelas partes no processo, considerando que o julgador não é o seu centro de gravidade.⁵¹³

Acrescenta-se novamente que os valores e contexto social do julgador não podem ser impostos no momento da decisão, sem prévia outorga argumentativa das partes.

Dessarte, nessas lucubrações, denota-se a necessidade de uma interpretação conforme o processo constitucional das normas do novo Código, caso não sofram alteração no procedimento legislativo, de adequação efetiva à Constituição e ao princípio do Estado Democrático de Direito, pois verificam-se paradoxos que revelam um sincretismo, também chamado de canibalismo teórico, entre as diferentes concepções de Estado e não uma evolução propriamente dita (Habermas), em que pesem os ganhos já galgados.

Para alcançar essa interpretação conforme o devido processo legal, devemos extrair a significância pelas normas do ordenamento jurídico, no contexto do processo, sempre com foco na Constituição.⁵¹⁴ Como bem acentua Baracho “para a compreensão da hermenêutica constitucional deve-se entender que a Constituição influi sistematicamente em todas as normas”, desta forma, o intérprete deve considerar, “na determinação do conteúdo da regra legislativa(...), a existência de um sistema onde existem disposições constitucionais em situação dominante”, conclui o autor dizendo que o intérprete “não deve realizar a interpretação separadamente da lei e da Constituição.”⁵¹⁵

Nessa preliminar análise do PLS 166/2010, é possível perceber o canibalismo que aqui se afirma, na junção da teoria fazzalariana e da teoria bülowiana de processo, uma vez que, na parte geral que se quer ver inaugurada pelo novo

⁵¹³ Cf. BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de direito, p.296-297. Sobre a quebra do dogma do protagonismo do juiz, confira também: NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais*, p.177-200.

⁵¹⁴ Para Humberto Ávila normas não significam os textos, tampouco seu conjunto, mas os sentidos que se constroem a partir de uma interpretação sistemática dos textos normativos. Daí se infere, segundo o autor, que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação, já as normas, no seu resultado. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p.24. Tal posição, contudo, não está consorte um direito democrático, mas autocrático.

⁵¹⁵ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*, p.84-85.

conjunto normativo, a palavra contraditório aparece diretamente, sete vezes em 1008 artigos. E na exposição de motivos, se extrai do comentário à parte geral: “Nos demais artigos desse mesmo Capítulo, a necessária observância do princípio do contraditório é enfatizada não só como sinônimo de defesa, mas de colaboração.”⁵¹⁶

Ronaldo Brêtas já acentuou que a teoria da relação jurídica vem se perpetuando há mais de um século e meio e, no Brasil foi absorvida no atual sistema processual por influência de Liebman⁵¹⁷, mas seus discípulos têm perpetrado verdadeiro canibalismo teórico, ao revés de substituir a teoria anterior, por não conseguirem superar as enunciações fazzalarianas, cunharam o notável conceito de que o processo “é entidade complexa da qual fazem parte a relação jurídica processual e o contraditório”, caindo na denúncia do canibalismo teórico. Perde-se a oportunidade de introduzir uma teoria que balize a constante fiscalidade, bem como estabeleça a discursividade próprias da democracia, como a teoria *neoinstitucionalista*, de Rosemiro Pereira Leal.

Aproveitando a enchança, vale comentar a mensagem do Ministro Luiz Fux, Presidente da Comissão de Juristas, instituída pelo Ato do Presidente do Senado nº379, de 2009, ao encaminhar o anteprojeto do Código de Processo Civil elaborado, a seguir transliterada:

“O Brasil clama por um processo mais ágil, capaz de dotar o país de um instrumento que possa enfrentar de forma célere, sensível e efetiva, as misérias e as aberrações que passam pela Ponte da Justiça.
Missão cumprida, Senhor Presidente. Receba esse anteprojeto sob a magia da oração em forma de poesia, daquele que valia por uma literatura; o saudoso e insuperável Fernando Pessoa :
É o tempo da travessia
E se não ousarmos fazê-la
teremos ficado para sempre...
À margem de nós mesmos.
Que Deus permita-nos propiciar com esse novo código a felicidade que o povo brasileiro merece.”⁵¹⁸

A linda mensagem de encaminhamento traz implícitas as concepções metafísicas e socialistas da felicidade criada por meio de normas, e o Estado-Juiz como locador do discurso do bem comum, bem próximo à religião processual carneluttiana, ao se alçar uma inalcançável paz social, enquanto não houver uma

⁵¹⁶ SENADO FEDERAL. *Projeto do novo código de processo civil*, p.42.

⁵¹⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, p.100.

⁵¹⁸ SENADO FEDERAL, *Anteprojeto do novo código de processo civil*, p.4.

preocupação efetiva de travessia do moderno que inspirou Hitler e Mussolini ao pós-moderno, ainda a esperar um representante histórico na política e no poder.

Os juristas em seus mais altos postos de atuação e, em especial, os magistrados, veem-se como legítimos representantes do povo, olvidando que não foram eleitos. Tampouco lhes fora outorgada soberania para criar o direito, ainda estamos a reclamar nosso papel de iguais na atuação estatal e na concreção de nossa retórica Constituição Cidadã.

6 CONCLUSÕES

Diante dos apontamentos teóricos trazidos à crítica, podemos pontuar o seguinte, em conclusão do trabalho escrito:

1º) A decisão que foge a uma teoria hermenêutica instalada na Constituição é como um poema de Manoel de Barros, cujo significado é inteligível somente pelo locador do discurso e cada locatário ideologicamente e não teoricamente eleja o que ele venha a significar.

2º) A decisão proferida com seu centro de significação no arbítrio do juiz, na experiência do julgador, no contexto social, antes de inaugurar um Estado Democrático de Direito, coaduna a um Estado liberal ou social de Direito.

3º) A metodologia hermenêutica tradicional, fundada em subsunções, induções e deduções, ou no esquema sujeito-objeto foi suplantada ou substituída por trabalho de diversos filósofos, outrossim, isso não significa uma permissividade de hermenêutica relativista, no sentido de assentir com a discricionariedade do hermeneuta, já que na própria evolução da teoria hermenêutica demonstra-se a incongruência do solipsismo.

4º) A hermenêutica não deve ser compreendida especificamente como um fenômeno subjetivo, um momento auto-reflexivo sobre a realidade, conjugando-se ora o transcendental e ora o empírico, em busca de uma verdade a ser revelada (metafísica). Não deve haver cisão entre a fundamentação e a aplicação, pois “compreendemos aplicando e aplicamos compreendendo”.

5º) Com base em Rosemiro Pereira Leal, podemos concluir que a hermenêutica que se apoia na razão historicista, ou psicologizante, ou moralista, ou na crença de saberes depositados em esclarecidos, desprestigiando a argumentação a partir de teorias (pensamentos objetivos), não será uma hermenêutica de estabilização dos sentidos, aliás, é justamente o oposto que experienciamos, isto é, permite-se ao intérprete dar o sentido a partir de métodos que privilegiam a razão natural, a intenção, a destinação histórica ao invés de uma discussão “crítica (descritivo-argumentativa)” e, portanto, “desideologizante”, não-mítica.

6º) É preciso desdogmatizar uma interpretação exegética, já que a linguística demonstra que o sentido não é imanente, situa-se no texto, fora do próprio discurso. Ademais, a polissemia é ambiente profícuo à dominação, “a manipulação de

sentidos” transforma o manipulador em “árbitro todo-poderoso da comunidade”, e por fim, deve-se evitar a supervalorização da autoridade do destinador do discurso, como o único sublocador capaz de dar sentido, engendrando um texto “segundo sua inteligência”.

7º) Como assevera Rosemiro Pereira Leal, a teoria do interpretante de Edward Lopes substitui a “variável da declaração do sentido do discurso engastada no sujeito da enunciação (locador-locatário do discurso) pela variável dos códigos sociais de sentido como bens coletivos a dessujeitizarem a linguagem”. Tais códigos são “possuídos” tanto pelo destinador quanto pelo destinatário do discurso e esses não mais possuem “o monopólio do sentido”.

8º) Caminha-se, portanto, para uma hermenêutica não desabrida, em que os diversos sentidos que se possam enunciar de um determinado discurso, poderão ser reduzidos a um “meta-sentido que os reabsorva conjuntamente, estando eles, portanto, hierarquizados por relações de dominação intradiscursiva.” Assim, na teoria do interpretante, o contexto “alude a um lugar semiótico (lingüístico): ele se refere, sempre, a elementos que existem no interior do discurso”(intradiscursivos).

9º) O termo ideologia refere-se a “elementos extradiscursivos”, que somente influenciará o ato de comunicação se declarados a partir de outro discurso, seria, portanto, a ideologia um “discurso heterodiscursivo.” A questão que se levanta é a impossibilidade dos participantes do discurso estarem ingressados na ideologia do decididor, portanto, não pode soerguer um viés interpretativo.

10º) Portanto, o “interpretante ideológico”, que Edward Lopes levanta ser a “malha da rede de sentidos” em que o eu está inserido no grupo, deve ser afastado do direito. Isto porque a linguística parte de valores éticos, morais comunitários, que servem muito bem à sociologia, psicologia, antropologia, ao Direito propugnado pelos positivistas, já que o sentido advindo da “linguagem natural decorre inevitavelmente de objetos culturais do passado”. Não é outra a conclusão da pragmática, estando o homem condenado em sua “incompreensão inescapável do mistério da vida”, envolto de mitos, dogmas, axiomas indecifráveis, cujos sentidos formam-se numa “rede historicista”, como denuncia Rosemiro Pereira Leal.

11º) Segundo observa Rosemiro Pereira Leal, é preciso suplantar o “mito do contexto” inserto na teoria do interpretante, pois, apesar de substituir o solipsismo interpretativo (ao erigir um interpretante do código e o discurso como lugar da significação), não supera a consideração de uma sociedade pressuposta, porque se,

em Direito, os “códigos sociais” advindos de “convenções sociais” forem utilizados como interpretante, fora de um direito legislado pelo devido processo, estar-se-ia reafirmando os positivistas, pois incluir-se-ia na base da interpretação “usos, costumes e princípios gerais de direitos não legislados”, que “ao contrário de democratizar interpretações, abrem um leque de judicações em juízos de conveniência, equidade, transcendência, razoabilidade, proporcionalidade” dos quais queremos nos afastar.

12º) Segundo Rosemiro Pereira Leal, Edward Lopes aduz que “na produção do discurso, muitos textos já se acham adrede na consciência do locador”, portanto, temos que a escolha do “interpretante para a produção e atuação do direito nas democracias” é bastante relevante. A “compatibilidade(coexistência) do texto com o discurso há de ocorrer na mesma instância instituinte da co-institucionalidade jurídica como se uma ‘obra’ ali estivesse sendo editada(constitucionalizada)”. Teríamos, portanto, uma significação construída no bojo da própria obra, o que denotaria que o texto(resultado da produção), seria o “produtor daquilo mesmo que o produziu(o discurso).”

13º) O Estado Democrático de Direito é princípio que vincula a atividade estatal, erigido na Constituição compõe-se pelo (1)Estado de Direito(princípio do *Rechtsstaat*), portanto, regido pelo ordenamento jurídico e pelo (2) Direito democrático (princípio da democracia), que, por sua vez, representa o poder emanado do povo livre, que se sujeita apenas às normas das quais tenha participado de sua elaboração diretamente ou por representantes.

14º) Este Estado Democrático de Direito, seja considerado princípio ou *paradigma*, somente é possível de se concretizar mediante o processo(paradigma do Estado), que será legitimador da participação dos destinatários normativos em todos os âmbitos de atuação estatal, isto é, judicial, administrativo ou legislativo.

15º) O processo numa concepção consorte à Constituição democrática, é metodologia de garantia de direitos, composto de princípios, é instituição constitucionalizada, que propicia na estrutura do procedimento, balizado no contraditório, ampla defesa e isonomia, um espaço crítico-discursivo do cidadão nos âmbitos instituintes e instituídos do Direito.

16º) O devido processo constitucional é garantia fundamental regente de toda estrutura normativa procedimental, que irá resguardar a participação, em contraditório, na construção do provimento em conformidade com a Constituição, é o paradigma do Estado, a reger a hermenêutica;

17º) A desconstrução demarcada permite três formulações a balizar uma técnica, (a) a primeira formulação diz respeito ao papel que os termos filosóficos ocupam entre si, isto é, existe uma posição de hierarquia entre termos contrapostos, seja por razões axiológicas ou lógicas, há uma posição de comando. (b) A segunda formulação diz respeito à investigação da “genealogia estruturada de seus conceitos”, determinando “de uma certa perspectiva externa”, aquilo que essa história pode ter se olvidado e que se constituiu enquanto tal e de conseguinte tornou-se repressiva. (c) A terceira formulação diz respeito ao combate à filosofia que o discurso a ser desconstruído afirma, à identificação das “operações retóricas que produzem o fundamento de discussão suposto, o conceito chave ou premissa.”

18º) O Estado Democrático de Direito não deve ser tratado como um paradigma que incorporou seus antecessores, pois na leitura aqui empreendida, a translação com vista ao aprimoramento, além de não trazer “melhorias qualitativas de vida”, gera uma confusão de aplicações teóricas e práticas, que impedem o “*plus* normativo” de acontecer, além de não superar a hermenêutica fenomenológica, pois, antes de se falar em estabilização por um horizonte de sentido, estaremos presos à história e à tradição, como fundamentos de práticas antidemocráticas no bojo da própria democracia.

19º) A hermenêutica, porquanto impõe um sentido em detrimento de outros, impede uma inequivocidade, a desconstrução põe em xeque os dualismos hierárquicos, “o sentido último é sempre diferido”, a desconstrução revela o sentido da escrita e seus fundamentos.

20º) A desconstrução hermenêutica é um método interpretativo que aponta os centros rígidos de significação dos discursos, como fundantes de uma verdade metafísica, ou de um positivismo sociológico, ou de um amálgama de teorias incompatíveis, que têm o condão de não possibilitar uma hermenêutica harmônica ao paradigma que lhe deve servir de suporte. Assim, se o discurso se afasta do interpretante que lhe deveria servir de matriz (aqui a matriz autocrítico-discursiva do devido processo) pratica a desconstrução hermenêutica, independente da intenção do locador em fazê-la.

21º) Se o sentido deve ser construído no bojo do próprio discurso, como exposto na pesquisa, a desconstrução, enquanto estratégia filosófica ou modo de leitura, nos soergue de técnica para desvelar os fundamentos aporéticos, paradoxais e axiomáticos, que constituirão as bases de uma decisão judicial. Não menos importante se revela a questão de que, ao contrariar o paradigma que dá orientação teórica hermenêutica àquele ato, estaria tal discurso desconstruindo as enunciações que lhe dão condição de possibilidade e de justificação, necessárias ao fenômeno hermenêutico.

22º) A pesquisa dos acórdãos selecionados e transcritos no trabalho demonstrou que convivem com o direito democrático, concepções ainda mergulhadas num estado moderno europeu, bem como um canibalismo teórico (pluralismo desarrazoado) propiciado pelo “aproveitamento” de institutos e teorias não democráticos, o que culmina na significância extraída, em última instância, de elementos da experiência do decisor e não do processo, o que representa a desconstrução hermenêutica, aqui inicialmente corroborada.

23º) O novo Código de Processo Civil, até a conclusão desta pesquisa em tramitação perante o Congresso Nacional, efetivará a decisão como conclusão do procedimento, bem como, viabilizará um processo discursivo, não sendo o juiz centro de significação solitária, acaso aplicado o proposto art.10. Entretanto, o PLS 166/2010 mantém um canibalismo teórico hermenêutico, jungindo valores e princípios constitucionais, prejudicando a concreção de um direito democrático autocrítico-discursivo.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Manual de Direito Processual Civil**: parte geral. 9.ed. São Paulo: RT, 2005. 2 vol, 699 p.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha. **O novo processo constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 158 p.
- ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. Partes e terceiros no processo civil. Cinco dimensões da qualidade de parte à luz dos princípios constitucionais do acesso à justiça e do contraditório. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1959, 11 nov. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11952>>. Acesso em: 25 abr. 2010.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ªed. São Paulo: Malheiros, 2004, 138p.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.337, ano 93, jan-mar, 1997, p.105-123.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, 882 p.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.2, n.3 e 4, 1º e 2º sem.1999, p.89-154.
- BARROS, Manoel. **Matéria de Poesia**. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. 69 p.
- BHAT, Girish N. Recovering the Historical Rechtsstaat. In: **Review of Central and East European Law**. Martinus Nijhoff Publishers. Vol. 32, nº 1, 2007, pp. 65-97. Disponível em: <<http://www.ingentaconnect.com/content/mnp/rela/2007/00000032/00000001/art00004;jsessionid=9gajppqgmln69.alice>>. Acesso em: 30/03/2010.
- BRANCO, Luiz Gustavo Faria de Azevedo. **O dever de pagar impostos e sua relação com a interpretação e aplicação da legislação tributária no Estado Democrático de Direito Brasileiro**. 2011. 170 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos do Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.7, n.13 e 14, 1º e 2º sem.2004, p.150-163.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 240p.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.8, n.16, 2º sem. 2005, p.147-161.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. As reformas do Código de Processo Civil e o modelo constitucional do processo. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. NEPOMUCENO, Luciana Diniz.(Coords.). **Processo civil reformado**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.457-496.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Exame técnico e sistemático do Código de Processo Civil. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. NEPOMUCENO, Luciana Diniz.(Coords.). **Processo civil reformado**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.407-456.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. Fundamentos constitucionais da jurisdição no Estado Democrático de Direito. In: GALUPPO, Marcelo Campos(Coord.).**Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.277-309.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional** e Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, 192 p.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Fundação Mário Soares, 1999, 84 p. (Coleção Cadernos Democráticos v.7)

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Porto: Europa-América, 1981, 204 p. Coleção Saber. Título original: *L'État*.

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

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade(Coord). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: No Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.25-46.

CASTRO, Flávia Lages. **História do direito**: geral e Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, 572 p.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade(Coord). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, 587 p.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil:uma reflexão sobre o Projeto Constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos(Coord.).**Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.235-262.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Direito constitucional processual e direito processual constitucional: limites da distinção em face do modelo constitucional brasileiro do controle jurisdicional de constitucionalidade.In: **Jornal da Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito/UFMG- JP**, n.13, p.6, Ano 2, Belo Horizonte, junho/2000.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Uma justificação democrática da jurisdição constitucional brasileira e a inconstitucionalidade da Lei nº9686/99. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, v.36, 2001, p.177-207. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/32923/32112>>. Acesso em: 20/07/2010.

CEIA, Carlos. **Aporia**. E-Dicionário Literário. Disponível em: <<http://www2.fcsh.unl.pt/edtl/verbetes/A/aporia.htm>>. Acesso em: 26/10/2009.

CHUEIRI, Vera Karam de. A força de Derrida: para pensar o Direito e a possibilidade da justiça. In: **Revista Cult**. Ed.117. 14 de março de 2010. Versão Digital. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/a-forca-de-derrida-para-pensar-o-direito-e-a-possibilidade-da-justica/>> Acesso em: 07/09/2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25 Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 384 p.

CÍRCULO DE VIENA. **Wikipédia**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%ADrculo_de_Viena> Acesso em: 19/09/2011.

COLEMAN, Jules L.; LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei (Edit). **Direito e Interpretação**: ensaios de Filosofia do Direito. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.303-418.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2009**: Indicadores do Poder Judiciário: panorama do judiciário brasileiro. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília, Setembro de 2010. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-emnumeros/rel_sintetico_jn2009.pdf> Acesso em: 27/10/2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números**: 2010. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Assessoria de Comunicação Social do CNJ. Brasília: Gráfica do Conselho da Justiça Federal-CJF, Agosto de 2011.

COOK JR., John Lee. **Procedure** (term). 1988. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Procedure_\(term\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Procedure_(term))> Acesso em: 20/10/2011.

COSTA, Alexandre Araújo. Direito, Desconstrução e Justiça: reflexões sobre o texto Força de Lei, de Jacques Derrida. **Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional**, Salvador, n.1, Março/Abril/Maio de 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/revistas/09542507/rv01_alexandrecoستا.pdf>. Acesso em: 13/08/2011.p.1-16.

COSTA, Álisson da Silva; RIBEIRO, Ana Luisa de Oliveira; TAVARES, Fernando Horta, *et al.* Por uma análise do Direito, Poder e Justiça na Construção do Estado Democrático de Direito: as contribuições de Arendt, Habermas e Derrida. **Revista Virtuajus**. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, Ano 9, n.2. Dez.2010. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2010/discentes>

/Por%20uma%20análise%20do%20Direito,%20Poder%20e%20Justiça%20na%20Construção%20do%20Estado%20Democrático%20de%20Direito.pdf >

COSTA, Luciana da Silva. **Constituição, Sistema Político e Sistema Jurídico: a judicialização da política analisada à luz da teoria sistêmica.** In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Centro Universitário de Maringá. (Org.). XVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, v. 1, p. 1897-1917.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução do estudo do processo civil.** 3.ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951[data provável]. 116 p.

CROSSMAN, Richard Howard Stafford. **Biografia do Estado Moderno.** Trad. Evaldo Amaro Vieira. São Paulo: Ciências Humanas, 1980, 234 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Habermas e o Direito Brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 261 p.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: O constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial.** Belo Horizonte: Fórum, 2007, 415 p.

CULLER, Jonathan. **Sobre a desconstrução:** teoria e crítica do pós-estruturalismo. Trad. Patrícia Burrowes. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1997, 347 p. Título original: *On Deconstruction: Theory and criticism after structuralism.*

DANTAS, IVO. Teoria do processo constitucional: uma breve visão pessoal. In: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coord.). **Estudos de direito processual constitucional:** homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo: Malheiros, 2009, p.105-148.

DEL NEGRI, André. **Controle de constitucionalidade no processo legislativo:** teoria da legitimidade democrática. 2ªed.rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 192 p.

DEL NEGRI, André. **Teoria da Constituição e do Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2009, 409 p.

DERRIDA, Jacques. **A farmácia de Platão.** Trad. Rogério da Costa. São Paulo: Iluminuras, 2005, 126 p. (La pharmacie de Platon)

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei:** O “Fundamento místico da autoridade”. Trad. Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, 145 p. (Force de loi)

DERRIDA, Jacques. **Gramatologia.** Trad. Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2008, 386 p. (Estudos;16)

DERRIDA, Jacques. **L'écriture et la différence.** Paris: Éditions Du Seuil, 1967, 439 p. (La Collection Tel Quel)

DERRIDA, Jacques. La democracia como promessa. Entrevista de Elena Fernandez con Jacques Derrida, **Jornal de Letras, Artes e Ideias**, 12 de octubre, 1994, p. 9-10. Edición digital de Derrida en castellano. Disponível em: <<http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/democracia.htm>>. Acesso em: 08 maio 2010.

DERRIDA, Jacques. Una filosofia Deconstructiva. **Revista Zona Erógena**, nº35, primavera de 1997. Disponível em:<http://jacquesderrida.com.ar/textos/filosofia_deconstructiva.htm>.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009, 128 p. Título original: Discours de la méthode.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 14 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2010, 1442 p.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. 15ed. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. São Paulo: Perspectiva, 2000, 170 p. (Coleção Estudos, n.85.) (Como se fa una tesi di laurea).

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7 ed. trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. 393 p. Título original: Einführung in das Juristische Denken.

ESTRUTURALISMO. **Wikipédia**. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Estruturalismo>> Acesso em: 01/10/2011.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Trad. 8ªed. Elaine Nassif. 1ªed. Campinas: Bookseller, 2006, 780p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**: reflexões de teoria da constituição e teoria geral do processo sobre o acesso à justiça e as recentes reformas do poder judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 306 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2003, 370p.

FIGUEIREDO, Vinícius de. **Kant & a Crítica da razão pura**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, 74 p.

FRANCE. **Code Civil** (1804). Le Service Public de La Diffusion du Droit - Legifrance. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006438707&dateTexte=&categorieLien=cid>>. Acesso em: 21/04/2010.

FRIEDRICH SCHLEIERMACHER. **Wikipédia**. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Friedrich_Schleiermacher> Acesso em: 19/09/2011.

HANS-GEORG GADAMER. **Wikipédia**. Disponível em:
http://pt.wikipedia.org/wiki/Hans-Georg_Gadamer. Acesso em: 15/09/2011.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Da idéia à defesa**: monografias e teses jurídicas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 224 p.

GARFINKEL, Ana. Responsabilidade Civil por Erro Médico segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado De São Paulo (Síntese). **Revista Direito GV**. V. 3, N. 2, JUL-DEZ 2007, p. 37- 58.

GHIRALDELLI JR., Paulo. Virada lingüística-um verbete. In: **PORTAL BRASILEIRO DA FILOSOFIA**, Seção O que é "linguistic turn". Julho 2008. 4 p. Disponível em: <
<http://ghiraldelli.files.wordpress.com/2008/07/virada.pdf>>

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4ªed. Tradução: António Manuel Hespanha e Manuel Luís Macaísta Malheiros. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2003, 813 p.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso**: teoria general del proceso. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América,1961, vol.I, 215p.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoria geral do processo**. Trad. Leandro Farina. Campinas: Minelli, 2003, 175 p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide,1992, 223 p.

GONTIJO, André Pires. **A construção do processo constitucional no âmbito do supremo tribunal federal**. In: ANAIS DO XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19 a 21 de junho de 2008, p.3356-3375. Disponível em:<
http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/andre_pires_gontijo.pdf>. Acesso em: 21/04/2010.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso constitucional:reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. In: **Cuestiones Constitucionales**, México, n.007, Universidad Nacional Autónoma de México, Julio-diciembre, 2002. p.53-86. Disponível em:<<http://redalyc.uaemex.mx>>. Acesso em: 25/03/2010.

GREEN, Toby. **Inquisição**: o reinado do medo. trad. Cristina Cavalcanti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011. 463 p. Título original: "Inquisition: the reign of fear"

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2ª Ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro:Tempo Brasileiro, 2003. v.2, 354 p.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o Direito**: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política. 12ªed.ampl. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2010, 179 p.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, CD-Rom.

JAEGER, Werner. **Paideia**: Los ideales de la cultura griega. Libro primero. Traducción de Joaquín Xiral. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica México, Decimoquinta reimpressão, 2001, 464 p. Título original: Paideia, Die Formung des Griechischen Menschen

LEAL, André Cordeiro. **A instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos/FUMEC, 2008, 163 p.

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

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**: ato de decisão e legitimidade decisória; hermenêutica decisorial na teoria discursiva; legitimidade decisória e devido processo constitucional. São Paulo: Landy, 2002, 206 p.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo e Democracia: a ação jurídica como exercício da cidadania. **Revista Virtuajus**. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, Ano 4, n.1. Jul.2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/Processo%20e%20de%20mocracia.pdf> Acesso em: 25/03/2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo Civil e Sociedade Civil. **Revista Virtuajus**. Belo Horizonte: Faculdade Mineira de Direito, Ano 4, n.2. Dez.2005. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2005/Docentes/PDF/> Acesso em: 25/03/2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. A principiologia jurídica do processo na teoria neo-institucionalista. In: TAVARES, Fernando Horta.(Coord.). **Constituição, Direito e Processo**: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008, p.281-290.

LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e Processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.283-292.

LEAL, Rosemiro Pereira. O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro: UERJ, Jul-Dez. 2009. Volume IV.p.111-119. Disponível em:< http://www.redp.com.br/arquivos/redp_4a_edicao.pdf> Acesso em: 25/03/2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. O paradigma processual ante as seqüelas míticas do poder constituinte originário. In: GALUPPO, Marcelo Campos(Coord.). **Constituição e democracia**: fundamentos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.311-324.

LEAL, Rosemiro Pereira. A judicialização do processo nas últimas reformas do CPC brasileiro. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana

Diniz.(Coords.).**Processo civil reformado**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey,2009, p.533-548.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do Processo**:primeiros estudos.9.ed.Rio de Janeiro:Forense,2010, 350 p.

LEAL , ROSEMIRO PEREIRA. *Processo como Teoria da Lei Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, 306 p.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**:estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional.São Paulo: Malheiros, 2009, 671 p.

LOPES, Edward. **Discurso, texto e significação**: uma teoria do interpretante. São Paulo : Cultrix, 1978, 111p.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 2ªed. rev.São Paulo: Max Limonad, 2002, 487 p.

LÖWY, Michael. **Ideologias e Ciência Social**: elementos para uma análise marxista. São Paulo: Cortez, 1985.

MAC-GREGOR,Eduardo Ferrer; LARREA,Arturo Zaldívar Lelo de(Coord.). **Estudos de direito processual constitucional**:homenagem brasileira a Héctor Fix-Zamudio em seus 50 anos como pesquisador do direito. São Paulo: Malheiros, 2009. 238 p.

MACHIAVELLI, Nicoló di Bernardo dei. **O príncipe**. Trad. Antonio Caruccio-Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2010, 176 p. Título original: Il principe.

MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta.(Coord.). **Constituição, Direito e Processo**: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008, p.123-144.

MAGNOLI, Demétrio. **Liberdade versus Igualdade**- vol.I. O mundo em desordem (1914-45). Rio de Janeiro: Record, 2011, 457 p.

MARCONDES, Danilo. Desfazendo mitos sobre a pragmática. **Revista Alceu** - v.1 - n.1 - jul/dez 2000 – p. 38 a 46. Disponível em:< http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n1_Danilo.pdf>. Acesso em: 12/10/2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5ª ed. rev.atual.ampl. São Paulo: RT, 2006, 816 p.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 510 p. (Curso de processo civil; v.1).

MARMOR, Andrei. Três conceitos de objetividade. In: MARMOR, Andrei(Edit). **Direito e Interpretação**: ensaios de Filosofia do Direito. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.267-302.

MÜLLER JR., Adalberto. Em pleno uso da poesia. In: BARROS, Manoel. **Matéria de Poesia**. 6.ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, Orelhas da capa e da contracapa.

NASCIMENTO, Edna Maria F. S. Metalinguagem natural e teoria da linguagem. **Revista Alfa**, São Paulo, nº 34, 1990, p. 115-120.

NASCIMENTO, Evando (Org.). **Jacques Derrida: pensar a desconstrução**. trad. Evando Nascimento[et al]. São Paulo: Estação Liberdade, 2005, 352 p.

NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de Direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais-RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n.8, out/dez.2008. Disponível em:<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56014>>. Acesso em: 29/03/2010.

NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p. 349-362.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: Uma análise crítica das reformas processuais**. 1ª ed. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009, 281 p.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 2006, 427 p.

OTTONI, Paulo. John Langshaw Austin e a Visão Performativa da Linguagem. **DELTA** [online]. 2002, vol.18, n.1, pp. 117-143. ISSN 0102-4450. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-44502002000100005>.

PAIDEIA. **Wikipédia**. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Paideia>> Acesso em: 01/09/2011.

PEREIRA, Miguel Baptista. Hermenêutica e Desconstrução. **Revista Filosófica de Coimbra** - n.6, 1994, pp. 229-292. Disponível em:< http://www.uc.pt/fluc/dfci/publicacoes/herm_desconstrucao>. Acesso em: 11/10/2011.

PEREIRA, Gabriel Terra. Entre as práticas e as representações da modernidade: a *Belle Époque caipira*. In: CHAVES, Charley Teixeira; ÁVILA, Luiz Augusto Lima de. **Epistemologia e Iconoclastia: estudos em homenagem a Otacílio Gonçalves Tomé**. Piumhi: Luiz Augusto Lima de Ávila, 2010, p.69-75.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. A justiça e o perdão em Jacques Derrida. In: **Revista Cult**. Ed.117. 14 de março de 2010. Versão Digital. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/a-justica-e-o-perdao-em-jacques-derrida/>> Acesso em: 15/08/2011.

PERRONE-MOISÉS, Leyla. Aquele que desprende a ponta da cadeia. In: NASCIMENTO, Evando. **Jacques Derrida: pensar a desconstrução**. trad. Evando Nascimento[et al]. São Paulo: Estação Liberdade, 2005, p.95-102.

PERRONE-MOISÉS, Leyla. Desconstruindo os estudos culturais. In: PERRONE-MOISÉS, Leyla. **Vira e mexe nacionalismo: paradoxos do nacionalismo literário**. São Paulo: Companhia das letras, 2007, 248 p.

PIZZORUSSO, Alessandro. O processo de constitucionalização na Europa. In: PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes(Coord.). **Direito Constitucional em evolução**.perspectivas. 1ªed. 2ªtir. Curitiba: Juruá, 2006, p.17-34.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Trad. Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2007, 567 p. Título original: *The logic of scientific discovery*.

POPPER, Karl Raimund. **Lógica das ciências sociais**. Trad. Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz e Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, 101 p.

PRATES, Francisco de Carvalho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade(Coord). **Jurisdição e hermenêutica constitucional: No Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.519-553.

RAZ, Joseph. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei(Edit.). **Direito e Interpretação: ensaios de Filosofia do Direito**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p.235-265.

REIS, Francis Vanine de Andrade. **Interesse processual e intersubjetividade racional**. 2009. 190 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ReisFV_1.pdf> Acesso em: 19/10/2011.

REIS, Francis Vanine de Andrade. TAVARES, Fernando Horta. **Natureza e convenção: uma crítica à visão essencialista do interesse processual a partir da mecânica social de K. Popper**. In: XVII Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Brasília. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 110-131.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Direito Constitucional perante o Direito Internacional atual. In: PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes(Coord.). **Direito Constitucional em evolução: perspectivas**. 1ªed.2ªtir.Curitiba: Juruá, 2006, p.87-108.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2006, 280 p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, 412 p.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e hermenêutica**: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, 311 p.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é Semiótica**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1986. 114 p.

SANTIAGO, Silviano(Org.). **Glossário de Derrida**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, 104 p.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: adaptadas ao novo código de processo civil. 5ªed.atual.3ºVol.São Paulo: Saraiva, 1981, 480 p.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. Trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. São Paulo: Cultrix, 1995, 279 p.

SEGATTO, Antonio Ianni. A Tensão entre Facticidade e Validade. In: NOBRE, Marcos; TERRA, Ricardo. **Direito e democracia**: um guia de leitura de Habermas. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37-55.

SÉMELIN, Jacques. **Purificar e destruir**: usos políticos dos massacres e dos genocídios. Tradução Jorge Bastos. Rio de Janeiro: Difel, 2009.

SEVERO, Luiz Carlos. **Estabilidade da Ciência Biológica**: uma epistemologia evolucionista, sem refutações e sem revoluções. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/2723>> Acesso em: 23/10/2011.

SILVA JUNIOR, Nelson da. "Who's there?": A desconstrução do intérprete segundo a situação psicanalítica. **Ide** (São Paulo) [online]. 2007, vol.30, n.44, p. 25-31. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ide/v30n44/v30n44a05.pdf>>. Acesso em: 12/10/2011.

SILVA, José Afonso da. A Constituição e a estrutura dos poderes. In: PIMENTEL JÚNIOR, Paulo Gomes(Coord.). **Direito Constitucional em evolução**: perspectivas. 1ªed.2ªtir.Curitiba: Juruá, 2006, p.17-34.

SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Manual Elementar de Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. 846 p.

SOUZA, Márcia Angela de. Os princípios constitucionais processuais da isonomia, igualdade e paridade de armas – por uma aplicação adequada no processo penal e na execução penal. In: TAVARES, Fernando Horta.(Coord.). **Constituição, Direito e Processo**: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008. p.255-279.

STRATHERN, Paul. **Derrida**: em 90 minutos. Trad.Cassio Boechat. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor,2002, 87 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Crise de paradigmas**: devemos nos importar, sim, com o que a doutrina diz. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 10/05/2010.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e Processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.p. 3-27.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª ed.rev.ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 594 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e Processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p.233-264.

THEODORO JUNIOR, Humberto. O sistema jurídico positivo e o impacto na era das reformas legislativas. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**. Belo Horizonte, ano 16, nº64, out/dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56141>>. Acesso em: 30/03/2010.

URIBE, Hector Gonzalez. Estado y democarcia en la perspectiva mexicana actual. **Estudios**: filosofia, historia, letras. Cidade do México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 1984. Disponível em: <http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/estudio01/sec_26.html>. Acesso em: 27/03/2010.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. 153 p. (Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo, v.1). Título original: Topik und rechtsphilosophie.

VOEGELIN, Eric. **Hitler e os alemães**. Tradução: Elpídio Mário Dantas Fonseca. São Paulo: É Realizações, 2008, 367 p. Título original: Hitler and Germans.

WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. **Processo civil**: curso completo. 3ªed.rev. e atual.Belo Horizonte: Del Rey,2009, 855 p.

WALTER, Carlos. **Discurso jurídico na democracia**:processualidade constitucionalizada. Prefácio Rosemiro Pereira Leal; apresentação André Del Negri. Belo Horizonte: Fórum, 2008, 213 p.

WILHELM DILTHEY. **Wikipédia**. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Wilhelm_Dilthey>.Acesso em: 19/09/2011.